



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

vom 21. Januar 2015 (810 14 319)

Submission

Zurechnung von Tatsachen und Rechtspositionen im Konzernverhältnis

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 Dr. David Dussy, Advokat

Betreff

Arbeitsvergabe Entsorgungsdienstleistungen (Abfuhr Kehricht, Sperr-
gut, Grüngut)
(Entscheid der Einwohnergemeinde B._____ vom 6. Oktober 2014)

A. Die Einwohnergemeinde B.____ schrieb im Amtsblatt des Kantons Basel-Landschaft vom 10. Juli 2014 den Auftrag für die Abfuhr von Siedlungsabfällen der Gemeinde (Abfuhr Kehricht, Sperrgut, Grüngut) ab dem 1. Januar 2015 für die Dauer von vier Jahren im offenen Verfahren aus. Mit Entscheid vom 6. Oktober 2014 erteilte sie der C.____ AG, Pratteln, den Zuschlag.

B. Mit Eingabe vom 17. Oktober 2014 hat die im dritten Offertrang platzierte A.____ AG, vertreten durch Michael Kunz, Advokat, gegen den Zuschlagsentscheid beim Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht (Kantonsgericht), Beschwerde erhoben. Sie beantragt, der Zuschlag vom 6. Oktober 2014 sei aufzuheben und der Zuschlag sei 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. Weiter sei ihr nach Vorliegen des begründeten Vergabeentscheids Frist zu setzen zur Beschwerdebegründung.

C. Mit präsidialer Verfügung vom 21. Oktober 2014 erteilte das Kantonsgericht der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung.

D. Die Einwohnergemeinde B.____ begründete den Vergabeentscheid mit Schreiben an die Beschwerdeführerin vom 31. Oktober 2014. Sie erläuterte ihre Bewertung bezüglich des vorliegend einzig interessierenden Kriteriums "Lehrlingsausbildung" dahingehend, dass die Ausbildung eines Lehrlings mit der vollen Punktzahl bewertet worden sei. In der vorliegenden Vergabe habe allerdings keiner der Anbieter diese Vorgabe erfüllt. Der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Lehrling sei ebenfalls mit null Punkten bewertet worden, da aus dem eingereichten Zusammenarbeitsvertrag zwischen der D.____ AG und dem Verein Berufslernverbund E.____ eindeutig und unmissverständlich hervorgehe, dass das angeführte Lehrverhältnis mit einer anderen juristischen Person abgeschlossen worden sei.

E. Die Beschwerdeführerin reichte am 5. November 2014 die Beschwerdebegründung ein. Sie führt im Wesentlichen aus, die Beschwerdegegnerin habe das mit 5% gewichtete Zuschlagskriterium "Lehrlinge" falsch bewertet und ihr zu Unrecht in dieser Hinsicht keine Punkte zugesprochen. Sie sei die Tochtergesellschaft der D.____ AG, welche einen Lehrling beschäftige. Sie habe in ihrer Offerte bestätigt, dass sie einen Lehrling ausbilde, weshalb bei ihrem Angebot die Lehrlingsausbildung mit fünf Punkten zu bewerten sei. Bei Hinzuzählung dieser Punkte habe sie die höchste Punktzahl erreicht, der Zuschlag sei dementsprechend ihr zu erteilen.

F. Die beigeladene C.____ AG, vertreten durch Dr. David Dussy, Advokat, stellt in der Stellungnahme vom 21. November 2014 in der Hauptsache den Antrag, die Beschwerde sei kostenpflichtig abzuweisen.

G. Nachdem sowohl die Einwohnergemeinde B.____ als auch die beigeladene Zuschlagsempfängerin die Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragt hatten, wies das Kantonsgericht den Verfahrensantrag der Beschwerdeführerin mit

Verfügung vom 12. Dezember 2014 ab und entzog der Beschwerde die superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung.

