



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

vom 4. Juni 2014 (810 14 27)

Submission

Ausschluss aus dem Verfahren wegen verspäteter Einreichung der unterzeichneten AGB

Besetzung Abteilungs-Vizepräsident Beat Walther, Kantonsrichter Christian
Haidlauf, Markus Clausen, Niklaus Ruckstuhl, Kantonsrichterinnen Helena
Hess, Gerichtsschreiberin Elena Diolaiutti

Parteien **A._____ AG**, Beschwerdeführerin, vertreten durch Dr. Thomas
Christen, Advokat

gegen

Einwohnergemeinde B._____, Beschwerdegegnerin, vertreten durch
Thomas Waldmeier, Advokat

Beigeladene **C._____ AG**

Betreff Ausschluss vom Vergabeverfahren
(Verfügung der Gemeinde B._____ vom 20. Januar 2014)

A. Die Gemeinde B._____ führte ein Einladungsverfahren gemäss kantonaler Gesetzgebung
über öffentliche Beschaffungen für Architekturleistungen für den Neubau Gemeindeverwaltung
im Dorfkern durch. Der Termin zur Offerteinreichung war der 14. Januar 2014. Drei Unterneh-

men verzichteten auf die Einreichung einer Offerte. Bei drei Unternehmen, worunter die A.____ AG, wurde der Offerte das unterschriebene Dokument "Allgemeine Bedingungen (AGB) für die Beschaffung von Leistungen und Gütern" der Bauverwaltung D.____ (AGB) nicht beigelegt und zwei Unternehmen reichten eine vollständige Offerte ein. Das günstigste Angebot in der Höhe von Fr. 193'000.-- reichte die A.____ AG und das zweitgünstigste die C.____ AG in der Höhe von Fr. 220'000.-- ein. Das höchste Angebot belief sich auf Fr. 292'100.--.

B. Mit Verfügung vom 20. Januar 2014 schloss die Einwohnergemeinde B.____ die A.____ AG vom Vergabeverfahren betreffend die Architekturleistungen zum Neubau der Gemeindeverwaltung B.____ aus. Zur Begründung führte sie aus, entgegen den ausdrücklichen Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen vom 20. Dezember 2013 seien dem Angebot die unterschriebenen AGB nicht beigelegt worden. Die Anbieterin erfülle weder das Eignungskriterium bezüglich der Angebotseinreichung noch die Vorgabe bezüglich Vollständigkeit der Angebotsunterlagen. Sie müsse deshalb von der Submission ausgeschlossen werden. Am 21. Januar 2014 reichte die A.____ AG die unterzeichneten AGB bei der Vergabebehörde nach.

C. Gegen die Verfügung betreffend Ausschluss erhob die A.____ AG mit Eingabe vom 28. Januar 2014 Beschwerde beim Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht (Kantonsgericht), und stellte die Rechtsbegehren, es sei die Verfügung vom 20. Januar 2014 vollumfänglich abzuweisen, eventualiter sei die Beschwerdegegnerin anzuweisen, die mit E-Mail vom 21. Januar 2014 nachgereichten Unterlagen zu berücksichtigen und die Verfügung vom 20. Januar 2014 in Wiedererwägung zu ziehen; alles unter o/e-Kostenfolge. Zudem stellte sie den Verfahrensantrag, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Im Wesentlichen machte sie geltend, dass der Ausschluss überspitzt formalistisch sei.

D. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 29. Januar 2014 erteilte die Präsidentin des Kantonsgerichts der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung. Die Beschwerdegegnerin beantragte mit Stellungnahme vom 5. Februar 2014 die Abweisung des Gesuchs der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Die Beschwerdeführerin, mittlerweile vertreten durch Dr. Thomas Christen, Advokat, erklärte in ihrer Eingabe vom 7. Februar 2014, von der Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 4. Februar 2014 darüber informiert worden zu sein, dass mit Verfügung vom 20. Januar 2014 der Zuschlag an die C.____ AG erteilt worden sei. Die Beschwerdeführerin stellte den zusätzlichen Verfahrensantrag, die Beschwerdegegnerin sei gerichtlich anzuweisen, das Verfahren der Auftragsvergabe vorerst zu sistieren.

E. Mit Verfügung vom 12. Februar 2014 erteilte das Gerichtspräsidium der Beschwerde die aufschiebende Wirkung und untersagte in Gutheissung des Verfahrensantrags der Beschwerdeführerin vom 7. Februar 2014 der Beschwerdegegnerin per sofort, weitere Vollzugshandlungen vorzunehmen. Zudem wurde die C.____ AG zum Verfahren beigelegt.

