

ÖFFENTLICHES BESCHAFFUNGSRECHT

DIE NEUERE RECHTSPRECHUNG IN DEN KANTONEN BASEL-STADT UND BASEL-LANDSCHAFT

von Dr. Christoph Meyer, Advokat, LL.M., Lehrbeauftragter Universität Basel, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, christoph.meyer@neovius.ch, MLaw Raphael Hegi, juristischer Volontär, raphael.hegi@neovius.ch und MLaw Ayten Cerrahoglu, Juristin, ayten.cerrahoglu@neovius.ch

1. ENTSCHEID DES VERWALTUNGSGERICHTS BASEL STADT

VD.2020.88 vom 14. Dezember 2020

Am 18. Juli 2020 schrieb das Bau- und Verkehrsdepartement (BVD) die Dienstleistung betreffend «Einsargungen und Transporte von Verstorbenen für die Friedhöfe Basel und die Polizei des Kantons Basel-Stadt» aus. Die Ausschreibung wurde in vier Lose aufgeteilt. Nach der Nichtberücksichtigung für die Vergabe der Lose Nr. 1, 2 und 3 erhob die unterlegene Anbieterin Beschwerde gegen die drei Zuschlagsentscheide, welche vom Appellationsgericht allesamt abgewiesen wurden.

a. Los Nr. 3 betreffend Verstorbene aus Spitälern, Kliniken und Instituten (VD.2020.246)

Hinzuweisen ist im Besonderen auf folgende Erwägung: Wird als Vergabekriterium verlangt, dass sich die Anbietenden in keinem Konkurs- oder Nachlassverfahren befinden dürfen, ist es der Vergabestelle untersagt, die ATB insofern zu verschärfen, dass die Anbietenden (auch) keine Betreibungen oder Verlustscheine aufweisen dürfen (E. 3.4.3).

b. Los Nr. 1 betreffend Verstorbene aus privatem Umfeld (VD.2020.248) und Los Nr. 2 betreffend Verstorbene aus Pflegeheimen (VD.2020.249)

Die Beschwerdeführerin verlangte vergeblich die Offenlegung von Unterlagen der Zuschlagsempfängerin wie Betreibungs- und Strafregisterauszüge sowie weiterer schutzwürdiger Daten. Das Appellationsgericht hielt fest, dass sich die Begründungspflicht des Vergabeentscheides in § 27 Abs. 2 lit. d und e BeschG auf die ausschlaggebenden Merkmale beschränkt und die zu den Angeboten gehörenden Angaben und Unterlagen vertraulich zu behandeln sind (§ 9 Abs. 1 lit. f BeschG). Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) wird damit durch die Vertraulichkeit der Offerten zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen begrenzt; es ist Sache des Gerichts, unter Berücksichtigung sämtlicher Unterlagen die gesetzeskonforme Vergabe zu prüfen (E. 2). Diese korrekte Praxis gilt nach neuem Beschaffungsrecht unverändert weiter.

2. ENTSCHEID DES KANTONGERICHTS BASEL-LANDSCHAFT

810 21 291 vom 31. Januar 2022

Die Psychiatrie Baselland (nachfolgend «Vergabestelle») hatte im offenen Verfahren einen Lieferauftrag über die Beschaffung von WLAN-Sendern, Switches und Zubehör des Herstellers «Cisco Systems» ausgeschrieben. Gegen diese Ausschreibung erhob die A. GmbH Beschwerde. Die A. GmbH rügte, dass die Ausschreibung nicht herstellerneutral sei.

Wer eine Ausschreibung anfechten will, muss als Anbieter für die Ausschreibung tatsächlich in Frage kommen (E. 2.2). Neben diesen potentiellen Anbietern können Marktteilnehmer, die geltend machen, dass sie in unzulässiger Weise vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurden, die Ausschreibung anfechten (E. 2.2). Dazu müssen diese ausgeschlossenen Anbieter nachweisen, dass sie eine spezifische Lösung anbieten, welche funktional und wirtschaftlich eine angemessene Alternative darstellt (E. 2.2). Die beschwerdeführende Partei hat nachzuweisen, dass sie die nachgefragten oder substituierbare Leistungen erbringt, ansonsten das Gericht nicht auf die Beschwerde eintritt (E. 2.2. und E. 3.1).

