

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 und Sabrina Brand, Advokatin, MLaw, sabrina.brand@neovius.ch

1. AUSSCHLUSS / MARKTOFFENHEIT

VD.2020.88 URTEIL vom 14. Dezember 2020 (Appellationsgericht Basel-Stadt)

Das Bau- und Verkehrsdepartement des Kantons Basel-Stadt (BVD) schrieb die Modernisierung der Aufzugsanlagen in den Parkhäusern Steinen und Elisabethen aus. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis.

Die Rekurrentin wurde vom Verfahren ausgeschlossen, weil sie nach Ansicht des BVD das Eignungskriterium eines bereits ausgeführten, vergleichbaren Referenzauftrages mit der Leistungsart „Liftmodernisierung“ nicht erfüllt hat. Während des laufenden Rekursverfahrens holte das BVD erneut eine Auskunft bei der von der Rekurrentin angegebenen Referenzperson ein. Aufgrund der revidierten Referenzauskunft ergab sich, dass es sich beim Referenzauftrag doch um eine Modernisierung und nicht wie ursprünglich verstanden um einen Komplettersatz des Referenzaufzugs handelte. In seiner Rekursantwort erwog das BVD daher zulässigerweise neu (vgl. E. 2.3 f.), dass sich ein Verfahrensausschluss gestützt auf dieses Kriterium

nicht mehr rechtfertigt. Stattdessen hielt das BVD am Verfahrensausschluss der Rekurrentin aus anderem Grund fest. Das BVD bemängelte nun erstmals in seiner Rekursantwort die Abweichung des Angebots von der ausgeschriebenen Leistung, dessen Vergleichbarkeit und die Vollständigkeit des Angebots der Rekurrentin.

Das Appellationsgericht schützt das gestaffelte Prüfungsvorgehen des BVD, nach welchem es nach neuer und nun positiver Beurteilung der Offerte in Bezug auf den Referenzauftrag erstmals (während hängigem Rekursverfahren) prüft, ob das Angebot auch den weiteren Anforderungen der Ausschreibung entspricht. Zusammengefasst darf eine Vergabestelle die Anbieterin auch aus einem anderen, bislang in der angefochtenen Verfügung nicht aufgeführten Grund ausschliessen (E. 2.4 und 2.6).

In materieller Hinsicht rügte die Rekurrentin die Argumentation des BVD hingegen erfolgreich. Gefordert wurde in der Ausschreibung die Marktoffenheit der verwendeten Bestandteile. Mit an-

deren Worten musste der spätere Anlagenunterhalt auch durch eine andere Firma gewährleistet sein (E. 3.1). Die generelle Anforderung nach marktoffenen Bestandteilen ist entgegen der Beurteilung des BVD nicht verletzt, wenn für den Ersatz einzelner Komponenten eine vergleichsweise längere Liefer- und Bearbeitungsfrist zu erwarten sein sollte (E. 4.3). Das Appellationsgericht hob den Zuschlag auf und wies die Sache an das BVD zurück (E. 5).

2. AUSSCHLUSS / OFFERTBEREINIGUNG

VD.2020.178 URTEIL vom 16. Dezember 2020 (Appellationsgericht Basel-Stadt)

Das Tiefbauamt des Kantons Basel-Stadt (TBA) beschaffte neue Sicherheits- und Arbeitsbekleidung. Als dem Eignungsnachweis gleichgestellte technische Spezifikation wurde die Grössenverfügbarkeit in den „internationalen Grössen 35-58“ verlangt.

Diese Vorgabe wurde im Rahmen der Fragerunde verbindlich dahingehend modifiziert, dass als „Minimalanforde-

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.



