



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

vom 31. Januar 2022 (810 21 291)

Submission

Anfechtung einer Ausschreibung / Beschwerdelegitimation

Besetzung Präsidentin Franziska Preiswerk-Vögtli, Gerichtsschreiber Stefan Suter

Beteiligte **A._____ GmbH**, Beschwerdeführerin

gegen

Psychiatrie Baselland, Bientalstrasse 7, 4410 Liestal, Beschwerde-
gegnerin, vertreten durch Dr. Stefan Wirz, Advokat

Betreff Ausschreibung zur Beschaffung "BKP 235.4 Informatikanlagen Aus-
schreibung Netzwerkkomponenten"

A. Die Psychiatrie Baselland erstellt zurzeit auf ihrem Campus in Liestal zwei neue Gebäu-
de (Haus F / Zentrum für Krisenintervention und Haus G / Zentrum für Alterspsychiatrie). Zur
Anbindung der Neubauten an die bestehende Netzwerkinfrastruktur und zur flächendeckenden
Abdeckung mit WLAN schrieb sie im Amtsblatt des Kantons Basel-Landschaft vom 28. Oktober
2021 und gleichentags auf der Publikationsplattform SIMAP einen Lieferauftrag über die Be-
schaffung von Netzwerkkomponenten im offenen Verfahren aus. Beschaffungsobjekte sind

WLAN-Sender und Switches (Kopplungselemente in Rechnernetzen, die Netzwerksegmente miteinander verbinden) mit Zubehör. Die Ausschreibungsunterlagen spezifizieren, dass genau bezeichnete Produkte des Herstellers Cisco Systems nachgefragt werden.

B. Gegen die Ausschreibung hat die A.____ GmbH beim Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht (Kantonsgericht), mit Eingabe vom 5. November 2021 Beschwerde erhoben. Sie beantragt sinngemäss, die angefochtene Ausschreibung sei aufzuheben und die Psychiatrie Baselland sei anzuweisen, die Ausschreibung "in Übereinstimmung mit den geltenden Bestimmungen" erneut öffentlich auszuschreiben. In verfahrensmässiger Hinsicht sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, die Ausschreibung sei nicht herstellerneutral. Es sei öffentlichen Auftraggebern verwehrt, die Spezifikationen so zu definieren, dass nur ein beschränkter Anbieterkreis oder sogar nur ein einziger Anbieter in der Lage sei, ein ausschreibungskonformes Angebot einzureichen. Sämtliche führenden Hersteller könnten mindestens gleichwertige, wenn nicht sogar bessere Lösungen zur Bedürfniserfüllung der Psychiatrie Baselland bereitstellen. Die Umsetzbarkeit eines Herstellerwechsels sei gegeben und in diesem Rahmen verhältnismässig und zumutbar.

C. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 8. November 2021 wurde der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt. Nach dem diesbezüglich durchgeführten Schriftenwechsel wies das Kantonsgericht mit Präsidialverfügung vom 26. November 2021 das Gesuch der Beschwerdeführerin ab und entzog der Beschwerde die superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung.

D. In der Vernehmlassung vom 23. Dezember 2021 stellt die Psychiatrie Baselland, vertreten durch Dr. Stefan Wirz, Advokat, Antrag auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Sie führt aus, der Beschaffungsgegenstand diene der Erweiterung der auf dem Campus Liestal bereits bestehenden Netzwerkinfrastruktur. Alle ihre Standorte im Kanton seien mit Cisco-Netzwerkkomponenten ausgestattet und es werde zwecks Stabilität und Zuverlässigkeit eine homogene Cisco-Netzwerkumgebung betrieben. Dies sei geboten, da das Netzwerk auch die Personen-Alarmierung umfasse und diese Alarmierung und Abrufbereitschaft jederzeit absolut sichergestellt sein müsse. Beim Einsatz von Netzwerkkomponenten unterschiedlicher Hersteller sei die Personensicherheit nicht mehr gewährleistet. Die hersteller-spezifische Ausschreibung sei deshalb unumgänglich und nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführerin könne ihr nicht vorschreiben, was sie zu beschaffen habe. Bezüglich der Anbieter bestehe im vorliegenden Verfahren keine Beschränkung. Die Beschwerdeführerin sei aber ohnehin nicht zur Beschwerde legitimiert. Nur wenn reelle Chancen auf Erteilung des Zuschlags beständen, sei ein Anbieter zur Beschwerdeführung berechtigt. Einzig wenn die Beschwerdeführerin darlegen könnte, dass ein Alternativprodukt, welches sie auch anbiete, dem Beschaffungsgegenstand entspreche, könne die Beschwerdelegitimation angenommen werden. Die Beschwerdeführerin unterlasse indessen jegliche Ausführungen zu den angeblichen Alternativprodukten. Sie habe denn auch kein Angebot eingereicht. Die Beschwerde sei mangelhaft begründet und weise keinen konkreten Bezug zur betroffenen Ausschreibung aus.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung** :

