

Urteilsdatum

13.03.2024

Gericht

Basel-Landschaft, Kantonsgericht

Betreff

Submission Reservoirbehälter /
Ausschluss aus dem Verfahren

Publikation

Entscheide des Kantonsgerichts des
Kantons Basel-Landschaft

Rechtsgebiete

Öffentliches Beschaffungswesen

[Im Portal der Gerichte des Kantons Basel-Landschaft öffnen](#)

Entscheidung des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht vom 13. März 2024 (810 23 137)

Submission

Submission Reservoirbehälter / Ausschluss aus dem Verfahren

Besetzung Vorsitzender Niklaus Ruckstuhl, Kantonsrichter Hans Furer, Markus Clausen, Daniel Noll, Kantonsrichterin Ana Dettwiler, Gerichtsschreiberin Julia Kempfert

Beteiligte **A.** ____ **AG.**, vertreten durch **B.** ____ und **C.** ____, Beschwerdeführerin, vertreten durch Peter Bürki, Rechtsanwalt

gegen

Einwohnergemeinde D. __, Vorinstanz

E. ____ GmbH, Beigeladene

Betreff Vergabe Behälter Reservoir / Ausschluss aus dem Verfahren (Entscheid der Einwohnergemeinde D. __ vom 6. Juni 2023)

A. Die Einwohnergemeinde D. __ (Gemeinde) richtet ihre Wasserbeschaffung neu aus. Dazu ist der Neubau eines Reservoirs inkl. Ableitung in D. __ sowie eine Verbindungsleitung zum Reservoir in F. __ notwendig. Für die Versorgung der Hochzone muss ein neues System für die Druckhaltung gesucht werden. Im Rahmen dieses Projekts wurden die Fertigbauwerke "Trinkwasserreservoir Wasserschöpfli" und "Druckerhöhung Höhe" im Einladungsverfahren mit Eingabetermin bis 12. Mai 2023 ausgeschrieben. In der Folge reichten vier eingeladene Anbietende, darunter die A. __ AG, ein Angebot ein.

B. Mit Entscheid der Gemeinde vom 6. Juni 2023 wurde das Angebot der A. __ AG vom Verfahren ausgeschlossen. Gleichentags erteilte die Gemeinde der E. __ GmbH den Zuschlag.

C. Mit Schreiben vom 22. Juni 2023 erhob die A. __ AG, vertreten durch Peter Bürki, Rechtsanwalt, gegen den Verfahrensausschluss beim Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht (Kantonsgericht), Beschwerde. Es wurde beantragt, die Verfügung vom 6. Juni 2023 sei aufzuheben. Der Vergabeentscheid sei aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, die zu vergebenden Arbeiten im offenen oder selektiven Verfahren zu vergeben. Eventualiter sei der Auftrag zu den von der Beschwerdeführerin offerierten Bedingungen an sie zu vergeben. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde beantragt, die aufschiebende Wirkung sei zu gewähren und die Vorinstanz sei zu verpflichten, den Vertragsabschluss für das Projekt bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids zu sistieren. Alles unter o/e-Kostenfolge. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Vergabe im Einladungsverfahren durchgeführt worden sei, obwohl alle vier eingeholten Offerten über Fr. 500'000.-- gelegen seien und somit das offene oder selektive Verfahren hätte eingehalten werden müssen.

D. Mit Verfügung vom 23. Juni 2023 wurde der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt und der Vorinstanz superprovisorisch untersagt, den Vertrag abzuschliessen bzw. Vollzugshandlungen vorzunehmen. Die Vorinstanz reichte am 6. Juli 2023 die Vorakten ein und erklärte sich mit der Erteilung der aufschiebenden Wirkung einverstanden.

E. Mit Verfügung vom 10. Juli 2023 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt.

F. Am 27. Juli 2023 reichte die Vorinstanz ihre Vernehmlassung mit dem Rechtsbegehren ein, die Beschwerde sei abzuweisen. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin durch die Wahl des Einladungsverfahrens keinen Nachteil erlitten habe. Sie habe

am Verfahren teilnehmen können und habe basierend auf denselben Informationen wie die übrigen eingeladenen Anbieterinnen die Möglichkeit gehabt, ein Angebot einzureichen. Ein wirksamer Wettbewerb habe somit stattfinden können. Der Ausschluss vom Verfahren habe mit der gewählten Verfahrensart nichts zu tun. Das Angebot wäre nicht anders beurteilt worden, wenn die Vergabe im offenen Verfahren durchgeführt worden wäre.

G. Mit Schreiben vom 8. August 2023 reichte die Vorinstanz die vollständigen Vorakten ein.

H. Die Beschwerdeführerin reichte mit Eingabe vom 15. August 2023 ihre Replik ein und die Vorinstanz duplizierte mit Eingabe vom 6. September 2023.

