



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

vom 12. August 2015 (810 15 94)

Submission

Nichteinhaltung der Frist zur Einreichung der Offerte

Besetzung Präsidentin Franziska Preiswerk-Vögtli, Kantonsrichter Beat Walther,
Niklaus Ruckstuhl, Jgnaz Jermann, Yves Thommen, Gerichtsschreiber
Marius Wehren

Parteien **A._____ AG**, Beschwerdeführerin, vertreten durch Eduard Schoch,
Rechtsanwalt

gegen

Einwohnergemeinde B._____, Beschwerdegegnerin

Beigeladene **C._____ AG**, vertreten durch Christian Munz, Rechtsanwalt

Betreff Submission Erneuerung Hallenbadlüftung
(Zuschlagsentscheid der Gemeinde B._____ vom 31. März 2015)

A. Am 29. Januar 2015 schrieb die Einwohnergemeinde B._____ die Beschaffung "Sanierung Schwimmbadlüftung Hallenbad B._____" im Rahmen des offenen Verfahrens aus. Mit Entscheidung vom 31. März 2015 erteilte sie der C._____ AG den Zuschlag zum Preis von Fr. 280'713.60.

B. Mit Eingabe vom 7. April 2015 erhob die A.____ AG, vertreten durch Eduard Schoch, Rechtsanwalt in Dornach, gegen den Zuschlagsentscheid der Einwohnergemeinde B.____ (Beschwerdegegnerin) Beschwerde beim Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht (Kantonsgericht). Sie stellt das Rechtsbegehren, es sei ihr in Aufhebung des angefochtenen Entscheids der Zuschlag zum Preis von Fr. 292'829.05 zu erteilen. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte sie, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

C. In ihrer Stellungnahme vom 15. April 2015 teilte die Beschwerdegegnerin mit, dass sie gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung nichts einzuwenden habe. Mit Stellungnahme vom 22. April 2015 beantragte die zum Verfahren beigeladene C.____ AG, vertreten durch Christian Munz, Rechtsanwalt in Baden, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht zu gewähren.

D. Mit Präsidialverfügung vom 5. Mai 2015 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt.

E. In ihrer Vernehmlassung vom 5. Mai 2015 beantragt die Beschwerdegegnerin, es sei die Beschwerde abzuweisen.

F. Die Beigeladene beantragt mit Vernehmlassung vom 21. Mai 2015 ebenfalls die Abweisung der Beschwerde.

G. Am 10. Juni 2015 reichte die Beschwerdeführerin eine Replik ein.

H. Die Beschwerdegegnerin und die Beigeladene reichten am 24. Juni 2015 und 2. Juli 2015 eine Duplik ein.

I. Mit Präsidialverfügung vom 6. Juli 2015 wurde der Fall der Kammer zur Beurteilung überwiesen.

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. Die 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. Streitgegenstand bildet die Frage, ob die Beschwerdegegnerin das Angebot der Beigeladenen zu Recht berücksichtigte bzw. ob sie dieses zufolge Fristversäumnis hätte ausschliessen müssen.

4.1 Gemäss der Ausschreibung mussten die Angebote bis 17. März 2015, 11.00 Uhr, bei der Abteilung Bau der Gemeinde B._____ eingetroffen sein. Den Akten zufolge wurde das Angebot der Beigeladenen im Offertöffnungsprotokoll vom 17. März 2015 zunächst nicht aufgeführt, sondern das Protokoll wurde nachträglich um das Angebot der Beigeladenen ergänzt und mit dem Vermerk "Offerte wurde rechtzeitig in Briefkasten eingereicht" versehen. Mit Schreiben vom 18. März 2015 teilte die Beschwerdegegnerin den Submittenten mit, dass ihr ein Fehler unterlaufen sei. Sie habe den Briefkasten zu früh entleert, es sei termingerecht noch ein Angebot im Briefkasten eingereicht worden.