SABRINA BRAND, MLAW

ist Advokatin bei NEOVIUS. Zu ihren Tätigkeitsschwerpunkten zählt das öffentliche Beschaffungswesen. Sie berät Beschaffungsstellen unter anderem bei der Bereitstellung von Ausschreibungsunterlagen und vertritt Klienten in beschaffungsrechtlichen Gerichtsverfahren.



zung Unisex-Grössen 38-58 oder europäischen Herrengrössen 44-58 und europäischen Damengrössen 38-42“ verlangt sind. Auf die Folge des Verfahrensausschlusses bei mangelhafter Erfüllung dieses Muss-Kriteriums wurde hingewiesen.

Nachdem das TBA festgestellt hatte, dass die von der Rekurrentin offerierten Grössen „42-66 Normal, Lang + Kurz“ zumindest gemäss den numerischen Angaben weder den ursprünglichen noch den modifizierten Grössenanforderungen entsprachen, fragte es bei der Rekurrentin telefonisch nach, welche Kleidergrössen Inhalt ihrer Offerte seien. Das TBA kam auch aufgrund seiner Rückfrage zum Schluss, dass keine Damengrössen offeriert worden sind. Die Rekurrentin wurde daraufhin nicht zum Tragetest eingeladen. Ihre Angebote (Hauptangebot und zwei Varianten) wurden vom Verfahren ausgeschlossen, weil sie Bundhosen/Sommerhosen nicht in allen verlangten Grössen angeboten hatte (mangelhafte Erfüllung der Muss-Kriterien).

Das Appellationsgericht hält zunächst fest, dass es dem TBA erlaubt war, zur Klärung des Offertinhaltes (Offertbereinigung) bei gewissen Anbietenden nachzufragen, ob die Offerte alle verlangten Grössen abdeckt. Es gibt nichts daran auszusetzen, dass das TBA dies telefonisch und bei der in der Offerte ausdrücklich genannten Auskunftsperson tat. Dabei muss die angegebene Auskunftsperson nicht zwingend einzelzeichnungsberechtigt sein (E. 2.4.3). Des Weiteren genügt es, wenn das Telefongespräch von der Vergabestelle nur mit wenigen Stichworten protokolliert wird (E. 2.7.1).

Mit der Rüge, die modifizierten Angaben anlässlich der Fragerunde hätten zusätzlich Verwirrung gestiftet, dringt die Rekurrentin nicht durch. Die Rekurrentin hätte direkt auf die Fragerunde reagieren und einen entsprechenden Vorbehalt in ihrer Offerte anbringen

müssen. Sie hat das TBA nicht auf allfällige Mängel in der Definition der verlangten Kleidergrössen hingewiesen, sondern vielmehr ungeachtet solcher angeblichen Unklarheiten von den Muss-Kriterien abweichende Angaben in ihrer Offerte aufgenommen. Das Appellationsgericht schützte den Verfahrensausschluss (E. 2.7.1 und E. 3).

Es ginge zudem über eine zulässige Offertbereinigung hinaus und würde eine vergaberechtswidrige Nachbesserung darstellen, hätte das TBA der Rekurrentin ermöglicht, die fehlenden Grössen nachträglich zu offerieren (E. 2.7.3).

3. NEUAUSSCHREIBUNG NACH KONKURS / GLEICHWERTIGKEIT ALTERNATIVER PRODUKTE

VD.2021.5 URTEIL vom 8. April 2021 (Appellationsgericht Basel-Stadt)

Das Bau- und Verkehrsdepartement (BVD) musste eine Leuchtenlieferung ein zweites Mal ausschreiben, nachdem über die vormalige Zuschlagsempfängerin der Konkurs eröffnet wurde und diese ihre Arbeiten niederlegte. Die vormalige Zuschlagsempfängerin hat im bereits erstellten Rohbau die Einbaugehäuse der Downlights bereits verbaut. Die zu beschaffenden Produkte mussten daher zu den bereits verbauten Teilen und in die Betonaussparungen passen. Vor diesem Hintergrund enthielt das Leistungsverzeichnis detaillierte Angaben zu den geforderten Leuchten. Auch wurden die jeweiligen Leuchttypen inklusive Markenbezeichnungen festgelegt. Das BVD wies darauf hin, dass die in der Preisaufstellung genannten Produkte zwingend anzubieten seien, Alternativen würden nicht akzeptiert werden und zum Ausschluss führen.

