



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

vom 30. August 2017 (810 17 69)

Submission

**Vergabeverfahren Ersatz Wasserleitung / freiwillige Wahl für ein höherstufigeres Verfah-
ren / abweichender Vergütungsmodus als Unternehmervariante**

Besetzung Abteilungs-Vizepräsident Beat Walther, Kantonsrichter Markus
Clausen, Christian Haidlauf, Claude Jeanneret, Yves Thommen,
Gerichtsschreiberin Elena Diolaiutti

Beteiligte **A.**____ GmbH, Beschwerdeführerin

gegen

Stadt B.____, Beschwerdegegnerin

C.____ **AG**, Beigeladene

Betreff Vergabeverfahren Ersatz Wasserleitung D.____, Baumeisterarbeiten
(Entscheidung der Stadt B.____ vom 13. März 2017)

A. Die Stadt B.____ lud zwei Firmen zur Offertstellung für die Baumeisterarbeiten (BKP [Baukostenplan] 211) für das Bauobjekt "Ersatz Wasserleitung D.____" ein. In den Ausschreibungsunterlagen (Ziff. 1.4) wurde der Nettopreis als Zuschlagskriterium mit 100% gewichtet. Des Weiteren wurde in Ziff. 5.9 der Ausschreibungsunterlagen festgehalten, dass Unterneh-

mervarianten zulässig seien, sofern sie unter anderem mit vollständigen und prüfbaren Leistungsverzeichnissen und Beilagen eingereicht würden. Gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 23. Februar 2017 reichte die C.____ AG eine Offerte in der Höhe von Fr. 116'125.15 sowie als Variante eine Pauschalofferte in der Höhe von Fr. 100'000.-- ein, die A.____ GmbH eine Offerte in der Höhe von Fr. 107'827.45 sowie als Variante eine Pauschalofferte in der Höhe von Fr. 102'600.--.

B. Mit Schreiben vom 20. März 2017 teilte die Stadt B.____ der A.____ GmbH mit, dass der Stadtrat B.____ an seiner Sitzung vom 13. März 2017 die Arbeiten der C.____ AG zum Preis von pauschal Fr. 100'000.-- vergeben habe.

C. Gegen diesen Zuschlagsentscheid erhob die A.____ GmbH mit Eingabe vom 22. März 2017 beim Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht (Kantonsgericht), Beschwerde und beantragte sinngemäss die Aufhebung des Zuschlagsentscheids. Sie führte aus, dass gemäss Ziff. 5.9 der Devisvorbemerkungen Unternehmervarianten nur gültig seien, wenn die aufgelisteten Bedingungen erfüllt seien. Das Beschwerde verfassende Mitglied der Geschäftsleitung E.____ sei selber bei der Offertöffnung anwesend gewesen. Er habe gesehen, dass die C.____ AG lediglich ein Couvert abgegeben habe. Dieses habe das Angebot gemäss den Ausschreibungsunterlagen inkl. Beilagen enthalten. Diesem Angebot sei nur ein Blatt als "Unternehmervariante" angeheftet gewesen, auf welchem lediglich ein Angebotspreis von Fr. 100'000.-- inkl. MWST gestanden habe. Diese "Unternehmervariante" sei ohne Leistungsverzeichnis oder sonstige Beilagen eingereicht worden. Es sei weder ein zweites Dossier mit sämtlichen Unterlagen und Leistungsverzeichnissen erstellt noch ausgewiesen worden, was diese Unternehmervariante beinhalte. F.____, Leiter der Abteilung Bau und Planung der Stadt B.____, habe bei der Angebotsöffnung den Kommentar abgegeben, abklären zu müssen, was dieses Angebot überhaupt enthalte. Die A.____ GmbH habe ebenfalls eine zusätzliche Unternehmervariante eingereicht. Diese habe sie jedoch mit separatem Dossier und mit allen geforderten Beilagen inkl. Leistungsverzeichnis für eine objektive und aussagekräftige Bewertung eingereicht. Die A.____ GmbH erachte die Unternehmervariante der C.____ AG als unvollständig, weshalb sie aus dem Verfahren hätte ausgeschlossen werden müssen.

