



**Geschäftsnummer:** VD.2019.105 (AG.2020.4)  
**Instanz:** Appellationsgericht  
**Entscheiddatum:** 16.12.2019  
**Erstpublikationsdatum:** 13.03.2020  
**Aktualisierungsdatum:** 13.03.2020

**Titel:** Ausschreibung "Dienstleistung  
Bodenmopp" (Miete und Aufbereitung)



Appellationsgericht  
des Kantons Basel-Stadt  

---

als Verwaltungsgericht  
Dreiergericht

VD.2019.105

## URTEIL

vom 16. Dezember 2019

Mitwirkende

Dr. Stephan Wullschleger, Dr. Claudius Gelzer  
lic. iur. Barbara Schneider und Gerichtsschreiberin Dr. Michèle Guth

---

Beteiligte

**A**\_\_\_\_  
Rekurrentin  
[...]  
vertreten durch [...], Rechtsanwalt,  
[...]

gegen

**Universitätsspital Basel**  
Rechtsdienst  
Klingelbergstrasse 23, 4031 Basel

Rekursgegnerin

Gegenstand

**Rekurs** gegen eine Ausschreibung des Universitätsspitals  
vom 1. Juni 2019

betreffend "Dienstleistung Bodenmopp (Miete und Aufbereitung)"

## Sachverhalt

Das Universitätsspital Basel (USB) hat mit Publikation vom 1. Juni 2019 sowohl im Kantonsblatt Basel-Stadt als auch auf der Webseite [www.simap.ch](http://www.simap.ch) einen Auftrag betreffend Dienstleistung Bodenmopp (Miete und Aufbereitung) für den Typ "B\_\_\_\_" ausgeschrieben. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen sollen Anbieter dazu bereit sein, die heute dem Universitätsspital Basel zur Verfügung stehenden Bodenmopps zu einem angegebenen Restwert zu übernehmen.

Dagegen erhob die A\_\_\_\_ (Rekurrentin) am 11. Juni 2019 Rekurs beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, die Ausschreibung des Universitätsspitals Basel sei aufzuheben und die Vergabestelle sei anzuweisen, das Verfahren neu auszuschreiben; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. In prozessualer Hinsicht beantragt sie die Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Mit Verfügung vom 12. Juni 2019 erteilte der Verfahrensleiter dem Rekurs insofern aufschiebende Wirkung, als dass er dem Universitätsspital untersagte, nach Eingang der Offerten die Offertöffnung vorzunehmen. Das Universitätsspital wurde dazu verpflichtet, die Anbietenden nach Eingang der Angebote darüber zu informieren, dass gegen die Ausschreibung Rekurs erhoben worden ist. Das Universitätsspital Basel (Rekursgegnerin) beantragt mit Rekursantwort vom 16. August 2019, auf den Rekurs sei nicht einzutreten, eventualiter sei der Rekurs abzuweisen. Subventualiter sei die Rekursgegnerin anzuweisen, die Ausschreibung dergestalt zu modifizieren, dass die Anbieter neben dem Referenzmopp "B\_\_\_\_" auch qualitativ gleichwertige Produkte verwenden dürfen. Mit Replik vom 21. Oktober 2019 hielt die Rekurrentin an ihren Begehren fest. Auf Gesuch der Rekursgegnerin hin erlaubte ihr der Verfahrensleiter mit Verfügung vom 22. Oktober 2019, die vorliegend strittige ausgeschriebene Leistung mit einer kurzfristig kündbaren Vereinbarung bis zu einem maximalen Beschaffungswert von CHF 250'000.– freihändig zu vergeben.

Die Einzelheiten der Parteistandpunkte ergeben sich, soweit sie für den Entscheid von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen. Das vorliegende Urteil ist auf dem Zirkulationsweg ergangen.

## Erwägungen

### 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).

### 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 rekurrende 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 Kleitrücken. 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 blossе 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 Rekurerhebung legitimiert.

Folglich ist auf den Rekurs nicht einzutreten.

## 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]).

### **Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht (Dreiergericht):**

://: Auf den Rekurs wird nicht eingetreten.

Die Rekurrentin trägt die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens mit einer Gebühr von CHF 500.– (inkl. Auslagen). Die Gerichtskosten werden mit dem Kostenvorschuss der Rekurrentin in Höhe von CHF 4'000.– verrechnet. Die Gerichtskasse hat der Rekurrentin CHF 3'500.– zurückzuerstatten.

Mitteilung an:

- Rekurrentin
- Rekursgegnerin

APPELLATIONSGERICHT BASEL-STADT

Die Gerichtsschreiberin

Dr. Michèle Guth

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung **Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten** erhoben werden. Die Beschwerdeschrift ist fristgerecht dem Bundesgericht (1000 Lausanne 14) einzureichen. Für die Anforderungen an deren Inhalt wird auf Art. 42 BGG verwiesen. Über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet das Bundesgericht.

Ob an Stelle der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein anderes Rechtsmittel in Frage kommt (z.B. die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 113 BGG), ergibt sich aus den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen. Wird sowohl Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als auch Verfassungsbeschwerde erhoben, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen.