

## 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

#### 1. ANWENDBARES VERFAHREN EINRÄUMUNG EINES BAURECHTS

VD.2018.214 URTEIL vom 19. Juni 2019  
(Appellationsgericht Basel-Stadt)

Die sich im Finanzvermögen befindende Liegenschaft Holdenweid wurde öffentlich zur Abgabe im Baurecht ausgeschrieben. Nach Durchführung eines öffentlichen Verfahrens erteilte der Regierungsrat einer Anbieterin den Zuschlag, wogegen Beschwerde erhoben wurde.

Von Interesse ist dabei die Ausführung des Appellationsgerichts in E. 1.2.1. Es hält richtigerweise fest, dass die Überlassung eines Grundstücks im Baurecht nicht als öffentlicher Auftrag im Sinne des Beschaffungsrechts definiert werden kann.

Trotzdem kann der Vergabeentscheid angefochten werden. Unter Berücksichtigung der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) ist der Zuschlagsentscheid bei der Vergabe von Finanzvermögen an Dritte als anfechtbarer Entscheid im Sinne des Verwaltungsprozessrechts zu verstehen (E. 1.2.2).

#### FREIHÄNDIGE VERGABE INFOLGE TECHNISCHER BESONDERHEIT

VD.2018.228 und 230 URTEIL vom 5. November 2019 (Appellationsgericht Basel-Stadt)

Die vorliegenden Rekurse richteten sich gegen die freihändige Vergabe eines Auftrags für die Einführung einer hochperformanten Plattform mit integrierter "Advanced Analytics" (SAP) für das Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt.

Wird in einem Rekurs geltend gemacht, es sei zu Unrecht ein freihändiges Verfahren durchgeführt worden, muss die Rekurrentin zur Begründung ihrer Legitimation aufzeigen, dass sie als potentieller Anbieter die zu beschaffende Leistung hätte anbieten können und eine Offerte eingereicht hätte. Wenn ein Rekurrent hingegen geltend macht, die Definition des Beschaffungsgegenstands sei rechtswidrig, genügt es, dass er bei zulässiger Umschreibung des Beschaffungsgegenstands die zu beschaffende Leistung hätte anbieten können und eine Offerte eingereicht hätte (E. 1.3).

Das Verwaltungsgericht erkannte, dass die Vergabestelle mit einem Bericht die Gründe, welche zum strittigen Vergabe-

entscheid resp. der Verfahrenswahl geführt haben, ausführlich dargelegt hatte. Die Umschreibung des Beschaffungsgegenstands erscheint vor diesem Hintergrund sachlich begründet. Die Vergabestelle war dazu berechtigt, als Beschaffungsgegenstand eine Vorgangsbearbeitungsplattform mit vollintegrierter "Advanced Analytics"-Technik und einer hierfür erforderlichen Performance festzulegen (E. 3.4.3).

Gemäss Verwaltungsgericht ist die Beschaffungsstelle überdies zu Recht zum Schluss gelangt, dass alleine die Beigeladene in der Lage ist, diesen Beschaffungsgegenstand zu liefern. Die Beschaffungsstelle konnte aufzeigen, dass die Beigeladene als einzige die technischen Spezifikationen im erwarteten Umfang erbringen kann und damit eine technische Besonderheit aufweist (E. 3.5).

#### SCHÄTZUNG DER AUFTRAGSSUMME

Urteil vom 23. Oktober 2019 (810 19 139)  
(Kantonsgericht Basel-Landschaft)

Eine Gemeinde hat für das Projekt "Erweiterung Schulhaus" Architekturleistungen (als Dienstleistungsauftrag) im Einladungsverfahren ausgeschrieben.

Der Schwellenwert für das Einladungs-

#### DR. CHRISTOPH MEYER, LL.M.

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



verfahren liegt bei Dienstleistungsaufträgen bei Fr. 250'000.--. Massgebend für die Wahl des richtigen Verfahrens ist einerseits die Art des zu vergebenden Auftrags (Bauftrag, Lieferung, Dienstleistung) und andererseits der Wert des konkreten Auftrags bzw. das Auftragsvolumen. Entscheidend ist dabei 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 nicht zu knapp kalkuliert werden; die Behörde hat sich eher an die obere Bandbreite der Schätzung zu halten (E. 3.2).