I. Mit Verfügung vom 6. November 2023 wurde die Zuschlagsempfängerin zur Gewährung des rechtlichen Gehörs zum Verfahren beigeladen und liess sich mit Eingabe vom 20. November 2023 vernehmen. Dabei schloss die Beigeladene auf Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dass die auf dem Markt bekannten Anbieter zum Verfahren eingeladen worden seien. Sie hätten die Möglichkeit gehabt, basierend auf den Informationen ein Angebot einzureichen. Behälter mit einem so grossen Volumen seien in der Schweiz erstmals ausgeschrieben worden, weshalb allen Beteiligten Erfahrungswerte über solche Kosten gefehlt hätten.

J. Die Beschwerdeführerin reichte mit Eingabe vom 29. November 2023 eine Stellungnahme ein und hielt unter anderem fest, dass sie für zwei andere Gemeinden Behälter in dieser Grössenordnung gebaut habe, was zeige, dass es in der Vergangenheit schon andere Ausschreibungen mit Behältern in dieser Grösse gegeben habe.

K. Mit Verfügung vom 6. Dezember 2023 wurde der Fall der Kammer zur Beurteilung überwiesen.

Das Kantonsgericht zieht **i n E r w ä g u n g** :

1.1 Die vorliegende Streitsache untersteht dem öffentlichen Beschaffungsrecht. Es kommen die einschlägigen Normen des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (BeG) vom 3. Juni 1999 und der Verordnung zum Beschaffungsgesetz (BeV) vom 25. Januar 2000 sowie der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) zur Anwendung. Die totalrevidierten Bestimmungen des Einführungsgesetzes zur interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (EG IVöB) vom 5. Mai 2022 sowie der IVöB vom 15. November 2019, beides im Kanton Basel-Landschaft in Kraft seit 1. Januar 2024, kommen gemäss Übergangsrecht (Art. 64 Abs. 1 IVöB) noch nicht zum Zuge, da Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieser neuen Vereinbarung eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt werden (vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden U 22 99 vom 13. Juni 2023 E. 1.2.). Das vorliegend strittige Vergabeverfahren wurde vor dem 1. Januar 2024 eingeleitet, weshalb sowohl in formeller als auch materieller Hinsicht (intertemporal) das alte Recht anwendbar ist. Die Unterscheidung ist im

Übrigen nicht von grosser Bedeutung, da sich die vorliegend relevanten Bestimmungen inhaltlich grundsätzlich nicht geändert haben.

1.2 Gemäss § 30 Abs. 1 in Verbindung mit § 31 lit. e BeG sowie § 43 Abs. 2 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 kann gegen den Ausschluss vom Vergabeverfahren 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).

1.3 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 25. April 2018 [810 17 267] E. 1.2; vgl. auch BGE 140 II 214 E. 2.1). Die materielle Beschwer der beim Vergabeverfahren nicht berücksichtigten oder vom Verfahren ausgeschlossenen Anbietenden ist praxisgemäss 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 (KGE VV vom 28. Juni 2017 [810 17 15] E. 1.2; KGE VV vom 22. Juni 2016 [810 16 34] E. 2.2). Im Rahmen des Eintretens wird unterstellt, dass die in der Beschwerde vorgebrachten Rügen begründet sind. Ob dies tatsächlich der Fall ist, bildet Gegenstand der materiellen Beurteilung. Die Beschwerdelegitimation fehlt nur demjenigen, der zwar als Anbieter am Verfahren teilgenommen hat, aber aufgrund seiner Rechtsmittelanträge und Sachvorbringen auch bei Durchdringen seiner Auffassung keine reelle Chance auf den Zuschlag oder eine Wiederholung des Submissionsverfahrens hat. Die Beschwerdeführerin hätte bei Gutheissung ihrer Beschwerde eine realistische Chance eine Zuschlagserteilung an sie oder eine Wiederholung des Submissionsverfahrens erwirken zu können. Ihre Legitimation ist demzufolge gegeben. Da auch die übrigen formellen Voraussetzungen 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. Eine Ermessenskontrolle ist dem Kantonsgericht vorliegend verwehrt (§ 45 Abs. 1 lit. c VPO).

3.1 Den Ausschreibungsunterlagen ist zu entnehmen, dass die Vorinstanz die zu vergebenden Fertigbauwerke im Einladungsverfahren ausgeschrieben hat.

