



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

vom 21. Januar 2015 (810 14 314)

Submission

Beschwerdelegitimation (Praxisänderung)

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 Sammlung und Verwertung Grüngut (Los 5)
(Verfügung der Gemeinde B._____ vom 29. September 2014)

A. Die Einwohnergemeinde B.____ schrieb im Amtsblatt des Kantons Basel-Landschaft vom 17. Juli 2014 den Auftrag für die Sammlung, Transport und Verwertung von Wertstoffen in der Gemeinde ab dem 1. Januar 2015 für die Dauer von vier Jahren (mit Option auf Verlängerung um zwei Jahre) im offenen Verfahren aus. Der Auftrag war in fünf Lose unterteilt, wobei das Los 5 die Sammlung und Verwertung von Grüngut umfasste. Mit Verfügung vom 29. September 2014 erteilte die Gemeinde der C.____ AG den Zuschlag für das Los 5.

B. Mit Eingabe vom 13. Oktober 2014 hat die im zweiten Rang platzierte A.____ AG, vertreten durch Michael Kunz, Advokat, gegen den Zuschlagsentscheid für das Los 5 beim Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht (Kantonsgericht), Beschwerde erhoben. Sie stellt das Begehren, der Zuschlag vom 29. September 2014 für das Los 5 sei aufzuheben und der Zuschlag ihr zu erteilen. Dies habe unter o/e-Kostenfolge zu geschehen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde beantragt, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Zur Begründung ihrer Beschwerde macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, die Zuschlagsempfängerin habe eine nicht ausschreibungskonforme Offerte eingereicht, die zu Unrecht nicht ausgeschlossen worden sei. Sie, die Beschwerdeführerin, sei die einzige Anbieterin, welche - wie in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich gefordert - ein Fahrzeug einsetze, aus dem garantiert keine Säfte ausliefen. Sie rügt weiter, die Vergabestelle habe das Zuschlagskriterium "Erfahrung und Referenzen" rechtswidrig bewertet, indem sie ihr für die angeblich fehlende Erfahrung im Vignettenverkauf für die Grüngutentsorgung Punkte abgezogen habe, obwohl sie entsprechende Referenzen vorweisen könne.

C. Mit präsidialer Verfügung vom 15. Oktober 2014 erteilte das Kantonsgericht der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung. Nach dem diesbezüglichen Schriftwechsel, in dem sowohl die Einwohnergemeinde B.____ als auch die beigeladene Zuschlagsempfängerin die Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragten, wies das Kantonsgericht den Verfahrens Antrag der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 9. Dezember 2014 ab und entzog der Beschwerde die superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung.

D. Die beigeladene C.____ AG, vertreten durch Dr. David Dussy, Advokat, stellt in der Stellungnahme vom 13. November 2014 in der Hauptsache den Antrag, die Beschwerde sei kostenpflichtig abzuweisen. Zusammenfassend führt sie zur Begründung aus, im Vignettenverkauf gegen Rechnung per Post verfüge sie im Gegensatz zur Beschwerdeführerin über drei Jahre Erfahrung, weshalb ihr Angebot unter dem Gesichtspunkt der Erfahrung zu Recht höher gewichtet worden sei. Des Weiteren verfüge sie nachgewiesenermassen über ein ausschreibungskonformes Sammelfahrzeug für Grüngut.

E. In ihrer Vernehmlassung zur Hauptsache vom 14. November 2014 beantragt die Einwohnergemeinde B.____ die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde unter o/e-Kostenfolge. Sie legt im Wesentlichen dar, dass die Beigeladene im von ihr bevorzugten System des Direktverkaufs von Grüngutvignetten über eine deutlich grössere Erfahrung verfüge als die Beschwerdeführerin, wobei die Referenzen der Zuschlagsempfängerin noch dazu überzeu-

gender ausfielen. Deren Sammelfahrzeug sei mit einer speziell für Grüngut entwickelten Dichtung versehen und erfülle ihre Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen. Demgegenüber halte das von der Beschwerdeführerin verwendete Fahrzeug die zwingend geforderte Abgasnorm EURO 5 nicht ein, weshalb deren Angebot in keinem Fall hätte berücksichtigt werden können.

F. Die Beschwerdeführerin repliziert mit Eingabe vom 18. November 2014 und hält ausdrücklich an ihrer Argumentation fest.

G. An der heutigen Parteiverhandlung halten die Parteien vollumfänglich an ihren 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). Das Gericht wendet dabei das Recht von Amtes wegen an. Es prüft insbesondere, ob die Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind (§ 16 Abs. 2 VPO).