4.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Behauptung der Beschwerdegegnerin, die Unterlagen der Zuschlagsempfängerin seien rechtzeitig eingereicht worden, unbewiesen sei. Soweit die Beigeladene geltend mache, dass zwei ihrer Angestellten das Angebot am 17. März 2015 um ca. 10.40 Uhr in den Briefkasten der Vergabestelle eingeworfen hätten, habe dies als bestritten zu gelten. Die entsprechenden Behauptungen seien in keiner Weise glaubhaft, zumal die beiden als Zeugen angerufenen Angestellten in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Beigeladenen stünden und mithin als befangen anzusehen seien. Den schriftlichen Bestätigungen der Angestellten sei deshalb jeglicher Beweiswert abzuspochen. In Bezug auf die Frage der Rechtzeitigkeit des Angebots der Beigeladenen sei mithin von einer Beweislosigkeit auszugehen. Das Angebot der Beigeladenen habe gestützt darauf als verspätet zu gelten, was zwingend zu dessen Ausschluss hätte führen müssen.

4.3 Die Beschwerdegegnerin macht im Wesentlichen geltend, dass der Briefkasten der Abteilung Bau am 17. März 2015 zuletzt um ca. 10.30 Uhr geleert worden sei. Um 11.00 Uhr habe die Offertöffnung stattgefunden, wobei das Angebot der Beigeladenen nicht vorgelegen habe. Am Morgen des 18. März 2015 um ca. 9.30 Uhr habe man die Offerte der Beigeladenen im Briefkasten gefunden. Da es möglich sei, dass die Offerte der Beigeladenen am 17. März

2015 zwischen 10.30 Uhr und 11.00 Uhr in den Briefkasten gelegt worden sei, habe man sie als rechtzeitig eingetroffen betrachtet und folglich noch berücksichtigt. Der festgestellte Mangel sei nach Auffassung der Beschwerdegegnerin nicht derart gravierend, dass das Angebot der Beigeladenen hätte ausgeschlossen werden müssen, dies auch unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit. Schliesslich habe man auch keinen Beweis dafür, dass das Angebot nicht rechtzeitig eingereicht worden sei.

4.4 Die Beigeladene führt zusammengefasst aus, dass ihre beiden Angestellten, die Herren D.____ und E.____, den Auftrag erhalten hätten, das Angebot der Beigeladenen an die Adresse der Abteilung Bau, X.____-gasse in B.____, zu überbringen. Nachdem Herr E.____ zuvor erfolglos an die Aussentüre des Hauses an der X.____-gasse geklopft und geklingelt habe, habe er das Angebot am 17. März 2015 um ca. 10.40 Uhr in den Briefkasten der Abteilung Bau eingeworfen. Die Beigeladene könne mit den entsprechenden schriftlichen Stellungnahmen der beiden Mitarbeiter sowie deren Befragung als Zeugen den Nachweis erbringen, dass sie ihr Angebot fristgerecht eingereicht habe. Soweit die Beschwerdeführerin geltend mache, dass die Herren D.____ und E.____ als befangen betrachtet werden müssten, seien diese Vorwürfe unbegründet. Das Kantonsgericht stelle die für den Entscheid wesentlichen Tatsachen von Amtes wegen fest und sei in der Beweiswürdigung frei. Die Zeugeneinvernahmen der Herren D.____ und E.____ stellten ein wichtiges und entscheidewesentliches Beweismittel dar und eine Nichtberücksichtigung dieser Zeugenaussagen liesse die Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung als willkürlich erscheinen. Der Verzicht auf eine Einvernahme der beiden Angestellten würde folglich zu einem willkürlichen Entscheid führen. Die Würdigung der Zeugenaussagen und der Tatsache, dass es sich bei den Herren D.____ und E.____ um Angestellte der Beigeladenen handle, obliege dem Gericht.

5.1 Gemäss § 23 Abs. 1 BeG sind Angebote schriftlich, vollständig und innert der angegebenen Frist einzureichen. Sie müssen die in der Ausschreibung genannten Vorgaben einhalten (Satz 2). Unvollständige oder verspätet eingetroffene Angebote werden ausgeschlossen (§ 23 Abs. 2 BeG).

