



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

vom 20. März 2013 (810 12 290)

Submission

Ausschreibung Serviceprovider

Besetzung	Präsidentin Franziska Preiswerk-Vögtli, Kantonsrichter Niklaus Ruckstuhl, Markus Clausen, Christian Haidlauf, Kantonsrichterin Regina Schaub, Gerichtsschreiberin Julia Kempfert
Parteien	A._____ AG , Beschwerdeführerin, vertreten durch Dr. Claude Schnüriger, Advokat, Basel gegen B._____ AG , Beschwerdegegnerin, vertreten durch Dr. Philippe Spitz, Advokat, Reinach BL
Betreff	Ausschreibung Serviceprovider der B._____ AG (Ausschreibung im Kantonalen Amtsblatt des Kantons Basel-Landschaft vom 4. Oktober 2012)

A. Die B._____ AG hat mit Publikation im Amtsblatt des Kantons Basel-Landschaft vom 4. Oktober 2012 einen Dienstleistungsauftrag mit der Bezeichnung "Ausschreibung Serviceprovider B._____" ausgeschrieben. Mit Eingabe vom 15. Oktober 2012 erhob die A._____ AG, vertreten durch Dr. Claude Schnüriger, Advokat in Basel, gegen diese Ausschreibung vom

4. Oktober 2012 Beschwerde beim Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht. Sie beantragt, es sei die Ausschreibung vom 4. Oktober 2012 aufzuheben und in verfahrensrechtlicher Hinsicht sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Alles unter o/e-Kostenfolge. Die Beschwerdeführerin rügt im Wesentlichen eine Diskriminierung bzw. eine Ungleichbehandlung gemäss Art. 11 der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. März 2001. Sie macht geltend, dass mit Ausnahme der C.____ AG in der Schweiz keine einzige Firma die Eignungskriterien gemäss Ziffer 3.1.7 der Dokumentation für die Ausschreibung Serviceprovider B.____ erfülle. Infolgedessen seien sämtliche Anbieter mit Ausnahme der Firma C.____ AG ausgeschlossen. Die Beschwerdegegnerin liess sich innert der bis 2. November 2012 angesetzten Frist nicht zum Verfahrensantrag der Beschwerdeführerin vernehmen. Mit Präsidialverfügung vom 13. November 2012 wurde der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt.

B. Mit Eingabe vom 19. Dezember 2012 reichte die Beschwerdegegnerin, vertreten durch Dr. Philippe Spitz, Advokat in Reinach, ihre Vernehmlassung in der Hauptsache ein und beantragt, es sei die Beschwerde vom 15. Oktober 2012 abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. In verfahrensrechtlicher Hinsicht sei die Beschwerdeführerin zu verpflichten, zur Sicherstellung allfälliger Schadenersatzansprüche die Summe von Fr. 75'000.-- zu hinterlegen. Alles unter o/e-Kostenfolge. Zur Begründung wird im Wesentlichen vorgebracht, dass das Eintreten auf die Beschwerde fraglich erscheine, zumal vorliegend nur das kantonale Recht Anwendung finde und dieses die Ausschreibung als Beschwerdeobjekt nicht vorsehe. Für den Eventualfall des Eintretens wird geltend gemacht, dass gemäss Mitteilung der mit der Ausschreibung betrauten Firma (D.____ AG) fünf Angebote eingegangen seien. Eine Sichtung und Auswertung dieser Angebote sei jedoch bis zum jetzigen Zeitpunkt unterlassen worden. Bereits aus diesem Grund erscheine die Behauptung der diskriminierenden Ausschreibung als entkräftet. Überdies sei in den Ausschreibungsunterlagen in Bezug auf die Eignungskriterien eine Kann-Formulierung gewählt worden und ausserdem bestehe die Möglichkeit der Bildung von Arbeitsgemeinschaften. Ohnehin stehe der Vergabestelle bei der Wahl und Formulierung der Eignungskriterien bekanntlich ein grosses Ermessen zu.

