

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.105 vom 12. Juni 2019

BS Appellationsgericht, 2019-06-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2019.105

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.105 du 12 juin 2019

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.105 del 12 giugno 2019

Erwägungen

E. 1

1.1 Der vorliegende Rekurs richtet sich gegen die Ausschreibung des Universitätsspitals Basel vom 1. Juni 2019 betreffend die Beschaffung der Dienstleistung Bodenmopp (Miete und Aufbereitung). Gemäss Art. 15 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB, SG 914.500) ist gegen Verfügungen des Auftraggebers eines öffentlichen Auftrags die Beschwerde an eine unabhängige kantonale Instanz zulässig, welche endgültig entscheidet. Rechtsmittelinstanz ist nach baselstädtischem Recht gemäss § 30 Abs. 1 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen vom 20. Mai 1999 (Beschaffungsgesetz [BeschG], SG 914.100) das Verwaltungsgericht. Auch wenn § 31 BeschG die Ausschreibung als Anfechtungsobjekt nicht explizit erwähnt, ergibt sich deren Anfechtbarkeit doch aus den Bestimmungen der IVöB sowie aus § 31 lit. a BeschG, welcher vorsieht, dass gegen "Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt" Rekurs erhoben werden kann. Will eine Partei ungenügende oder diskriminierende Ausschreibungskriterien rügen, so hat sie gemäss konstanter Rechtsprechung im offenen Verfahren bereits die Ausschreibung anzufechten und darf damit nicht bis zu einer für sie ungünstigen Zuschlagsverfügung zuwarten (BGE 130 I 241 E. 4.3 S. 246 f.; VGE VD.2017.18 vom 29. Juni 2017 E. 4.4.3, VD.2016.69 vom 20. Juli 2016 E. 6.2 m.w.H.; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich etc. 2013, Rz. 389, 1254 ff.; Zellweger/Wirz, Das öffentliche Beschaffungsrecht des Kantons Basel-Stadt, in: Buser (Hrsg.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 606). Folglich liegt mit der Ausschreibung ein zulässiges Anfechtungsobjekt vor.

1.2 Die Rekurrentin hat innert der ihr gesetzten Frist keinen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gestellt und schriftlich auf die Rekursantwort der Vergabebehörde repliziert. Sie hat damit implizit auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet. Auch wenn ein Anwendungsfall von Art. 6 Ziff. 1 EMRK vorliegt, kann daher das vorliegende Urteil auf dem Zirkulationsweg gefällt werden (§ 25 Abs. 2 VRPG; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, § 24 N. 90; VGE VD.2015.158 vom 30. November 2015 E. 1.3; VD.2014.135 vom 23. Oktober 2014 E. 1.3).

E. 1.3

1.3.1 Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRPG, SG 270.100), soweit das Beschaffungsgesetz keine anderen Vorschriften enthält. Nach § 13 Abs. 1 VRPG ist zum Rekurs berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren

Aufhebung oder Änderung hat. Diese Legitimationsvoraussetzungen entsprechen denjenigen von Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) und Art. 89 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG, SR 173.110). Die Rekurrentin muss durch den angefochtenen Entscheid stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen. Das Interesse der Rekurrentin kann rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein (VGE VD.2018.14 vom 23. März 2018 E. 1.1, VD.2017.103 vom 11. September 2017 E. 2.1; Wullschleger/Schröder, *Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt*, in: *BJM* 2005, S. 277, 291; vgl. BGE 136 V 7 E. 2.1 S. 9). Das die Legitimation begründende schutzwürdige Interesse besteht im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn die Rekurrentin mit ihrem Anliegen obsiegt und dadurch ihre tatsächliche oder rechtliche Situation unmittelbar beeinflusst werden kann. Der Rekurs dient nicht dazu, abstrakt die objektive Rechtmässigkeit des staatlichen Handelns zu überprüfen (vgl. BGE 141 II 307 E. 6.2 S. 312; 141 II 14 E. 4.4 S. 29).

Im öffentlichen Beschaffungsrecht setzt das schutzwürdige Interesse an einem Rekurs, mit dem geltend gemacht wird, ein Vertrag sei zu Unrecht nicht dem Beschaffungsrecht unterstellt worden oder es sei zu Unrecht ein freihändiges Verfahren durchgeführt worden, grundsätzlich voraus, dass der Rekurrent als potentieller Anbieter die zu beschaffende Leistung hätte anbieten können und geltend macht, er hätte eine Offerte eingereicht, wenn die Beschaffung im korrekten Verfahren durchgeführt worden wäre. Wenn der Rekurrent 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 (vgl. BGE 141 II 307 E. 6.3 S. 313, 141 II 14 E. 4.2 S. 27 f., 137 II 313 E. 3.3.2 S. 321 f.; zum Ganzen: VGE VD.2017.261 vom 21. September 2018 E. 3.2). Diese Voraussetzungen gelten auch für die Anfechtung einer Ausschreibung. Mit Blick auf § 31 BeschG ist für die Rekurslegitimation grundsätzlich zu verlangen, dass die rekurrierende Partei als Anbieterin für die Ausschreibung tatsächlich infrage kommt und somit in der Regel auf dem betreffenden Markt bereits tätig sein sollte (vgl. VGE VD.2019.77 und VD.2019.82 vom 25. September 2019 E. 1.2.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1311).