DR. CHRISTOPH MEYER, LL.M.

ist Partner bei NEOVIUS, Fachanwalt SAV im Bau- und Immobilienrecht und Lehrbeauftragter an der Universität Basel. Er begleitet Klienten insbesondere bei der Konzeption und Durchführung von komplexen Ausschreibungsverfahren und vertritt Beschaffungsstellen bzw. Anbieter in beschaffungsrechtlichen Beschwerdeverfahren.



Vorliegend hat die A. GmbH nicht nachgewiesen, dass sie im Stande wäre, den ausgeschriebenen Auftrag zu erfüllen und dass sie damit eine realistische Chance auf einen Zuschlag hätte (E. 3.2). Insofern trat das Kantonsgericht auf die Beschwerde nicht ein (E. 4). Das Kantonsgericht wies im Übrigen darauf hin, dass die Beschwerde auch im Eintretensfall nicht erfolgreich gewesen wäre, da die Vergabestelle sachliche Gründe für die Einschränkung der Ausschreibung auf Produkte des Herstellers Cisco vorweisen konnte (E. 5).

3. ENTSCHEID DES VERWALTUNGSGERICHTS BASEL STADT

VD.2021.293 vom 4. Februar 2022

Das BVD Basel-Stadt (nachfolgend «Vergabestelle») hatte im selektiven Verfahren einen Auftrag für eine Betriebsorganisation, «die das Gärtnerhaus am Schwarzpark in Basel nach einer sanften Sanierung zum Leben erweckt und sich dazu selbst finanziert», wobei der Betrieb eines Parkcafés vorgesehen war, zu vergeben. Die Vergabestelle verlangte zum Nachweis der Eignung eine vergleichbare Referenzfähigkeit durch den Anbieter, unter anderem den Nachweis des Betriebs einer zentralen Anlaufstelle und die Führung eines Gastrobetriebs in ähnlichem Umfang wie das geplante Parkcafé (E. 2.3).

Der Verein A. hat in seinem Teilnahmeantrag darauf aufmerksam gemacht, dass er im Rahmen einer Betreiberinnengemeinschaft über die gemäss Ausschreibung erforderliche Erfahrung verfüge. Er wurde daraufhin vom Verfahren ausgeschlossen, da jeder Anbieter die Anforderungen an die Eignungskriterien selber erfüllen muss (E. 2.4). Es ist nicht zu beanstanden, dass Tätigkeiten von Vereinsmitgliedern ausserhalb des Vereins von der Vergabestelle nicht als Referenzfähigkeit des Vereins A. selbst qualifiziert worden sind (E. 2.4).

4. ENTSCHEID DES KANTONGERICHTS BASEL-LANDSCHAFT

810 21 268 vom 27. April 2022

Die Einwohnergemeinde B. (nachfolgend «Vergabestelle») hatte im offenen Verfahren einen Auftrag zum Server-Outsourcing zu vergeben. Unter anderem reichten die A. AG und die C. AG ein Angebot ein. Die C. AG ging bei ihrem Angebot davon aus, dass sie bei der Gemeinde bestehenden Lizenzen übernehmen könne, obwohl die Vergabestelle eine «Private-Cloud-Lösung» inklusive aller notwendigen Lizenzen ausgeschrieben hatte. Die Vergabestelle ermöglichte ihr, nachträglich die für den Betrieb der Server notwendigen Lizenzen im Rahmen der «Bereinigung» unter Anpassung ihres Preisangebots nachzuofferieren.

Gegen die Zuschlagsverfügung erhob die A. AG Beschwerde. Unter anderem rügte sie, dass die C. AG ein unvollständiges Angebot eingereicht habe, die Bereinigung des Angebots unzulässig gewesen sei und die C. AG daher vom Verfahren hätte ausgeschlossen werden müssen.

Angebote sind vollständig einzureichen, unvollständige Angebote werden vom Verfahren ausgeschlossen (E. 5.1.1). Eine Angebotsbereinigung darf nicht dazu dienen, den Inhalt eines Angebots nachträglich zu verändern, die Bereinigung darf ausschliesslich der Klarstellung dienen (E. 5.1.3. und E. 5.3.4).