5.2 Es entspricht dem Zweck und Charakter des Submissionsverfahrens, dass sowohl seitens der Offerenten als auch seitens der Vergabebehörde 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 indes 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 (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.176/2005 vom 13. Dezember 2005 E. 2.4 mit Hinweisen). Umgekehrt sind gewisse Formfehler derart gravierend, dass der Ausschluss des betreffenden Angebots zwingend ist. In diesen Fällen steht der Vergabebehörde kein Ermessen zu, sondern das Angebot ist aus Gleichbehandlungsgründen zwingend auszuschliessen (vgl. Urteil des Kantonsgerichts, Abteilung Verfassungs- und Veraltungsrecht [KGE VV], vom 16. Dezember 2009 [810 09 248] E. 3.4; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012,

N 1747 f.). Dies gilt namentlich auch in Bezug auf die Nichteinhaltung der Frist zur Einreichung der Offerte, welche nach der Lehre und Rechtsprechung als schwerer Formfehler zwingend zum Ausschluss des Angebots führt (vgl. BEYELER, a.a.O., N 1854 f.; GALLI/MOSER/ LANG/ STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2013, N 507 ff.; DANIELA LUTZ, Die fachgerechte Auswertung von Offerten - Spielräume, Rezepte und Fallstricke, in: Zufferey/ Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht, Zürich 2008, S. 223; ELISABETH LANG, Die Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau zum Submissionsrecht, in: ZBI 103/2002 S. 473; KGE VV vom 17. September 2014 [810 14 179] E. 4.3; AGVE 2013 S. 214 ff. E. 4.1.1; Urteil des Bundesgerichts 2D_50/2009 vom 25. Februar 2010 E. 2.4; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 24. November 2004 [VB.2004.00331] E. 2.1).

6.1 Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Beigeladene ihr Angebot fristgemäss bei der Abteilung Bau der Gemeinde B._____ einreichte.

6.2.1 Gemäss § 12 Abs. 1 VPO stellt das Gericht die für den Entscheid wesentlichen Tatsachen von Amtes wegen fest. Der Untersuchungsgrundsatz wird 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, die eine Partei besser kennt als die Behörden und welche diese ohne deren Mitwirkung gar nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben können (vgl. KGE VV vom 17. September 2014 [810 14 179] E. 5.1).

6.2.2 Der Untersuchungsgrundsatz hat keinen Einfluss auf die objektive Beweislast. Bleibt ein Sachumstand unbewiesen, so muss die beweisbelastete Partei die Folgen der Beweislosigkeit tragen (vgl. THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N 6 zu Art. 18; KASPAR PLÜSS, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 2014, N 157 ff. zu § 7). Der allgemeine Grundsatz von Art. 8 ZGB, wonach derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache beweisen muss, der aus ihr Rechte ableitet, ist auch im Prozessrecht massgeblich. Die Beweislast für die Rechtzeitigkeit einer Parteihandlung im Verfahren trifft grundsätzlich jene Partei, welche diese Handlung vorzunehmen hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_704/2014 vom 10. Februar 2015 E. 3.4 mit Hinweisen). Die Rechtzeitigkeit der Eingabe muss mit Gewissheit feststehen, d.h. es ist der volle Beweis erforderlich. Soweit die Beigeladene auf den im materiellen Sozialversicherungsrecht regelmässig anwendbaren herabgesetzten Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit verweist, genügt dies im vorliegenden Fall somit nicht (vgl. KATHRIN AMSTUTZ/PETER ARNOLD, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2011, N 8 zu Art. 48; PLÜSS, a.a.O., N 41 zu § 11).

6.2.3 Aus den Verfahrensrechten der Parteien ergeben sich bestimmte Mindestanforderungen an die Untersuchungspflicht. Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verpflichtet die entscheidende Behörde grundsätzlich, ihr rechtzeitig und formrichtig angebotene Beweismittel abzunehmen (Beweisabnahmepflicht). Allerdings steht die Verfassungsgarantie einer vorweggenommenen Beweiswürdigung nicht entgegen, wenn das Gericht ohne Willkür

annehmen kann, seine Überzeugung werde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_794/2012 vom 11. Juli 2013 E. 3.2 mit Hinweisen; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, a.a.O., Art. 18 N 10).

6.3.1 Sind wie im vorliegenden Fall keine Angaben der Post über den Zeitpunkt der Aufgabe bzw. Zustellung einer Eingabe vorhanden, so kann deren Rechtzeitigkeit mit anderen zum Beweis tauglichen Mitteln nachgewiesen werden. In solchen Fällen kann der Beweis der Fristwahrung insbesondere auch durch Zeugen geleistet werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_201/2014 vom 26. Juni 2014 E. 1.1).