H. Mit Schreiben vom 12. Januar 2015 teilte die Beigeladene dem Gericht mit, dass sie zwischenzeitlich mit der Einwohnergemeinde B.____ den Vertrag über die ausgeschriebene Erbringung von Entsorgungsdienstleistungen abgeschlossen habe.

I. An der heutigen Parteiverhandlung ändert die Beschwerdeführerin ihr Rechtsbegehren auf Aufhebung des Zuschlags dahingehend, dass neu die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen sei. Die übrigen Parteien halten vollumfänglich an ihren bereits gestellten Anträgen fest.

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). 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 der Vertrag noch nicht abgeschlossen gewesen wäre und sie mit ihren Rügen durchgedrungen wäre, der Zuschlag zu erteilen gewesen. Ihre Legitimation ist gestützt darauf ohne Weiteres zu bejahen. Ist der Zuschlagsentscheid schon in Vollzug gesetzt und mit dem ausgewählten Konkurrenten - wie vorliegend geschehen - bereits ein Vertrag abgeschlossen worden, kann nur noch die Feststellung der Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheides verlangt werden (vgl. § 30 Abs. 3 BeG). Der Antrag in der Beschwerde kann insofern nur noch auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der ergangenen Zuschlagsverfügung lauten, weshalb das ursprüngliche Rechtsbegehren auf Aufhebung des Zuschlags nach Abschluss des Vertrags in ein Feststellungsbegehren umzudeuten ist. Das von der Beschwerdeführerin an der heutigen Parteiverhandlung dahingehend geänderte Rechtsbegehren ist demnach zulässig und keine verbotene inhaltliche Veränderung der Parteianträge (vgl. § 6 Abs. 1 VPO). Da auch die übrigen formellen Voraussetzungen gemäss § 30 BeG und §§ 43 ff. VPO 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. Streiting und zu prüfen ist im vorliegenden Verfahren, ob die Beschwerdegegnerin das mit 5% gewichtete Zuschlagskriterium "Lehrlinge" im Falle der Beschwerdeführerin zu Recht als nicht erfüllt betrachtete und dafür keine Punkte vergab. Nicht Gegenstand dieses Verfahrens bildet die Frage, ob der Gesichtspunkt der Lehrlingsausbildung ein zulässiges Zuschlagskriterium darstellt (Frage offen gelassen im Urteil des Kantonsgerichts, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht [KGE VV], vom 12. Oktober 2005 [810 05 69] E. 6c).

3.1 Die Beschwerdeführerin macht zusammengefasst geltend, sie sei seit dem Jahr 2013 eine Tochterfirma der D.____ AG, welche Lehrlinge ausbilde. Sie habe auf dem entsprechenden Offertformular die Frage nach der Lehrlingsausbildung tatsachengetreu positiv beantwortet. Sie habe der Beschwerdegegnerin am 25. September 2014 auf Nachfrage zudem per Mail erläutert, dass ein Lehrling der D.____ AG seine Ausbildung auch bei ihr absolviere. Dieser Lehrling werde ab Januar 2015 seine Ausbildung für drei Monate bei ihr fortsetzen. Sie habe ihre Aussage weiter belegt, indem sie den Zusammenarbeitsvertrag Nr. 49 vom 27. November 2013 zwischen dem Verein Berufslernverbund E.____ und der D.____ AG eingereicht habe. Zudem sei sie mittels Nachtrag vom 30. Oktober 2014 formell in den Zusammenarbeitsvertrag aufgenommen worden. In der Ausschreibung sei nicht verlangt gewesen, dass für das Erfüllen des Kriteriums ein auf sie lautender Lehrvertrag abgeschlossen sein müsse. Sie habe den Nachweis der Lehrlingsausbildung erbracht und ihr Angebot sei dementsprechend für die Lehrlingsausbildung mit zusätzlichen fünf Punkten zu bewerten, womit sie die höchste Punktzahl erreicht habe und dementsprechend der Zuschlag ihr zu erteilen resp. die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung festzustellen sei.