Die Stadt B.____ beantragte in ihrer Stellungnahme vom 8. Mai 2017 die Abweisung der Beschwerde unter o/e-Kostenfolge. Sie führte aus, dass die bestrittene Pauschalofferte vollständig sei; unter anderem seien die Leistungen, welche die Pauschalofferte beinhalte, mit der Bezeichnung "Leistungen gemäss Hauptofferte" klar und eindeutig umschrieben. Die beigeladene C.____ AG hat sich nicht vernehmen lassen.

D. Mit präsidialer Verfügung vom 18. Mai 2017 wurde der Fall der Kammer zur Beurteilung im Rahmen einer Urteilsberatung überwiesen.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung**:

1. Gemäss § 30 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (BeG) vom 3. Juni 1999 in Verbindung mit § 31 lit. f BeG sowie § 43 Abs. 2 des Gesetzes über die Verfassungs- und Ver-

waltungsprozessordnung (Verwaltungsprozessordnung, VPO) vom 16. Dezember 1993 kann gegen den Zuschlag innerhalb von 10 Tagen nach Eröffnung des Zuschlags Beschwerde beim Kantonsgericht erhoben werden. Soweit das BeG nichts anderes vorsieht, richtet sich das Verfahren nach der VPO (§ 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 (Urteil des Kantonsgerichts, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht [KGE VV], vom 18. Dezember 2013 [810 12 167] E. 1.2; vgl. auch BGE 140 II 214 E. 2.1; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz 940 ff.).

2.2 Die materielle Beschwer der beim Vergabeverfahren nicht berücksichtigten oder vom Verfahren ausgeschlossenen Anbietenden ist praxismässig dann gegeben, wenn diese bei Gutheissung ihrer Beschwerde eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in dem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (BGE 141 II 14 E. 4; KGE VV vom 27. April 2016 [810 15 252] E. 2.1 ff.; vom 9. März 2016 [810 15 295] E. 2; vom 28. Oktober 2015 [810 15 49/52] E. 2.5; vom 21. Januar 2015 [810 14 314] E. 2).

2.3. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die von der Beigeladenen eingereichte Variante sei nicht vollständig, so dass diese nicht hätte berücksichtigt werden dürfen. Der Offertpreis war das einzige Zuschlagskriterium. Sollte die Unternehmervariante der Beigeladenen infolge Unvollständigkeit unzulässig sein, so hätte die Beschwerdeführerin als einzige weitere Offerentin eine reelle Chance, den Zuschlag zu erhalten oder gerichtliche Anordnungen zu erwirken, welche zur Zuschlagserteilung an sie führen könnten. Ihre Legitimation ist demzufolge gegeben. Die Stadt B._____ hat der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 20. März 2017 eröffnet, dass der Stadtrat an seiner Sitzung vom 13. März 2017 die Arbeiten der Beigeladenen vergeben habe. Die Beschwerdeführerin hat mit Eingabe vom 22. März 2017 den Vergabeentscheid beim Kantonsgericht angefochten. Damit hat sie auch die Rechtsmittelfrist eingehalten. Da auch die übrigen formellen Voraussetzungen nach §§ 43 ff. VPO erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

3. Die Kognition des Kantonsgerichts ist gemäss § 45 Abs. 1 lit. a und b VPO grundsätzlich auf Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung, Unterschreitung oder Missbrauch

des Ermessens sowie unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts beschränkt. Die Unangemessenheit kann nach § 45 Abs. 1 lit. c und § 45 Abs. 2 VPO nur in hier nicht interessierenden Ausnahmefällen überprüft werden.

4.1. Gemäss § 16 Abs. 2 VPO wendet das Gericht das Recht von Amtes wegen an. Der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen bedeutet unter anderem, dass das Gericht nicht an die rechtlichen Begründungen der Begehren der Parteien gebunden ist. Es kann die Beschwerde aus anderen als den von den Beschwerdeführern geltend gemachten Gründen gutheissen (RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 3. Auflage, Basel 2014, Rz 1004).