3.2 Die Wahl der richtigen Verfahrensart ist eine fundamentale Bestimmung im Beschaffungswesen, denn die Verfahrensart entscheidet darüber, welche Bestimmungen des Beschaffungsrechts zur Anwendung kommen. Nach der Lehre und Rechtsprechung handelt es sich bei der Wahl einer nicht den Vorschriften entsprechenden Verfahrensart um einen derart schweren Rechtsmangel, dass er auch dann zu berücksichtigen ist, wenn er nicht gerügt wird (vgl. KGE VV vom 23. Oktober 2019 [810 19 139] E. 3.2; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, N 337). Durch die falsche Wahl der Verfahrensart können die Vorschriften über die richtigerweise anzuwendende Verfahrensart umgangen und somit kann das öffentliche Beschaffungsrecht ausgehöhlt werden. Die Durchführung des richtigen Verfahrens soll der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen, den wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern fördern und die Gleichbehandlung aller Anbieter sowie eine unparteiische Vergabe gewährleisten. Für die Wahl des richtigen Verfahrens massgebend ist einerseits die Art des zu vergebenden Auftrags (Bauftrag, Lieferung, Dienstleistung) und andererseits der Wert des konkreten Auftrags bzw. das Auftragsvolumen. Massgebend ist der vor der Ausschreibung geschätzte Auftragswert und nicht der Wert des später bei der Vergabe berücksichtigten Angebots. Die Vergabestelle hat vorgängig der Ausschreibung des Auftrags eine Schätzung der mutmasslichen Auftragssumme nach sachlichen Kriterien und aufgrund allfälliger Erfahrungswerte vorzunehmen. Es hat sich dabei um eine zuverlässige und sorgfältige Schätzung zu handeln. Insbesondere darf dabei, um die Bestimmungen über die Schwellenwerte einzuhalten, nicht zu knapp kalkuliert werden; die Behörde hat sich eher an die obere Bandbreite der Schätzung zu halten (vgl. dazu Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2018, S. 261).

3.3 Gemäss § 3 Abs. 1 BeG gilt dieses Gesetz für sämtliche Vergaben, die der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen, namentlich für Bauaufträge (lit. a), Lieferaufträge (lit. b) und Dienstleistungsaufträge (lit. c). Für Planungs- und Gesamtleistungswettbewerbe gilt § 20 BeG (§ 3 Abs. 3 BeG).

3.4 § 12 BeG sieht vor, dass die Aufträge im offenen, im selektiven, im Einladungsoder im freihändigen Verfahren vergeben werden. Gemäss § 13 Abs. 1 BeG richtet sich die Wahl des Verfahrens nach den vom Regierungsrat festgelegten Schwellenwerten. Dabei hält sich der Regierungsrat an die periodischen Anpassungen durch das Organ der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen. § 7 BeV statuiert, dass das offene oder selektive Verfahren bei Aufträgen im Bauhauptgewerbe (Hoch und Tiefbau) bei einem geschätzten Auftragswert (ohne Mehrwertsteuer) von mehr als Fr. 500'000.-- obligatorisch ist. Bei Aufträgen im Baunebengewerbe, bei Lieferungen und bei

Dienstleistungen bei einem geschätzten Auftragswert (ohne Mehrwertsteuer) von mehr als Fr. 250'000.-- ist das offene oder selektive Verfahren obligatorisch (§ 7 BeV).

