



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

vom 22. Juni 2016 (810 16 34)

Submission

Unvollständigkeit einer Offerte wegen Fehlens eines Angebotsteils

Besetzung Präsidentin Franziska Preiswerk-Vögtli, Kantonsrichter Claude
Jeanneret, Markus Clausen, Niklaus Ruckstuhl, Stefan Schulthess,
Gerichtsschreiberin Elena Diolaiutti

Beteiligte **A._____ AG**, Beschwerdeführerin

gegen

Einwohnergemeinde B._____, Beschwerdegegnerin

Betreff Ausschluss aus dem Vergabeverfahren / Rohrleitungsarbeiten Wasser-
leitung X._____strasse B._____
(Entscheid der Einwohnergemeinde B._____ vom 20. Januar 2016)

A. Die Gemeinde B._____ lud im Einladungsverfahren unter anderem die A._____ AG,
B._____, mit Schreiben vom 25. November 2015 zur Einreichung einer Offerte für die Sanierung
der Wasserleitung X._____strasse in B._____ ein. Mit Schreiben vom 20. Januar 2016 teilte die
Gemeinde der A._____ AG mit, dass sie aus dem Verfahren ausgeschlossen worden sei, da sie
in der Offerte die NPK-Position 111.272.001 (Regiearbeiten) nicht ausgefüllt habe.

B. Mit Schreiben vom 28. Januar 2016 erhob die A.____ AG gegen den Verfahrensausschluss beim Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht (Kantonsgericht), Beschwerde und machte geltend, dass sie das ganze Devis und somit auch die SIA Schnittstelle anhand der mitgelieferten CD eingelesen habe. Leider sei die SIA Schnittstelle nicht korrekt gewesen, denn die Position 111.272.001 sei nicht ausgewiesen gewesen, weshalb diese Position bei ihrer Offerte gefehlt habe. Sie habe bei der Kalkulation die Regiearbeiten aber bereits eingerechnet, womit durch die fehlende Position keine Mehrkosten anfallen würden.

C. In ihrer Stellungnahme vom 12. Februar 2016 beantragte die Gemeinde die Abweisung der Beschwerde. Sie machte geltend, dass das Leistungsverzeichnis sowohl in Papierform als auch als SIA 451 Datei auf CD abgegeben worden sei. Bei der Offerte der Beschwerdeführerin habe das Kapitel 111 "Regiearbeiten" sowohl in der elektronischen Form als auch in der Papierform gefehlt.

D. Mit Schreiben vom 2. März 2016 wies das Kantonsgericht die Gemeinde darauf hin, dass sie in ihrer Stellungnahme keine Ausführungen zur Frage gemacht habe, ob die Position 111.272.001 im Leistungsverzeichnis in elektronischer Form (CD) enthalten gewesen sei. Das Gericht gewährte der Gemeinde Frist zur ergänzenden Stellungnahme und ersuchte sie, gegebenenfalls einen entsprechenden Ausdruck bzw. Screenshot einzureichen. Am 22. März 2016 teilte die Gemeinde dem Gericht mit, dass aus den dem Gericht eingereichten Screenshots hervorgehe, dass die entsprechende Position auf der CD vorhanden und integriert gewesen sei.

Die Beschwerdeführerin liess sich innert der gesetzten Frist zu der von der Gemeinde mit Eingabe vom 22. März 2016 eingereichten Stellungnahme nicht vernehmen. Der Fall wurde am 28. April 2016 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 sowie § 43 Abs. 2 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (Verwaltungsprozessordnung, VPO) vom 16. Dezember 1993 kann gegen den Ausschluss aus dem Vergabeverfahren innerhalb von 10 Tagen Beschwerde beim Kantonsgericht erhoben werden. Soweit das BeG nichts anderes vorsieht, richtet sich das Verfahren nach der VPO (§ 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 An-

liegen 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; 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 Die materielle Beschwer der beim Vergabeverfahren nicht berücksichtigten oder vom Verfahren ausgeschlossenen Anbietenden 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 (BGE 141 II 14 E. 4; KGE VV vom 27. April 2016 [810 15 252] E. 2.1 ff.; vom 9. März 2016 [810 15 295] E. 2; vom 28. Oktober 2015 [810 15 49/52] E. 2.5; vom 21. Januar 2015 [810 14 314] E. 2).