1. Die Ausschreibung eines Auftrags kann selbständig angefochten werden (Art. 15 Abs. 1^{bis} lit. a der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB] vom 15. März 2001). Rechtsmittelinstanz ist nach kantonalem Recht gemäss § 30 Abs. 1 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (BeG) vom 3. Juni 1999 das Verwaltungsgericht (heute: Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht). Soweit das Beschaffungsgesetz nichts anderes vorsieht, richtet sich das Verfahren nach dem Gesetz über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 (§ 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 Anliegen obsiegt und dadurch seine tatsächliche oder rechtliche Situation unmittelbar beeinflusst werden kann (KGE VV vom 7. September 2016 [810 16 32] E. 1.2; vgl. auch BGE 140 II 214 E. 2.1).

2.2 Das Erfordernis der formellen Beschwer spielt im Rahmen der Anfechtung einer Ausschreibung keine Rolle, da die Ausschreibung das Beschaffungsverfahren erst initiiert. Materiell beschwert sind grundsätzlich nur die potentiellen Erbringer der in Frage stehenden Leistung, da nur sie ein Interesse am späteren Zuschlag haben. Wer eine Ausschreibung anfecht, muss als Anbieterin für die Ausschreibung tatsächlich in Frage kommen und sollte somit in der Regel auf dem betreffenden Markt bereits tätig sein (Urteil des Kantonsgerichts, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht [KGE VV], vom 20. November 2019 [810 19 185] E. 1.2; PETER GALLI/ ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 1311; MARCO FETZ/MARC STEINER, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in: Cottier/Oesch [Hrsg.], Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3. Aufl., Basel 2020, S. 663, Rz. 192). Neben den durch die Ausschreibung angesprochenen (potentiellen) Anbieterinnen kommt die Beschwerdeberechtigung in der Regel nur jenen Marktteilnehmern zu, die geltend machen, die Ausschreibung schliesse sie in unzulässiger Weise von der Beschaffung aus. Dazu müssen sie im Beschwerdeverfahren geltend machen, dass sie eine konkrete Lösung anbieten, welche sowohl funktional als auch wirtschaftlich eine angemessene Alternative darstellt. Damit beschwerdeweise überprüft werden kann, ob die Umschreibung des Beschaffungsgegenstands in der Ausschreibung rechtmässig ist, muss die beschwerdeführende Partei dementsprechend nachweisen, dass sie die nachgefragten (oder damit substituierbare) Leistungen erbringt (vgl. FLORIAN C. ROTH, in: Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 56 Rz. 33; BGE 137 II 313 E. 3.3 und E. 3.6.1).

3.1 Ob die Beschwerdelegitimation vorliegt, ist zwar von Amtes wegen zu prüfen (vgl. oben E. 1). Ist sie jedoch nicht ohne Weiteres ersichtlich, muss ein Beschwerdeführer sie eingehend erörtern und substantiieren, wofür er beweisbelastet ist (BGE 137 II 313 E. 3.5.1). Aufgrund des konkreten Sachverhalts müssen das besondere Berührtsein und das schutzwürdige Interesse im Sinne von § 47 VPO glaubhaft gemacht werden. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsmittelinstanz, nach legitimationsbegründenden Sachverhalten zu forschen (KGE VV vom 14. November 2018 [810 17 94] E. 7.3.1; BGE 140 II 214 E. 2.3).