F. In ihrer Vernehmlassung beantragte die Beschwerdegegnerin, nunmehr vertreten durch Thomas Waldmeier, Advokat, die Abweisung der Beschwerde unter o/e-Kostenfolge. Sie machte im Wesentlichen geltend, dass die Praxis des Kantonsgerichts bezüglich Ausschlusses eines Anbieters aufgrund unvollständiger oder verspätet eingereichter Angebote streng sei und dass

die Nichteinreichung der unterschriebenen AGB einen subjektiv und objektiv wesentlichen formellen Mangel darstelle, weshalb die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin aus dem Verfahren habe ausschliessen müssen.

Die Beigeladene erklärte in ihrer Vernehmlassung vom 6. März 2014, dass gerade bei Pauschalvergaben eine Unterzeichnung der AGB zwingend sei, regle es doch genau die Ausarbeitung eines Planer- oder Werkvertrages.

G. An der heutigen Parteiverhandlung nehmen von Seiten der Beschwerdeführerin E.____ und Rechtsanwalt Dr. Thomas Christen, von Seiten der Beschwerdegegnerin der Gemeindeverwalter F.____ und Rechtsanwalt Thomas Waldmeier und als Vertreter der Beigeladenen G.____ teil. Die Parteien halten an ihren in den Rechtsschriften gestellten Rechtsbegehren fest. Auf die Ausführungen der Parteien wird – soweit erforderlich – in den Urteilsabwägungen eingegangen.

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. e BeG und § 43 Abs. 2 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (Verwaltungsprozessordnung, VPO) vom 16. Dezember 1993 kann gegen den Ausschluss aus dem Vergabeverfahren innerhalb von 10 Tagen Beschwerde beim Kantonsgericht erhoben werden. Soweit das BeG nichts anderes vorsieht, richtet sich das Verfahren nach der Verwaltungsprozessordnung (§ 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 (Erfordernis der Teilnahme am Verfahren vor der Vorinstanz bzw. keine Möglichkeit zur Teilnahme; vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz 940) und materiell (Erfordernisse des Berührtseins und des schutzwürdigen Interesses; vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz 941 ff.) unabhängig von den konkreten Chancen auf den Zuschlag beschwert (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 4. Auflage, Zürich 2013, Rz 1302 ff.; vgl. statt vieler Urteil des Kantonsgerichts, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht [KGE VV], vom 24. April 2013 [810 12 289] E. 1).

Da die Beschwerdeführerin vorliegendenfalls die Verfügung betreffend ihren Ausschluss aus dem Verfahren, nicht aber die Verfügung betreffend Zuschlag an die Beigeladene angefochten hat, stellt sich hinsichtlich des Erfordernisses der materiellen Beschwerde die Frage, ob die Zuschlagsverfügung in Rechtskraft erwachsen ist, womit die Beschwerdeführerin auch bei einem Obsiegen nicht nur keine konkreten, sondern gar keine Chancen auf Erteilung des Zuschlags hätte. Da gemäss § 33 BeG in Verbindung mit § 30 Abs. 4 BeG die Auftraggeberinnen für den Schaden haften, den sie durch eine Verfügung verursacht haben, deren Rechtswidrigkeit vom

Verwaltungsgericht festgestellt worden ist, ist die materielle Beschwer und damit die Beschwerdelegitimation auch zu bejahen, wenn nur noch die Geltendmachung von Schadenersatz und nicht mehr die Aufhebung der Zuschlagsverfügung möglich ist. Damit ist im vorliegenden Fall die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin zu bejahen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz 1302). Folglich können die Fragen offen bleiben, ob die Vergabebehörde den Zuschlag hätte erteilen dürfen, ohne den Ablauf der Rechtsmittelfrist gegen die Ausschlussverfügung abzuwarten, und ob die Beschwerdeführerin auch den Zuschlag an die Beigeladene hätte anfechten müssen. Da die übrigen formellen Erfordernisse wie Fristwahrung und Form eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

2. Die Kognition des Kantonsgerichts ist gemäss § 45 Abs. 1 lit. a und b VPO grundsätzlich auf Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung, Unterschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts beschränkt. Die Unangemessenheit kann nach § 45 Abs. 1 lit. c VPO und § 45 Abs. 2 VPO nur in hier nicht interessierenden Ausnahmefällen überprüft werden.

3. Die Beschwerdeführerin hat unbestrittenermassen das gemäss Ausschreibungsunterlagen verlangte unterschriebene Dokument der AGB ihrem Angebot nicht beigelegt. Sie reichte das unterschriebene Dokument nach Ablauf der Frist zur Offerteinreichung am 21. Januar 2014 nach. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, die Nichteinreichung der AGB sei ein Versehen ihrerseits und die Beschwerdegegnerin habe überspitzt formalistisch gehandelt, indem sie die Beschwerdeführerin wegen dieses Versehens aus dem Verfahren ausgeschlossen habe. Die Beschwerdegegnerin vertritt hingegen die Meinung, die Beschwerdeführerin habe eine unvollständige Offerte eingereicht. Da es sich dabei um einen subjektiv und objektiv wesentlichen Mangel handle, habe die Beschwerdegegnerin gar keinen Spielraum gehabt, um von einem Ausschluss abzusehen.