4.2.1. Die Stadt B._____ erklärt in den Ausschreibungsunterlagen (S. 1 und 3), dass sie für die Vergabe der Baumeisterarbeiten für den Ersatz der Wasserleitungen ein Einladungsverfahren durchführe. Im Stadtratsprotokoll Nr. 2/2017 vom 16. Januar 2017 wird ausgeführt, die Wasserleitung in der D._____ sei diejenige mit den meisten Brüchen in den letzten Jahren, weshalb sie im Frühjahr 2017 ersetzt werden solle. Der Ersatz sei im Investitionsplan 2017 mit Fr. 150'000.-- enthalten. Weiter ist im genannten Stadtratsprotokoll zu lesen, dass für die Baumeisterarbeiten (Summe ca. Fr. 80'000.--) die C._____ AG, B._____, sowie die A._____ GmbH, B._____, eingeladen werden sollen.

4.2.2. Die Wahl des Verfahrens richtet sich nach den in § 7 der Verordnung zum Beschaffungsgesetz (BeV) vom 25. Januar 2000 festgelegten Schwellenwerten (siehe auch § 13 BeG). Nach § 7 Abs. 1 BeV ist das Einladungsverfahren bei Aufträgen im Bauhauptgewerbe (Hoch- und Tiefbau) bis Fr. 500'000.-- und bei Aufträgen im Baunebengewerbe bis Fr. 250'000.-- zulässig. Das freihändige Verfahren ist bei Aufträgen im Bauhauptgewerbe (Hoch- und Tiefbau) bis Fr. 300'000.-- und bei Aufträgen im Baunebengewerbe bis Fr. 150'000.-- zulässig. Nach § 7 Abs. 2 BeV ist das Einladungsverfahren auch im Anwendungsbereich des freihändigen Verfahrens zulässig. § 8 BeV, welches das Einladungsverfahren regelt, statuiert, dass – sofern es genügend geeignete Anbieterinnen und Anbieter gibt – die Mindestzahl der Aufforderungen zur Einreichung von Angeboten im Einladungsverfahren bei einem Auftragswert bis Fr. 100'000 drei Einladungen, bei einem Auftragswert bis Fr. 250'000 fünf Einladungen und bei einem Auftragswert bis Fr. 500'000 (nur im Bauhauptgewerbe möglich) sieben Einladungen beträgt (§ 8 Abs. 1 lit. a und b BeV). In der Regel ist mindestens eine auswärtige Anbieterin oder ein auswärtiger Anbieter zur Angebotsabgabe einzuladen (Abs.2). Die Schwellenwerte verstehen sich immer exklusive Mehrwertsteuer (ABC des Beschaffungswesens im Kanton Basel-Landschaft, Liestal 2006, Ziff. 5.1).

4.2.3. Die eingereichten Offerten sahen einen Offertpreis von Fr. 100'000.-- bis rund Fr. 116'000.-- (jeweils inkl. MWST) vor. Im vorliegenden Fall hätte die Stadt B._____ damit die Baumeisterarbeiten freihändig vergeben dürfen. Sie hat aber freiwillig das höherrangigere Einladungsverfahren gewählt und unbestrittenermassen für die Baumeisterarbeiten lediglich zwei Firmen angeschrieben. Entscheidet sich eine Behörde freiwillig für ein höherstufigeres Verfahren als gesetzlich zwingend vorgesehen, so hat sie sich aus Gründen der Rechtssicherheit jedoch vollumfänglich den Bestimmungen des gewählten Verfahrens zu unterziehen (KGE VV

vom 25. August 2004 [810 04 60] E. 2.a; ABC des Beschaffungswesens im Kanton Basel-Landschaft, a.a.O., Ziff. 5.2.1; vgl. dazu auch PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz 321 f.).

