



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

vom 29. August 2018 (810 18 82)

Submission

Ausschluss aus dem Verfahren

Besetzung Präsidentin Franziska Preiswerk-Vögtli, Kantonsrichter Niklaus Ruckstuhl, Markus Clausen, Daniel Ivanov, Claude Jeanneret, Gerichtsschreiber Marius Wehren

Beteiligte **A._____ AG**, Beschwerdeführerin

gegen

Einwohnergemeinde B._____, Beschwerdegegnerin

Betreff Neubau Primarschulhaus B._____ / Ausschluss aus dem Verfahren
(Entscheid der Einwohnergemeinde B._____ vom 12. März 2018)

A. Die Einwohnergemeinde B._____ (Gemeinde) schrieb im Rahmen des Projekts "Neubau Primarschulhaus B._____" im Einladungsverfahren die Gipsarbeiten mit Eingabetermin bis 22. Januar 2018 aus. In der Folge reichten fünf der sieben eingeladenen Anbietenden, darunter die A._____ AG, ein Angebot ein.

B. Mit Entscheid der Gemeinde vom 12. März 2018 wurde das Angebot der A.____ AG vom Verfahren ausgeschlossen. Der von der Gemeinde gleichentags erlassene Zuschlagsentscheid wurde der A.____ AG nicht eröffnet.

C. Am 22. März 2018 erhob die A.____ AG gegen den Entscheid über den Ausschluss aus dem Verfahren Beschwerde beim Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht. Sie stellt sinngemäss das Begehren, der Entscheid sei aufzuheben.

D. In ihrer Vernehmlassung vom 16. April 2018 stellt die Gemeinde das Begehren, die Beschwerde sei abzuweisen, dies unter o/e-Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin.

E. Mit Verfügung vom 17. April 2018 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. e BeG kann gegen den Ausschluss vom Vergabeverfahren 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 Die materielle Beschwer der beim Vergabeverfahren nicht berücksichtigten oder vom Verfahren ausgeschlossenen Anbieter ist praxismässig dann gegeben, wenn diese bei Gutheissung ihrer Beschwerde 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 (vgl. KGE VV vom 22. Juni 2016 [810

16 34] E. 2.2; KGE VV vom 27. April 2016 [810 15 252] E. 2.3; KGE VV vom 21. Januar 2015 [810 14 314] E. 2; BGE 141 II 14 E. 4).

2.3 Die Beschwerdeführerin hat als Anbieterin am Submissionsverfahren teilgenommen. Sofern sich ihre Beschwerde als begründet erweist, wäre ihr Angebot wieder in das Vergabeverfahren aufzunehmen und hätte eine realistische Chance, den Zuschlag zu erhalten. Die Legitimation der Beschwerdeführerin 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. Streitgegenstand bildet die Frage, ob der Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren zu Recht erfolgte.

4.1 Die Gemeinde führt im angefochtenen Entscheid und in der Vernehmlassung im Wesentlichen aus, dass im Rahmen des Angebots der Beschwerdeführerin bei mehreren Positionen der handschriftliche Vermerk "Bauseits" in das Leistungsverzeichnis hineingeschrieben worden sei. Es seien somit bewusste oder unbewusste Vorbehalte zu Leistungen innerhalb des Leistungsverzeichnisses gemacht worden, was eine bewusste oder unbewusste Veränderung des Leistungsverzeichnisses darstelle. Präzisierungen, Optimierungen oder Gegenvorschläge zum Leistungsverzeichnis hätten als separate Beilage zum Angebot eingereicht werden müssen. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass gewisse durch den anbietenden Unternehmer zu erbringende Leistungen nicht im Angebotspreis enthalten seien. Das Angebot der Beschwerdeführerin erfülle somit das Eignungskriterium 1, welches unter anderem ein vollständiges und den Bestimmungen zum Vergabeverfahren entsprechendes Angebot fordere, nicht und müsse daher gestützt auf § 8 BeG vom Verfahren ausgeschlossen werden.