3.2 Die Beschwerdegegnerin führt im Wesentlichen aus, die Ausbildung eines Lehrlings sei mit der vollen Punktzahl (fünf Punkten) bewertet worden. In der vorliegenden Vergabe habe allerdings keiner der Anbieter diese Vorgabe erfüllt. Zwei Anbieter hätten keinen Lehrling ausgewiesen. Ein dritter Offerent habe einen Wirtschaftspraktikanten angegeben, der aber nicht als Lehrling gelten könne. Der von der Beschwerdeführerin angeführte Lehrling sei ebenfalls mit null Punkten bewertet worden, da aus dem eingereichten Zusammenarbeitsvertrag eindeutig und unmissverständlich hervorgehe, dass das angeführte Lehrverhältnis mit einer anderen juristischen Person abgeschlossen worden sei.

3.3 Die Beigeladene trägt hauptsächlich vor, nach Treu und Glauben sei das Zuschlagskriterium "Lehrlinge" so zu verstehen, dass nur Punkte für die Lehrlingsausbildung vergeben werden dürften, wenn der Anbieter selbst einen Lehrvertrag mit dem von ihm auszubildenden Lehrling abgeschlossen habe, was bei der Beschwerdeführerin nicht der Fall sei. Die Auswertung der Offerten sei deshalb korrekt vorgenommen worden.

4. Die Vergabebehörden verfügen im Beschaffungsrecht über grosse Handlungsspielräume. Nach ständiger Praxis des Kantonsgerichts steht ihnen auch bei der Bewertung der einzelnen Angebote ein grosser Ermessensspielraum zu, in den das Gericht aufgrund seiner auf Sachverhalts- und Rechtsfehler beschränkten Kognition nicht eingreifen darf (vgl. KGE VV vom 24. April 2013 [810 12 289] E. 4.1; KGE VV vom 29. Mai 2013 [810 13 44] E. 4.2; KGE VV vom 14. November 2012 [810 12 170] E. 5.2; KGE VV vom 28. Juni 2006, in: BLKGE 2006 Nr. 45

E. 5e). Es kann nicht Sache der Beschwerdeinstanz sein, anstelle der Vergabestelle eine eigene Bewertung vorzunehmen. Die Bewertung muss indes in sachlich haltbarer, nachvollziehbarer und rechtsgleicher Weise erfolgen, ansonsten der Vergabebehörde eine Rechtsverletzung anzulasten ist, welche einer gerichtlichen Kontrolle zugänglich ist (vgl. zum Ganzen KGE VV vom 15. November 2006 [810 06 200] E. 6.2). Eine Korrektur der Punktgebung kommt folglich nur in Betracht, soweit sich diese nicht nur als unangemessen, sondern vielmehr als rechtsfehlerhaft erweist.

5.1 Die in der Ausschreibung genannten Beurteilungskriterien sind nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch und nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Die Anbieter dürfen grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im herkömmlichen Sinn versteht, andernfalls muss sie das betreffende Kriterium in den Ausschreibungsunterlagen entsprechend umschreiben (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 861 f.; HANS RUDOLF TRÜEB, in: Matthias Ösch/Rolf H. Weber/Roger Zäch [Hrsg.], Kommentar Wettbewerbsrecht, Band 2, 3. Aufl., Zürich 2011, Rz. 11 zu Art. 21 BöB; Urteil des BVGer B-4288/2014 vom 25. September 2014 E. 5.3.1; KGE VV vom 2. Februar 2005, in: BLKGE 2005 Nr. 34 E. 6b).