C. In ihrer Stellungnahme vom 8. Januar 2013 beantragt die Beschwerdeführerin, die Ausschreibung vom 4. Oktober 2012 sei aufzuheben, es sei der Beschwerdegegnerin zu verbieten, gestützt auf die Ausschreibung vom 4. Oktober 2012 einen Zuschlag zu machen, es sei das Begehren der Beschwerdegegnerin betreffend Hinterlegung eines Betrags von Fr. 75'000.-- durch die Beschwerdeführerin zur Sicherstellung allfälliger Schadenersatzansprüche der Beschwerdegegnerin abzuweisen, es seien alle anderslautenden Rechtsbegehren der Beschwerdegegnerin abzuweisen und es seien sämtliche Gerichts- und Anwaltskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Mit Verfügung vom 18. Januar 2013 wurde der Antrag der Beschwerdegegnerin auf Auferlegung einer Sicherheitsleistung zu Lasten der Beschwerdeführerin abgewiesen.

D. Die Beschwerdegegnerin reichte mit Eingabe vom 4. Februar 2013 eine weitere Stellungnahme ein, in welcher sie unter anderem erneut festhält, dass auf die vorliegende Beschwerde nicht eingetreten werden könne.

E. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 8. März 2013 wurde der Fall der Kammer zur Beurteilung überwiesen. Die von den Parteien gestellten Beweisanträge wurden abgewiesen.

F. Anlässlich der heutigen Parteiverhandlung halten die Parteien an ihren Rechtsbegehren und wesentlichen Begründungen fest. Auf diese wird – soweit notwendig – in den Erwägungen eingegangen.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung**:

1.1 Die Verwaltungsrechtspflege wird durch das formgerechte Einlegen eines Rechtsmittels einer Partei ausgelöst. Damit die Rechtsmittelinstanz auf eine Beschwerde eintritt und diese materiell behandelt, müssen die Prozessvoraussetzungen gegeben sein. Die angerufene Behörde, vorliegend das Kantonsgericht, prüft sie gemäss § 16 Abs. 2 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 von Amtes wegen; auf deren Bestreitung oder Nichtbestreitung kommt es nicht an (FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 73; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz. 409 ff.). Zu den Prozessvoraussetzungen, die alle erfüllt sein müssen, damit das Gericht zur Begründetheit der Rechtsbegehren Stellung nehmen kann, gehören namentlich ein taugliches Anfechtungsobjekt, eine frist- und formgerechte Rechtsmittelvorkehr, die Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanz, die Legitimation und die Beschwer der Beschwerdeführer (RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel und Frankfurt am Main 1996, Rz. 947 ff.; FRITZ GYGI, a.a.O., S. 71 ff.).

1.2 Gemäss § 30 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (BeG) vom 3. Juni 1999 in Verbindung mit § 31 BeG kann innerhalb von 10 Tagen gegen Entscheide über Beschränkungen des freien Zuganges zum Markt (lit. a.); die Auswahl im selektiven Verfahren (lit. b); die Zusammensetzung der ständigen Listen (lit. c.); Abbruch, Wiederholung und Neuauflage des Verfahrens (lit. d); den Ausschluss vom Vergabeverfahren (lit. e.); den Zuschlag (lit. f.); den Widerruf des Zuschlages (lit. g.) Beschwerde beim Verwaltungsgericht (heute: Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht) erhoben werden. Art. 15 Abs. 1^{bis} lit. a IVöB bezeichnet zudem die Ausschreibung des Auftrages als eine durch Beschwerde selbstständig anfechtbare Verfügung.

1.3 Bevor jedoch beurteilt werden kann, ob die vorliegende Angelegenheit in den Anwendungsbereich des interkantonalen bzw. kantonalen öffentlichen Beschaffungsrechts fällt, ist zu prüfen, ob die strittige Ausschreibung der B.____ AG vom 4. Oktober 2012 überhaupt in den objektiven Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts fällt und damit die Voraussetzung für die Zuständigkeit des Kantonsgerichts in vorliegender Angelegenheit erfüllt ist.

2.1 Die Vergabestelle B.____ AG schrieb in ihrer Ausschreibung Serviceprovider B.____ vom 4. Oktober 2012 folgende Dienstleistungen aus: Videoangebot, Internet, Festnetz-

Telefonie sowie Mobilkommunikation. Die Anbieter haben die genannten Dienste einzeln und in mindestens einem Abonnement als Bündelangebot anzubieten. Alle vier Bereiche betreffen elektrisches, magnetisches, optisches oder anderes elektromagnetisches Senden oder Empfangen von Informationen über Leitungen oder Funk (Art. 3 lit. c des Fernmeldegesetzes [FMG] vom 30. April 1997) und fallen somit in die Dienstleistungskategorie Fernmeldewesen bzw. Telekommunikation.