4.2 Die Beschwerdeführerin macht zur Begründung ihrer Beschwerde geltend, dass sie an der Ausschreibung keinerlei Veränderung vorgenommen habe. Es sei lediglich die Verständlichkeit hervorgehoben bzw. unterstrichen worden.

4.3.1 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). Ausserdem wird vom Verfahren in der Regel ausgeschlossen, wer die Eignungskriterien nicht oder nur teilweise erfüllt oder keinen entsprechenden Eignungsnachweis erbringt (§ 8 Abs. 1 lit. c BeG). Vorliegend wurde in der Ausschreibung unter anderem die Einreichung eines vollständigen und den Bestimmungen zum Vergabeverfahren entsprechenden Angebots als Eignungskriterium definiert. In den "Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bauherrschaft für Bauleistungen und Lieferungen" der Gemeinde B._____ wird festgehalten,

dass das Leistungsverzeichnis (Amtsversion) vollständig ausgefüllt und absolut unverändert einzureichen ist und auch nur geringfügig bewusst oder unbewusst geänderte Ausschreibungs-/Angebotsunterlagen zum Ausschluss aus dem Beschaffungsverfahren führen.

4.3.2 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 (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.176/2005 vom 13. Dezember 2005 E. 2.4 mit Hinweisen; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, N 456 ff.). 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. Ein überspitzter Formalismus ist mithin zu vermeiden und ein Ausschlussgrund ist nur dann anzunehmen, wenn der Mangel eine gewisse Schwere aufweist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.176/2005 vom 13. Dezember 2005 E. 2.4 mit Hinweisen; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 444 ff.).

4.4.1 Die Gemeinde stellt sich wie bereits ausgeführt (E. 4.1 hiavor) auf den Standpunkt, die Beschwerdeführerin habe bei mehreren Positionen im Leistungsverzeichnis einen handschriftlichen Vermerk "Bauseits" eingetragen. Sie habe mit diesem Vorgehen (bewusste oder unbewusste) Vorbehalte gemacht, was eine Veränderung des Leistungsverzeichnisses darstelle.

4.4.2 Mit einem Vorbehalt erklärt ein Anbieter, dass auf sein Angebot bzw. den allfälligen künftigen Vertrag der Parteien nicht die in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Bedingungen, sondern eine oder mehrere entsprechend geänderte Regeln zur Anwendung kommen werden. Ein Vorbehalt liegt namentlich dann vor, wenn ein Anbieter erklärt, dass er Vorgaben (technische Spezifikation, Vertragsbedingungen, Lieferbedingungen o.ä.) der Vergabestelle nicht einhalten kann oder will oder dass er eine Abweichung offeriert (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 470 Fn. 1051; DANIELA LUTZ, Die fachgerechte Auswertung von Offerten – Spielräume, Rezepte und Fallstricke, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht, Zürich 2008, S. 234). Vorbehalte von Anbietenden können, je nach Inhalt und Formulierung, eine unzulässige Abänderung der Ausschreibungsunterlagen darstellen oder die Nichteinhaltung der Ausschreibungsbedingungen oder der Produktspezifikation bedeuten und deshalb einen Ausschluss begründen. Unter Umständen bedeuten sie aber auch (nur) eine Angebotsvariante oder gar eine Präzisierung oder Frage, etwa bei unklaren oder offen umschriebenen Angaben im Leistungsverzeichnis oder den Vertragsbedingungen (vgl. LUTZ, a.a.O., S. 235).

4.5.1 Vorliegend ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin bei mehreren Positionen im Leistungsverzeichnis handschriftlich den Vermerk "Bauseits" gemacht hat. Wie die Gemeinde zutreffend festhält, wird mit dem Begriff "bauseits" ausgedrückt, dass eine Leistung nicht vom Unternehmer, sondern vom Bauherrn erbracht wird.