5.2 In der im Amtsblatt publizierten Ausschreibung vom 10. Juli 2014 waren die Zuschlagskriterien in Ziffer 1.14 aufgeführt. Der Preis wurde als erstes Zuschlagskriterium mit einer Gewichtung von 80% aufgeführt, unter "2. Organisation, Referenzen, Fuhrpark" figurierte im ersten Lemma das mit 5% gewichtete Kriterium "Lehrlinge". Im den Anhang 3 der Submissionsunterlagen bildenden Formular "Angaben Offertsteller" hatten die Anbieter unter der Überschrift "Lehrlingsausbildung" mit ja oder nein zu antworten. Nach dem klaren Wortlaut der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen hatten die Anbieter ein Engagement auf dem Gebiet der Berufsbildung zu belegen, um in den Genuss der entsprechenden Punkte zu kommen. Bei einer Auslegung nach dem Vertrauensprinzip mussten und durften die Anbieter annehmen, dass die von der Beschwerdegegnerin verlangten Ausbildungsleistungen ein gewisses Ausmass zu umfassen hatten und - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin - nicht jede beliebige Art der zeitweisen Betreuung von Lernenden mit der vollen Punktzahl honoriert werden würde. Die Beschwerdegegnerin handhabte das Zuschlagskriterium dahingehend, dass die jeweiligen Anbieter selbst - und nicht allfällige Tochter- oder Muttergesellschaften - eine substantielle eigene Ausbildungsleistung nachzuweisen hatten, um von ihr die entsprechenden Punkte zugesprochen zu erhalten. Mit dieser Interpretation bewegte sie sich innerhalb der vorgenannten Auslegungsprinzipien und innerhalb des ihr bei der Bewertung der Offerten eingeräumten Ermessensspielraums. Für die Ansicht der Beschwerdegegnerin spricht neben dem Wortlaut auch der Umstand, dass die (geringfügige) Berücksichtigung des Kriteriums der Lehrlingsausbildung auch dazu dienen soll, den durch diese verursachten nicht unerheblichen betrieblichen Zusatzaufwand (z.B. Weiterbildungserfordernisse für die Berufsbildner, Betreuung der Lernenden, Kosten des Berufsschulbesuchs oder der überbetrieblichen Kurse etc.) und somit die mit der Lehrlingsausbildung einher gehenden Wettbewerbsnachteile gegenüber Betrieben ohne Lernende auszugleichen. Betriebe ohne wesentliche eigene Ausbildungsleistung er-

leiden keinen in diesem Sinne auszugleichenden Aufwand, so dass sich spiegelbildlich auch keine Punktezusprechung rechtfertigt.

5.3 Die Beschwerdeführerin behauptet nicht, ein Lehrlingsausbildungsbetrieb zu sein und selbst einen Lehrvertrag mit einer auszubildenden Person abgeschlossen zu haben. Auf der sich bei den Akten befindlichen Personalliste findet sich denn auch kein Lehrling. Sie beruft sich vielmehr darauf, dass ihre Muttergesellschaft, die D.____ AG, einen Lehrling ausbilde. Dieser habe bei ihr schon einige Ausbildungstage absolviert und werde ab Januar 2015 für drei Monate in ihrem Betrieb eingesetzt.

Mit den vorgebrachten sporadischen und zeitlich begrenzten Einsätzen eines nicht bei ihr angestellten Lernenden vermag die Beschwerdeführerin keine massgebliche eigene Ausbildungsleistung im Bereich der Berufsbildung darzulegen. Aus dem eingereichten Zusammenarbeitsvertrag Nr. 49 vom 27. November 2013 zwischen dem Verein Berufslernverbund E.____ und der D.____ AG geht denn auch hervor, dass sich die D.____ AG und nicht die Beschwerdeführerin dazu verpflichtet hat, regelmässig Ausbildungsplätze zur kontinuierlichen Belegung zur Verfügung zu stellen und die Lernenden gemäss Ausbildungsauftrag auszubilden (vgl. Ziff. 5a). Weiter trägt diese die Pflicht zur anteilmässigen Übernahme der monatlichen Kosten für die Lernenden (vgl. Ziff. 5b). Der nach Ablauf der Offerteingabefrist abgeschlossene und damit ohnehin unbeachtliche Nachtrag vom 30. Oktober 2014 zum Zusammenarbeitsvertrag, worin die Beschwerdeführerin neu in den bestehenden Vertrag der D.____ AG aufgenommen wurde, vermöchte im Übrigen daran nichts zu ändern: Wie die Vereinbarung ausdrücklich festhält, bleibt auch mit diesem Nachtrag die D.____ AG federführend bei Einsatz und Ausbildung der Lernenden an den jeweiligen Konzernstandorten. So behält sie die Verantwortung für den Ausbildungsauftrag, die Einsatzplanung, die Lageraktivitäten, die Ferienguthaben sowie Beginn, Dauer und Auflösung des Lehrverhältnisses (vgl. Ziff. 3). Diese Vertragsbestimmungen unterstreichen, dass die von der Beschwerdegegnerin geforderte Ausbildungsleistung vorliegend nicht von der Beschwerdeführerin, sondern von deren Muttergesellschaft erbracht wird.