Das Kantonsgericht ging davon aus, dass der Irrtum über die Notwendigkeit der (neuen) Lizenzen der C. AG anzulasten sei. Folglich hätte ihr Angebot zufolge Unvollständigkeit vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Die Möglichkeit zur nachträglichen Bereinigung war unzulässig (E. 5.3.4. und E. 5.4.1).

5. ENTSCHEID DES VERWALTUNGSGERICHTS BASEL-STADT

VD.2022.82 vom 15. Juli 2022

Im Rahmen des Projekts „Stadtbaustein VoltaNord – Baufeld 5“ schrieb das BVD Basel-Stadt einen anonymen Generalplaner-Wettbewerb nach den GATT/WTO-Übereinkommen gemäss SIA-Ordnung 142 aus. Die Beschwerdeführerin belegte dabei den zweiten Platz und brachte vor, dass das von der Wettbewerbsjury im ersten Rang rangierte Projekt die Anforderungen gemäss der für die Ausschreibung massgebenden Grundlagen in verschiedener Hinsicht nicht erfülle. Das Appellationsgericht stützte den Entscheid der Vorinstanz und wies die Beschwerde ab: Planungs-wettbewerbe unterstehen – obwohl sie keine förmlichen Vergabeverfahren bilden – dem Vergaberecht. Die Platzierung eines Wettbewerbsbeitrages in einem Projektwettbewerb auf dem ersten Rang entspricht einem Zuschlag (E. 1.1).

Bei Wettbewerbsprojekten gemäss SIA-Ordnung 142 müssen selbst wesentliche Verstösse gegen gesetzte Rahmenbedingungen nicht zwingend zum Ausschluss vom Verfahren führen. Nur wer erheblich vom Wettbewerbsprogramm abweicht und durch ein qualifiziert programmwidriges Projekt die Vergleichbarkeit der Wettbewerbsbeiträge erheblich erschwert, ist vom Verfahren auszuschliessen (E. 2.1.2 m.w.H.).

6. ENTSCHEID DES KANTONGERICHTS BASEL-LANDSCHAFT

810 22 54 vom 20. Juli 2022

Die Gemeinde X führte ein Einladungsverfahren betreffend Submission "BKP 244 Lüftungsanlagen" durch. Die A. AG reichte ihr Angebot zum Nettopreis von Fr. 74'555.- ein. Die Gemeinde erteilte den Zuschlag allerdings der C. GmbH zum Nettopreis von Fr. 93'267.40. Die A. AG erhob hiergegen Beschwerde.

Gemäss Beurteilung des Kantonsgericht litt das vorliegende Einladungsverfahren

an derart zahlreichen und irreversiblen Fehlern (Unterschreitung der vorgeschriebenen Mindestzahl von Einladungen; Verstoss gegen die Pflicht zur hersteller- und produktneutralen Leistungsbeschreibung; Unzulässigkeit, den Nettopreis zum ausschliesslichen Zuschlagskriterium zu bestimmen; Verstoss gegen das Verhandlungsverbot; Fehlen eines Protokolls über die Öffnung der Angebote), dass einzig die vollständige Wiederholung des Verfahrens zu einem rechtmässigen Zuschlag führen kann (E. 5).

Pro memoria: Von Wichtigkeit ist der Hinweis des Kantonsgerichts, wonach die Vergabestelle (auch) im Einladungsverfahren nicht unter dem Deckmantel von klärenden Rückfragen zur technischen Bereinigung der Angebote eigentliche verkappte Angebotsrunden durchführen darf (E. 5).

7. ENTSCHEID DES KANTONGERICHTS BASEL-LANDSCHAFT

22 181 vom 25. Januar 2023

Die Einwohnergemeinde B. (nachfolgend «Vergabestelle») hatte im Einladungsverfahren einen Auftrag zum Einbau eines Dünnschichtbelags an diversen Strassen zu vergeben. Die Vergabestelle lud sechs Anbieterinnen zur Abgabe eines Angebots ein. Die A. AG gab ein Angebot ab, wurde jedoch vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, da sie die in der Ausschreibung gestellten Anforderungen an den Gesamtarbeitsvertrag nicht erfüllte. Die A. AG erhob Beschwerde.