4.1. Gemäss § 23 BeG sind Angebote schriftlich, vollständig und innert der angegebenen Frist einzureichen. Sie müssen die in der Ausschreibung genannten Vorgaben einhalten (Abs. 1). Unvollständige oder verspätet eingetroffene Angebote werden ausgeschlossen (Abs. 2). Nach § 25 BeG sind Verhandlungen über Preise und Preisnachlässe unzulässig, soweit nicht das freihändige Verfahren durchgeführt wird (Abs. 1). Rückfragen zur Klärung des Offertinhalts sind in jedem Verfahren zulässig (Abs. 2). Nach § 24 der Verordnung zum Beschaffungsgesetz (BeV) vom 25. Januar 2000 ist über die rechtzeitig eingegangenen und vollständigen Angebote eine objektive Vergleichstabelle zu erstellen (Abs. 3). Offensichtliche Irrtümer wie Rechnungs- und Schreibfehler sind zu berichtigen. Die Berichtigungen sind in einer Aktennotiz festzuhalten (Abs. 4). Im offenen, im selektiven und im Einladungsverfahren darf nach Ablauf der Eingabefrist ein Angebot nicht mehr verändert werden (§ 25 Abs. 1 BeV). Die Aufarbeitung auf eine einheitliche Vergleichsbasis durch die Auftraggebenden stellt keine Veränderung des Angebotes dar (§ 25 Abs. 2 BeV). Abklärungen zur Aufarbeitung zu Vergleichszwecken sind in einer Aktennotiz festzuhalten (§ 25 Abs. 3 BeV).

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 dem Zweck und Charakter des Submissionsverfahrens, dass sowohl seitens der Offerenten wie auch seitens der Vergabeinstanz bestimmte Formvorschriften eingehalten werden müssen, deren Missachtung den Ausschluss der betreffenden Offerte oder die Ungültigkeit des Vergabeverfahrens nach sich ziehen kann. Nicht jede Unregelmässigkeit vermag aber eine solche Sanktion zu rechtfertigen. Vom Ausschluss einer Offerte oder von der Ungültigerklärung des Verfahrens darf abgesehen werden, wenn der festgestellte Mangel relativ geringfügig ist und der Zweck, den die in Frage stehende Formvorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.176/2005 vom 13. Dezember 2005 E. 2.4 mit Hinweisen). Die Vollständigkeit der Angebote ist für einen korrekten und transparenten Vergleich der Offerten von grundlegender Bedeutung. Unvollständigen Angeboten gegenüber ist deshalb in Nachachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes eine strenge Haltung am Platz (vgl. HERBERT LANG, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 2000 S. 335; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 2D_34/2010 vom 23. Februar 2011 E. 2.3). Eine Unvollständigkeit im Sinne von § 23 Abs. 1 BeG und damit ein Ausschlussgrund ist jedoch nur dann anzunehmen, wenn der Mangel eine gewisse Schwere aufweist. Als Folge des Verhältnismässigkeitsprinzips darf ein Anbieter wegen unbedeutender Mängel der Offerte nicht ausgeschlossen werden (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz 444).

4.3. Aus Art. 29 BV wird das Verbot des überspitzten Formalismus abgeleitet. Überspitzter Formalismus liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsvorschriften überspannte Anforderungen stellt und dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt. Nicht jede prozessuale Formstrenge steht mit diesem Grundsatz in Widerspruch, sondern nur jene, die durch kein schutzwürdiges Interesse mehr gerechtfertigt ist und zum blossen Selbstzweck wird. Ansonsten sind prozessuale Formen unerlässlich, um die ordnungsgemässe Abwicklung des Verfahrens sowie die Durchsetzung des materiellen Rechts zu gewähren. Das Bundesverwaltungsgericht leitet aus dem Verbot des überspitzten Formalismus ab, dass dem Anbieter in bestimmten Fällen Gelegenheit zu geben ist, um den ihm vorgehaltenen Formmangel zu beheben (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts [BVGE] 2007/13 vom 13. März 2007 E. 3.2). In diesem Sinne kann der Ausschluss als unverhältnismässig erscheinen, wenn lediglich Bescheinigungen (etwa betreffend Bezahlung der Steuern) fehlen, deren Nachreichung sich nicht auf das Preis-/Leistungsverhältnis der Offerte auswirkt. Demgegenüber ist der Ausschluss wegen nicht fristgerechter Einreichung von Eignungsnachweisen nicht zu beanstanden. Offerten, deren fehlende Angaben sich auf das Preis-/Leistungsverhältnis auswirken können, sind ebenfalls zwingend auszuschliessen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz 446 f.).