5.4 Soweit die Beschwerdeführerin die Ansicht vertritt, dass ihr das Engagement ihrer Muttergesellschaft D.____ AG im Bereich der Berufsbildung zuzurechnen sei, so übersieht sie, dass Konzerngesellschaften vergaberechtlich keinen besonderen Status geniessen. Will sich eine Anbieterin auf Tatsachen oder Rechtspositionen einer Konzerngesellschaft stützen, so muss sie die fragliche juristische Person als Konsortialpartnerin, als Subunternehmerin oder Lieferantin konkret in ihre Offerte einbinden. Steht die Konzerngesellschaft hingegen auf keine dieser Arten in rechtlicher Nähe eines konkreten Vergabeverfahrens, so ist die Muttergesellschaft gegenüber der mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Tochtergesellschaft gewöhnliche Dritte ohne Relevanz im fraglichen Verfahren (Zwischenentscheid des BVGer B-1600/2014 vom 2. Juni 2014 E. 4.4.3; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 1374 ff.). Im vorliegenden Fall ist einzig die Beschwerdeführerin als Anbieterin aufgetreten, die D.____ AG war nicht konkret in die Offerte eingebunden. Aus diesem Grund kann sich die Beschwerdeführerin - wie die Beschwerdegegnerin zutreffend ausführt - bezüglich des streitgegenständlichen Faktums der Lehrlingsausbildung nicht auf ihre Muttergesellschaft berufen.

6. Nach dem Gesagten ergibt sich zusammenfassend, dass keine Anhaltspunkte erkennbar sind, welche auf eine rechtsfehlerhafte Wahrnehmung des Ermessens durch die Beschwerdegegnerin hindeuten würden. Die Vergabebehörde hat das Zuschlagskriterium "Lehrlinge" in einer zulässigen Art und Weise bewertet. Ihre Schlussfolgerung, dass im Falle der Beschwerdeführerin dafür keine Punkte zu vergeben sind, erweist sich als sachlich haltbar und ist nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen.

7.1 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. 1'800.-- der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'800.-- zu verrechnen.

7.2 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 17.87 (recte: 16.44) Stunden à Fr. 250.-- exklusive Parteiverhandlung sowie die Auslagen in der Höhe von insgesamt Fr. 126.10 sind nicht zu beanstanden. Für die Parteiverhandlung (inkl. deren Vorbereitung) ist zusätzlich ein Aufwand von einer Stunde (à Fr. 250.--) hinzuzurechnen. Demzufolge hat die Beschwerdeführerin der Beigeladenen eine Parteientschädigung in der Höhe von total Fr. 4'845.-- (inkl. Auslagen und 8% MWST) auszurichten. Im Übrigen werden die Parteikosten 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 von Fr. 1'800.-- verrechnet.
 3. Die Beschwerdeführerin hat der Beigeladenen eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 4'845.-- (inkl. Auslagen und 8% MWST) zu bezahlen. Im Übrigen werden die Parteikosten wettgeschlagen.

Präsidentin

Gerichtsschreiber