2.3. Die Offerte der Beschwerdeführerin war von den drei bei der Vergabestelle eingegangenen Offerten die preislich günstigste. Der Offertpreis war das einzige Zuschlagskriterium. Sollte sich der Ausschluss der Beschwerdeführerin als rechtswidrig erweisen, so hätte die Beschwerdeführerin eine reelle Chance, den Zuschlag zu erhalten oder gerichtliche Anordnungen zu erwirken, welche zur Zuschlagserteilung an sie führen könnten. Ihre Legitimation ist demzufolge gegeben. Da auch die übrigen formellen Voraussetzungen nach §§ 43 ff. VPO erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

3. Die Kognition des Kantonsgerichts ist gemäss § 45 Abs. 1 lit. a und b VPO grundsätzlich auf Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung, Unterschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts beschränkt. Die Unangemessenheit kann nach § 45 Abs. 1 lit. c und § 45 Abs. 2 VPO nur in hier nicht interessierenden Ausnahmefällen überprüft werden.

4.1. Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerde geltend, dass sie das ganze Devis anhand der mitgelieferten CD und damit auch die sich auf der CD befindende SIA Schnittstelle eingesehen habe. Leider sei die SIA Schnittstelle nicht korrekt gewesen, weil die Position 111.272.001 (Regiearbeiten) nicht angegeben worden sei. Dies sei der Grund, weshalb diese Position in ihrer Offerte gefehlt habe. Wenn eine SIA Schnittstelle mitgeliefert werde, ginge sie davon aus, dass diese vollständig und korrekt sei.

Die Gemeinde führt in ihrer Eingabe vom 22. März 2016 aus, dass aus den gewünschten Screenshots hervorgehe, dass die Position 111.272.001 auf der CD vorhanden und integriert gewesen sei. Der Editor-Ausdruck (Text-Datei) stamme von der jeweils an die Offerierenden mitgelieferten CD und der Ausdruck C.____ (Firmensoftware eines Devisierungs- und Leistungsverzeichnis-Programms) von einer entsprechenden Software, welche bei Unternehmungen eingesetzt werde. Hierzu gebe es verschiedene Anbieter nebst C.____. Welches Produkt die Beschwerdeführerin im Einsatz habe, sei der Beschwerdegegnerin nicht bekannt. Dies sei

auch nicht notwendig, da die Offerierenden für eine funktionierende Schnittstelle selbst verantwortlich seien.

4.2. 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 Position 102.223.100 02 des Leistungsverzeichnisses wird als erstes Eignungskriterium unter anderem aufgeführt, dass ein vollständiges Angebot einzureichen ist. Position 102.251.100 01 des Leistungsverzeichnisses umschreibt die verlangte Eingabeform des Angebots wie folgt: Eingabeform: "Papierform, vollständiges, rechtsgültig unterzeichnetes Angebot (Leistungsverzeichnis inkl. Original Titelblatt, Besondere Bestimmungen und geforderte Beilagen). (...). Sowie Leistungsverzeichnis in elektronischer Form (SIA 451) als Beilage zur Originalofferte auf Datenträger. (...)".

4.3. Die Offerte der Beschwerdeführerin enthielt die Position Regiearbeiten weder in der eingereichten Papierform noch in der elektronischen Form. Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, dass die Position betreffend Regiearbeit in der ihr von der Vergabestelle ausgehändigten Papierform gefehlt habe. Damit hätte sie Kenntnis über die fragliche Position haben müssen. Des Weiteren reichte die Beschwerdegegnerin mit ihrer Stellungnahme vom 22. März 2016 die Screenshots aus dem Leistungsverzeichnis der CD ein, aus denen hervorgeht, dass auf der CD die Position Regiearbeiten vorhanden war. Diese Dokumente wurden der Beschwerdeführerin zur fakultativen Stellungnahme geschickt. Die Beschwerdeführerin hat sich zu diesen Unterlagen und den diesbezüglichen Ausführungen der Beschwerdegegnerin nicht geäußert und diese mithin nicht bestritten. Zudem haben die anderen zwei Anbieterinnen, welche die gleiche CD erhalten haben, die Position Regiearbeiten ausgefüllt. Aufgrund dieser Umstände ist davon auszugehen, dass nicht die mitgelieferte CD fehlerhaft war, sondern dass ein allfälliger Fehler beim von der Beschwerdeführerin benutzten Programm zu suchen ist, für dessen Funktionieren die Anbieterin verantwortlich ist. Die Fehlerfreiheit der mit den Ausschreibungsunterlagen mitgelieferten CD wird auch dadurch untermauert, dass die anderen Anbieterinnen die Position betreffend Regiearbeiten ausgefüllt haben. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Offerte der Beschwerdeführerin nicht vollständig war und die Beschwerdeführerin dies selber zu verantworten hat.