3.2 In der Beschwerdeschrift vom 5. November 2021 legt die Beschwerdeführerin nicht konkret dar, inwiefern sie - im Sinne der soeben dargelegten Praxis - von der Ausschreibung besonders berührt sein bzw. ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Ausschreibung haben soll. Wie die Beschwerdegegnerin zu Recht vorbringt, hat die Beschwerdeführerin nicht ansatzweise aufgezeigt, inwiefern sie den ausgeschriebenen Auftrag überhaupt erfüllen könnte und damit eine realistische Chance auf einen Zuschlag hätte. Es existieren denn auch keine objektiven Anhaltspunkte dafür, dass dies der Fall sein könnte. Die Ausführungen auf ihrem Internetauftritt sprechen jedenfalls dagegen: "Wir bieten unseren Kunden ein fundiertes und breit abgestütztes Angebot an Dienstleistungen rund um die Themen Treuhand-Dienstleistungen, Personalmanagement, Start-Up Begleitung & Schulungen an" (vgl. http://www.x.____.html, zuletzt besucht am 24. November 2021). Der Handel mit Netzwerkkomponenten oder sonstiger IT-Hardware liegt weit weg von den aufgeführten Tätigkeitsfeldern der Gesellschaft. Für den Zeitraum der letzten drei Jahre weist das Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz für den Bund und alle Kantone keinen einzigen Eintrag mit dem Firmennamen der Beschwerdeführerin auf (vgl. <http://www.simap.ch>, zuletzt besucht am 24. November 2021). Die Beschwerdeführerin bestreitet sodann nicht, dass sie nicht als potentielle Anbieterin in der vorliegenden Ausschreibung aufgetreten ist. So hat sie nie geltend gemacht, eine Offerte einreichen zu wollen bzw. in unzulässiger Weise von der Beschaffung ausgeschlossen worden zu sein. Sie legt überdies nicht dar, dass sie die - nicht angefochtenen - Eignungskriterien (zwei Referenzen der Unternehmung in Ausführung von ähnlich komplexen und zu mindestens 80 % fertiggestellten Bauten mit vergleichbarer Nutzung) als Voraussetzung für eine potentiell erfolgreiche Teilnahme am Vergabeverfahren erfüllt. Wenn sie ausführt, "die Begründungen können durch Referenzen und 'Proof of Concepts' nachgewiesen werden", bezieht sie sich augenscheinlich nicht auf die in der Ausschreibung geforderten Referenzen, sondern auf Belege für ihre Darstellung, dass gleichwertige, wenn nicht sogar bessere Lösungen zur Bedürfniserfüllung der Beschwerdegegnerin existieren würden. Die gerade den Beschwerdegegenstand bildende Umschreibung des Beschaffungsgegenstands kann zwar nicht dazu führen, dass einem Beschwerdeführer die Eigenschaft als potentieller Anbieter abzusprechen ist. Dennoch hat der die Ausschreibung anfechtende Anbieter in der Beschwerde substantiiert darzulegen, dass er mit seinem (die vorgegebenen technischen Spezifikationen gerade nicht erfüllenden) Produkt funktional dieselbe Leistung erbringen kann (vgl. oben E. 2.2; BVGE 2012/13 E. 3.2.7; BGE 137 II 313 E. 3.2.2). Dies hat die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeeingabe vom 5. November 2021 gänzlich unterlassen.

3.3 Die Beschwerdeführerin scheint insbesondere zu verkennen, dass sie sich für ihre Legitimation nicht auf öffentliche Interessen oder auf die Interessen Dritter berufen kann (BVGE