Das Kantonsgericht wies die Beschwerde ab (E. 5). Angebote sind vollständig und innert der angegebenen Frist einzureichen (E. 4). Innert der Einreichungsfrist habe die A. AG nicht nachgewiesen, dass sie den anwendbaren GAV einhalte. Daher habe die Vergabestelle die A. AG zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen (E. 4.2).

Der Entscheid erging unter altem Recht. Die neue Einführungsverordnung des Kantons Basel-Landschaft zur IVöB

führt in dieser Thematik zu einer willkommenen Klärung. Gemäss § 5 dürfen nämlich Nachweise zum Arbeitsschutz, Arbeitsbedingungen, Gleichstellung und Umweltschutz bis zum Entscheid über die Zuschlagserteilung nachgefordert werden.

8. ENTSCHEID DES KANTONGERICHTS BASEL-LANDSCHAFT

810 23 97 vom 24. Oktober 2023

Die Stadt B. (nachfolgend «Vergabestelle») hatte einen Auftrag zur Erarbeitung der Planung der Revision der Zonenvorschriften Landschaft sowie der Planung des Strassennetzplans Landschaft zu vergeben. Die Vergabestelle vergab den Auftrag an die C. AG. Gegen diese Zuschlagsverfügung erhob die nichtberücksichtigte A. AG Beschwerde. Die A. AG rügte die fehlerhafte Bewertung des Teilkriteriums «Gesamthonorar».

Die materielle Beschwerde einer nichtberücksichtigten Anbieterin ist gegeben, wenn diese bei Gutheissung ihrer Beschwerde eine realistische Chance hat, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Vergabeverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen kann (E. 2.2). Die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin fehlt, wenn sie auch bei Durchdringen ihrer Rechtsmittelanträge und Sachvorbringen keine reelle Chance auf den Zuschlag oder eine Wiederholung des Submissionsverfahrens hat (E. 2.2).

Die Rechtsmittelanträge der A. AG richten sich im vorliegenden Fall einzig gegen das Zuschlagskriterium Gesamthonorar/Aufwandschätzung/Detailofferte (E. 2.2). Zwar passte das Kantonsgericht die Gesamtpunktezahl der A. AG an, da die zugrundeliegende Bewertungsmatrix entgegen der Ansicht der Vergabestelle keine Minuspunkte bei den einzelnen Vergabekriterien (u.a. das Subkriterium «Gesamthonorar») zulässt (E. 5.5.2. f.). Jedoch liegt die Gesamtpunktzahl der A.

AG auch dann noch unter der Gesamtpunktzahl der C. AG (E. 5.7). Daher hat die Beschwerdeführerin auch beim Durchdringen ihrer Anträge keine Chance auf den Zuschlag oder eine Wiederholung des Vergabeverfahrens, weshalb es ihr an der materiellen Beschwerde fehlt (E. 5.7). Folglich trat das Kantonsgericht auf die Beschwerde nicht ein (E. 6).

9. ENTSCHEID DES VERWALTUNGSGERICHTS BASEL-STADT

VD.2023.118 vom 16. November 2023

Die BVB (nachfolgend «Vergabestelle») hatte im offenen Verfahren die Beauftragung eines Dienstleistungsunternehmens für anfallende Erhaltungs- und Instandhaltungsmassnahmen zur Erhaltung der Gleisanlagen zu vergeben. Die offerierende A. AG wurde vom Verfahren ausgeschlossen, da sie die Eignungskriterien, konkret den Nachweis zweier Referenzaufträge gemäss Ausschreibung, nicht erfüllte. Gegen die Ausschlussverfügung erhob die A. AG Beschwerde.

Das Gericht hatte sich mit der Frage zu befassen, ob die A. AG das nachfolgende Eignungskriterium erfüllt: «Nachweis von mindestens zwei ausgeführten, abgeschlossenen und vergleichbaren Referenzaufträgen der Anbieterin für ein Unternehmen im deutschsprachigen Raum in den letzten 5 Jahren. Der Auftrag wurde erfolgreich abgeschlossen. Die Referenzaufträge müssen die Erfahrung mit Schienenverbindungsschweissen an innerstädtischen Tramanlagen aufweisen. Das Auftragsvolumen exkl. MwSt, je Referenzauftrag muss CHF 300'000.– pro Jahr übersteigen» (E. 4.2.1).

