



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

vom 25. Januar 2023 (810 22 181)

Submission

Ausschluss aus dem Verfahren

Besetzung Präsidentin Franziska Preiswerk-Vogtli, Kantonsrichter Daniel Ivanov,
Markus Clausen, Niklaus Ruckstuhl, Kantonsrichterin Ana Dettwiler,
Gerichtsschreiberin Nathalie Droeser

Beteiligte **A._____ AG**, Beschwerdeführerin

gegen

Einwohnergemeinde B._____, Vorinstanz, vertreten durch Nadja
Lüthi, Advokatin

C._____ AG, Beigeladene

Betreff Submission Einbau Dunnschichtbelag X.____weg – Y.____weg (Ent-
scheidung der Einwohnergemeinde B._____ vom 25. August 2022)

A. Die Einwohnergemeinde B.____ beabsichtigte, an diversen Strassen einen Dünn-schichtbelag einzubauen. Sie beauftragte deshalb das Ingenieurbüro D.____ AG mit der Durch-führung einer Submission im Einladungsverfahren. Mit E-Mails vom 13. Mai 2022 wurden sechs potentielle Anbieterinnen zur Submission eingeladen, darunter die A.____ AG. Die Frist zur Ein-reichung der Angebote wurde auf den 23. Mai 2022, 14.00 Uhr, festgesetzt. Zuschlagskriterium war der Preis.

B. In ihrem Vergabeantrag vom 23. Mai 2022 empfahl die D.____ AG dem Gemeinderat B.____ die A.____ AG als preisgünstigste Anbieterin für den Zuschlag.

C. Der Gemeinderat B.____ schloss an seiner Sitzung vom 30. Mai 2022 die A.____ AG vom Vergabeverfahren aus, da sie die gestellten Anforderungen an den Gesamtarbeitsvertrag (GAV) nicht erfülle. Stattdessen genehmigte er den Zuschlag an die C.____ AG.

D. Mit E-Mail vom 5. August 2022 wandte sich E.____, Geschäftsführer der A.____ AG, an die Einwohnergemeinde B.____ und teilte ihr mit, er sei der einzige Angestellte der am 22. März 2022 neu gegründeten Aktiengesellschaft. Alle für die Ausführung der ausgeschriebenen Arbeit vorgesehenen Arbeiter würden «über ein Temporärbüro bezogen». Da die A.____ AG am 23. Mai 2022 keine festangestellten, sondern nur temporär beschäftigte Arbeitskräfte gehabt habe, sei ihr das Beibringen eines GAV-Nachweises nicht möglich gewesen.

E. Die Einwohnergemeinde B.____ erliess am 25. August 2022 den Zuschlagsentscheid, mit welchem sie den Auftrag an die C.____ AG vergab. Sie teilte diesen Entscheid gleichentags den vier offerierenden Unternehmungen schriftlich mit, unter anderem der A.____ AG.

F. Gegen den Zuschlagsentscheid der Einwohnergemeinde B.____ vom 25. August 2022 erhob die A.____ AG (nachfolgend Beschwerdeführerin genannt) mit Eingabe vom 6. Septem-ber 2022 Beschwerde beim Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht (Kantonsgericht), und beantragte sinngemäss, der Zuschlag sei ihr zu erteilen.

G. In ihrer Vernehmlassung vom 13. Oktober 2022 beantragte die Einwohnergemeinde B.____, vertreten durch Advokatin Dr. Nadja Lüthi und Advokat Rafael Navarro, die vollumfäng-liche Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädi-gungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin.

H. Die beigelegene C.____ AG verzichtete auf eine Stellungnahme.

I. Mit Verfügung vom 24. Oktober 2022 wurde der Fall der Kammer zur Beurteilung über-wiesen.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung** :

1.1 Gemäss § 30 Abs. 1 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (BeG) vom 3. Juni 1999 in Verbindung mit § 31 Abs. 1 lit. e BeG sowie § 43 Abs. 2 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 kann gegen den Ausschluss aus dem Vergabeverfahren innerhalb von 10 Tagen Beschwerde beim Kantonsgericht erhoben werden. Soweit das Beschaffungsgesetz nichts anderes vorsieht, richtet sich das Verfahren nach der Verwaltungsprozessordnung (§ 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).