2.2 Der Bereich der Telekommunikation wurde erst durch das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Juni 2002, BAöB) dem Vergaberecht unterstellt (Art. 3 Abs. 2 lit. a-c BAöB; Anhang I Annex 3 e contrario des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen [in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Januar 1996, ÜoeB]). Das bilaterale Abkommen enthält in Art. 3 Abs. 5 eine sog. "Ausklinkklausel" (Nichtunterstellungsklausel) für die dem Beschaffungsrecht unterstellten Auftraggeber. Diese Klausel ermöglicht es den Vertragsparteien, einen wirtschaftlichen Tätigkeitsbereich oder Teile davon von der Unterstellung unter das Beschaffungsrecht zu befreien, sofern unter den Auftraggebern Wettbewerb herrscht. Die Ausklinkklausel betrifft nur diejenigen Unternehmen, die aufgrund des BAöB neu den Regeln über die öffentlichen Beschaffungen unterworfen sind. Vom Geltungsbereich des Abkommens "ausgeklinkt" werden dabei nicht bestimmte Auftraggeber, sondern deren Aufträge bzw. Beschaffungen, die sie tätigen, um ihre eigenen Dienstleistungen erbringen zu können. Die Ausklinkklausel gilt nur für die im bilateralen Abkommen genannten Tätigkeiten, nicht aber für den Bereich des ÜoeB. Das Verfahren zur Anwendung und Umsetzung der Ausklinkklausel ist im Abkommen selbst jedoch nicht geregelt, sondern bleibt den Vertragsparteien vorbehalten (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Auflage, Zürich 2007, S. 7; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, S. 221). Mit der Liberalisierung eines Sektors tritt das BAöB in der Schweiz folglich nicht eo ipso ausser Kraft; vielmehr ist erforderlich, dass in einem Freistellungsverfahren das Vorhandensein echten Wettbewerbs im fraglichen Sektor festgestellt wird (MARTIN BEYELER, a.a.O., S. 225).

2.3 Art. 2b der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) vom 11. Dezember 1995 regelt das Verfahren und die Voraussetzungen für die Anwendung der in Art. 3 Abs. 5 des bilateralen Abkommens statuierten Ausklinkklausel. Zuständig für die vollständige oder teilweise Befreiung des Tätigkeitsbereichs einer Auftraggeberin aus dem Sektorenbereich gemäss Art. 2a VöB von der Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht ist das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK). Voraussetzung für eine solche Befreiung ist, dass im fraglichen Tätigkeitsbereich Wettbewerb herrscht. Dafür ist Voraussetzung, dass anderen Unternehmen die Möglichkeit zusteht, dieselben Dienstleistungen in demselben geografischen Gebiet unter im Wesentlichen gleichen Bedingungen anzubieten (vgl. Art. 3 Abs. 5 BAöB). Die Details des Nichtunterstellungsverfahrens hat das UVEK in der Verordnung über die Nichtunterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht vom 18. Juli 2002 geregelt (vgl. Art. 2b Abs. 3 VöB; vgl. zum Ganzen MARTIN BEYELER, a.a.O., S. 229). Eine Befreiung kann von Auftraggebenden oder von der Wettbewerbskommission beantragt werden (vgl. Art. 2 Abs. 1 der Verordnung des UVEK). Dem Bundesrecht unterstellte

Auftraggebende reichen das Gesuch beim UVEK, die übrigen beim Interkantonalen Organ ein (Art. 2 Abs. 2 der Verordnung des UVEK und Art. 4 Abs. 2 lit. c^{bis} IVöB). Das UVEK konsultiert vorgängig seines Entscheids die Wettbewerbskommission, die Kantone und die betroffenen Wirtschaftskreise (vgl. Art. 2b Abs. 2 VöB). Auf Gesuche der drei Telekommunikationsanbieterinnen Swisscom AG, Orange Communications AG und TDC Switzerland (sunrise) hin befreite das UVEK den Tätigkeitsbereich der Telekommunikation, soweit er in den Anwendungsbereich des bilateralen Abkommens fällt, von der Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht (vgl. Entscheid des UVEK vom 1. Juni 2002). Das UVEK kam gestützt auf ein Gutachten der Eidgenössischen Wettbewerbskommission vom 15. Oktober 2001 zum Schluss, dass aufgrund der gegebenen Wettbewerbsverhältnisse der Telekommunikationssektor integral, d.h. in Bezug auf Festnetzkommunikation, Mobilkommunikation, Internet-Zugang und Datenkommunikation, von der Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts auszunehmen sei (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, a.a.O., S. 12).