6.3.2 Die Beigeladene reicht in diesem Zusammenhang schriftliche Stellungnahmen ihrer beiden Angestellten D.____ und E.____ ein. Sie stellt ausserdem den Beweisantrag, diese als Zeugen zu befragen. In ihren Stellungnahmen vom 17. April 2015 führen die genannten Personen aus, dass Herr E.____ die Submissionsunterlagen der Beigeladenen am 17. März 2015 zwischen 10.30 Uhr und 10.40 Uhr im Briefkasten der Abteilung Bau, X.____-gasse in B.____, eingeworfen habe. Sie schildern übereinstimmend, dass Herr E.____ zuvor an der Tür geklingelt und an die Fenstertüre geklopft habe, worauf sich jedoch niemand gemeldet habe.

6.3.3 Zu den fraglichen Stellungnahmen ist festzustellen, dass diese von Angestellten der Beigeladenen stammen, welche zu dieser somit in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen. Hinzu kommt, dass die beiden Mitarbeiter persönlich mit der Übermittlung des Angebots der Beigeladenen betraut waren. Angesichts der daraus resultierenden Eigeninteressen sowie der engen Verbindung zur Beigeladenen kann ihren schriftlichen Stellungnahmen ebenso wie allfälligen Zeugenaussagen von vornherein nicht die im vorliegenden Fall erforderliche Beweiskraft zukommen. Die Aussagen der beiden Angestellten können aufgrund der genannten Umstände letztlich nur als Parteibehauptung gewürdigt werden. Zwar lassen es ihre Sachverhaltsschilderungen als durchaus möglich oder gar wahrscheinlich erscheinen, dass sie das Angebot der Beigeladenen noch vor Fristablauf in den Briefkasten der Abteilung Bau eingeworfen haben. Den von der Beigeladenen angestrebten Beweis der Fristeinhaltung im Sinne des geforderten Vollbeweises vermögen die Stellungnahmen sowie allfällige Zeugenaussagen der beiden Mitarbeiter indes nicht zu erbringen. Von deren Befragung als Zeugen ist demnach in antizipierter Beweiswürdigung abzusehen und der entsprechende Beweisantrag ist abzuweisen.

6.3.4 Nach dem Gesagten bleibt festzustellen, dass die Beigeladene den Nachweis der Fristwahrung im Zusammenhang mit der Einreichung ihres Angebots nicht zu erbringen vermag. Da sie wie bereits ausgeführt die Folgen der Beweislosigkeit tragen muss, hätte ihr Angebot zwingend ausgeschlossen werden müssen. Die Auffassung der Beschwerdegegnerin, wonach vom Ausschluss des Angebots der Beigeladenen unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit habe abgesehen werden dürfen, erweist sich als unzutreffend (E. 5.2).

7. Gestützt auf diese Erwägungen ist in Gutheissung der Beschwerde der Zuschlagsentscheid vom 31. März 2015 aufzuheben. Da im vorliegenden Fall einzig noch die Beschwerdeführerin für den Zuschlag in Betracht kommt, ist der Zuschlag an sie zu erteilen.

8.1 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 hälftige Aufteilung der Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'400.-- zwischen der Beschwerdegegnerin und der Beigeladenen als gerechtfertigt. Der Beigeladenen sind demzufolge Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 700.-- aufzuerlegen. Der Gemeinde können in Fällen wie dem vorliegenden keine Verfahrenskosten auferlegt werden (§ 20 Abs. 3 und 4 VPO).

8.2 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. Ausgehend von dem in der Honorarnote vom 13. Januar 2015 ausgewiesenen Aufwand von 8.75 Stunden ist die Parteientschädigung auf insgesamt Fr. 2'428.70 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) festzusetzen und jeweils zur Hälfte, d.h. im Umfang von jeweils Fr. 1'214.35, der Beschwerdegegnerin und der Beigeladenen aufzuerlegen.

Demgemäss wird **erkannt**:

- ://:
1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Zuschlagsentscheid vom 31. März 2015 aufgehoben und der Zuschlag wird an die Beschwerdeführerin erteilt.
 2. Der Beigeladenen werden Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 700.-- auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'800.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.
 3. Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'428.70 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) zugesprochen, welche jeweils zur Hälfte, d.h. im Umfang von jeweils Fr. 1'214.35, der Beschwerdegegnerin und der Beigeladenen auferlegt wird.

Präsidentin

Gerichtsschreiber