2.1 Nach § 47 Abs. 1 lit. a VPO ist zur Beschwerde befugt, wer durch die angefochtene Verfügung oder den angefochtenen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Änderung oder Aufhebung hat. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Erforderlich ist somit neben der formellen Beschwer (Teilnahme am Verfahren vor der Vorinstanz bzw. keine Möglichkeit zur Teilnahme) zusätzlich eine materielle Beschwer in der Form eines besonderen Berührtseins sowie eines aktuellen Interesses an der Beschwerdeführung. Letzteres besteht im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn ein Beschwerdeführer mit seinem Anliegen obsiegt und dadurch seine tatsächliche oder rechtliche Situation unmittelbar beeinflusst werden kann (Urteil des Kantonsgerichts, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht [KGE VV] vom 18. Dezember 2013 [810 12 167] E. 1.2; KGE VV vom 31. März 2010 [810 09 106] E. 9.2; vgl. auch BGE 140 II 214 E. 2.1; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 940 ff.).

2.2 In Lehre und Rechtsprechung war die Frage der Beschwerdelegitimation gegen Vergabeentscheide sowie die Prüfungspflicht der Beschwerdeinstanz im Rahmen des Eintretens lange umstritten, namentlich ob im Rahmen der materiellen Beschwer vorausgesetzt ist, dass die Beschwerde führende Partei eine realistische Chance auf den Zuschlag hat oder ob die Legitimation schon aus der blossen Teilnahme am Vergabeverfahren fließt (vgl. die Darstellung bei PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 1301 ff.; ROBERT WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide, ZBI 2003, S. 11 f.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 1927). In seiner bis-

herigen ständigen Praxis erachtete das Kantonsgericht einen im Vergabeverfahren nicht berücksichtigten oder ausgeschlossenen Anbieter unabhängig von dessen konkreten Chance auf den Zuschlag als formell und materiell beschwert (vgl. statt vieler: KGE VV vom 4. Juni 2014 [810 14 27] 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). Im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. z.B. Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 1.5) und verschiedener kantonaler Verwaltungsgerichte (vgl. z.B. Urteil des VGer GR vom 4. August 2014 [U 14 40] E. 3a; Urteil des VGer FR vom 12. August 2008 [602 2008-74] E. 3d) nahm das Kantonsgericht an, dass eine nicht berücksichtigte Anbieterin an einer korrekten Abwicklung des Vergabeverfahrens grundsätzlich ein hinreichendes eigenes Interesse habe, welches sie zur Beschwerdeführung berechtige, ohne dass sie sich in der Sache über eine besondere Beeinträchtigung ihrer Interessen ausweisen müsse. Die gegenteilige Ansicht vermische unzulässigerweise materielle Hauptfragen mit Vorfragen für die Beurteilung der Beschwerdelegitimation (vgl. KGE VV vom 14. November 2012 [810 12 170] E. 1.2; KGE VV vom 13. April 2011 [810 10 545] E. 1.2).

2.3 Das Bundesgericht hat die Voraussetzungen der materiellen Beschwer bei Rechtsmitteln gegen Vergabeentscheide unlängst im Entscheid 2C_380/2014 vom 15. September 2014 (BGE 141 II 14) als Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung abgehandelt und damit die Rechtslage höchstrichterlich geklärt. Es erwog in einem das Beschaffungsrecht des Bundes betreffenden Fall, dass entgegen der auch vom Kantonsgericht vertretenen Auffassung der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen habe und nicht berücksichtigt worden sei, zur Legitimation nicht genügen könne. Gemäss den allgemeinen Regeln könne diese nur bejaht werden, wenn dem Beschwerdeführer bei Gutheissung seiner Begehren ein effektiver praktischer Vorteil erwachse. Das praktische Interesse des nicht berücksichtigten Anbieters sei in der Regel primär darauf gerichtet, anstelle des Zuschlagsempfängers selber den Zuschlag zu erhalten, sekundär bestehe ein mit dem Schadenersatzanspruch verknüpftes Feststellungsinteresse. Das Bundesgericht kam zusammenfassend zum Schluss, dass es aus diesem Grund demjenigen nicht berücksichtigten Anbieter an einem schutzwürdigen Beschwerdeinteresse fehle, der auch bei Obsiegen seiner Anträge selber den Zuschlag nicht erhalten könne. Das blosses Anliegen, den (behaupteterweise) rechtswidrigen Zuschlag aufzuheben, begründe keine Legitimation für denjenigen, der zwar als Anbieter am Verfahren teilgenommen habe, aber aufgrund seiner Rechtsmittelanträge und Sachvorbringen auch bei Durchdringen seiner Auffassung keinen praktischen Vorteil erzielen könne. Der übergangene Anbieter habe somit nur dann ein schutzwürdiges Interesse, wenn er bei Gutheissung seiner Anträge entweder den Zuschlag erhalte oder die Ausschreibung wiederholt werden müsse (BGE 141 II 14 E. 4).

2.4 Die vom Bundesgericht im besagten Entscheid nach Massgabe von Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 geprüften Legitimationsvoraussetzungen stimmen mit denjenigen der vorliegend anwendbaren kantonalen Regelung von § 47 Abs. 1 lit. a VPO überein. Angesichts dessen kann an der bisherigen kantonsgerichtlichen Eintretenspraxis bei Vergabeentscheiden nicht festgehalten werden. Die Praxis ist der höchstrichterlichen Rechtsprechung bezüglich der materiellen Beschwer dahingehend anzupassen, dass nicht berücksichtigte oder ausgeschlossene Anbieter zur Beschwerde gegen Vergabeentscheide nur befugt sind, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische

Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in dem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung.

