

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2020.246 vom 1. Dezember 2021

BS Appellationsgericht, 2021-12-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2020.246

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2020.246 du 1 décembre 2021

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2020.246 del 1 dicembre 2021

Erwägungen

E. 1

1.1 Gemäss § 31 lit. f i.V.m. § 30 Abs. 1 des Beschaffungsgesetzes (BeschG, SG 914.100) kann in einem öffentlichen Vergabeverfahren gegen den Zuschlag Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Zuständig für die Beurteilung des Rekurses ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG]).

1.4 Das vorliegende Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem VRPG, soweit das BeschG keine anderen Vorschriften enthält. Nach § 8 VRPG ist zu prüfen, ob die Vergabebehörde den Sachverhalt nicht richtig festgestellt, das öffentliche Recht unrichtig angewendet, von ihrem Ermessen unzulässigen Gebrauch gemacht oder gegen allgemeine Rechtsgrundsätze oder verfassungsmässige Garantien verstossen hat. Eine Überprüfung des angefochtenen Entscheids auf seine blosser Angemessenheit hin findet demgegenüber nicht statt (Art. 16 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB, SG 914.500]; vgl. statt vieler VGE VD.2019.68 vom 11. November 2019 E. 1.3).

1.5 Die Rekurrentin hat innert der ihr gesetzten Frist keinen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gestellt und damit implizit auf eine solche verzichtet. Das vorliegende Urteil kann daher, obschon ein Anwendungsfall von Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) vorliegt, auf dem Zirkulationsweg gefällt werden (§ 25 Abs. 2 VRPG; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Auflage 2016, § 24 N 105; VGE VD.2016.251 vom 3. April 2017 E. 1.3).

E. 2.1

2.1.1 Die Rekurrentin macht geltend, dass die Zuschlagsverfügung ungenügend begründet worden sei, weshalb der Zuschlag aufzuheben sei. So gehe aus der erweiterten Begründung der Zuschlagsverfügung nicht hervor, ob die Anbieterin C ____ vom Verfahren ausgeschlossen worden sei. Zudem würde in der Begründung lediglich ausgeführt, dass die Beigeladene die Anforderungen der Ausschreibung erfüllen würde, ohne auf die einzelnen ATB einzugehen.

2.1.2 Entgegen der Darstellung der Rekurrentin genügt die angefochtene erweiterte Begründung des Zuschlagsentscheids den sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergebenden Voraussetzungen an die Begründung. Aus dem in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich, dass eine Zuschlagsverfügung, wie andere Verfügungen auch, rechtsgenügend begründet werden muss, damit sie sachgerecht angefochten werden kann (BGer 2C_277/2013 vom 7.

Mai 2013 E. 1.5, 2C_890/2008 vom 22. April 2009 E. 5.3.1). Wie in anderen Rechtsgebieten auch, muss diese Begründung nicht alle, sondern nur die wesentlichen Gründe für den Entscheid enthalten (BGer 2C_277/2013 vom 7. Mai 2013 E. 1.5 mit Hinweis auf BGE 137 II 266 E. 3.2 S. 270; VGE VD.2020.168 vom 12. Juli 2021 E. 2.3, VD.2014.50 vom 6. August 2014 E. 2.2.2, VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 2.4). Die genannten verfassungsrechtlichen Begründungsanforderungen werden in § 27 Abs. 2 BeschG weiter konkretisiert. Gemäss dieser Bestimmung ist mit dem weiteren Entscheid neben der Art des Vergabeverfahrens (lit. a), dem Zuschlagsempfänger (lit. b) und dem Preis der Auftragsvergabe (lit. c) zu eröffnen, aus welchen wesentlichen Gründen das Angebot des gesuchstellenden Beteiligten nicht berücksichtigt wurde (lit. d) und worin die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebotes liegen (lit. e). Die Vergabestelle hat in der Begründung der Verfügung ausgeführt, dass die Beigeladene zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe alle ATB erfüllt habe und aufgrund des preisgünstigsten Angebots den Zuschlag erhalten habe. Die in § 27 Abs. 2 BeschG statuierten Vorschriften zum Inhalt der weiteren Begründung des Zuschlagsentscheids wurden somit erfüllt und der Rekurrentin eine sachgerechte Anfechtung des Entscheids ermöglicht. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin kann von der Vergabestelle nicht gefordert werden, dass sie in der weiteren Begründung des Zuschlags bereits Detailausführungen dazu macht, weshalb die Zuschlagsempfängerin oder allenfalls andere Anbieterinnen nicht vom Verfahren ausgeschlossen wurden. Solche Fragen sind vielmehr auf entsprechende Rügen hin in verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren zu klären, wie dies auch hier der Fall ist. Das rechtliche Gehör der Rekurrentin wurde somit nicht verletzt.