Die Angebotssummen haben sich vorliegend auf Fr. 592'145.-- (Beschwerdeführerin) bzw. Fr. 613'890.-- (Beigeladene) belaufen. Der Wert des zu vergebenden Auftrags übersteigt somit den Schwellenwert bei Weitem. Aufgrund der offerierten Preise hätte eine vorgängige Schätzung der mutmasslichen Auftragssumme einen Wert über dem Schwellenwert ergeben müssen. Die Vergabestelle hätte somit ein offenes oder selektives Vergabeverfahren durchführen müssen, was eine vorgängige öffentliche Ausschreibung vorausgesetzt hätte. Mit dem durchgeführten Einladungsverfahren hat die Beschwerdegegnerin die vergaberechtlichen Vorschriften verletzt (E. 3.6). Die Wahl des falschen Vergabeverfahrens führt ohne Weiteres zur Aufhebung des Zuschlags und zur Rückweisung der Sache zur erneuten Durchführung im richtigen Verfahren (E. 4). Das Gericht prüft die Wahl der richtigen Verfahrensart übrigens von Amtes wegen (E. 3.2).

## 2. BERECHTIGUNG ZUR BESCHWERDE

### ANFECHTUNG DURCH NICHT BETROFFENE ANBIETERIN

VD.2019.105 URTEIL vom 16. Dezember 2019 (Appellationsgericht Basel-Stadt)

Das Appellationsgericht hatte sich mit der Frage zu befassen, unter welchen Umständen ein Unternehmen, das gar nicht als potentielle Anbieterin einer ausgeschriebenen Dienstleistung in Frage kommt, gegen die Ausschreibung selber Rekurs erheben kann.

Die Rekurrentin hat eine Ausschreibung des Universitätsspitals angefochten. Sie beantragte, die Ausschreibung sei aufzuheben und die Vergabestelle sei anzuweisen, das Verfahren neu auszuschreiben. Die in der Ausschreibung gesuchte Dienstleistung bietet sie zwar nicht an, sie bemängelt jedoch, dass infolge der spezifischen Vorgaben der Ausschreibung der betreffende Leistungserbringer seine Dienstleistungen nicht mit den von ihr vertriebenen Produkten erbringen darf.

Nach Auffassung des Appellationsgerichts ist die Rekurrentin nicht berechtigt, Rekurs gegen diese Ausschreibung einzureichen. Bei einem Rekurs gegen eine Ausschreibung ist massgeblich, ob die Rekurrentin selbst als potentielle Anbieterin der nachgefragten Dienstleistung infrage kommt. Eine blosser Konkurrenzstellung vermittelt im Markt keine Legitimation zur Drittbeschwerde. Anders wäre dies nur, falls mit erwähnter Beschaffung über den blossen Einkauf hinaus in die Wirtschaftsordnung eingegriffen würde. Dies sei vorliegend nicht der Fall (E. 1.3.3).

### MARKENBEZOGENE AUSSCHREIBUNG

VD.2019.104 URTEIL vom 16. Dezember 2019 (Appellationsgericht Basel-Stadt)

Gegen dieselbe Ausschreibung hat sich eine andere Rekurrentin gewendet. Die

Rekurrentin rügte, dass die Vergabestelle in der Ausschreibung ausschliesslich die Verwendung des Produkts der Marke "X" (Bodenmopp) für die ausgeschriebene Leistung verlange.

Das Appellationsgericht weist richtigerweise darauf hin, dass eine Partei im offenen Verfahren bereits die Ausschreibung anzufechten hat und damit nicht bis zu einer für sie ungünstigen Zuschlagsverfügung zuwarten darf, falls sie ungenügende oder diskriminierende Ausschreibungskriterien rügen will (E. 1.1).

Die Rekurrentin war zum Rekurs berechtigt, da sie als Anbieterin für die Ausschreibung tatsächlich in Frage kommt und auf dem betreffenden Markt tätig ist (E. 1.2).