5.1. Zu prüfen ist, ob das Fehlen der Position betreffend Regiearbeiten und damit diese Unvollständigkeit den Ausschluss aus dem Verfahren rechtfertigt.

5.2. 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 (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz 456). 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

keit vermag aber eine solche Sanktion zu rechtfertigen. Vom Ausschluss einer Offerte oder von der Ungültigerklärung des Verfahrens darf 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). 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 eine strenge Haltung am Platz (vgl. HERBERT LANG, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 2000 S. 335; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 2D_34/2010 vom 23. Februar 2011 E. 2.3). 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. Als Folge des Verhältnismässigkeitsprinzips darf ein Anbieter wegen unbedeutender Mängel der Offerte nicht ausgeschlossen werden (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz 444).

5.3. Aus Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999 wird das Verbot des überspitzten Formalismus abgeleitet. Überspitzter Formalismus liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsvorschriften überspannte Anforderungen stellt und dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt. Nicht jede prozessuale Formstrenge steht mit diesem Grundsatz in Widerspruch, sondern nur jene, die durch kein schutzwürdiges Interesse mehr gerechtfertigt ist und zum blossen Selbstzweck wird. Ansonsten sind prozessuale Formen unerlässlich, um die ordnungsgemässe Abwicklung des Verfahrens sowie die Durchsetzung des materiellen Rechts zu gewähren. Das Bundesverwaltungsgericht leitet aus dem Verbot des überspitzten Formalismus ab, dass dem Anbieter in bestimmten Fällen Gelegenheit zu geben ist, um den ihm vorgehaltenen Formmangel zu beheben (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] 2007/13 vom 13. März 2007 E. 3.2). In diesem Sinne kann der Ausschluss als unverhältnismässig erscheinen, wenn lediglich Bescheinigungen (etwa betreffend Bezahlung der Steuern) fehlen, deren Nachreichung sich nicht auf das Preis-/Leistungsverhältnis der Offerte auswirkt. Demgegenüber ist der Ausschluss wegen nicht fristgerechter Einreichung von Eignungsnachweisen nicht zu beanstanden. Offerten, deren fehlende Angaben sich auf das Preis-/Leistungsverhältnis auswirken können, sind ebenfalls zwingend auszuschliessen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz 446 f.).

5.4. Beim Entscheid darüber, ob ein Angebot auszuschliessen ist, kommt der Vergabestelle ein erhebliches Ermessen zu. Ein Ermessen besteht auch hinsichtlich der Frage, ob die Unvollständigkeit eines Angebots als Ausschlussgrund zu qualifizieren oder bei der Bewertung der Zuschlagskriterien negativ zu werten ist (vgl. DANIELA LUTZ, Die fachgerechte Auswertung von Offerten – Spielräume, Rezepte und Fallstricke, in: Aktuelles Vergaberecht, Zürich 2008, S. 225). Zu beachten gilt jedoch, dass gewisse Formfehler derart gravierend sind, dass der Ausschluss des betreffenden Angebots zwingend ist (MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz 1747 f.). In diesen Fällen steht der Vergabebehörde kein Ermessen zu, sondern das Angebot ist aus Gleichbehandlungsgründen zwingend auszu-