In der Fragerunde wurde die Strenge des Produktezwangs beanstandet. Dies erkannte das BVD von sich aus und geht mit dem Appellationsgericht (E. 2.3.2.2) davon aus, dass die Kompatibilität der

gelieferten Leuchten mit den bereits bestehenden Einbaugehäuse der Downlights zwar verlangt werden darf, der Ausschluss von gleichwertigen Alternativen zu den aufgeführten Einzelprodukten dagegen nicht zulässig gewesen wäre. In der Folge relativierte das BVD den Produktezwang und passte das Leistungsverzeichnis dahingehend an, dass Angebote alternativer Leuchttypen unter Beibringung neuer Leuchtenberechnungen, Bemusterungen, Datenblätter und Übernahme des Risikos der Passgenauigkeit zugelassen würden, wobei die Prüfung der Gleichwertigkeit vorbehalten wurde.

Die Rekurrentin verlangte Einsicht in Datenblätter der von der Konkurrentin eingesetzten Produkte und in deren Lichtberechnungen. Diese wurde ihr zurecht verweigert, da es sich dabei um technische Detailangaben und Spezifikationen und somit um Geschäftsgeheimnisse der Konkurrentin handelt, die zu den vertraulichen Informationen gehören und gemäss § 9 lit. f BeschG geschützt sind (E. 2.2.2).

Die Rekurrentin moniert in materieller Hinsicht die Nichterfüllung der Anforderungen durch die zuschlagsberechtigte Konkurrentin. Sie hätte Hinweise darauf, dass die von der Konkurrentin offerierten Leuchttypen von den in der Ausschreibung verlangten Spezifikationen im Hinblick auf die Optik grundlegend abweichen würden. Das Leistungsverzeichnis verlange klar eine „curved-Abdeckung“. Sie beanstandet, ein Produkt mit kostengünstiger opaler Abdeckung sei weder in optischer Hinsicht gleichwertig zum verlangten Produkt, noch wäre die Lichtwirkung mit jenem vergleichbar. Damit dringt sie nicht durch. Der Bericht des vom BVD beigezogenen Generalplaners kommt in diesem Punkt zum Schluss, dass es sich um eine hochwertige gängige Ausführungsmethode handle. Die Abdeckung „curved“ würde dagegen nur von einem Hersteller angeboten. Das Beharren auf dieser Abdeckungsvariante

würde den Markt somit unzulässig einschränken. Auch in Bezug auf andere Spezifikationen (Masse, Leuchtstärke, Materialien, Aufhängungen, Funktionalitäten) erachtet das Appellationsgericht die Gleichwertigkeit der von der Konkurrentin angebotenen Produkte als im Bericht plausibilisiert und belegt (E. 2.3.2.3). Da den Anbietenden im Rahmen der Fragerunde transparent dargestellt wurde, nach welchen Kriterien die Gleichwertigkeit von alternativ angebotenen Produkten geprüft wird und weil sich eine sorgfältige Prüfung aus der Rekursantwort nachvollziehbar dokumentiert ergibt, hat das BVD das ihm zustehende Ermessen auch zum Schutz des Wettbewerbs korrekt ausgenützt (E. 2.3.3.2).