Das Appellationsgericht hält fest, dass die öffentliche Vergabestelle als Auftraggeberin zwar bestimmen können muss, welche Dienstleistungen sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie stellt. Sie sei aber bei der Festlegung der Anforderungen nicht völlig ungebunden. Durch die vorgenommene genaue Festlegung des Typs des Bodenmopps werden Anbieter, die andere Bodenmopps mit gleichwertigen Spezifikationen anbieten bzw. beziehen können, in unzulässiger Weise vom Wettbewerb ausgeschlossen (E. 3.3).

Nach Auffassung des Gerichts hätten vorliegend die Ausschreibungsunterlagen nicht markenbezogen formuliert werden dürfen, sondern neutrale Vorgaben und Bedingungen bezüglich des anzubietenden Produkts enthalten müssen (E. 3.3). Der Rekurs wurde in diesem Punkt gutgeheissen.

## 3. ANFECHTUNG DER AUSSCHREIBUNG

### DISKRIMINIERUNGSFREIE AUSSCHREIBUNG

VD.2019.77 URTEIL vom 25. September 2019 (Appellationsgericht Basel-Stadt)

Das Bau- und Verkehrsdepartement schrieb im offenen Verfahren den Lieferauftrag «Beschaffung 3-Achser Voll-elektro-Kehrlichfahrzeuge» aus. Der Rekurs gegen die Ausschreibung gab dem Appellationsgericht Gelegenheit, verschiedene interessante Aussagen zu treffen.

Eine Vergabestelle ist auch nach Anfechtung einer Ausschreibung (zumindest bis zum Einreichen der Rekursantwort) befugt, die Ausschreibung im Einklang mit den Vergabegrundsätzen (Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Transparenzgebot) zu korrigieren, wenn dies sachlich geboten ist und nicht zu einer wesentlichen Änderung des Projekts führt (E. 1.2.2.1).

Zulässig ist es, als Allgemeine Teilnahmebedingung eine deutschsprachige Service- und Reparaturstelle in der Schweiz und den Nachweis zu verlangen, wonach Bau- und Ersatzteile innert 2 Werktagen lieferbar sein müssen. Eine solche Service- und Reparaturstelle in der Schweiz wie auch die zu garantierende Ersatzteilversorgung könne aus betriebswirtschaftlichen Gründen zur Vermeidung zolltechnischer, entscheidungsrechtlicher und betriebstechnischer Probleme als notwendig betrachtet werden. Ausländische Anbieter könnten, um dies zu erfüllen, mit Partnern in der Schweiz zusammenarbeiten (E. 3.2.6).

Die Unabhängigkeit und Objektivität der Vergabestelle werde im Übrigen nicht dadurch in Frage gestellt, dass dem Grossen Rat mit Blick auf den Ausgabenbeschluss (Ratschlag) in erster Linie der Nachweis der Verfügbarkeit und Erprobung des Fahrzeugs eines Anbieters dargestellt wurde (E. 3.3.2.1). Auch aus der Tatsache, dass für die Ausarbeitung des Ratschlags nur Tests mit dem Fahrzeug eines Anbieters durchgeführt worden sind, lasse sich nicht schliessen, die Beschaffungsbehörde habe sich zum

vornherein für die Beschaffung dieses Fahrzeugs entschieden (E. 3.3.2.2).

#### LEHRLINGSAUSBILDUNG ALS ZUSCHLAGSKRITERIUM

Urteil vom 20. November 2019 (810 19 185) (Kantonsgericht Basel-Landschaft)

Angefochten wurde vorliegend die Ausschreibung. Sie sei unzulässig, da es sich beim Unterkriterium "Lehrlinge", welches mit 10% bewertet wird, um ein vergabefremdes Kriterium handle, welches nichts zur Bewertung der Qualität der angebotenen Leistung beitragen könne.

Die Förderung der Lehrlingsausbildung ist ein sozialpolitisches Anliegen, welches Unternehmen einen Anreiz dafür bieten soll, Lehrlinge auszubilden. Das Kriterium Lehrlingsausbildung darf nach Praxis und Literatur nur gestützt auf eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage in Betracht gezogen werden (E. 4.3). Zum anderen darf diesem Kriterium aufgrund dessen vergabefremder Natur in der Bewertung kein grosses Gewicht zukommen. Liegt eine gesetzliche Grundlage vor, darf die Gewichtung des Kriteriums "Lehrlingsausbildung" nicht mehr als 10% der Gesamtgewichtung ausmachen (E. 4.4).