4.2.4. Da die Stadt B.____ – obwohl es für die verlangten Baumeisterarbeiten genügend geeignete Anbieterinnen und Anbieter gibt – nur zwei statt drei bzw. fünf Anbieterinnen und zudem keinen auswärtigen Anbieter eingeladen hat, hat sie elementare Bestimmungen des Einladungsverfahrens verletzt. Die Beschwerde ist demzufolge gutzuheissen und der Zuschlagsentscheid aufzuheben. Da sich die Beschwerdegegnerin vorgängig für das Einladungsverfahren entschieden hat, bleibt sie nun auch nach Aufhebung des Zuschlagsentscheids durch das Gericht bezüglich dieser Baumeisterarbeiten an die Wahl des Einladungsverfahrens gebunden und darf diese Arbeiten nicht freihändig vergeben. Die Stadt B.____ hat somit bezüglich der Baumeisterarbeiten erneut ein Einladungsverfahren durchzuführen unter Beachtung der gesetzlichen Bestimmungen. Dabei hat sie sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beigeladene zur Einreichung von Offerten aufzufordern. Des Weiteren hat sie zu berücksichtigen, dass bei den eingereichten Offerten die Offertsummen ohne MWST zwischen Fr. 92'592.60 und Fr. 107'523.30 liegen. Da die Vergabestelle bei der Schätzung der mutmasslichen Auftragssumme nicht zu knapp kalkulieren darf und sie damit vorliegend von einem Auftragsvolumen von mehr als Fr. 100'000.-- ausgehen musste, hat die Stadt B.____ bei der Wiederholung des Einladungsverfahrens nach § 8 Abs. 1 lit. b BeV wohl fünf Unternehmen zur Einreichung einer Offerte aufzufordern und dabei zu beachten, dass nach § 8 Abs. 2 BeV in der Regel mindestens eines davon ein auswärtiger Anbieter zu sein hat (zur Schätzung der mutmasslichen Auftragssumme siehe GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz 327 ff.). Bei diesem Ausgang des Verfahrens können die weiteren sich in diesem Verfahren stellenden Fragen offen bleiben. Da jedoch das Einladungsverfahren neu durchgeführt werden muss, rechtfertigt es sich, auf zwei weitere Punkte hinzuweisen.

5.1. Wie soeben ausgeführt, hat die Beschwerdegegnerin das Einladungsverfahren unter Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zu wiederholen. Ziff. 5.9 der Ausschreibungsunterlagen erklärt, dass Unternehmervarianten nur zulässig sind, wenn folgende Bedingungen erfüllt sind:

- die angebotenen Leistungen und Produkte sind nachweisbar den Ausgeschriebenen gleichwertig.
- die Variante wird mit vollständigen und prüfbaren Leistungsverzeichnissen und Beilagen eingereicht. (Mengenberechnung, Dimensionierungsangaben, Ausführungsbedingungen des Anbietenden).
- das offizielle Angebote wird zusätzlich vollständig und unverändert, versehen mit allen erforderlichen Beilagen eingereicht.
- eine nachweisbar praktische Erfahrung für die Variante liegt vor.
- die Variante gewährleistet hinsichtlich Nutzung, Sicherheit, Gebrauchstauglichkeit und Nachhaltigkeit ein qualitativ gleichwertiges Bauwerk, wie im Leistungsverzeichnis beschrieben.“

5.2. Die Beigeladene reichte als Variante ein Blatt ein, auf welchem sie festhielt, dass sie die Leistungen gemäss Hauptofferte anbiete zu einem Pauschalpreis von Fr. 92'592.60 zuzüglich Fr. 7'407.40 (MWST), was zu einem Total von netto Fr. 100'000.-- führte. Die Beschwerde-

führerin reichte zwei vollständige Offerten ein. Die als Variante gekennzeichnete Offerte war bezüglich des ausgefüllten Leistungsverzeichnisses identisch mit der Hauptofferte. Sie gewährte auf den Preis gemäss Hauptofferte de facto nochmals einen Rabatt und reduzierte den Preis gemäss Hauptofferte von Fr. 107'827.45 auf Fr. 102'600.-- und offerierte die Arbeiten zum letztgenannten Preis pauschal.

5.3. Den Anbietern steht es grundsätzlich frei, neben einem Angebot, das den Ausschreibungsunterlagen entspricht, eine Variante einzureichen. Dass Varianten zulässig sein müssen, ergibt sich bereits aus dem Gebot des wirtschaftlichen Einsatzes öffentlicher Mittel. Der Vergabebehörde können aufgrund von Varianten bisher nicht erkannte Realisierungsmöglichkeiten bekannt gemacht werden, die kostensparender oder technisch ausgereifter sind als der eigene Amtsvorschlag. So statuiert § 22 Abs. 1 BeV, dass die Eingabe von Varianten zulässig ist, anderslautende Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen jedoch vorbehalten bleiben. Vorliegend wurden Unternehmervarianten in Ziff. 5.9 der Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich für zulässig erklärt.