2009/17 E. 3.1). Die für die Beschwerdelegitimation geforderte besondere, beachtenswerte, nahe Beziehung zur Streitsache ergibt sich nicht bereits daraus, dass die Beschwerdeführerin sich für eine Frage aus ideellen Gründen besonders interessiert oder sich aus persönlicher Überzeugung für oder gegen eine Sache engagiert (BGE 123 II 376 E. 4a, BGE 123 II 115 E. 2b/cc). Hinter dem Rechtsschutzanliegen haben vielmehr konkrete persönliche Nachteile zu stehen. Ohne die erforderliche Beziehungsnähe zur Streitsache sind Private nicht dazu befugt, auf dem Rechtsweg für die richtige Rechtsanwendung zu sorgen (vgl. KGE VV vom 17. November 2020 [810 20 102] E. 4.1; KGE VV vom 14. November 2018 [810 17 94] E. 5.3; BGE 145 II 259 E. 2.3). Aus den pauschal gehaltenen Ausführungen in der Beschwerdeschrift - die offenbar grösstenteils tel quel aus einem anderen Beschwerdeverfahren (betreffend die Städte B.____ und C.____) übernommen wurden - ist zu folgern, dass sich die Beschwerdeführerin für einen "faire[n] Wettbewerb zwischen verschiedenen IT-Anbietern" einsetzen will, der zu "signifikanten Ersparnissen" seitens der öffentlichen Auftraggeber führe. Damit zeigt sie nicht substantiiert auf, inwiefern sie persönlich durch die angefochtene Ausschreibung stärker als jedermann betroffen sein soll und in einer besonders nahen Beziehung zur Streitsache stehen soll. Dass potentielle Anbieterinnen und Anbieter, mithin Dritte, an einer Abänderung der Ausschreibung interessiert sein könnten, kann nicht zur Bejahung der Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin führen (vgl. KGE VV vom 28. November 2007 [810 07 259] E. 2.2).

4. Daraus ergibt sich, dass es der Beschwerdeführerin an der für die Beschwerdebefugnis notwendigen Eigenschaft als Marktteilnehmerin fehlt. Da ihre Beschwerdelegitimation offensichtlich verneint werden muss, ist auf die Beschwerde im Präsidialverfahren nicht einzutreten (§ 1 Abs. 3 lit. e VPO).

5. Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass der vorliegenden Beschwerde auch im Eintretensfall kein Erfolg beschieden gewesen wäre, da die Beschwerdegegnerin vorliegend sachliche Gründe für die Einschränkung ihrer Ausschreibung auf Fabrikate des Herstellers Cisco vorzuweisen vermag und ihr entsprechender früherer IT-Strategieentscheid einer gerichtlichen Überprüfung entzogen ist (vgl. dazu ausführlich Präsidialverfügung vom 26. November 2021 E. 3.2 f.).

6.1 Gemäss § 20 Abs. 1 VPO ist das verwaltungsgerichtliche Verfahren vor dem Kantonsgericht kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten umfassen die Gerichtsgebühren sowie die Beweiskosten und werden gemäss § 20 Abs. 3 VPO in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 800.-- der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.-- zu verrechnen. Der zu viel bezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'700.-- ist ihr zurückzuerstatten.

6.2 Die anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin beansprucht eine Parteientschädigung. Gemäss § 21 Abs. 2 VPO haben Gemeinden und andere Träger öffentlicher Aufgaben nur Anspruch auf eine Parteientschädigung, sofern der Beizug einer Anwältin bzw. eines Anwalts gerechtfertigt war. Nach der Praxis des Kantonsgerichts wird Gemeinden und öffentlichen Verwaltungsträgern in ihrer Rolle als Vergabebehörde nur ganz ausnahmsweise eine Parteientschädigung zugestanden, da bei einer Behörde mit der Verfügungskompetenz die entsprechende ju-

ristische Sachkunde einhergehen muss (vgl. KGE VV vom 4. Juni 2014 [810 14 27] E. 8.2 m.w.H.; betreffend die Beschwerdegegnerin: Präsidialverfügung vom 4. Februar 2021 [810 20 232], S. 2). Eine solche Ausnahmekonstellation ist nicht gegeben. Da der Beizug eines Anwalts im vorliegenden Fall nicht im Sinne von § 21 Abs. 2 VPO gerechtfertigt war, ist der Beschwerdegegnerin keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Demgemäss wird **erkannt**:

- ://:
1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
 2. Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 800.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.-- verrechnet. Der zu viel geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'700.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.
 3. Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

Präsidentin

Gerichtsschreiber