schliessen. Ab welcher Schwere ein Formfehler zwingend den Ausschluss der Offerte verlangt, lässt sich nicht allgemein formulieren, sondern ist im Einzelfall zu entscheiden (vgl. MARTIN BEYELER, Anmerkungen zum Entscheid des BVGer 2007/13, publiziert in: Baurecht [BR] 2007 S. 84 f.). Nach der Rechtsprechung ist ein Angebot namentlich dann zwingend vom Verfahren auszuschliessen, wenn es sich in Bezug auf wesentliche Punkte als unvollständig erweist (vgl. Entscheid des BVGer 2007/13 E. 3.4; Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2005 S. 254 E. 2.1.1). Zu einem Ausschluss führen muss beispielsweise das Fehlen ganzer Angebotsteile oder von Angaben, welche sich auf das Preis-/Leistungsverhältnis einer Offerte auswirken (vgl. DANIELA LUTZ, a.a.O., S. 225; vgl. zum Ganzen KGE VV vom 16. Dezember 2009 [810 09 248] E. 3.2 ff.; vom 16. Mai 2012 [810 11 378] E. 4.2; vom 26. April 2006 [810 05 367] E. 5.2).

5.5. Vorliegend fehlt der Offerte der Beschwerdeführerin ein ganzer Angebotsteil, welcher sich ohne Zweifel auf das Preis-/Leistungsverhältnis auswirkt. Die Gemeinde hat die Beschwerdeführerin demzufolge zu Recht aus dem Verfahren ausgeschlossen. Dass sich das Fehlen eines ganzen Angebotsteils im Übrigen auch in entscheidrelevanter Weise auf den Zuschlagsentscheid auswirken kann, zeigt der vorliegende Fall. Hätte die Beschwerdeführerin die Regiearbeiten zum Preis der bezüglich dieser Position günstigeren der zwei anderen Offerten angeboten, wäre die Offerte der Beschwerdeführerin nicht mehr die günstigste, sondern die zweitgünstigste gewesen.

6.1. Daran, dass die Beschwerdeführerin aus dem Verfahren zu Recht ausgeschlossen wurde, ändert auch das in der Beschwerde Ausgeführte nicht. Die Beschwerdeführerin macht dort geltend, dass bei ihrer Kalkulation die Regiearbeiten bereits eingerechnet seien, womit ihr Preis von Fr. 74'596.70 inkl. MWST gültig sei und durch diese fehlende Position somit kein Mehrpreis anfallen würde.

6.2. Gemäss § 25 BeG sind Verhandlungen über Preise und Preisnachlässe unzulässig, soweit nicht das freihändige Verfahren durchgeführt wird (Abs. 1). Hingegen sind Rückfragen zur Klärung des Offertinhaltes in jedem Verfahren zulässig. Aus dem Verhandlungsverbot ergibt sich das Prinzip der grundsätzlichen Unveränderbarkeit der Angebote. So hält § 25 Abs. 1 der Verordnung zum Beschaffungsgesetz (BeV) vom 25. Januar 2000 ausdrücklich fest, dass im offenen, im selektiven und im Einladungsverfahren nach Ablauf der Eingabefrist ein Angebot nicht mehr verändert werden darf (Abs. 1). Aus der Offerte ist keinesfalls ersichtlich, dass die Regiearbeiten bei ihrer Kalkulation bereits eingerechnet worden waren. Demzufolge stellt das Angebot der Beschwerdeführerin, die Regiearbeiten als in dem in der Offerte angebotenen Preis beinhaltet zu sehen, zweifelsohne eine Abänderung des Angebots dar, welche keinesfalls von der Vergabestelle angenommen werden kann. Im Übrigen hat die Vergabestelle eine Preisofferte für die Regiearbeiten verlangt und wollte diese demzufolge nicht in der Kalkulation eingerechnet haben.

7. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der Offerte der Beschwerdeführerin ein ganzer Angebotsteil fehlt, welcher sich auf das Preis-/Leistungsverhältnis auswirkt, weshalb die

Vergabestelle die Beschwerdeführerin zu Recht aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen hat.

8. Es bleibt noch über die Kosten zu entscheiden. Gestützt auf § 20 Abs. 1 VPO in Verbindung mit § 20 Abs. 3 VPO werden die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'400.-- der unterliegenden Beschwerdeführerin auferlegt. Die Parteikosten werden nach § 21 VPO wettgeschlagen.

Demgemäss wird **erkannt**:

- ://:
1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
 2. Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'400.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'400.-- verrechnet.
 3. Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

Präsidentin

Gerichtsschreiberin