1.2 Zur Beschwerde ist befugt, wer durch die angefochtene Verfügung oder den angefochtenen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Änderung oder Aufhebung hat (§ 47 Abs. 1 lit. a VPO). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Erforderlich sind eine formelle Beschwerde (d.h. die Teilnahme am Verfahren vor der Vorinstanz bzw. keine Möglichkeit zur Teilnahme) sowie eine materielle Beschwerde in der Form eines besonderen Berührtseins und 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 (Urteile des Kantonsgerichts, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht [KGE VV], vom 23. Oktober 2019 [810 19 139] E. 1.2; vom 22. Juni 2016 [810 16 34] E. 2.1; vgl. auch BGE 140 II 214 E. 2.1; vgl. zum Ganzen REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2021, N 1426 ff.).

1.3 Ob die entsprechenden Rügen der Beschwerdeführerin begründet sind, ist sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (BGE 141 II 14 E. 5.1). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn der Beschwerdeführer glaubhaft bzw. «mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend» macht, dass seine Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und dass nicht einer der vor ihm platzierten Mitbewerber den Zuschlag erhalten würde (BGE 141 II 14 E. 5.1 mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] B-7026/2017 vom 22. August 2019 E.1.4).

1.4 Die Beschwerdeführerin hat als Anbieterin am besagten Vergabeverfahren teilgenommen. Die formelle Beschwerde ist somit gegeben. Aus den Akten, d.h. dem Offertöffnungsprotokoll vom 23. Mai 2022, ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin das preislich günstigste Angebot eingereicht hat und nach Massgabe des einzigen Zuschlagkriteriums «Preis-Leistung» wahrscheinlich den Zuschlag erhalten hätte, wenn nicht der strittige Ausschlussgrund (Fehlen eines GAV-Nachweises) dazu geführt hätte, dass sie mit ihrem Angebot beim Zuschlag unberücksichtigt geblieben ist. Das Erfordernis der materiellen Beschwerde ist ebenso erfüllt. Da auch die übrigen formellen Voraussetzungen erfüllt sind (§ 30 Abs. 1 BeG; § 5 VPO), namentlich die 10-tägige Beschwerdefrist eingehalten wurde, 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. Der Beurteilung unterliegt vorliegend, ob das Angebot der Beschwerdeführerin zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen bzw. zu Recht nicht für den Zuschlag berücksichtigt wurde.

3.1 Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerde geltend, sie habe alle Zuschlagskriterien eingehalten. Zudem sei ihr Angebot um Fr. 39'935.65 günstiger als dasjenige der C.____ AG. Bis zum 1. Juli 2022 sei sie ein Einzelunternehmen gewesen. Die Mitarbeitenden seien über das Temporärbüro F.____ AG angestellt worden, welches die GAV-Bestimmungen einhalte. Seit dem 1. Juli 2022 habe die Beschwerdeführerin einen festangestellten Mitarbeiter. Sein Vertrag unterstehe «selbstverständlich» den «GAV-Bestimmungen».

3.2 Demgegenüber stellt sich die Einwohnergemeinde B.____ auf den Standpunkt, die Beschwerdeführerin habe die erforderlichen Nachweise nicht innert der angegebenen Einreichungsfrist erbracht und auch keine «GAV-Bestätigung» (oder sonst eine Bestätigung/Erklärung) eingereicht, sondern die betreffende Frage in der «Selbstdeklaration des Anbietenden» schlicht mit «Nein» beantwortet. Deshalb sei sie gestützt auf die einschlägigen beschaffungsrechtlichen Bestimmungen sowie entsprechend den Hinweisen in den Submissionsunterlagen vom Verfahren ausgeschlossen worden. Allfällige von ihr nun behauptete Mängel in den Submissionsunterlagen hätte die Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben frühzeitig, d.h. vor Ablauf der Einreichungsfrist, bei der Vergabestelle vorbringen müssen, was sie aber nicht getan habe.

