



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

vom 30. September 2015 (810 15 208)

Submission

Sanierung Kanalisation / Unvollständigkeit des Angebots

_____ Besetzung Abteilungs-Vizepräsident Beat Walther, Kantonsrichter Christian
Haidlauf, Claude Jeanneret, Niklaus Ruckstuhl, Markus Mattle,
Gerichtsschreiber Marius Wehren

_____ Parteien **A._____ AG**, Beschwerdeführerin

gegen

Einwohnergemeinde B._____, Beschwerdegegnerin

_____ Beigeladene **C._____ AG**

_____ Betreff Zuschlagsentscheid Kanalsanierung 2015
(Entscheidung der Einwohnergemeinde B._____ vom 3. Juli 2015)

A. Die Einwohnergemeinde B._____ holte im Rahmen des Einladungsverfahrens bei fünf Firmen Offerten für das Projekt "Kanalsanierung 2015" ein. Mit Entscheidung vom 3. Juli 2015 erteilte sie der C._____ AG zum Preis von Fr. 66'146.-- den Zuschlag.

B. Gegen diesen Zuschlagsentscheid erhob die A.____ AG mit Eingabe vom 13. Juli 2015 Beschwerde beim Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht. Sie stellt das Rechtsbegehren, es sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin zu erteilen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte sie, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei ihr nach Eingang der Akten Einsicht in das Angebot der Zuschlagsempfängerin zu gewähren. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, dass die Zuschlagsempfängerin nicht über die "QUIK-Zertifizierung" des Verbands Schweizer Abwasser- und Gewässerschutzfachleute (VSA) verfüge. Es sei deshalb zu klären, ob sie in ihrem Angebot falsche Angaben gemacht habe und die Eignungskriterien gar nicht erfüllen könne.

C. Mit Stellungnahme vom 30. Juli 2015 beantragt die Beschwerdegegnerin, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht zu gewähren. Die zum Verfahren beigelegene C.____ AG reichte innert der gesetzten Frist keine Stellungnahme ein.

D. Mit Eingaben vom 6. und 10. August 2015 übermittelte die Beschwerdegegnerin dem Kantonsgericht die Angebote der Beschwerdeführerin und der Beigeladenen im Original.

E. In ihrer Vernehmlassung vom 13. August 2015 beantragt die Beschwerdegegnerin, es sei die Beschwerde abzuweisen. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, dass der Vergabebehörde bei der Wahl der Eignungskriterien und der einzureichenden Eignungsnachweise ein grosses Ermessen zukomme. In den Ausschreibungsunterlagen sei darauf hingewiesen worden, dass die Vorschriften und Richtlinien des VSA einzuhalten seien. Das Vorliegen einer QUIK-Zertifizierung sei jedoch nicht ausdrücklich als Bedingung bzw. Eignungskriterium genannt worden. Die Vergabebehörde sei somit frei gewesen, den Zuschlag einer Firma zu erteilen, welche wie die Beigeladene nicht über das fragliche Zertifikat verfüge. Die Beigeladene könne den erforderlichen Qualitätsstandard denn auch ausreichend gewährleisten, zumal sie über ein vergleichbares Zertifikat in Deutschland verfüge und die QUIK-Zertifizierung in Bearbeitung sei.

F. Die Beigeladene reichte innert der gesetzten Frist keine Vernehmlassung ein.

G. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 13. August 2015 wurde festgehalten, dass das der Offerte beizulegende Bauprogramm in den eingereichten Angebotsunterlagen der Beigeladenen nicht vorhanden sei und der Beschwerdegegnerin sowie der Beigeladenen wurde diesbezüglich Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt.

H. Mit Eingaben vom 14. August 2015 und 18. August 2015 reichten die Beigeladene bzw. die Beschwerdegegnerin jeweils eine Stellungnahme zu dieser Frage ein.

I. Mit Präsidialverfügung vom 25. August 2015 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt und der Beschwerdeführerin wurde die Akteneinsicht im Sinne der Erwägungen gewährt.

J. Mit Präsidialverfügung vom 16. September 2015 wurde der Fall der Kammer zur Beurteilung überwiesen.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung**:

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).

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 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 (vgl. 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; siehe auch BGE 140 II 214 E. 2.1; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 2013, N 940 ff.).