3.5 Die Angebotssummen belaufen sich auf brutto Fr. 535'350.-- (Beschwerdeführerin) bzw. Fr. 666'917.20 (Beigeladene). Der Wert des zu vergebenden Auftrags übersteigt somit den Schwellenwert von Fr. 500'000.--, bis zu dem bei Bauhauptgewerbe ein Einladungsverfahren zulässig ist (vgl. § 7 BeV) deutlich. Die Vorinstanz hält dazu fest, dass sie im Rahmen der Vorbereitung der Submission eine Kostenschätzung für den Neubau des Wasserreservoirs habe machen lassen und gestützt darauf eine Submittentenliste erstellt habe. Für die Arbeitsgattung "Fertigbauteile (Reservoirbehälter)" sei sodann aufgrund des geschätzten Auftragswerts von Fr. 420'000.-- die Submission im Einladungsverfahren vorgenommen worden. Erst nach Erstellung der Submittentenliste habe sich die Vorinstanz dazu entschieden, zusätzlich zur Arbeitsgattung "Fertigbauteile (Reservoirbehälter)" auch die Arbeitsgattung "Fertigbauteile technische Installation (Druckerhöhungsstation)" in der gleichen Submission offerieren zu lassen. Dabei sei von Seiten der Vorinstanz unentdeckt geblieben, dass der gesamte Auftragswert der beiden Arbeitsgattungen den Schwellenwert von Fr. 500'000.-- überstiegen habe und die Vergabe somit grundsätzlich im offenen Verfahren hätte durchgeführt werden müssen. Es ist somit unbestritten, dass die Vorinstanz ein offenes oder selektives Vergabeverfahren gemäss § 12 BeG in Verbindung mit § 7 BeV hätte durchführen müssen, was eine vorgängige öffentliche Ausschreibung vorausgesetzt hätte. Mit dem durchgeführten Einladungsverfahren hat die Vorinstanz somit die vergaberechtlichen Vorschriften verletzt. Daran vermag nichts zu ändern, dass sich die Vorinstanz nach dem Eingang der Offerten wieder dazu entschlossen habe, auf die Vergabe der Arbeiten "Fertigbauteile technische Installation (Druckerhöhungsstation)" zu verzichten. Zu diesem Zeitpunkt war die Eingabefrist bereits abgelaufen und die Anbietenden konnten ihre Angebote nicht mehr ändern bzw. ihre Kalkulation nicht mehr anpassen. Entgegen der Annahme der Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin durch die Wahl der falschen Verfahrensart einen Nachteil erlitten. Obwohl sie aufgrund ihrer Einladung am Verfahren teilnehmen konnte, hat sie ihre Offerte an die Vorgaben der gewählten Verfahrensart, d.h. dem Einladungsverfahren, angepasst und dementsprechend offeriert. Wäre die richtige Verfahrensart gewählt worden, hätte sie sich bei der Angebotsausarbeitung an den Vorgaben des offenen Verfahrens orientiert und dementsprechend anders kalkulieren können. Ein wirksamer Wettbewerb konnte demzufolge gerade nicht stattfinden. Ferner ist unbeachtlich, dass die Beschwerdeführerin sich nicht bei der Vorinstanz gemeldet und die zu tiefen Preisannahmen in der Ausschreibung hinterfragt hat. Aus Treu und Glauben mag sich zwar ergeben, dass offensichtliche Mängel frühzeitig schon bei der Ausschreibung zu beanstanden wären. Angesichts des Zeitdrucks, der beschränkten Rechtskenntnisse der Anbietenden sowie der Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren sind hier jedoch keine strengen Anforderungen zu stellen und der Beschwerdeführerin ist diesbezüglich nichts vorzuwerfen (BGE 141 II 307 E. 6.7; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 668).

4. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen muss festgestellt werden, dass die strittige Submission fehlerhaft ausgeschrieben und durchgeführt wurde. Die Wahl des falschen Vergabeverfahrens führt ohne Weiteres zur beantragten Aufhebung der Zuschlagsverfügung vom 6. Juni 2023 sowie der Ausschlussverfügung vom 6. Juni 2023 und zur Rückweisung der Sache zur erneuten Durchführung im richtigen Verfahren. Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt es sich, auf die von der Beschwerdeführerin erhobenen weiteren Rügen näher einzugehen.

5.1 Es bleibt über die Kosten zu befinden. Gemäss § 20 Abs. 1 VPO ist das Verfahren vor dem Kantonsgericht kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten umfassen die Gerichtsgebühren sowie die Beweiskosten und werden in der Regel der unterliegenden Partei in angemessenem Ausmass auferlegt (§ 20 Abs. 3 VPO). Da die Gutheissung auf die fehlerhafte Ausschreibung der Vorinstanz zurückzuführen ist, rechtfertigt es sich die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'000.-- vollumfänglich der Vorinstanz aufzuerlegen. Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'000.-- ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten.

5.2 Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei kann gemäss § 21 Abs. 1 VPO für den Beizug eines Anwalts oder einer Anwältin eine angemessene Parteientschädigung zulasten der Gegenpartei zugesprochen werden. Ausgangsgemäss ist der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zuzusprechen, welche analog zu den Verfahrenskosten vollumfänglich zulasten der Vorinstanz geht. Die Beschwerdeführerin hat keine Honorarnote eingereicht und beantragt die Zusprechung eines angemessenen Betrages. Demzufolge wird der Beschwerdeführerin die Parteientschädigung vorliegend nach Ermessen zugesprochen (vgl. § 18 Abs. 1 der Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte [TO] vom 17. November 2003). Das Kantonsgericht erachtet für das vorliegende Beschwerdeverfahren eine pauschale Parteientschädigung von Fr. 3'500.-- (inkl. Auslagen und 7.7 % MWST) als angemessen.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

1. In Gutheissung der Beschwerde werden der Zuschlagsentscheid vom 6. Juni 2023 und die Ausschlussverfügung vom 6. Juni 2023 aufgehoben. Die Angelegenheit wird im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'000.-- gehen zu Lasten der Vorinstanz.

Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'000.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

3. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung in der Höhe von pauschal Fr. 3'500.-- (inkl. Auslagen und 7.7 % MWST) zu entrichten.

Kantonsrichter Gerichtsschreiberin