4.4. Beim Entscheid darüber, ob ein Angebot auszuschliessen ist, kommt der Vergabestelle ein erhebliches Ermessen zu. Ein Ermessen besteht auch hinsichtlich der Frage, ob die Unvollständigkeit eines Angebots als Ausschlussgrund zu qualifizieren oder bei der Bewertung der Zuschlagskriterien negativ zu werten ist (vgl. DANIELA LUTZ, Die fachgerechte Auswertung von Offerten - Spielräume, Rezepte und Fallstricke, in: Aktuelles Vergaberecht, Zürich 2008,

S. 225). Zu beachten gilt jedoch, dass gewisse Formfehler derart gravierend sind, dass der Ausschluss des betreffenden Angebots zwingend ist (MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz 1747 f.). In diesen Fällen steht der Vergabebehörde kein Ermessen zu, sondern das Angebot ist aus Gleichbehandlungsgründen zwingend auszuschliessen. Ab welcher Schwere ein Formfehler zwingend den Ausschluss der Offerte verlangt, lässt sich nicht allgemein formulieren, sondern ist im Einzelfall zu entscheiden (vgl. MARTIN BEYELER, Anmerkungen zum BVGE 2007/13, publiziert in: Baurecht [BR] 2007 S. 84 f.). Nach der Rechtsprechung ist ein Angebot namentlich dann zwingend vom Verfahren auszuschliessen, wenn es sich in Bezug auf wesentliche Punkte als unvollständig erweist (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.4; Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2005 S. 254 E. 2.1.1). Zu einem Ausschluss führen muss beispielsweise das Fehlen ganzer Angebotsteile oder von Angaben, welche sich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis einer Offerte auswirken (vgl. DANIELA LUTZ, a.a.O., S. 225; vgl. zum Ganzen KGE VV vom 16. Dezember 2009 [810 09 248] E. 3.2 ff.; vom 16. Mai 2012 [810 11 378] E. 4.2; vom 26. April 2006 [810 05 367] E. 5.2).

4.5. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass abhängig von der Schwere des Regelverstosses gewisse Fehler zum Ausschluss führen müssen, andere zwingend nicht zum Ausschluss führen dürfen und andere zum Ausschluss führen können (vgl. BEYELER, a.a.O., 1746 ff.). Dementsprechend wird zwischen geringfügigen, mittelschweren und schwerwiegenden Verletzungen vergaberechtlicher Vorschriften gesprochen.

5.1. Ein *geringfügiger* Fehler, liegt immer dann vor, wenn er sich auf die Missachtung einer Vorschrift beschränkt, die mit Blick auf die vergaberechtlichen Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs vergleichsweise unwesentlich oder gar ganz unerheblich ist oder wenn eine an sich zwar durchaus wesentliche Vorschrift nur ganz leicht und mit kaum oder gar nicht spürbarem Ergebnis verletzt wird. Typischerweise betreffen solche Bagatell-Offertfehler Formvorschriften und es fliesst aus der entsprechenden Verletzung kein spürbarer Wettbewerbsvorteil für den fraglichen Bieter. Darüber hinaus können auch ganz geringfügige unerlaubte inhaltliche Abweichungen von den Ausschreibungsvorgaben Bagatellfehler sein, jedoch sind inhaltliche Fehler häufig beziehungsweise schon bei recht geringem Umfang als von mittelschwerer Natur einzustufen, weil im Grunde fast jede inhaltliche Abweichung gleichsam automatisch das offerierte Preis-Leistungsverhältnis berührt und damit jedenfalls potentiell auch wettbewerbswirksam ist und im Übrigen regelmässig ein Leistungsversprechen beinhaltet, das der Auftraggeber so nicht gewollt hat. Angebote mit geringfügigen Missachtungen vergaberechtlicher Offertregeln dürfen vom Vergabeverfahren nicht ausgeschlossen werden, denn eine solch kompromisslose Durchsetzung der Angebotsregeln wäre mit Blick auf den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz unverhältnismässig; der Ausschluss einer geringfügig fehlerhaften Offerte, die aus der Regelverletzung keinen (nennenswerten) Wettbewerbsvorteil zieht, wäre überspitzter Formalismus. Soweit das überhaupt erforderlich ist, kann die Vergabestelle den Bieter zur Nachbesserung des geringfügigen Fehlers auffordern (BEYELER, a.a.O., Rz 1750 ff.).

5.2. Zwischen der Kategorie der schwerwiegenden und jener der geringfügigen Verletzungen vergaberechtlicher Angebotsvorschriften reiht sich die Kategorie der *mittelschweren* Verstösse ein: Eine Offerte verletzt dann die Angebotsregeln in mittelschwerer Weise, wenn die