E. 2.2

2.2.1 Die Rekurrentin macht geltend, dass die Beigeladene im Unterschied zu den anderen Anbietenden nicht mit einem umfangreichen Dossier zur Angebotseinreichung gekommen sei, sondern lediglich ein dünnes Mäppchen vorgelegt habe. Es liege daher die Vermutung nahe, dass die Vergabestelle die Beigeladene bei der nachträglichen Beibringung von Nachweisen und Unterlagen unterstützt und beraten habe, was vor dem Hintergrund der vergaberechtlichen Grundprinzipien der Transparenz und der Gleichbehandlung höchst problematisch wäre und letztlich eine Vorbefassung der Vergabestelle bedeuten würde. Weiter macht die Rekurrentin geltend, dass die Beigeladene vom Verfahren hätte ausgeschlossen werden müssen, da sie die ATB in mehreren Punkten nicht erfüllt resp. die Erfüllung nicht rechtzeitig nachgewiesen habe. Die Vergabestelle hätte entsprechende Abklärungen vornehmen und die Beigeladene vom Verfahren ausschliessen müssen.

Das BVD macht demgegenüber geltend, dass es nach der Angebotseinreichung nähere Abklärungen zu dem preislich günstigsten Angebot vorgenommen habe. In einer Besprechung mit der Beigeladenen vom 28. September 2020 seien diese offenen Fragen geklärt worden.

2.2.2 Der sich in den Akten befindlichen Besprechungsnotiz vom 28. September 2020 (Separatantwortbeilage 2) ist zu entnehmen, dass von der Vergabestelle Fragen zur Leistungsfähigkeit der Beigeladenen, zur Rechtsform der Beigeladenen und zu den eingereichten Betreibungsregisterauszügen von Gesellschaftern der Beigeladenen gestellt wurden. Es wurde festgehalten, dass juristische Abklärungen erforderlich seien zur wirtschaftlichen Situation von Gesellschaftern der Beigeladenen und zu einer möglichen Änderung der Rechtsform der Beigeladenen. Im Anwendungsbereich des IVöB sind Verhandlungen über Preise, Preisnachlässe und Änderungen des Leistungsinhalts nicht

zulässig; die bloss technische Bereinigung der Angebote, die keine solchen Elemente enthält, aber schon. Bei der Prüfung der Offerten können von den Anbietern und Anbieterinnen weitere Erläuterungen bezüglich ihrer Eignung und ihrer Angebote verlangt werden (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2013, Rz. 711 ff.; Leitfaden der KBOB zur Beschaffung von Werkleistungen, Stand September 2010, S. 31, VGE VD.2014.50 vom 6. August 2014 E. 3.2.4). § 25 BeschG sieht explizit vor, dass zur Klärung des Offertinhaltes Rückfragen zulässig sind. Es ist nicht per se unzulässig, mit einem Anbietenden bilateral in Kontakt zu treten, etwa für Rückfragen, solange keine verbotenen Preisverhandlungen getätigt werden (VGE VD.2019.104 vom 16. Dezember 2019 E. 2.5.4). Aus der Besprechungsnotiz vom 28. September 2020 geht hervor, dass die Vergabestelle mit der Beigeladenen in zulässiger Weise Rückfragen in Bezug auf die Leistungsfähigkeit, die Rechtsformen der Beigeladenen und die wirtschaftliche Situation von Gesellschaftern der Beigeladenen erörtert hat. Dass aufgrund der offenen Fragen insbesondere zur Rechtsform der Beigeladenen Abklärungsbedarf der Vergabestelle bestand, wird selbst von der Rekurrentin bejaht. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Vergabebehörde unzulässige Preisverhandlungen geführt oder die Beigeladene bevorzugt hätte, so dass sie das Submissionsverfahren nicht unabhängig und unvoreingenommen durchführen könnte. Ob die Zuschlagserteilung aufgrund der vorgenommenen Abklärungen zu Recht an die Beigeladene erfolgt ist, ist nachfolgend unter dem Materiellen zu behandeln.