4. UNTERNEHMERVARIANTE VS. ALTERNATIVE, GLEICHWERTIGE PRODUKTEVARIANTE

VD.2021.40 URTEIL vom 4. September 2021 (Appellationsgericht Basel-Stadt)

Das Swiss TPH (Schweizerisches Tropen- und Public Health-Institut) schrieb einen Bauauftrag Neubau AV-Technik im offenen Verfahren aus. Gemäss Ausschreibung im Kantonsblatt waren weder Varianten noch Teilangebote zugelassen. In den Angebotsbedingungen und Angebotsgrundlagen wurde den Anbietenden das Recht eingeräumt, von den in der Ausschreibung im Leistungsverzeichnis aufgeführten Produkten abzuweichen und „gleichwertige Produkte einzusetzen, die identische Spezifikationen und Funktionalitäten haben wie die Ausgeschriebenen“. Bei der Verwendung von anderen Materialien und Produkten hatten die Anbietenden für die Kalkulation diese „zwingend schriftlich mittels separatem Schreiben auf eine Unternehmervariante mit Angabe von Mehr- und/oder Minderpreisen“ zur Kenntnis zu bringen.

Diese förmlichen Vorgaben bezeichnet das Appellationsgericht als „durchaus interpretationsbedürftig“ (E. 2.2.2).

Das Swiss TPH erkannte erst nach der Offertöffnung im Rahmen der Auswertung, dass die Konkurrentin nicht nur eine, sondern zwei Offerten gleichzeitig und zusammen mit einem Begleitschreiben eingereicht hatte. Die Konkurrentin bezeichnete ihre beiden Offerten als „Grundofferte“ und „Alternative“. In der Folge erweiterte das Swiss TPH nachträglich das ursprüngliche Offertöffnungsprotokoll um diese „Unternehmervariante“. Diese „Alternative“ war im Vergleich zu jenem der Konkurrentin preisgünstiger und erhielt den Zuschlag. Die „Grundofferte“ der Zuschlagsempfängerin hingegen war teurer als das Angebot der Konkurrentin. Das Appellationsgericht bestätigt zwar die geltende Formstrenge bei Fragen der rechtzeitigen Einreichung von Angeboten. Allerdings war vorliegend klar erstellt, dass das gesamte Angebot mit den zwei Preisangeboten bei der Offertöffnung rechtzeitig vorgelegen hat. Das Swiss TPH hat die Formvorschriften zur Offertöffnung gemäss § 24 BeschG nicht verletzt. Die mangelnde Aufführung des übersehenen zweiten Preisangebots im Offertöffnungsprotokoll schadet nicht. Umso mehr, als die betreffende Konkurrentin bereits an dem auf die Offertöffnung folgenden Tag per E-Mail intervenierte und darauf hinwies, eine „Unternehmervariante“ eingegeben zu haben. Diese Intervention war nicht verspätet, zumal die Offertöffnung pandemiebedingt nur per Videokonferenz stattfand und sich die Anbietenden nicht mündlich zuschalten konnten (E. 2.2.2).

Aufgrund der Rüge der Konkurrentin, wonach die Einreichung einer Unternehmervariante gemäss Ausschreibung unzulässig gewesen sei und zum Ausschluss der angebotenen „Alternative“ der Zuschlagsempfängerin hätte führen müssen, hatte sich das Appellationsgericht mit dem Unterschied zwischen einer Unternehmervariante und dem Angebot alternativer, gleichwertiger Produkte zu befassen. Wenn in den

Ausschreibungsunterlagen zur Umschreibung der im konkreten Beschaffungsgeschäft verlangten technischen Spezifikationen des Beschaffungsgegenstandes mangels anderer hinreichend genau oder verständlicher Beschreibung des Beschaffungsbedarfs ausnahmsweise besondere Handelsmarken oder Handelsnamen verwendet werden, müssen Angebote alternativer, aber gleichwertiger Produkte zwingend zugelassen werden. Das Swiss TPH ist mit dem verbindlichen und transparenten Hinweis auf die Zulassung von gleichwertigen Alternativen zu den aufgeführten spezifischen Produkten diesen vergaberechtlichen Vorgaben gefolgt (E. 2.1.2).