Verletzung weder derart schwer wiegt, dass ihre Berücksichtigung die Gleichbehandlung und den Wettbewerb im Vergabeverfahren erheblich beeinträchtigen würde, noch derart leichtgewichtig ist, dass ein Ausschluss als überspitzt formalistisch erscheinen würde. Die mittelschwere Verletzung von vergaberechtlichen Angebotsvorschriften führt in der Regel dazu, dass die Offerte wohl einen leichten Wettbewerbsvorteil erringt, oder sie hatte zur Wirkung, dass der Bieter eine besondere Bequemlichkeit bei der Offertstellung genoss, doch bleiben die Folgen im Ergebnis gleichwohl unwirksam, bewirken also nicht kausal die Zuschlagserteilung auf die fragliche Offerte. Bei einem mittelschweren Fehler kann also gesagt werden, dass der Zuschlag auf die fehlerhafte Offerte auch dann erteilt worden wäre, wenn der fragliche Vorteil gar nicht vorläge – der Vorteil ist also nicht entscheidend für die Zuschlagserteilung. Mitunter liegt im Fehler abgesehen davon ohnehin kein spezieller Vorteil für den Bieter, so dass sich gegebenenfalls nur die Frage stellen kann, ob der Fehler dazu führt, dass das Angebotene erheblich vom Willen des Auftraggebers mit Bezug auf das angestrebte Geschäft abweicht. Offerten mit mittelschweren Verletzungen vergaberechtlicher Angebotsvorschriften darf die Vergabestelle ausschliessen – aber sie darf sie auch im Verfahren belassen: Es liegt insoweit ausschliesslich im Ermessen der Vergabestelle, ob sie die mittelschwer fehlerhafte Offerte ausschliessen oder berücksichtigen will. Soweit die Offerte im Verfahren bleibt und wenn das der Gleichbehandlung der übrigen Bieter zuträglich ist, kann und soll die Vergabestelle den Bieter zur Nachbesserung seiner Offerte auffordern, ansonsten (wenn der Bieter der Korrektur nicht zustimmen will) gleichwohl ausschliessen. Das Ermessen, das der Vergabestelle betreffend Entscheid über Ausschluss oder Nichtausschluss einer mittelschwer fehlerhaften Offerte zukommt, ist pflichtgemäss und daher widerspruchsfrei auszuüben. Widerspruchsfrei heisst, dass die Vergabestelle alle Offerten mit in ihrer Schwere vergleichbaren Fehlern je nachdem im Verfahren belassen oder eben ausschliessen muss (BEYELER, a.a.O., Rz 1756 ff.; vgl. auch MARTIN BEYELER, Anmerkungen zum Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B_93/2007, publiziert in: BR 2007 S. 207 f.).

5.3. Ein *schwerwiegender* Offertfehler, welcher zwingend zum Ausschluss bzw. zur Nichtberücksichtigung beim Zuschlag führen muss, liegt immer dann vor, wenn die Offerte verspätet eingereicht wird, wenn sie inhaltlich erheblich von den durch die Vergabestelle aufgestellten Bedingungen abweicht oder wenn ihre Form erheblich von derjenigen abweicht, die sie gemäss den gesetzlichen Regeln und den Vorgaben der Vergabestelle hätte annehmen müssen (BEYELER, a.a.O., Rz 1747).

6.1. Da bei der Entscheidung, ob eine unvollständige Offerte vom Verfahren auszuschliessen ist, oder allenfalls die Gelegenheit zu geben ist, die fehlenden Unterlagen nachzureichen, allgemeine Grundsätze wie der Gleichbehandlungsgrundsatz, das Verhältnismässigkeitsprinzip, das Transparenzgebot, das Gebot des überspitzten Formalismus und Grundsätze der Wirtschaftlichkeit eine massgebliche Rolle spielen, rechtfertigt sich ein Blick auf Entscheide anderer Kantone.

6.2. Das Zürcher Verwaltungsgericht hat entschieden, dass das Fehlen einer Referenzliste in der Offerte trotz entsprechender Vorschrift in den Ausschreibungsunterlagen im konkreten Fall keine Verletzung wesentlicher Formvorschriften darstelle, da die betreffende Anbieterin im

Beilagenverzeichnis ihres Angebots auf die Referenzliste hingewiesen, aber nach dem Vorbringen der Vergabebehörde die Liste gleichwohl nicht beigelegt habe. Damit sei das Fehlen der Referenzliste klar als Versehen erkennbar gewesen. Ein Ausschluss dieser Anbieterin rechtfertige sich umso weniger, als die Zuschlagsempfängerin unbestrittenermassen ebenfalls keine Referenzliste eingereicht habe, die Vergabebehörde aber diesbezüglich geltend gemacht habe, diese sei von früheren Aufträgen her bekannt. Dabei verstosse es gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, dass die Vergabebehörde bei einer Anbieterin auf früher namhaft gemachte Referenzen abstelle, während der anderen nicht einmal Gelegenheit gegeben werde, die Referenzliste nachzureichen, wenn diese trotz des Verweises im Beilagenverzeichnis angeblich vergessen worden sei. Bereits aus diesem formellen Grund sei der Zuschlag aufzuheben (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich [VB.2001.00215] vom 23. November 2001).