3. Eine reelle Chance auf den Zuschlag hat nur derjenige Anbieter, dessen Angebot die von der Vergabestelle vorgegebenen zwingenden Angebotskriterien erfüllt.

3.1 Es steht einer Vergabestelle frei, im Leistungsverzeichnis detaillierte inhaltliche Vorgaben zum ausgeschriebenen Beschaffungsgegenstand aufzustellen, soweit diese sich am konkreten Auftrag, an dessen Anforderungen und Bedeutung orientieren und sachlich gerechtfertigt sind. Sie verfügt innerhalb dieses Rahmens bei der Festlegung und Gewichtung der einzelnen konkretisierenden Kriterien über einen erheblichen Ermessensspielraum (MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich 2004, Rz. 293). Denkbar und zulässig sind sogenannte "Muss-Kriterien", d.h. absolute Zuschlagskriterien. Die Ausgestaltung eines Zuschlagskriteriums als absolutes Muss-Kriterium stellt den äussersten Anwendungsbereich der Gewichtung eines Zuschlagskriteriums dar. Bei dessen Nichterfüllung wird das betreffende Angebot ungeachtet dessen restlicher Qualität nicht weiter berücksichtigt. Angebote, welche die als zwingend definierten Anforderungen der Vergabestelle nicht erfüllen, sind demnach auszuschliessen (vgl. HANS RUDOLF TRÜEB, in: Matthias Ösch/Rolf H. Weber/Roger Zäch [Hrsg.], Kommentar Wettbewerbsrecht, Band 2, 3. Aufl., Zürich 2011, Rz. 12 zu Art. 21 BÖB; ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, Bern 2014, Rz. 297; DANIELA LUTZ, Die fachgerechte Auswertung von Offerten, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 231).

3.2 Der Leistungsbeschrieb in den Ausschreibungsunterlagen hält unter dem Punkt 4.2 "Fahrzeuge und Personal" fest, die Grüngutabfahren seien "...mit geeigneten Spezialfahrzeugen in genügender Anzahl und nach dem Stand der Technik durchzuführen. Es sind zwingend Fahrzeuge mit der EURO 5 Norm einzusetzen. 2014 neu zugelassene Fahrzeuge (Inverkehrsetzung ab 1.1.2014) müssen die EURO 6 Norm erfüllen. (...) Die Ersatzfahrzeuge müssen mindestens die EURO 4 Norm erfüllen. Sie dürfen nur bei einem Ausfall des Hauptsammelfahrzeugs kurzzeitig eingesetzt werden." Aus diesen klaren Vorgaben der Beschwerdegegnerin folgt, dass die Einhaltung der verlangten Abgasnorm als absolutes Muss-Kriterium zu qualifizieren ist, welches von den Anbietern zwingend zu erfüllen ist.

3.3 Die Beschwerdeführerin offerierte für die Grünabfuhr den Einsatz ihres Abfallsammelfahrzeugs vom Typ Mercedes-Benz mit Rotopress-System. Gemäss der beigelegten Liste ihres Fuhrparks erfüllt das betreffende Fahrzeug anstelle der geforderten EURO 5 Norm lediglich die EURO 4 Norm. Es handelt sich dabei um das Hauptsammelfahrzeug und nicht um ein Ersatzfahrzeug. Wie die Beschwerdegegnerin unwidersprochen und zutreffend vorbringt, erfüllt das Angebot der Beschwerdeführerin damit ein zwingend einzuhaltendes Kriterium nicht, weshalb es aus dem Vergabeverfahren auszuschliessen wäre. Da das Angebot aus diesem Grund keinesfalls berücksichtigt werden dürfte, hat die Beschwerdeführerin keine realistische Chance, den Zuschlag zu erhalten.

4. Nach dem Gesagten würde die Beschwerdeführerin den Zuschlag auch dann nicht erhalten, wenn ihrer Argumentation in der Beschwerde gefolgt würde. Sie vermag damit aus der Beschwerdeführung keinen praktischen Nutzen für sich zu ziehen. Da sie kein schutzwürdiges Interesse an der Änderung oder Aufhebung der angefochtenen Verfügung hat, kann auf ihre Beschwerde vom 13. Oktober 2014 mangels Beschwerdelegitimation nicht eingetreten werden.

5.1 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.

5.2 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 17.49 Stunden (à Fr. 250.--) exklusive Parteiverhandlung sowie die Auslagen in der Höhe von insgesamt Fr. 111.30 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. 5'112.50 (inkl. Auslagen und 8% MWST) auszurichten. Im Übrigen werden die Parteikosten wettgeschlagen.

Demgemäss wird **e r k a n n t**:

- ://:
1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
 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. 5'112.50 (inkl. Auslagen und 8% MWST) zu bezahlen. Im Übrigen werden die Parteikosten wettgeschlagen.

Präsidentin

Gerichtsschreiber