Der Vergabestelle kommt bei der Wahl, der Formulierung und bei der Beurteilung von Eignungskriterien grosses Ermessen zu (E. 4.1). Das Gericht greift nur ein, wenn die Vergabestelle ihr Ermessen überschreitet oder missbraucht hat und somit ein qualifizierter Ermessensfehler

vorliegt (E. 4.1). Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietenden in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Zu beachten ist dabei aber gleichwohl der grosse Ermessens- und Beurteilungsspielraum, über den die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien verfügt (E. 4.2.1).

Die Auslegung der Vergabestelle, dass sich die Referenzaufträge betreffend Auftragsvolumen auf elektrische Schienenstoss-Schweissarbeiten beziehen müssen, sei vorliegend nachvollziehbar (E. 4.2.2). Der A. AG gelang es mit ihren angegebenen Referenzaufträgen nicht nachzuweisen, dass sie zwei Referenzaufträge mit dem Auftragsvolumen im Sinne der Auslegung der Eignungskriterien ausgeführt hat (E. 4.2.2). Daher hat die Vergabestelle die A. AG zu Recht vom Verfahren ausgeschlossen, weshalb das Appellationsgericht die Beschwerde abgewiesen hat (E. 5).

10. ENTSCHEID DES VERWALTUNGSGERICHTS BASEL-STADT

VD.2023.96/98 vom 21. November 2023

Die IWB (nachfolgend «Vergabestelle») schrieben die Lieferung und Montage von unterschiedlichen Doppelbodensystemen für die «Neue Netzleitstelle und Bürofläche Trakt M» im offenen Verfah-

ren aus. A. (nachfolgend «Beschwerdeführerin») wurde vom Verfahren ausgeschlossen und erhob sowohl gegen die Ausschlussverfügung als auch gegen den Zuschlagsentscheid Beschwerde.

Die Beschwerdeführerin hat unter dem Titel Eignungskriterium ein Referenzprojekt eingereicht, das entgegen den Anforderungen zum Zeitpunkt der Angebotseingabe nicht abgeschlossen war. Der Vergabestelle kommt sowohl bei der Wahl und Formulierung wie auch bei der Beurteilung von Eignungskriterien ein grosses Ermessen zu. Sie darf ohne Weiteres ein abgeschlossenes Referenzprojekt verlangen. Grundsätzlich ist es zwar richtig, dass auch nicht abgeschlossene Referenzobjekte einen Rückschluss auf die künftige Leistungserbringung eines Anbieters erlauben können. Vorliegend war in den Ausschreibungsunterlagen aber ausdrücklich verlangt worden, dass das Referenzprojekt abgeschlossen ist und es gab gar keine Anhaltspunkte, dass auch ein nicht abgeschlossenes Projekt als Referenz genügt. Die Vergabestelle gibt an, es gebe durchaus gute sachliche Gründe, abzufragen, ob ein Anbieter ein Projekt erfolgreich beendet und eben nicht nur mit den Arbeiten begonnen hat, was gemäss Appellationsgericht nachvollziehbar ist (E. 3.5.6). Die Beschwerde wurde abgewiesen.

11. ENTSCHEID DES VERWALTUNGSGERICHT BASEL-STADT

VD.2024.29 vom 4. April 2024

Das BVD (nachfolgend «Vergabestelle») schrieb Baumeisterarbeiten im offenen Verfahren aus. Mit per A-Post Plus versandter Verfügung teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin mit, dass ihr Angebot vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müsse. Die dagegen erhobene Beschwerde erfolgte verspätet. Das Gericht trat auf die Beschwerde der rechtlich vertretenen Beschwerdeführerin nicht ein und hielt fest: Die Zustellung von Verfügungen mittels A-Post Plus ist auch im baselstädtischen Recht zulässig (E. 1.3.2.1). Einer Zustellung per A-Post Plus steht auch das revidierte Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen nicht entgegen, welches jedem Anbieter eine ausreichende Frist für die Vorbereitung und Einreichung einer Beschwerde gewährt (1.3.2.3).

Gemäss einem allgemeinen Prinzip des Verfahrensrechts kann die Wiederherstellung einer gesetzlichen Rechtsmittelfrist verlangt werden, wenn eine Partei oder ihr Vertreter unverschuldet davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln (E. 2). Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt.

Basel, Januar 2025