5.4. Es stellt sich aber die Frage, ob auch ein von den Ausschreibungsunterlagen abweichender Vergütungsmodus, insbesondere ein Pauschalpreis zusätzlich zum Grundangebot, nach Einheitspreisen überhaupt eine Unternehmervariante ist und ob diese zulässig ist. Auf Bundesebene wurde die Frage mit Inkrafttreten von Art. 22a der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) vom 11. Dezember 1995 am 1. Januar 2010 ausdrücklich dahingehend beantwortet, dass unterschiedliche Preisarten nicht als Varianten gelten (Art. 22a Abs. 2 Satz 2 VöB). Im erläuternden Bericht des eidgenössischen Finanzdepartements vom 1. Januar 2010 wurde dazu ausgeführt, eine Variante müsse immer auch eine leistungsbezogene, inhaltliche Abweichung von den Ausschreibungsbedingungen enthalten. Eine andere Preisart stelle daher keine Variante dar, sondern sei als ausschreibungswidriges Angebot zu qualifizieren (erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB] vom 1. Januar 2010, S. 15, publiziert auf www.efd.admin.ch; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz 768; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz 2022). In diese Richtung deutet die Tendenz auch auf kantonaler Ebene (vgl. etwa Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich [VB.2012.00176] vom 5. Oktober 2012 E. 6.1 mit weiteren Hinweisen; MARTIN BEYELER, Anmerkung 2.b zum Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-2675/2012 vom 23. Juli 2012, in: Baurecht [BR] 2013, S. 36, Nr. 12 mit weiteren Hinweisen; DANIELA LUTZ, Varianten – Chance oder schwer kalkulierbares Risiko?, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich 2012, S. 325 ff., Rz 21 und Rz 42).

5.5. So hat z.B. das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich in einem Urteil ausgeführt, es werde insbesondere als problematisch erachtet, dass die Preisbestimmung bei den verschiedenen Preisarten nach ganz anderen Grundsätzen erfolge. Pauschal- und Einheitspreisangebote seien damit nicht oder höchstens bedingt miteinander vergleichbar. Weiche beispielsweise die im Leistungsverzeichnis zu den einzelnen Leistungen angenommene Menge von der für die geschuldete Einheitspreisvergütung massgeblichen tatsächlichen Menge ab, so könne ein höheres Einheitspreisangebot preislich günstiger sein als ein tieferes Pauschalangebot. Umge-

kehrt könne ein höherer Pauschalpreis günstiger sein als ein Angebot mit Einheitspreisen und zusätzlich separat zu entschädigenden Regiearbeiten. Unterschiedliche Vergütungsarten könnten folglich nur zugelassen werden, wenn die notwendigen Rahmenbedingungen festgelegt worden

sind, um die Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten (Verwaltungsgericht des Kantons Zürich [VB.2012.00176] vom 5. Oktober 2012 E. 6.1). Preis-, Vergütungs- und weitere derartige Varianten sollten höchstens dann zugelassen sein, wenn die Vergabestelle dies transparent angekündigt habe (MARTIN BEYELER, Anmerkung 2.b zum Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-2675/2012 vom 23. Juli 2012, a.a.O.).