Eine Unternehmervariante liegt dagegen vor, wenn von den Ausschreibungsvorgaben abgewichen wird und das Angebotene den Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht. Dass das Angebot mit den alternativen Produkten von der Vergabestelle und der Offerentin als „Variante“ bezeichnet wird, ändert an der sachlichen Qualifikation dieser Offerte nichts. Den Anbietenden ist es auch beim Ausschluss von Unternehmervarianten unbenommen, zwei den Ausschreibungsvorgaben entsprechende Offerten einzureichen – ein Angebot, dem die im Leistungsverzeichnis aufgeführten Produkte zugrunde gelegt werden und ein anderes Angebot mit (gleichwertigen) Alternativprodukten (E. 2.1.2).

Die Konkurrentin legte keine Unternehmervariante vor, sondern offerierte alternative Produktevarianten, die sie als absolut gleichwertig bezeichnete und die sich auch effektiv als gleichwertig herausstellten. Die funktionale Beurteilung der Gleichwertigkeit durch das Swiss TPH unter Beizug eines für diese Beschaffung spezialisierten Unternehmens ist nicht zu beanstanden (E. 2.1.2 und E. 2.3).

5. NICHT-ERFÜLLEN EINES MUSS-KRITERIUMS (MESSPRÄZISION)

VD.2020.192 URTEIL vom 26. April 2021 (Appellationsgericht Basel-Stadt)

Die Universität Basel schrieb die Beschaffung eines «Gas Isotope Ratio Mass Spectrometer (IRMS)» für das Departement Umweltwissenschaften (DUW) im offenen Verfahren aus. Die Rekurrentin wurde vom Verfahren ausgeschlossen, da sie eine von 16 technischen Mindestanforderungen nicht erfüllt hatte (E. 2.1.1).

Mit Blick auf das betreffende Kriterium hatte die Rekurrentin die in bestimmter Hinsicht verlangte Messpräzision in der Selbstdeklaration zwar als erfüllt angegeben und bestätigt. In ihrem Systembeschrieb hatte sie jedoch wiederholt auf ihre technische Dokumentation verwiesen, wonach das Produkt im betreffenden Punkt lediglich 0.12 ‰ (und nicht wie gefordert < 0.1 ‰) Präzision garantieren könne.

Das Appellationsgericht geht mit der Vergabestelle davon aus, aus den Angaben der Rekurrentin sei zu folgern, das angebotene Gerät sei nicht standardmässig darauf ausgerichtet, den von der Universität verlangten Präzisionsgrad sicherzustellen (E. 2.2.5). Es sei deshalb nicht zu beanstanden, wenn die fachlich versierte Bedarfsstelle das in Frage stehende Muss-Kriterium als nicht erfüllt betrachte. Dies insbesondere in Anbetracht der grossen Bedeutung von Präzision und Stabilität von Messergebnissen im Bereich der universitären Forschung (E. 2.2.6).

Gemäss dem Appellationsgericht war es überdies zulässig, die Frage der Messgenauigkeit nicht nur (wie oben dargelegt) als Muss-Kriterium, sondern überdies auch noch als Zuschlagskriterien einer Bewertung zu unterziehen (E. 2.3).

Weiter hält das Appellationsgericht das Vorgehen für zulässig, wonach das

Merkmal der Messqualität im Rahmen von unterschiedlichen Zuschlagskriterien (Zuschlagskriterium Messung, Benutzerfreundlichkeit sowie Unterkriterium Kompatibilität mit bestehenden Anlagen) zu einer schlechteren Beurteilung des Produkts der Rekurrentin geführt hat. Qualitative Unterschiede eines Produkts wirken sich häufig auf verschiedene Aspekte der Nutzung dieses Produktes aus und können daher auch bei verschiedenen Beurteilungspunkten in die Bewertung einfließen (E. 2.5.3).