Die Verwendung des Zuschlagskriteriums "Lehrlingsausbildung" lässt sich vorliegend mit Blick auf die allgemeine Bestimmung in § 2 Abs. 2 lit. d BeG begründen, sofern sich dessen Gewichtung in einem untergeordneten Rahmen bewegt. Vorliegend erachtete das Gericht im Vergleich mit einem erheblichen, direkt leistungsbezogenen Kriterium wie dem Fuhrpark, welcher mit 10% gewichtet worden ist, die Gewichtung der Lehrlingsausbildung mit ebenfalls 10% als hoch und stattdessen maximal 5% als noch vertretbar (E. 5).

Hinzuweisen bleibt auf die Tatsache, dass gemäss revidierter IVÖB es inskünftig

ausdrücklich möglich sein soll, Lehrlingsplätze zu würdigen. Dies allerdings beschränkt auf Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs (Art. 29 Abs. 2 revIVöB).

#### 4. ANFECHTUNG DES AUSSCHLUSSES

##### FRISTGERECHTES EINREICHEN DES ANGEBOTS

VD.2020.87 URTEIL vom 14. August 2020 (Appellationsgericht Basel-Stadt)

Gemäss Ausschreibungsunterlagen musste das Angebot der Anbieter am 26. März 2020 um 11:00 Uhr bei der Vergabestelle eingegangen sein. Es wurde darauf hingewiesen, dass bei Versand per Post das Datum des Poststempels nicht massgeblich sei. Mit Datum vom 9. April 2020 wurde eine Anbieterin vom Verfahren ausgeschlossen, da ihre Offerte erst drei Stunden nach offizieller Offertöffnung via Postsendung bei der Vergabestelle eingegangen ist.

Gemäss Beschaffungsgesetz sind verspätet eingetroffene Angebote vom Verfahren auszuschliessen. Die Berücksichtigung von verspäteten Angeboten würde dem Gebot der Gleichbehandlung im Vergaberecht widersprechen. Es gelten deshalb im Vergaberecht strenge Anforderungen (E. 2.3).

Dass die Anbieterin ihr Angebot rechtzeitig via E-Mail an einen externen Planer der Vergabestelle gesandt hat, kann an der Beurteilung nichts ändern. Sie hat die Eingabefrist verpasst (E. 2.4). Zwar hatte der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt am 24. März 2020 als Reaktion auf die Coronavirus-Pandemie rückwirkend per 21. März 2020 einen Verfahrensstillstand betreffend die kantonalen Verwaltungs- und Einspracheverfahren erlassen. Davon aber hat er die Verfahren betreffend das öffentliche Beschaffungswesen explizit ausgenommen (Regierungsratsbeschluss P200505 vom 24. März 2020). Trotz der Coronavirus-Pan-

demie galt beim Beschaffungswesen kein Fristenstillstand. Die Fristen mussten eingehalten werden (2.5.2).

## VORBEFASSUNG UND ABWEICHUNG VON MANGELHAFTEM LEISTUNGSVERZEICHNIS IN DER OFFERTE

Urteil vom 15. Januar 2020 (810 19 155) (Kantonsgericht Basel-Landschaft)

Eine Gemeinde führte eine Ausschreibung im Einladungsverfahren für Kücheneinrichtungen durch. Die Beschwerdeführerin machte geltend, die Zuschlagsempfängerin habe die Ausschreibungsunterlagen, die der Beschwerdeführerin zugestellt worden seien, angefertigt. Es liege demzufolge eine Vorbefassung dieser Firma vor. Des Weiteren wehrt sich die Beschwerdeführerin gegen den Vorwurf, sie habe mit ihrem Angebot nicht das Originalleistungsverzeichnis eingereicht.

Gemäss § 18 Abs. 1 Beschaffungsverordnung (BeV) und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hätte die Zuschlagsempfängerin aufgrund des Verfassens der Angebotsunterlagen zweifellos nicht mehr am Verfahren teilnehmen dürfen. Auch für den Fall, dass die Teilnahme der Beigeladenen ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände zulässig gewesen wäre, hätte dies gemäss § 11 Abs. 2 BeV in der Ausschreibung bekannt gegeben werden müssen (E. 3.1 ff.).