5.6. Daniela Lutz führt in ihrem Artikel "Varianten - Chance oder schwer kalkulierbares Risiko?" aus, dass eine Vergütungsart, welche von den Bedingungen der Ausschreibung abweiche, gemäss einigen kantonalen Entscheiden nicht eine Variante, sondern ein ausschreibungswidriges Angebot darstelle. Sie führt weiter aus, dass vom Gesetzgeber eindeutig geregelt werden sollte, ob es sich (begrifflich) bei unterschiedlichen Preisarten um Varianten handle oder nicht. Es müsse Vergabestellen aber in jedem Fall zugestanden bleiben, unterschiedliche Preismodelle bewusst zuzulassen oder sogar anzuregen (einfach nicht unter dem Titel "Variante"). Aber bereits unter geltendem Recht sei den Ausschreibenden zu raten, in den Ausschreibungsunterlagen klare Regeln zu definieren. Dies gelte für die Zulässigkeit oder das Verbot von alternativen Preismodellen (Einheitspreise, Pauschalen, Kostendächer; separat oder nur in Kombination mit Projekt- oder Ausführungsvarianten) ebenso wie für weitere finanzielle Rahmenbedingungen wie Zahlungspläne, Skonti o.ä. Vergabestellen hätten sich deshalb zusammen mit ihren Planern im Vorfeld ein sorgfältiges Bild über (sinnvolle) Preismodelle, besondere Fähigkeiten und Möglichkeiten der Anbieter in Finanzierungsthemen (etwa bei funktionalen Ausschreibungen mit Steuerungsmöglichkeiten des Liquiditätsflusses) zu verschaffen und sich früh Gedanken über die Vergleichbarkeit und die Bewertung zu machen. Entsprechende Preisbewertungsmodelle seien anspruchsvoll (DANIELA LUTZ, Varianten – Chance oder schwer kalkulierbares Risiko?, a.a.O., S. 325 ff., Rz. 21 und N. 42).

In einem weiteren Artikel hält Daniela Lutz fest, dass Unternehmer als Variante zum Amtsvorschlag mit Einheitspreisen häufig eine Pauschale offerieren würden, die gegenüber dem aufgrund des Leistungsverzeichnisses ermittelten Gesamtwerkpreis in aller Regel einen substantiellen Minderpreis enthalte. Sofern die Vergabestelle alternative Vergütungsvarianten in den Bedingungen zur Ausschreibung nicht ausdrücklich zulasse, würden diese nach Bundesrecht sowie nach der überwiegenden Praxis der Kantone nicht als Unternehmervarianten gelten, sondern seien ausschreibungswidrig. Häufig würden indes Pauschalen effektiv den Interessen beider Parteien dienen – das aufwändige Ausmessen könne unterbleiben und es bestehe im Grundsatz Preissicherheit. Abgesehen von den Schwierigkeiten der Vergleichbarkeit entsprechender Angebote in der Offertauswertung komme es allerdings nicht selten vor, dass eine Vergabestelle in diesem Fall keinen "angemessenen Preis" mehr bezahle, denn nämlich, wenn die Spekulation eines Anbieters aufgehe, der erkannt habe, dass das Leistungsverzeichnis grosse Ausmassreserven enthalten habe, die der Bauherr bei Vergütung nach Ausmass nicht hätte zahlen müssen (DANIELA LUTZ, Angebotspreis: Kalkulationsfreiheit und die Schranken, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht, Zürich 2014, S. 281 ff., Rz. 22).

5.7. Vorliegend wurden Varianten gemäss Ziff. 5.9 der Ausschreibungsunterlagen zugelassen. Die Beschreibung der Bedingungen, welche die Varianten einzuhalten hatten, zeigt klar, dass damit inhaltliche Abweichungen von den Ausschreibungsbedingungen gemeint waren und nicht unterschiedliche Preisarten. Der Kanton Basel-Landschaft kennt keine gesetzliche Regelung, welche besagt, dass unterschiedliche Preisarten nicht als Varianten gelten würden. Das Kantonsgericht schliesst sich jedoch der Rechtsprechung der Mehrheit der kantonalen Gerichte an, dass unterschiedliche Preisvarianten grundsätzlich unzulässig sind, sofern die Vergabestelle dies nicht ausdrücklich zulässt und die notwendigen Rahmenbedingungen festgelegt worden sind, um die Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten. Diese Bedingungen sind wohl in der vorliegenden Ausschreibung nicht gewährleistet. Die Beschwerdegegnerin wird dies bei der allfälligen Neuformulierung der Ausschreibungsunterlagen bzw. bei der Bewertung der alsdann neu eingegangenen Offerten zu berücksichtigen haben.