1.3.2 Die vorliegend strittige Ausschreibung umfasst den Auftrag, die Bodenmopps zu mieten und aufzubereiten. Die Rekurrentin kommt für diese Dienstleistung nicht als Anbieterin infrage, da sich ihr Produkteportfolio auf die Herstellung und den Vertrieb von Reinigungsprodukten beschränkt, nicht aber auf deren Aufbereitung, wie etwa die Reinigung (act. 5/2). Sie führt auch nicht aus, ein Angebot einreichen zu wollen und hat dementsprechend auch nicht an der obligatorischen Begehung der Räumlichkeiten der Rekursgegnerin teilgenommen (act. 5/3). Allerdings macht die Rekurrentin geltend, auch als Gesellschaft, die sich auf die Entwicklung und den Vertrieb von Reinigungsprodukten spezialisiert hat, zum Rekurs berechtigt zu sein. Der bestehende Bodenmopp des Universitätsspitals Basel sei der von der Rekurrentin angebotene Typ C ____ mit Kletterücken. Dieses Produkt der Rekurrentin stehe damit in direkter Konkurrenz zu dem in der Ausschreibung geforderten Bodenmopp Typ B _____. Durch die Formulierung der Ausschreibung würden die Produkte der Rekurrentin von Beginn des Ausschreibungsverfahrens an ausgeschlossen, da mögliche Anbieter die Bodenmopps zwingend bei einem anderen Hersteller beziehen müssten. Die Rekurrentin sei damit durch die angefochtene Ausschreibung berührt und könne ein schutzwürdiges Interesse an deren

Aufhebung nachweisen.

1.3.3 Nach der Rechtsprechung und der Literatur verschafft eine blosser Konkurrenzstellung im Markt keine Legitimation zur Drittbeschwerde (BGE 123 II 376 E. 5b S. 382; BVGE B-3402/2009 E. 3.2.4; Marantelli/Huber im Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich etc. 2016, Art. 48 N 28). Bei einem Rekurs gegen eine Ausschreibung ist daher wie dargelegt massgeblich, ob die Rekurrentin selbst als potentielle Anbieterin der nachgefragten Dienstleistung infrage kommt (BGer 2C_563/2016 vom 30. Dezember 2016 E. 1.3.2, 1P.338/2004 vom 11. August 2004 E. 2.1, E. 2.2). Eine Ausweitung dieser restriktiven Legitimation im Rahmen beschaffungsrechtlicher Beschwerdeverfahren rechtfertigt sich indes unter der Voraussetzung, dass mit einer Beschaffung über den blossen Einkauf hinaus in die Wirtschaftsordnung eingegriffen wird. So hat das Bundesgericht festgehalten, dass bei wirtschaftspolitischen oder sonstigen speziellen Regelungen den Anbietern im Wirtschaftszweig die Beschwerdelegitimation zukommen kann (BGE 127 II 264 E. 2c S. 269). Dies bedeutet, dass bei Beschaffungsvorhaben, die einen Markt in grundsätzlicher Weise neu ordnen, auch die nicht als potenzielle Erbringer der Leistung anzusehenden Marktteilnehmer mehr als bloss mittelbar betroffen sind und demnach in eigenen, schutzwürdigen Interessen berührt sein können. Dabei ist hervorzuheben, dass die Annahme einer marktordnenden Beschaffung eine erhebliche Nachfragemacht der öffentlichen Hand im infrage stehenden Marktsegment voraussetzt (Zum Ganzen: BGVE 2009/17 E. 3.3). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Daher kann keine Ausnahme von dem erforderlichen schutzwürdigen Interesse in dem Sinne gemacht werden, als dass die Rekurrentin nicht selbst mögliche Anbieterin sein muss. Da diese Voraussetzung unbestrittenermassen nicht erfüllt ist, ist die Rekurrentin nicht zur Rekurshebung legitimiert.

Folglich ist auf den Rekurs nicht einzutreten.

E. 2

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Rekurrentin dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 500.■ zu tragen (vgl. § 30 Abs. 1 VRPG, § 23 Abs. 2 des Gerichtsgebührenreglements [SG 154.810]).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.