4.5.2 Der handschriftliche Vermerk "Bauseits" findet sich zunächst auf Seite 27 der Offerte im Zusammenhang mit der Position R291.001. Hier wurde er bei zwei Abschnitten gemacht, welche unter anderem den Text "Akustik-Backstein, bauseits" und "MDF furniert, bauseits" enthalten. Daraus erhellt, dass die Vermerke "bauseits" bereits im Leistungsverzeichnis selbst enthalten sind. Die Beschwerdeführerin hat mit den beiden handschriftlichen Vermerken "Bauseits" demnach lediglich etwas wiederholt bzw. verdeutlicht, was schon die Ausschreibungsunterlagen beinhalten. Von Vorbehalten kann insofern keine Rede sein.

4.5.3 Ein weiteres Mal erscheint der Vermerk "Bauseits" auf den Seiten 32 bis 39 des Leistungsverzeichnisses, und zwar im Zusammenhang mit den Positionen R319.101 bis R319.203, welche jeweils die "Vorsatzschale WC-Anlage" zum Gegenstand haben. Bei einer Vorsatzschale – auch Aussenwandverkleidung oder Verblendung genannt – handelt es sich um ein nicht tragfähiges Bauelement, welches aus bauphysikalischen und/oder optischen Gründen mit der umgebenden Bauwerksstruktur verbunden ist (vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/Vorsatzschale>). Bei den genannten Positionen machte die Beschwerdeführerin neben dem im Leistungsverzeichnis enthaltenen Text "Eingebautes Duofix Element: Geberit Duofix für WC" jeweils den Vermerk "Bauseits". Weiter unten im Leistungsverzeichnis findet sich bei diesen Positionen jeweils der Hinweis "Bauseitige Elemente werden im Geberit Duofix-System geliefert". Die Beschreibung im Leistungsverzeichnis ist somit dahingehend zu verstehen, dass bauseits bereits ein Duofix-Element, nämlich das Element "Geberit Duofix für WC", eingebaut ist. Dieses Element muss lediglich noch verkleidet werden, was eine klassische Gipsarbeit darstellt, für welche die Beschwerdeführerin vorliegend offeriert hat. Die fraglichen Geberit Duofix-Elemente müssen somit nicht von der Beschwerdeführerin geliefert werden, sondern sind bereits eingebaut. Aus diesem Zusammenhang wird ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Vermerken "Bauseits" wiederum lediglich zur Verdeutlichung festgehalten hat, dass das Duofix-Element bereits eingebaut bzw. (bauseits) vorhanden ist. Auch bezüglich dieser Vermerke kann somit nicht von Vorbehalten gesprochen werden.

4.6.1 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Vermerken "Bauseits" keine Vorbehalte bezüglich der von ihr vorzunehmenden Arbeiten machte, sondern lediglich (für sich) verdeutlichte, welche Leistungen durch den Auftraggeber, d.h. bauseits erbracht werden. Anders würde es sich verhalten, wenn die Beschwerdeführerin den fraglichen Vermerk bei Positionen gemacht hätte, bei denen der Begriff "bauseits" im Leistungsverzeichnis nicht verwendet wird, was vorliegend jedoch nicht der Fall war. Die Beschwerdeführerin nahm somit keine unzulässige Änderung des Leistungsverzeichnisses vor. Sie war dementsprechend auch nicht gehalten, allfällige Präzisierungen, Optimierungen oder Gegenvorschläge zum Leistungsverzeichnis als separate Beilage zu ihrem Angebot einzureichen.

4.6.2 Nach dem Gesagten erfolgte der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin zu Unrecht. Die Beschwerde ist gutzuheissen und der angefochtene Entscheid ist aufzuheben. Die Angelegenheit ist zur Weiterführung des Vergabeverfahrens bzw. zu neuem Entscheid über den Zuschlag unter Einbezug der Beschwerdeführerin an die Gemeinde zurückzuweisen.

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

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

- ://:
1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Entscheid der Einwohnergemeinde B.____ vom 12. März 2018 aufgehoben und die Sache wird im Sinne der Erwägungen an die Einwohnergemeinde B.____ zurückgewiesen.
 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.

Präsidentin

Gerichtsschreiber

Gegen diesen Entscheid wurde am 28. September 2018 Beschwerde beim Bundesgericht (Verfahrensnummer 2C_888/2018) erhoben.