4. Angebote sind schriftlich, vollständig und innert der angegebenen Frist einzureichen. Sie müssen die in der Ausschreibung genannten Vorgaben einhalten (§ 23 Abs. 1 BeG). Unvollständige oder verspätet eingetroffene Angebote werden ausgeschlossen (§ 23 Abs. 2 BeG). In der Regel wird ausgeschlossen, wer die Eignungskriterien nicht oder nur teilweise erfüllt oder keinen entsprechenden Eignungsnachweis erbringt (§ 8 Abs. 1 lit. c BeG) und wer Angaben und Nachweise nicht rechtzeitig beibringt oder von der zuständigen Stelle angeordnete Kontrollen nicht zulässt (§ 8 Abs. 1 lit. e BeG). Grundsätzlich darf nur beauftragt werden, wer beteiligter Arbeitgeber oder beteiligte Arbeitgeberin eines GAV ist. Dieser GAV muss die angebotene Arbeitsleistung zum Gegenstand haben oder branchenverwandt sein (§ 5 Abs. 1 BeG). Die Anbietenden müssen ferner für Leistungen, die in der Schweiz erbracht werden, die dauernde und vollumfängliche Einhaltung der an ihrem Sitz geltenden Gesamtarbeitsverträge bzw. bei deren Fehlen die dauernde und vollumfängliche Einhaltung der an ihrem Sitz geltenden orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen nachweisen (§ 5 Abs. 2 lit. a BeG). Auftragnehmer, die als Generalunternehmer oder als Totalunternehmer sowie alle anderen Unternehmen, die Subunternehmen, Unterakkordanten oder temporäre Arbeitskräfte beiziehen, sind dafür verantwortlich und bestätigen schriftlich, dass sowohl jedes beauftragte Unternehmen als auch jedes an der Ausführung beteiligte Unternehmen die Bedingungen dieses Gesetzes vollumfänglich und dauernd einhalten (§ 6 Abs. 5 BeG). Anbietende, die als Arbeitgeber in den Geltungsbe-

reich eines GAV fallen, haben mit jedem Angebot eine schriftliche Bestätigung der zuständigen Paritätischen Organe vorzulegen, dass der GAV, insbesondere bezüglich Arbeitszeit, Löhne, Lohnzuschläge und Sozialleistungen, eingehalten wird (§ 1 Abs. 1 der Verordnung zum Beschaffungsgesetz [BeV] vom 25. Januar 2000).

4.1 In den Submissionsunterlagen wurden die Teilnehmenden auf die Einreichungsfrist (bis 23. Mai 2022, 14.00 Uhr) hingewiesen und darauf aufmerksam gemacht, dass «zu spät eingereichte Offerten nicht berücksichtigt» würden. Im «Inhaltsverzeichnis zum Vergabeverfahren» wurden alle Unterlagen bzw. Dokumente im Einzelnen bezeichnet, welche die Anbietenden einzureichen hatten, darunter die «Selbstdeklaration des Anbietenden» und die «GAV-Bestätigung (Nachweis über die Einhaltung der Arbeitsbedingungen)». Bestandteil der Submissionsunterlagen war auch ein Formular mit dem Titel «Selbstdeklaration des Anbietenden». In diesem Formular findet sich folgender optisch hervorgehobene Hinweis: «Das Nichteinreichen des Nachweises (GAV-Bestätigung) mit der Eingabe des Angebots oder die formale Nichterfüllung desselben führt zum Ausschluss aus dem Beschaffungsverfahren». Dabei handelt es sich um eine gesetzlich vorgegebene Voraussetzung, welche die Einwohnergemeinde B.____ im Submissionsverfahren als Ausschlusskriterium vorgeben musste und aufführen durfte. 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 (vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, N 456).