In einem weiteren Fall ist das Zürcher Verwaltungsgericht zum Schluss gekommen, der Anbieter dürfe in einem Submissionsverfahren, in welchem die Ausschreibungsunterlagen die Einreichung einer Referenzliste verlangten, nicht einfach darauf vertrauen, dass die von ihm ausgeführten Aufträge für die Gemeindeverwaltung bereits bekannt seien und für die Bewertung genügen. Obschon der Anbieter in Folge Nichteinreichung der in der Ausschreibung verlangten Referenzliste aus dem Verfahren hätte ausgeschlossen werden können, sei es auch zulässig gewesen, auf den Ausschluss zu verzichten, aber sein Angebot unter dem Kriterium "Erfahrung" mit null Punkten zu bewerten (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich [VB.2003.0028] E. 3.5, zitiert in: GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz 460).

Das Aargauer Verwaltungsgericht hat seine Ausschlusspraxis wegen Verletzung wesentlicher Formvorschriften in einem Fall vom 25. Oktober 2005 zusammengefasst. Umstritten war, ob die Beschwerdeführerin die verlangte Selbstdeklaration ihrem Angebot beigelegt hatte. Untergeordnete Mängel eines Angebots dürften nach Auffassung des Gerichts im Rahmen der Offerbereinigung beseitigt werden. Betreffe die Unvollständigkeit wesentliche Punkte des Angebots, müsse es ausgeschlossen werden. Insofern liege ein ähnlicher Sachverhalt vor wie bei einem bei der Vergabestelle verspätet eingetroffenen Angebot, welches von Gesetzes wegen ausgeschlossen werden müsse. Das Verwaltungsgericht hob den Ausschluss der beschwerdeführenden Offerentin im Wesentlichen mit der Begründung auf, dass die Informationen, welche in der Selbstdeklaration und in den fehlenden Seiten der Offerte hätten gemacht werden müssen, den der Offerte beigelegten Unterlagen hätten entnommen werden können. Zudem hätte das Verschweigen der nachgefragten Angaben in der Selbstdeklaration nichts enthalten, aus deren bewusstem Verschweigen sich die Beschwerdeführerin irgendeinen Vorteil hätte verschaffen können (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 25. Oktober 2005, publiziert in: AGVE 2005 Nr. 52 S. 252 ff.).

6.3. Das Zürcher Verwaltungsgericht hielt in einem Entscheid aus dem Jahre 2010 fest, dass sich das Vergaberecht gerade bei der Offerteingabe durch eine besondere Formstrenge ausweise. Es schützte den Ausschluss einer Offerte, in welcher negative Einheitspreise bzw. reine Platzhalterpreise enthalten waren und führte aus, dass wenn die Vergabebehörde in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich bekannt mache, dass sie keine negativen Einheitspreise oder reine Platzhalterpreise akzeptiere und solche Eingaben vom Vergabeverfahren aus-

schliesse, im Fall einer Widerhandlung der Ausschluss streng gehandhabt werden dürfe. Dieser stelle keinen überspitzten Formalismus dar, auch wenn die betreffenden Positionen geringfügiger Natur seien (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich [VB.2010.00402] vom 15. Dezember 2010 E. 2.3).

7.1. Die Gemeinde B._____ schrieb in ihren Ausschreibungsunterlagen unter dem Titel Eignungskriterien (S. 2), dass verspätete, am falschen Ort eingegebene und unvollständige Angebote nicht berücksichtigt werden könnten. Auf Seite 16 ihrer Ausschreibungsunterlagen wurde unter dem Titel "D) Offerteinreichung" festgehalten, dass damit die Offerte berücksichtigt werden könne, folgende Unterlagen einzureichen seien:

„- **Unterlagen Submission Architekturleistungen Neubau Gemeindeverwaltung B._____** (ergänzt und unterschrieben)

- **Honorarkalkulation inkl. deren Herleitung nach SIA 102**

- eigene **Angaben zum Projektteam** (Architektur und Bauleiter)

- eigene **Angaben zu Referenzobjekten** des Projektteams inkl. Kontaktinformationen

- **AGB Bauverwaltung D._____** (unterschrieben)

Unvollständige Offerten müssen von der Submission ausgeschlossen werden.“ (Fettdruck im Original)

7.2. Aus den Ausschreibungsunterlagen war unmissverständlich klar, welche Bedeutung die AGB für die Vergabestelle hatten, und dass mit der Offerte die unterschriebenen AGB einzureichen waren, ansonsten die Offerte vom Verfahren ausgeschlossen würde. Eine Vergabestelle kann durch ihre Ausschreibungsunterlagen nicht zwingende gesetzliche Bestimmungen oder Grundsätze ausser Kraft setzen. So verhindert auch eine derartige Formulierung in den Ausschreibungsunterlagen wohl nicht, dass aufgrund des Grundsatzes des Gleichheitsgebotes und des Verbotes des überspitzten Formalismus eine Offerte nicht ausgeschlossen werden darf, wenn die Unvollständigkeit von absolut irrelevanter Tragweite ist. Auf Grund der Ausschreibungsunterlagen ist aber die Bedeutung der AGB für die Vergabestelle deutlich. Ebenso wird wohl eine Vergabestelle, welche derartige Ausschreibungsunterlagen verfasst, bei mittelschwer fehlerhaften Offerten ihr Ermessen dahingehend ausüben, dass sie diese ausschliesst.