Weiter hätte die Beschwerdeführerin nicht aus dem Verfahren ausgeschlossen werden dürfen. Die Küchen-Devisierung hat die Artikelnummern der Küchenmöbel der Zuschlagsempfängerin (und Autorin der Ausschreibungsunterlagen) enthalten. Damit ist das Leistungsverzeichnis nicht mehr neutral. Die Anbieterinnen konnten dadurch ihr Angebot gar nicht leistungsverzeichniskonform und damit ausschreibungskonform anbieten. Die Beschwerdeführerin durfte das Leistungsverzeichnis somit zu Recht auf ihre

eigenen Produkte und Artikelnummern anpassen (E. 4.1.1 ff.).

Damit waren der Zuschlag an die Beigeladene und der Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Verfahren aufzuheben.

## 5. ANFECHTUNG DES VERGABEENTSCHEIDS

### ANFECHTUNG VON KRITERIEN, PREISGEWICHTUNG, PREISKURVE

VD.2019.241 URTEIL vom 16. Juni 2020 (Appellationsgericht Basel-Stadt)

In einem Rekurs gegen den Zuschlag bei der Beschaffung von Stoffhandtuchrollen durch das Erziehungsdepartement wollte die Rekurrentin unzulässige Ausschreibungskriterien rügen. Das Appellationsgericht wies einmal mehr darauf hin, dass diesfalls vorweg die Ausschreibung anzufechten ist. Es darf damit nicht bis zur Zuschlagsverfügung zugewartet werden (E 3.1).

Unabhängig davon wies das Gericht hinsichtlich der Gewichtung und Bewertung des Preisangebots auf den diesbezüglich grossen Beurteilungsspielraum der Vergabestelle hin. Das Gericht überprüft nur die Einhaltung der Minimalanforderungen. Die Gewichtung des Preises mit 50% hält diese ein. Hat doch das Bundesgericht diesbezüglich eine Untergrenze von 20% statuiert (BGE 129 I 313 E. 9 S. 328). Im Übrigen verlaufe eine Preiskurve mit einer Preisspanne von 150% auch nicht derart flach, dass damit die minimale Gewichtung des Preises unterlaufen wird (E. 3.5.1).

### GEWICHTUNG PREIS, BERÜCKSICHTIGUNG EIGENER ERFAHRUNGEN

VD.2019.68 URTEIL vom 11. November 2019 (Appellationsgericht Basel-Stadt)

Mit Publikation vom 19. Januar 2019 schrieben die Basler Verkehrsbetriebe (BVB) den Dienstleistungsauftrag "D399

Version 2 Betriebliche Sozialberatung" aus. Das Appellationsgericht kam zusammenfassend zum Schluss, dass die Vergabestelle bei der Bewertung der Angebote der Rekurrentin und der Beigeladenen von den Gewichtungsvorgaben in der Ausschreibung abgewichen ist. Die Sache wurde an die Vergabestelle zurückgewiesen. Dabei hat das Appellationsgericht unter anderem folgende wichtigen Hinweise angebracht:

Bleiben die Zuschlagskriterien in der Ausschreibung unangefochten, so sind sie für die Bewertung der Offerten verbindlich und können im Rahmen der Anfechtung des Zuschlagsentscheids nicht mehr gerügt werden. Ungeachtet dessen ist eine (relativ tiefe) Gewichtung des Angebotspreises mit 45% mit Bezug auf Dienstleistungen im Bereich der betrieblichen Sozialberatung nicht zu beanstanden (E. 3.2).

Was die Bewertung von Referenzaufträgen betrifft, ist es zulässig, dass die Vergabebehörde bei der Bewertung von bisherigen Leistungen einer Submittentin (zusätzlich zur Befragung einer Referenzperson) auf vorhandene eigene Kenntnisse und Erfahrung zurückgreift (BGE 139 II 489 E.3.2; VGE VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 5.3). Dass die Mitglieder des Bewertungsteams dabei auch ohne Rücksprache mit der Rekurrentin auf innerhalb der Bedarfsstelle eingeholte Informationen und Erfahrungen abstellen, ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, da es sich hierbei nicht um Referenzaukündigte Dritter handelt (E. 3.4.3; vgl. Verwaltungsgericht Graubünden, Entscheid U 18 24 vom 12. September 2018 in PVG 2018 S. 213).