6. SACHLICHE GRUNDLAGE FÜR PUNKTEABZUG

VD.2020.168 URTEIL vom 12. Juli 2021 (Appellationsgericht Basel-Stadt)

Von der IWB wurde die Vergabe «Leckortungssystem Trinkwassernetz» in einem offenen Verfahren durchgeführt. Als Zuschlagskriterium 2 war eine „Testmessung“ vorgesehen. Dabei wurden beim Produkt der Rekurrentin Mängel festgestellt. Die Vergabestelle konnte im Rekursverfahren jedoch nicht aufzeigen, dass das Produkt der Rekurrentin bei dessen Testung entsprechend der in der Offerte aufgezeigten Installationsanleitung angewandt wurde. Damit kann nicht ausgeschlossen werden, dass die betreffenden Mängel auf die mangelhafte Anwendung der Geräte zurückzuführen sind. Folglich fehlt eine dokumentierte sachliche Grundlage für den bei der Rekurrentin in diesem Zusammenhang vorgenommenen Punkteabzug (E. 2.6). Es kann damit nicht ausgeschlossen werden, dass bei einer korrekten Durchführung der Tests der Zuschlag an die Rekurrentin und nicht an die Beigeladene erfolgt wäre. Die angefochtene Zuschlagsverfügung wurde vom Appellationsgericht aufgehoben und die Sache zur erneuten Durchführung der Testung an die IWB zurückgewiesen (E. 3).

Einleitend weist das Appellationsgericht darauf hin, dass die Vertraulichkeit der Offerten zum Schutz der Geschäftsge-

heimnisse der Mitbewerber den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV begrenzt. In die Angaben in den Offerten der anderen Anbietenden und die entsprechenden Mess- und Evaluationsberichte wurde damit zu Recht keine Akteneinsicht gewährt (E. 2.3).

Einmal mehr hält das Appellationsgericht schliesslich fest, dass eine gegen die Gewichtung des Preises erhobene Rüge bereits in einem Rekurs gegen die Ausschreibung selbst vorgebracht werden muss (E. 2.4 f.).

7. UNZULÄSSIGER VERFAHRENSABBRUCH

ENTSCHEID vom 24. Juni 2020 (810 19 240) (Kantonsgericht Basel-Landschaft)

Die Bau- und Umweltschutzdirektion des Kantons Basel-Landschaft (BUD) schrieb den Auftrag "Reinigung / Entleerung Sammlerschächte" aus. Nachdem entsprechende Angebote eingegangen waren, verfügte die BUD den Abbruch bzw. die Neuauflage des Verfahrens. § 29 Abs. 1 BeG zählt die möglichen Abbruchgründe in nicht abschliessender Weise auf (E. 5.1).

Vorliegend wurde das neue Vergabeverfahren mit unveränderter Leistung, jedoch mit angepassten Eignungskriterien neu aufgelegt. Gemäss BUD sei aufgrund der Schliessung einer Zementfabrik ein Entsorgungseingpass in der thermischen Behandlung von Strassensammlerschlämmen entstanden. Aufgrund dessen sei die umweltgerechte Behandlung der Schlämme nicht mehr gewährleistet. Darum wurde neu als EK 2 ein "Nachweis konformer Entsorgung gemäss VVEA Art. 22" verlangt (E 5.4.1; 5.4.3; 5.5.2 f.).

Das Kantonsgericht hat diesen Verfahrensabbruch nicht geschützt. Soweit im neu aufgelegten Vergabeverfahren zusätzliche Vorgaben hinsichtlich nachgelagerter Entsorgungsschritte definiert wurden, ist kein Zusammenhang mit der

ausgeschriebenen Leistung erkennbar. Das neue EK 2 weist keinen Bezug zur Eignung der Anbietenden für die Ausführung des vorliegend in Frage stehenden Auftrags (Reinigung/Entleerung der Sammlerschächte) auf und stellt ein leistungsfremdes, in Widerspruch zu § 7 Abs.2 BeG stehendes Eignungskriterium dar. Die Anforderungen an die Entsorgung der Strassensammlerschlämme sind überdies in Bezug auf sämtliche Entsorgungsschritte abschliessend im Bundesrecht geregelt (E. 5.6.5 f.).