2.2 Das praktische Interesse des nicht berücksichtigten Anbieters ist in der Regel primär darauf gerichtet, anstelle des Zuschlagsempfängers selber den Zuschlag zu erhalten, sekundär besteht ein mit dem Schadenersatzanspruch verknüpftes Feststellungsinteresse. Das blosses Anliegen, den allenfalls rechtswidrigen Zuschlag aufzuheben, begründet demgegenüber keine Legitimation für denjenigen, der zwar als Anbieter am Verfahren teilgenommen hat, aber aufgrund seiner Rechtsmittelanträge und Sachvorbringen auch bei Durchdringen seiner Auffassung keinen praktischen Vorteil erzielen könnte. Der nicht berücksichtigte oder ausgeschlossene Anbieter ist somit zur Beschwerde gegen Vergabeentscheide nur befugt, wenn er bei deren Gutheissung eine realistische Chance hat, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in dem er ein neues Angebot einreichen kann (vgl. KGE VV [810 14 314] vom 21. Januar 2015 E. 2.4; BGE 141 II 14 E. 4).

2.3 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.

3. 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).

4. Gemäss dem in § 16 Abs. 2 VPO statuierten Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen ist das Kantonsgericht nicht an die rechtliche Begründung der Begehren gebunden. Es kann eine Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. KASPAR PLÜSS, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar VRG, Zürich 2014, N 167 zu § 7; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2013, N 1390).

5.1 Mit Verfügung vom 13. August 2015 stellte das instruierende Präsidium des Kantonsgerichts fest, dass das der Offerte beizulegende Bauprogramm in den eingereichten Angebotsunterlagen der Beigeladenen nicht vorhanden sei und räumte der Beschwerdegegnerin sowie der Beigeladenen diesbezüglich Gelegenheit zur Stellungnahme ein.

5.2 Die Beschwerdegegnerin macht in diesem Zusammenhang geltend, dass es sich beim fraglichen Bauprogramm um einen detaillierten Zeitplan für die auszuführenden Arbeiten handle. Die Beigeladene habe in ihrer Offerte unter der Rubrik "Angaben des Unternehmers, Bestätigung und Unterschrift" mit ihrer Unterschrift bestätigt, dass sich die Bauzeit im vorgesehenen Terminrahmen bewege. Im Weiteren habe sie sich verpflichtet, die Arbeiten innert den von der Beschwerdegegnerin festgesetzten Fristen bzw. der von der Bauleitung oder von ihr angegebenen Bauzeit zu vollenden. Ein separates detailliertes Bauprogramm bzw. Terminprogramm sei der Offerte zwar nicht beigelegt worden. Dies sei jedoch auch nicht zwingend notwendig. Was den Zeitplan betreffe, so sei für die Beschwerdegegnerin vor allem wichtig, dass der Offerent die Einhaltung der Termine in seiner Offerte unterschriftlich bestätige, was die Beigeladene getan habe. Die als Sachverständige beigezogene D.____ AG habe nach der Offertöffnung das Bauprogramm mit dem detaillierten Zeitplan noch nachgefordert, was eine zulässige Rückfrage zur Klärung des Angebots darstelle, zumal die Ausführungstermine durch die Beigeladene in deren Offerte bestätigt worden seien und dies zu keiner Änderung des Preises geführt habe.

5.3 Die Beigeladene führt aus, dass sie mit ihrem Angebot die Beilage "Angaben des Unternehmers" unterzeichnet eingereicht habe. Darin habe sie sich zur Einhaltung der vorgegebenen Termine verpflichtet. Ein detailliertes Bauprogramm liege vor und der Projektleiter der D.____ AG sei informiert.

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

5.4.2 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. 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).

5.4.3 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 grundsätzlich eine strenge Haltung am Platz (vgl. HERBERT LANG, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, in: ZBI 2000 S. 335; AGVE 1999 S. 346). 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. Wegen unbedeutender Mängel darf ein Anbieter nicht ausgeschlossen werden (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N. 459 ff.).

5.4.4 Ab welcher Schwere ein Formfehler zum Ausschluss der Offerte führen muss, lässt sich nicht allgemein formulieren, sondern ist im Einzelfall zu entscheiden (vgl. MARTIN BEYELER, Anmerkungen zu BVGE 2007/13, in: BR 2007 S. 84-85). Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Angebot auszuschliessen oder allenfalls mittels Rückfragen zu bereinigen ist, kommt der Vergabebehörde ein erhebliches Ermessen zu (vgl. DANIELA LUTZ, Die fachgerechte Auswertung von Offerten – Spielräume, Rezepte und Fallstricke, in: Aktuelles Vergaberecht, Zürich 2008, S. 225; BVGE 2007/13 E. 6.2; siehe auch Urteil des Bundesgerichts 2P.176/2005 vom 13. Dezember 2005 E. 2.4). Ein Angebot muss jedoch vom Verfahren ausgeschlossen werden, wenn es sich in Bezug auf wesentliche Punkte als unvollständig erweist (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.4; AGVE 2005 S. 254). Zu einem Ausschluss führen muss beispielsweise das Fehlen ganzer Angebotsteile oder von Angaben, welche sich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis einer Offerte auswirken. Ebenfalls stellt es einen Ausschlussgrund dar, wenn wesentliche Beilagen fehlen, wobei lediglich ergänzende Beilagen unter Umständen noch nachgereicht werden können (LANG, a.a.O., S. 235). Im vorliegenden Zusammenhang interessierend wird in der Lehre argumentiert, dass Angebote ausgeschlossen werden müssen, wenn ausdrücklich verlangte Detail-Terminpläne fehlen und stattdessen im Angebot darauf verwiesen wird, dass die Arbeiten nach Angaben der Bauleitung ausgeführt werden (vgl. LUTZ, a.a.O., S. 225).