### VERWENDUNG VON REFERENZEN EINER ANDEREN UNTERNEHMUNG

VD.2019.132 URTEIL vom 27. März 2020 (Appellationsgericht Basel-Stadt)

Das Verwaltungsgericht hatte sich im Rahmen der Beurteilung einer Bauleis-

tungsausschreibung mit der Frage zu be-  
fassen, unter welchen Umständen bei  
wirtschaftlicher Betrachtungsweise eine  
Anbieterin im Einzelfall Referenzen einer  
anderen, mit ihr verbundenen Unterneh-  
mung vorlegen dürfe.

Das Gericht verweist auf die Praxis des  
Zürcher Verwaltungsgerichts, wonach  
die Vergabebehörde unter gewissen Um-  
ständen auch Referenzobjekte berück-  
sichtigen darf, die nicht nur von einer  
Rechtsvorgängerin der Anbieterin, son-  
dern auch von einem früher einer ande-  
ren Unternehmung zugehörigen Ge-  
schäftsbereich ausgeführt worden sind  
(E. 2.3.3; VGE ZH VB.2016.00025 vom 27.  
September 2016 E. 3.3, VB.2016.00267  
vom 14. Juli 2016 E. 3.4, VB.2010.00170  
vom 22. September 2010 E. 5.2.1,  
VB.2002.00241 vom 18. Dezember 2002  
E. 4b/aa).

Es ist insofern nicht von einem überspitzt  
formalistischen Verhalten des Rekurs-  
gegners auszugehen (E. 2.5.2).

### **BEWERTUNG EINER PRÄSENTATION, PREISGEWICHTUNG**

Urteil vom 29. April 2020 (810 19 25) (Kan-  
tonsgericht Basel-Landschaft)

Der Kanton schrieb den Dienstleistungs-  
auftrag «Aufbau einer zentralen  
SharePoint-Plattform und Realisierung  
Intranet für die kantonale Verwaltung»  
im offenen Verfahren aus.

Gemäss Pflichtenheft war vorgesehen,  
die Anbietenden zu einer Präsentation  
ihres Angebots einzuladen. Diese sollte  
zur Plausibilisierung der Angaben im An-  
gebot und zur Klärung von allfälligen of-  
fenen Fragen dienen. Vorgesehen wurde  
dabei ausdrücklich die «Präsentation der  
[...] anhand einer Live-Demo [...]». Die  
Beschwerdeführerin präsentierte ihre  
Intranetlösung jedoch nicht live, son-  
dern mittels eines Erklärvideos. Die Be-  
schwerdeführerin präsentierte damit ihr  
Produkt nicht in der durch die Ausschrei-

bung vorgeschriebenen Art. Ihr Angebot  
erfüllte die Vorgaben des Kriterienkata-  
logs damit nur zum Teil. Erklärvideos  
vermögen die Live-Demonstration nicht  
zu ersetzen. Die Vergabestelle durfte  
bzw. musste dieses Manko bei der Punk-  
tevergabe berücksichtigen (E. 5.1 f.).

Die Preisgewichtung wurde nicht mit Be-  
schwerde gegen die Ausschreibung gel-  
tend gemacht. Sie konnte deshalb mit  
Beschwerde gegen den Zuschlag nicht  
mehr gerügt werden. Das Gericht wies  
dennoch darauf hin, es beurteile die  
Preisgewichtung von 25% als tief. Zwar  
handle es sich um einen relativ komple-  
xen Beschaffungsgegenstand. Nach  
Bundesgericht haben jedoch selbst Be-  
schaffungsvorhaben mit höchstem Kom-  
plexitätsgrad eine Mindestgewichtung  
von 20% einzuhalten (E. 7.2).

### **SUBKRITERIEN / TRANSPARENZPRINZIP**

Urteil vom 25. September 2019 (810 19 15)  
(Kantonsgericht Basel-Landschaft)

Eine Gemeinde schrieb das Projekt «IT  
Servicebezug» aus. Das Projekt sieht vor,  
dass die Infrastruktur- und Betriebsser-  
vices der Gemeinde von einem externen  
IT-Dienstleister erbracht werden sollen.  
Zukünftig sollen definierte IT-Services  
von einem externen Serviceanbieter si-  
chergestellt werden.