2.4 Sind die Voraussetzungen für die Nichtunterstellung erfüllt, nimmt das UVEK die Befreiung von der Unterstellung mittels einer Änderung des Anhangs der Verordnung des UVEK vor, indem die befreiten Sektoren oder Teil-Sektoren im Anhang aufgeführt werden (Art. 4 der Verordnung des UVEK). Aufgrund des Entscheids des UVEK vom 1. Juni 2002 sind zum jetzigen Zeitpunkt im Sektor Telekommunikation die Teilbereiche Festnetz-, Mobil- und Datenkommunikation sowie Internet-Zugang im Anhang aufgeführt und somit vom Geltungsbereich des BAöB ausgenommen (vgl. Anhang der Verordnung des UVEK Ziffer 1.). Diese Bereiche unterstehen nicht mehr dem öffentlichen Beschaffungsregime des Bundes oder der Kantone; dies in der Meinung, dass in einem solchen Fall kein Bedarf nach staatlicher Regelung besteht, da die Auftragsvergabe in einer Wettbewerbssituation nach wirtschaftlichen Kriterien erfolge (HERBERT LANG, Neue Rechtsgrundlagen für das Vergabewesen in der Schweiz - Das Abkommen CH-EU im öffentlichen Beschaffungswesen, ZBl 104/2003, S. 43 ff.)

2.5 Das Nichtunterstellungsverfahren in der Verordnung des UVEK gilt nicht nur für die dem eidgenössischen, sondern auch für die dem kantonalen Recht unterstehenden Aufträge. Die Kantone haben ein einziges Nichtunterstellungsverfahren akzeptiert. Dies mit Blick auf die Kompetenzen des Bundes im Wettbewerbswesen, aber auch damit die entsprechenden Regeln einheitlich angewendet und in den Rechtsmittelverfahren nicht unter kantonalen Gerichten widersprüchlich ausgelegt werden (HERBERT LANG, a.a.O., S. 43 ff.; MARTIN BEYELER, a.a.O., S. 225). Das bedeutet, dass die betroffenen Sektorenauftraggeber auch kein binnenstaatliches Vergaberecht zu beachten haben - zumal auch der durch die Liberalisierung erzeugte Wettbewerbsdruck nicht nur auf staatsvertraglicher, sondern auch auf binnenstaatlicher Ebene eine materielle Rechtfertigung darstellt, das Vergaberecht unberücksichtigt zu lassen (MARTIN BEYELER, a.a.O., S. 225).

2.6 Nach dem Gesagten ist erstellt, dass die vorliegend strittige Ausschreibung bzw. das Beschaffungsgeschäft vom 4. Oktober 2012 vom Vergaberecht nicht erfasst wird und demzufolge vom Anwendungsbereich des interkantonalen und kantonalen öffentlichen Beschaffungsrechts ausgenommen ist. Für solche Beschaffungen ist der Rechtsmittelweg an das Kantonsgericht nicht offen.

3.1 Nichts zu ihren Gunsten kann die Beschwerdeführerin aus der Rechtsmittelbelehrung, die der öffentlichen Ausschreibung beigelegt war, ableiten. Wird in einem Entscheid ein Rechtsmittel angegeben, das nach dem Gesetz gar nicht besteht, so kann dadurch die fehlende Rechtsmittelvoraussetzung nicht ersetzt werden (BGE 113 Ib 213; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1773/2006 vom 25. September 2008; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, a.a.O., S. 364 f. mit Hinweisen). Daran ändern auch bei Anbietern geweckte entsprechende Erwartungen nichts. Selbst ein allenfalls treuwidriges Verhalten der Vergabestelle vermag entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin kein Rechtsmittel zu schaffen, das gesetzlich nicht vorgesehen ist. Inwieweit eine allenfalls fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung im Rahmen der Verlegung der Kosten zu berücksichtigen ist, ist anlässlich der Prüfung der Zuständigkeitsfrage nicht weiter zu erörtern (vgl. dazu E. 4 hiernach). Demnach ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin aus der allenfalls fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung und dem allenfalls treuwidrigen Verhalten der Vergabestelle in Bezug auf die Eintretensfrage nichts zu ihren Gunsten abzuleiten vermag (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1687/2010 vom 21. Juni 2011; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1773/2006 vom 25. September 2008). Namentlich ist es ausgeschlossen, die Vergabestelle bei ihrem diesbezüglichen Verhalten "zu behaften", wie dies die Beschwerdeführerin beantragt.