7.3. Die AGB regeln Abschluss, Inhalt und Abwicklung von Verträgen für die Beschaffungen von Leistungen und Gütern. Sie enthalten unter anderem Regeln betreffend Rabatt, Skontoabzug, Dauer der Verbindlichkeit des Angebots nach Einreichung, Fremdkosten, Verzug und Konventionalstrafe. Die AGB regeln somit wichtige Bestandteile einer Offerte und können sich auf das Preis-/Leistungsverhältnis auswirken. Eine Offerte, welche als Bestandteil die Geltung der AGB vorsieht, ist somit auch nicht vergleichbar mit einer Offerte, für welche die AGB nicht gelten.

7.4. Die mangelnden Angaben bezüglich des Regelungsgehalts der AGB stellen somit sicherlich nicht einen geringfügigen Fehler dar, womit der Ausschluss aus dem Verfahren möglich bzw. zwingend ist. Die Frage, ob es sich um eine schwere oder mittelschwere fehlerhafte Offer-

te handelt, kann offen gelassen werden. Handelt es sich um eine schwere fehlerhafte Offerte, ist die Beschwerdeführerin auf jeden Fall aus dem Verfahren auszuschliessen. Ist die Fehlerhaftigkeit als mittelschwer einzustufen, so liegt der Entscheid des Ausschlusses im Ermessen der Vergabestelle. Die Vergabestelle hat in ihren Ausschreibungsunterlagen unmissverständlich erklärt, dass die AGB wichtiger Bestandteil der Offerte seien, und deren Fehlen zum Ausschluss des Verfahrens führen würde. Gemäss Protokoll der Sitzung der Besonderen Baukommission H.____ (Vertreterin der Gemeinde B.____) vom 16. Januar 2014 betreffend Neubau Gemeindeverwaltung im Dorfkern fehlten bei drei Offerten die AGB. Alle drei wurden aus dem Verfahren ausgeschlossen. Damit hat die Vergabestelle ihr Ermessen pflichtgemäss und rechtsgleich ausgeübt.

Daran ändert auch das anlässlich der heutigen Verhandlung Erläuterte nichts, dass die zur Verfügung gestellte Zeit für die Ausarbeitung der Offerte knapp war. Ebenso wenig vermag die Beschwerdeführerin aus dem Umstand, dass die Gemeinde alle Ausschreibungsunterlagen digital gesandt hat, etwas zu ihren Gunsten ableiten. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die AGB als Anhang erst beim herunterscrollen sichtbar und erst nach langem Suchen ganz hinten in der E-Mail zu finden gewesen seien. Wie aus dem von der Gemeinde eingereichten Printscreen des Versands der E-Mail vom 20. Dezember 2013 betreffend Ausschreibungsunterlagen zu sehen ist, sind die AGB als Anhang aufgelistet. Zudem sind auf Seite 16 der Ausschreibungsunterlagen die Beilagen aufgezählt. Diese umfassen gemäss Ausschreibungsunterlagen die Dokumentation Vorprojekt (genereller Beschrieb, kubische Berechnung, approximative Berechnung), Pläne Vorprojekt, Rahmenterminprogramm sowie die AGB. Zudem wurde – wie bereits ausgeführt – in den Ausschreibungsunterlagen klar und durch Fettdruck hervorgehoben festgehalten, dass die unterschriebenen AGB einzureichen seien. Der Einwand der Beschwerdeführerin, die AGB seien nur durch herunterscrollen zu finden gewesen, ist somit unerheblich.

7.5. Zu prüfen ist noch, ob das Fehlen der AGB aus der eingereichten Offerte als Versehen erkennbar war und die Nachreichung der unterzeichneten AGB als zulässig zu erachten gewesen wäre. Dabei kann offen gelassen werden, ob das erkennbare Versehen bei schwerwiegenden und mittelschweren Regelverstössen (bei denen die Vergabebehörde bei der Entscheidung über den Ausschluss ihr Ermessen pflichtgemäss ausgeübt hat) überhaupt zu einer Zulassung der Nachreichung führen kann, da das Versehen im vorliegenden Fall aufgrund der eingereichten Offerte nicht erkennbar war, was nicht gleichzeitig heissen muss, dass es sich nicht dennoch um ein bedauerliches Versehen handelte. Anders als im obgenannten Fall des Zürcher Verwaltungsgerichts (VB.2001.00215) betreffend die nicht eingereichte Referenzliste war aus der Offerte nicht erkennbar, dass die AGB versehentlich der Offerte nicht beigelegt wurden. Ebenso wenig enthielten die Offerte und die eingereichten Unterlagen – anders als im obgenannten Fall des Aargauer Verwaltungsgerichts (AGVE 2005 Nr. 52 S. 252 ff.) – Angaben, die die Bestimmungen der AGB auch ohne dessen Einreichung zum Inhalt der Offerte gemacht hätten. Nicht relevant ist auch der Umstand, dass die Nachreichung der unterschriebenen AGB – anders als die “Nachreichung von nicht ausgefüllten Offertposten” – keinen Spielraum für die Änderung des Inhalts der AGB liess. Denn wesentlich ist im vorliegenden Fall im Gegensatz zu den Fällen, bei denen unwesentliche inhaltliche Mängel der Offerte allenfalls im Rahmen der