5.8 Da der Zuschlag an die Beigeladene bereits aufgrund der Verletzung der Bestimmungen über das Einladungsverfahren aufgehoben werden muss, kann auch die Frage, ob und inwieweit die Beigeladene – dadurch dass sie bei ihrer “Variante“ lediglich ein Blatt eingereicht hat mit dem Hinweis, die Leistungen würden gemäss Hauptofferte erbracht – Ziff. 5.9 der Ausschreibungsunterlagen verletzt und damit eine unvollständige Offerte eingereicht hat, offen bleiben.

6. Die Stadt B._____ wird bei der erneuten Durchführung des Einladungsverfahrens auch überprüfen müssen, ob im vorliegenden Fall der Preis als einziges Zuschlagskriterium zulässig ist. Gemäss § 20 BeV, welcher den Titel “Zuschlagskriterien“ trägt, ist das wirtschaftlich günstigste Angebot jenes mit dem besten Preis-/Leistungs-Verhältnis (Abs. 1). Die Zuschlagskriterien sind für jedes Beschaffungsobjekt aus fachlicher, ökologischer und ökonomischer Sicht festzulegen (Abs. 2). Der Zuschlag für weitgehend standardisierte Güter kann auch ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen (Abs.3). Dabei kommt dem Terminus “Güter“ keine prägende Bedeutung zu. Es geht nicht nur um Lieferaufträge, vielmehr können auch Bau- und Dienstleistungsaufträge unter die genannte Bestimmung fallen. Ob eine reine Preisvergabe zulässig ist, bestimmt sich vielmehr danach, ob im Einzelfall tatsächlich weitgehend standardisierte Leistungen beschafft werden. Die Zulässigkeit der reinen Preisvergabe sollte auf die Fälle beschränkt werden, in denen die Leistungen so weit spezifiziert werden können, dass relevante Qualitätsunterschiede zwischen den einzelnen Offerten ausgeschlossen sind. Nur in diesem Fall ist es gerechtfertigt, den Gesetzesbegriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots ausschliesslich durch den Preis auszufüllen. Wenn aber relevante Qualitätsunterschiede nicht ausgeschlossen sind, werden der Wirtschaftlichkeits- und der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt, soweit diese Unterschiede in der Angebotsbewertung keine Rolle spielen (siehe dazu MARTIN BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, Bund, Kantone, Europäischer Gerichtshof, Zürich 2016, S. 56 f., Rz 123).

7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Vergabeentscheid der Stadt B._____ vom 13. März 2017, welcher der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 20. März 2017 mitgeteilt wurde, aufzuheben ist und die Sache zur Durchführung eines gesetzeskonformen Einladungs-

verfahrens an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen ist. Die Stadt B.____ hat für die Baumeisterarbeiten "Ersatz Wasserleitung D.____" erneut ein Einladungsverfahren durchzuführen und unter anderem die Beschwerdeführerin und die Beigeladene zur Einreichung einer Offerte aufzufordern.

8.1. Es bleibt noch über die Kosten zu entscheiden. Gestützt auf § 20 Abs. 1 VPO in Verbindung mit § 20 Abs. 3 VPO werden die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt; wobei gemäss § 20 Abs. 3 und 4 VPO den kantonalen Behörden gemäss Verwaltungsverfahrensgesetz Basel-Landschaft und den Gemeinden nur Verfahrenskosten auferlegt werden, wenn sie das Kantonsgericht in Anspruch nehmen. Da die Beschwerdegegnerin das Kantonsgericht nicht in Anspruch genommen hat und sich die Beigeladene nicht am Beschwerdeverfahren beteiligt hat, werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Beschwerdeführerin ist somit der bezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'400.-- zurückzuerstatten.

8.2. Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei kann für den Beizug eines Anwalts bzw. einer Anwältin eine angemessene Parteientschädigung zu Lasten der Gegenpartei zugesprochen werden (§ 21 Abs. 1 VPO). Die Beschwerdeführerin war nicht anwaltlich vertreten, die Parteikosten sind demzufolge wettzuschlagen.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

- ://:
1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Zuschlagsentscheid der Stadt B.____ vom 13. März 2017 aufgehoben und die Sache zur Wiederholung des Einladungsverfahrens im Sinne der Erwägungen an die Stadt B.____ zurückgewiesen.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
Der bezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'400.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.
 3. Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

Vizepräsident

Gerichtsschreiberin