Die Beschwerdeführerin wandte sich ge-  
gen den Zuschlagsentscheid, unter an-  
derem da unter dem ZK 1 nicht nur (wie in  
der Ausschreibung mit 40% gewichtet)  
die Gesamtkosten bewertet wurden. Die  
Gesamtkosten seien nur noch mit 31%  
gewichtet worden. Zusätzlich seien wei-  
tere Kriterien (Stundenansätze, Aus-  
stiegszahlungen, Transparenz/Detaillie-  
rungsgrad) unter dem ZK 1 mit je 30  
Punkten bewertet worden. Dies habe  
dazu geführt, dass das Hauptzuschlags-  
kriterium Gesamtkosten viel tiefer ge-  
wichtet worden sei als in der Ausschrei-  
bung vorgesehen (E. 5.2.1).

Mit dem Kriterium Preis werden im Un-  
terschied zu den anderen Zuschlagskri-  
terien nicht qualitative Aspekte bewer-  
tet, sondern die Entschädigung. Wie gut  
oder schlecht ein Anbieter die geforderte  
Leistungserbringung qualitativ oder  
quantitativ in seinem Angebot darstellt,  
ist nicht bei der Preisbewertung zu be-  
rücksichtigen. Mit dem Subkriterium  
"Transparenz und Detaillierungsgrad"  
wurde folglich – so das Gericht – beim ZK  
1 "Gesamtkosten des Angebots" ein  
sachfremdes Unterkriterium eingeführt  
und damit eine unzulässige Vermis-  
chung der qualitativen Aspekte mit dem  
Kriterium Preis vorgenommen. Demge-  
mäss kann beim Subkriterium "Transpa-  
renz und Detaillierungsgrad" nicht von  
einem konkretisierenden Unterkriterium  
ausgegangen werden. Vielmehr führt die  
Einführung dieses Unterkriteriums dazu,  
dass die in den Ausschreibungsunterla-  
gen vorgegebene Gewichtung des Preis-  
kriteriums von 40% aufgrund dieser Be-  
wertungsart nicht mehr gewährleistet  
ist, was zu einer Verletzung des Transpa-  
renzprinzips führt (E. 5.4).

### **6. ZUSCHLAGSERTEILUNG DURCH KANTONSGERICHT**

Urteil des Bundesgerichts vom 22. Januar  
2020 (2C\_979/2018) betreffend Urteil  
vom 18. Juli 2018 (810 17 297) (Kantonsge-  
richt Basel-Landschaft)

Durch das Bundesgericht aufgehoben  
wurde ein Urteil des Kantonsgerichts be-  
treffend die Ausschreibung des Dienst-  
leistungsauftrags «Bearbeitungsstelle  
Fördergesuche Baselbieter Energiepa-  
ket». Das Kantonsgericht hatte zwar  
richtigerweise den erteilten Zuschlag  
aufgehoben und eine zu flache Preis-  
kurve sowie einen Ermessensmissbrauch  
festgestellt. Vom Bundesgericht nicht  
geschützt wurde jedoch, dass das Kan-  
tonsgericht im Rahmen seines reforma-  
torischen Urteils den Zuschlag direkt  
dem beschwerdeführenden Drittplat-  
zierten erteilt und den zweitplatzierten,  
nicht beschwerdeführenden Anbieter

unberücksichtigt gelassen hatte.

Gemäss Bundesgericht darf die Erteilung des Zuschlags durch das – auf Rechtskontrolle beschränkte – kantonale Verwaltungsgericht nur erfolgen, wenn die Konstellation hinreichend geklärt ist (E. 6.3.4). Das ist der Fall, wenn lediglich

zwei Anbieterinnen an der Ausschreibung teilgenommen haben oder der Zuschlag ohne Weiteres an die nächstbester platzierte Anbieterin erteilt werden kann.

Vorliegend hätte folglich die Aufhebung des Vergabeentscheids zur Rückweisung

der Sache an die Vergabebehörde führen müssen, welche unter Berücksichtigung aller am Vergabeverfahren Beteiligten eine Neubewertung mit vollem Ermessen wahrzunehmen hat (E. 6.4).

Basel, März 2021