Rückfragen zur Klärung des Offertinhalts nach der Offerteinreichung durch den Anbieter vollständig werden können, unter anderem nicht, ob und im welchem Umfang die säumige Offerentin die Möglichkeit hatte, den Inhalt der AGB (und somit der Offerte) durch die Nachreichung anders zu gestalten, sondern, ob die AGB nachträglich zu einem Bestandteil der Offerte gemacht werden durften.

7.6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die AGB einen wesentlichen Bestandteil der Offerte darstellten. Des Weiteren handelt es sich bei der nicht fristgerechten Einreichung der AGB entweder um einen schwerwiegenden Regelverstoss, womit der Ausschluss aus dem Verfahren zwingend zu erfolgen hatte, oder um einen mittelschweren Regelverstoss, womit die Entscheidung des Ausschlusses im Ermessen der Vergabebehörde lag. Da die Beschwerdegegnerin durch die klaren Ausschreibungsunterlagen die Wichtigkeit der AGB und deren Einreichung und die Konsequenzen der Nichteinreichung unmissverständlich kundgetan hat, die AGB auch objektiv gesehen wesentlich waren und die Beschwerdegegnerin alle nicht vollständigen Angebote aus dem Verfahren ausgeschlossen hat, hat sie ihr Ermessen pflichtgemäss und rechtsgleich ausgeübt. Zudem war – falls für die Beurteilung überhaupt wesentlich – aufgrund der eingereichten Offerte nicht zu erkennen, dass die AGB versehentlich nicht eingereicht wurden. Ebenso wenig beinhalteten weder andere eingereichte Unterlagen noch der Inhalt der Offerte selbst Angaben, aufgrund derer der Inhalt der AGB als Teil der Offerte hätte betrachtet werden müssen. Damit ist der Entscheid der Beschwerdegegnerin nicht zu beanstanden und die Beschwerde abzuweisen.

8.1. Es bleibt noch über die Kosten zu entscheiden. Gestützt auf § 20 Abs. 1 VPO in Verbindung mit § 20 Abs. 3 VPO werden die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'800.-- der unterliegenden Beschwerdeführerin auferlegt.

8.2. Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei kann für den Beizug eines Anwalts bzw. einer Anwältin eine angemessene Parteientschädigung zu Lasten der Gegenpartei zugesprochen werden. Gemäss § 21 Abs. 2 VPO haben die Gemeinden nur Anspruch auf eine Parteientschädigung, sofern der Beizug eines Anwalts gerechtfertigt war. Nach der Rechtsprechung des ehemaligen Verwaltungsgerichts (heute Kantonsgericht) und des Kantonsgerichts wird den Gemeinden gestützt auf § 21 Abs. 2 VPO generell nur ein Anspruch auf Parteientschädigung eingeräumt, wenn der Beizug eines externen Rechtsvertreters im Einzelfall auch für Gemeinden mit juristischer Fachkompetenz innerhalb der eigenen Verwaltung gerechtfertigt erscheint (vgl. statt vieler: KGE VV vom 23. Januar 2013 [810 11 146] E. XIV.2; vom 17. November 2010 [810 10 112] E. 14.2.1; vom 10. März 2010 [810 09 268] E. 8.2.2; VGE Nr. 62 vom 21. April 1999). Dies trifft vor allem dann zu, wenn für eine angemessene Prozessvertretung rechtliches Spezialwissen gefordert ist, das über die bei der Rechtsanwendungstätigkeit erforderlichen Kenntnisse hinausgeht und über welches gemeindeeigene Rechtsdienste normalerweise nicht verfügen. Die Fragestellungen erweisen sich vorliegendenfalls nicht als derart komplex, dass in diesem Sinne juristisches Spezialwissen erforderlich gewesen wäre. Aus diesem Grund wird der Gemeinde keine Parteientschädigung zugesprochen. Die Parteikosten werden somit wettgeschlagen.

Demgemäss wird **e r k a n n t**:

://:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'800.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'500.-- verrechnet. Der zu viel bezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 700.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.
3. Die Parteikosten werden wettgeschlagen.