4.2 Innerhalb der Einreichungsfrist reichte die Beschwerdeführerin ihr Angebot vom 23. Mai 2022 ein, beantwortete dabei indessen die Frage betreffend Einhaltung der geltenden Gesamtarbeitsverträge bzw. orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen mit «Nein». Sie reichte dementsprechend auch weder eine GAV-Bestätigung noch andere diesbezügliche Nachweise ein. Nach Ablauf der Einreichungsfrist reichte die Beschwerdeführerin diverse Unterlagen ein, unter anderem eine Bestätigung, wonach die von der F.____ AG verliehene Arbeitskraft dem GAV unterstehe. Im strittigen Punkt sind die vom Beschaffungsgesetz vorgegebenen und von der Einwohnergemeinde B.____ korrekt zur Anwendung gebrachten Bestimmungen eindeutig: Der erforderliche Nachweis einer Unterstellung der von einer Anbieterin eingesetzten Arbeitskraft bzw. Arbeitskräfte unter den GAV hätte innerhalb der Einreichungsfrist, d.h. im konkreten Fall bis zum 23. Mai 2022 14.00 Uhr, eingereicht werden müssen. Die danach eingereichten Unterlagen durften im Hinblick auf die Vergabe des Auftrags nicht mehr berücksichtigt werden. Folglich ist vorliegend nicht zu prüfen und zu entscheiden, ob der nachträglich eingereichte Nachweis die erforderlichen Submissionskriterien erfüllt oder nicht. Fest steht, dass bis zum Ablauf der Einreichungsfrist keine GAV-Bestätigung eingereicht wurde und die Einwohnergemeinde B.____ die Beschwerdeführerin zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen hat.

5. Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet und ist abzuweisen.

6.1 Es ist noch über die Kosten zu befinden. 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). Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend trägt die unterlegene Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten in der Höhe von insgesamt Fr. 1'500.--.

6.2 Gemäss § 21 Abs. 2 VPO wird dem Kanton keine Parteientschädigung zugesprochen, während Gemeinden und andere Träger öffentlicher Aufgaben Anspruch auf eine Parteientschädigung haben, sofern der Beizug eines Anwalts bzw. einer Anwältin gerechtfertigt war. Nach der Rechtsprechung 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 (statt vieler: KGE VV vom 10. Mai 2017 [810 16 318] E. 6.2; KGE VV vom 4. Juni 2014 [810 14 27] E. 8.2, jeweils m.w.H.). Der Grund für diese Praxis ist darin zu sehen, dass mit der Verfügungskompetenz der Gemeindebehörden deren entsprechende Sachkunde einhergehen muss. Es sollte einer Behörde ohne ausserordentlichen Aufwand möglich sein, ihre Verfügung im Anfechtungsverfahren zu verteidigen. Hierzu kann sie entweder eigenes juristisches Personal beschäftigen oder punktuell externes Expertenwissen beiziehen. Würde für die Frage der Parteientschädigung auf die effektiven personellen und fachlichen Ressourcen abgestellt, hätte dies zur Folge, dass das kostenbezogene Prozessrisiko eines beschwerdeführenden Privaten ganz wesentlich vom zufälligen Umstand abhängig wäre, ob die Verwaltung mit einem Rechtsdienst ausgestattet ist oder jeweils eine anwaltliche Vertretung mandatiert wird. Um einen auch kostenmässig rechtsgleichen Zugang zur Justiz sicherzustellen, wird deshalb Gemeinwesen stets nur dann eine Parteientschädigung ausgerichtet, wenn eine solche auch einer Gemeinde mit Rechtsdienst zuzusprechen wäre, weil von ihr 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 (BLKGE 2007 Nr.41 E. 8; BLVGE 1998/1999 Nr. 15.3). Die vorliegend zu beurteilenden Fragestellungen erweisen sich nicht als derart komplex, dass in diesem Sinne juristisches Spezialwissen erforderlich gewesen wäre. Die Parteikosten sind dementsprechend wettzuschlagen (§ 21 Abs. 1 VPO).

Demgemäss wird **erkannt** :

- ://:
1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
 2. Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'500.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.
 3. Die Parteikosten werden wettgeschlagen.