5.5.1 Vorliegend halten die Ausschreibungsunterlagen als Terminrahmen für die Ausführung der Arbeiten den Zeitraum vom 20. Juli 2015 bis 25. September 2015 fest. Darüber hinaus war im Rahmen der Offerte ein "eigenes detailliertes Bauprogramm" einzureichen. Das Erfordernis eines "detaillierten" Bauprogramms wurde mittels Unterstreichen besonders hervorgehoben. In der Ausschreibung wurde sodann ausdrücklich darauf hingewiesen, dass unvollständige Offerten nicht berücksichtigt werden könnten.

5.5.2 Soweit die Beschwerdegegnerin ausführt, dass die Beigeladene die Einhaltung der Termine bestätigt habe und ein detailliertes Bauprogramm nicht zwingend einzureichen gewesen sei, steht dies in Widerspruch zu den in der Ausschreibung festgelegten Anforderungen. Das fehlende Bauprogramm der Beigeladenen wurde gemäss den Ausführungen der Beschwerdegegnerin denn auch noch nachgefordert, ohne dass dies jedoch aus der von der D.____ AG erstellten Aktennotiz betreffend Offertvergleich vom 23. Juni 2015, wonach sämtliche Angebote vollständig und korrekt eingereicht worden seien, hervorgeht. Nach dem Gesagten erwies sich das Angebot der Beigeladenen angesichts des fehlenden Bauprogramms als unvollständig. Zu prüfen ist, ob die fragliche Unvollständigkeit einen Ausschlussgrund darstellt oder ob das Bauprogramm von der Beschwerdegegnerin zulässigerweise nachgefordert werden durfte. Dabei ist vom Grundsatz auszugehen, dass ein in wesentlichen Punkten unvollständiges Angebot vom Verfahren ausgeschlossen werden muss (vgl. E. 5.4.4).

5.5.3 In Bezug auf das fehlende Bauprogramm kann nicht von einem bloss untergeordneten Mangel des Angebots der Beigeladenen ausgegangen werden. Dies ergibt sich bereits aus der in der Ausschreibung gewählten Formulierung, wonach es sich um ein "eigenes detailliertes Bauprogramm" handeln musste. Dass ein detailliertes Bauprogramm für die Vergabebehörde wichtig sein kann, um die Durchführbarkeit der offerierten Arbeiten bzw. die Eignung des Anbieters beurteilen zu können, erscheint nachvollziehbar. Die von der Beschwerdeführerin und der Beigeladenen ein- bzw. nachgereichten Bauprogramme zeigen denn auch jeweils im Einzelnen den zeitlichen und örtlichen Ablauf der ausgeschriebenen Arbeiten auf. Von einer lediglich ergänzenden Beilage, welche gegebenenfalls nachgefordert werden darf, kann vor diesem Hintergrund nicht gesprochen werden. Angesichts des Umstands, dass seitens der Vergabebehörde ausdrücklich ein "detailliertes" Bauprogramm verlangt wurde, erwies sich das Angebot der Beigeladenen, wie es der Vergabestelle eingereicht wurde, vielmehr als in einem wesentlichen Punkt unvollständig. Es konnte demnach nicht ohne Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots berücksichtigt werden, sondern hätte gemäss § 23 Abs. 2 BeG zufolge Unvollständigkeit ausgeschlossen werden müssen.

5.5.4 Die Beschwerde ist gestützt auf die vorstehenden Erwägungen gutzuheissen. Auf die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen braucht unter diesen Umständen nicht eingegangen zu werden.

6. 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). Den Vorinstanzen können in Fällen wie dem vorliegenden keine Verfahrenskosten auferlegt werden (§ 20 Abs. 3 und 4 VPO). Demzufolge werden im vorliegenden Verfahren keine Verfahrenskosten erhoben. Die Parteikosten sind wettzuschlagen (§ 21 Abs. 1 VPO).

Demgemäss wird **erkannt**:

- ://:
1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Zuschlagsentscheid vom 3. Juli 2015 aufgehoben und der Beschwerdeführerin wird der Zuschlag zum offerierten Preis von Fr. 74'928.55 (inkl. 8% MWST) erteilt.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'400.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.
 3. Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

Vizepräsident

Gerichtsschreiber