Ein sachlicher Grund für den Verfahrensabbruch zugunsten eines neu aufgelegten Verfahrens mit unveränderter Leistung, aber geänderten Eignungskriterien, ist zu verneinen. Der Verfahrensabbruch bzw. die Neuauflage des Verfahrens erweisen sich als unzulässig (5.7).

8. PROJEKTWETTBEWERB / ANWENDBARKEIT ÖFFENTLICHES BESCHAFFUNGSRECHT

ENTSCHEID vom 28. April 2021 (810 20 244) (Kantonsgericht Basel-Landschaft)

Die Stadt Laufen suchte ein Investorenteam zur Planung und Erstellung einer Überbauung in ökologischer Bauweise im Gebiet "am Diebach". Sie beabsichtigte, bezahlbaren Wohnraum für einheimische Familien zu schaffen.

Das Investorenteam sollte das Recht erhalten, acht Doppelfamilienhäuser zu planen, zu bauen und zu verkaufen. Die Stadt verpflichtete sich insbesondere, die Baurechtsnehmer zu suchen und mit diesen Baurechtsverträge abzuschliessen – kombiniert mit den Hauskaufverträgen des Investorenteam. Das Investorenteam sollte die Planung finanzieren und die Kosten für den Bau sowie grundsätzlich das Risiko tragen.

Das Kantonsgericht kommt zum Schluss, dass der Projektwettbewerb nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt ist. Es tritt auf die Beschwerde gegen den Zuschlag nicht ein (E. 5.6). Erstens könne das beschriebene Rechtsgeschäft nicht als Bauauftrag qualifiziert werden. Die Stadt Laufen beschaffe keine Bauten. Sie übernimmt nach der vertraglichen Ausgestaltung keine Baukosten und kommt gegebenenfalls auch nicht für die Kosten von nicht verkauften oder nicht verkäuflchen Häusern auf (E. 4.1).

Zwar gebe die Stadt Laufen Architekturleistungen resp. die Projektentwicklung in Auftrag, weshalb sie sich in der Rolle der Nachfragerin befindet. Sie entrichtet auch durchaus eine direkte Art der Vergütung an die Gewinnerin, indem sie dieser das exklusive Recht erteilt, das fragliche Bauland zu überbauen und die

Häuser an die Baurechtsnehmer zu verkaufen (E. 4.2). Allerdings ist diese Geschäftstätigkeit im Bereich des Finanzvermögens nicht als öffentliche Aufgabe zu qualifizieren und erfolgt ausserhalb der Regeln des Beschaffungsrechts (E. 5.4, 5.6). Dass die Gemeinde konkrete vertragliche – und nicht hoheitliche – Vorgaben über die Verwendung ihrer Vermögenswerte macht, namentlich eine unter ökologischen und ästhetischen Gesichtspunkten befriedigende Gesamtlösung anstrebt, bedeutet nicht, dass sie deswegen eine öffentliche Aufgabe erfüllt. Dadurch wird sie auch nicht in ihrer raumplanerischen Funktion tätig (E. 5.3). Es liegt kein öffentlicher Auftrag im Sinne des interkantonalen bzw. kantonalen öffentlichen Beschaffungsrechts vor (E. 5.6). Es rechtfertigte sich deshalb, die Beschwerdeeingabe an den Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft weiterzuleiten.

Die Vergabestelle kann zwar freiwillig unterschwellig ein offenes oder selektives Verfahren durchführen, hat aber nicht die Möglichkeit, die Ausschreibung oder den Zuschlag für eine Beschaffung, die dem Vergaberechtsregime nicht untersteht, freiwillig durch entsprechende Bezeichnung zu einer anfechtbaren Verfügung im Sinne von § 311 lit. f BeG zu machen (E. 5.6).

Basel, Mai 2022