3.2 Zusammenfassend steht damit fest, dass es sich bei den öffentlich ausgeschriebenen Dienstleistungen vom 4. Oktober 2012 nicht um eine in den Geltungsbereich des interkantonalen oder kantonalen öffentlichen Beschaffungsrechts fallende Beschaffung handelt und somit die Zuständigkeit des Kantonsgerichts als Beschwerdeinstanz gemäss § 30 BeG in Verbindung mit § 31 BeG oder allenfalls gemäss Art. 15 Abs. 1^{bis} lit. a IVöB für die vorliegende Beschwerde nicht gegeben ist. Entsprechend ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Damit erübrigt sich zugleich die Beurteilung der Frage, ob die vorliegend strittige Angelegenheit in den Geltungsbereich der IVöB bzw. des BeG fällt oder nicht.

4. Gemäss § 20 Abs. 1 VPO ist das Verfahren vor dem Kantonsgericht kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten umfassen die Gerichtsgebühren und die Beweiskosten und werden in der Regel der unterliegenden Partei in angemessenem Ausmass auferlegt (§ 20 Abs. 3 VPO). Diese umfassen die Gerichtsgebühren und die Beweiskosten. Gemäss § 21 Abs. 1 VPO kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei für den Beizug eines Anwalts oder einer Anwältin eine angemessene Parteientschädigung zulasten der Gegenpartei zugesprochen werden. Die Kostenverlegung richtet sich praxisgemäss in der Regel nach dem Unterliegerprinzip (MARTIN BERNET, Die Parteientschädigung in der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege, Zürich 1986, Rz. 232 ff.). Von diesem Grundsatz kann das Gericht abweichen und die Kosten nach dem Verursacherprinzip anders verlegen, sofern ihm das Gesetz einen entsprechenden Ermessensspielraum einräumt und es die Umstände rechtfertigen (vgl. BERNET, a.a.O., Rz. 237 ff.). Die Formulierung "in der Regel" in § 20 Abs. 3 VPO sowie die Kann-Formulierung in § 21 Abs. 1 VPO räumen dem Kantonsgericht einen entsprechenden Ermessensspielraum ein. Im vorliegenden Fall wird auf die Beschwerde nicht eingetreten, womit die Beschwerdeführerin bei diesem Verfahrensausgang grundsätzlich kostenpflichtig ist. Die Beschwerdegegnerin hat in ihrer Stellungnahme vom 19. Dezember 2012 jedoch ausgeführt, es sei auf die Beschwerde nicht

einzutreten, da die IVöB nicht anwendbar sei und das BeG kein Rechtsmittel gegen die Ausschreibung vorsehe. Indem sie somit in Kenntnis des Umstandes, dass die ausgeschriebenen Leistungen möglicherweise nicht dem Anwendungsbereich des BeG bzw. der IVöB unterstehen der öffentlichen Ausschreibung eine Rechtsmittelbelehrung angefügt hat, ohne auf allfällige Unsicherheiten oder Zweifel hinsichtlich der tatsächlichen Unterstellung unter das Vergaberecht hinzuweisen, hat sie jedenfalls wesentlich dazu beigetragen, dass die Beschwerdeführerin ein unzulässiges Rechtsmittel eingereicht hat. Anzufügen bleibt, dass das Verhalten der Beschaffungsstelle D._____ AG der Beschwerdegegnerin anzurechnen ist. Damit erscheint eine Verfahrenskostenverlegung nach dem Verursacherprinzip zulasten der Beschwerdegegnerin als angezeigt. In Anwendung des Verursacherprinzips wird der Beschwerdegegnerin zugleich keine Parteientschädigung zulasten der Beschwerdeführerin zugesprochen. Da gemäss § 21 Abs. 1 VPO lediglich der obsiegenden Partei eine Parteientschädigung zugesprochen werden kann, sind die Parteikosten wettzuschlagen.

Demgemäss wird **e r k a n n t**:

- ://:
1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
 2. Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'800.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
Der Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'500.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.
 3. Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

Präsidentin

Gerichtsschreiberin