E. 3.1

3.1.1 Dem Offertöffnungsprotokoll (Rekursbeilage 3) ist zu entnehmen, dass die Beigeladene ihre Offerte am 31. August 2020 unter der Bezeichnung «B____» eingereicht hatte. Dies entspricht denn auch den Unternehmensangaben der Beigeladenen in der Offerte. Die Beigeladene führt in ihrer Vernehmlassung vom 19. Januar 2021 aus, dass sie als Kollektivgesellschaft laut Handelsregistereintrag am 1. Juni 2019 zustande gekommen sei. Der Eintrag sei am 1. Oktober 2020 erfolgt. Es ist damit unbestritten, dass die Beigeladene im Zeitpunkt der Einreichung der Offerte noch nicht als Kollektivgesellschaft im Handelsregister eingetragen gewesen ist. Bezüglich der Rechtsform der Beigeladenen im Zeitpunkt der Offerteinreichung resp. im Zeitraum davor enthalten die Vorakten unterschiedliche Dokumente. Bei den Unternehmensangaben in der Offerte wird von einem Einzelunternehmen gesprochen. Im Begleitschreiben zur Offerte wird ausgeführt, dass sich die beiden «Teilhaber» der Beigeladenen nach fast 20 Jahren Arbeitserfahrung im Bestattungswesen dazu entschlossen hätten, die Beigeladene zu gründen. Sie seien eine «zweiköpfige Einzelfirma» und würden seit dem 1. Juni 2019 existieren. In der Besprechungsnotiz vom 28. September 2020 wird die Beigeladene dagegen als einfache Gesellschaft bezeichnet. Dieselbe Bezeichnung der Rechtsform der Beigeladenen ist auch der Bestätigung einer Treuhandfirma zur Einhaltung der Bestimmungen des BeschG zu entnehmen. Dazu wird weiter ausgeführt, dass die Aufträge im Moment ausschliesslich durch die beiden «Teilhaber der einfachen Gesellschaft» ausgeführt würden. Den Angaben der Beigeladenen in der Offerte resp. in den eingereichten Unterlagen ist somit zu entnehmen, dass die beiden «Teilhaber» der Beigeladenen diese als Personengesellschaft im Juni 2019 gegründet haben. Aus dieser Zeit stammt denn auch die Anmeldung der Beigeladenen bei der Ausgleichskasse. Zudem wird in der von der Beigeladenen eingereichten Versicherungspolice auf eine frühere Police mit Vertragsbeginn vom 2. Juli 2019 verwiesen. Die Beigeladene macht geltend, dass sie seit den 1. Juni 2019 als Kollektivgesellschaft existiere, auch wenn der Eintrag erst am 1. Oktober 2020 erfolgt sei.

Aus den Akten geht zumindest klar hervor, dass sich die beiden «Teilhaber» der Beigeladenen im Juni 2019 zu einer Personengesellschaft zusammengeschlossen haben.

Die Rekurrentin macht geltend, dass die Beigeladene im Zeitpunkt der Einreichung der Offerte noch gar nicht als juristische Person existiert habe. Die Beigeladene sei erst nach der Angebotseinreichung und dem Ablauf der Einreichungsfrist mit SHAB-Publikation vom 6. Oktober 2020 im Handelsregister eingetragen worden. Die Tagebucheintragung sei am 1. Oktober 2020 erfolgt. Im Zeitpunkt der Angebotseinreichung und dem Ablauf der Einreichungsfrist sei die Zuschlagsempfängerin also noch nicht registriert gewesen sei. Als Geschäftsbeginn ist im Handelsregister der 1. Juni 2019 verzeichnet. Gemäss Art. 552 Abs. 2 (OR, SR 220) seien die Gesellschafter verpflichtet, die Gesellschaft in das Handelsregister einzutragen, wobei der Handelsregistereintrag konstitutive Wirkung habe, sofern kein kaufmännisches Gewerbe betrieben werde. Werde ein kaufmännisches Gewerbe betrieben, sei die Wirkung des Eintrags zwar deklaratorisch; unabhängig davon bestehe aber die Verpflichtung zur Eintragung, welche vorliegend erst im nach Einreichung des Angebots und nach Ablauf der Einreichungsfrist wahrgenommen worden sei, obwohl die Zuschlagsempfängerin ihr Geschäft (angeblich) bereits seit Juni 2019 betreibe. Das würde aber ohnehin nicht zutreffen, weil sich das Domizil der Zuschlagsempfängerin an der privaten Wohnadresse eines Kollektivgesellschafters befinde; Geschäftsräumlichkeiten gebe es dort nach Kenntnis der Rekurrentin jedoch nicht. Ob die Vergabestelle nähere Abklärungen zur rechtlichen Existenz der Zuschlagsempfängerin (welche zumindest den Anschein ihrer Existenz erweckt und somit allenfalls falsche Angaben gemacht habe) resp. zu deren Angaben eingeholt habe, sei nicht bekannt. Jedoch seien solche Abklärungen zwingend vorzunehmen und die Zuschlagsempfängerin sei auszuschliessen, falls sich entsprechende Falschangaben bzw. deren rechtliche Nichtexistenz im Zeitpunkt der Offerteingabe bestätigen sollten.

3.1.2 Das BVD weist in seiner Rekursantwort zu Recht darauf hin, dass in der Ausschreibung keine bestimmten Anforderungen an die Rechtsform der Anbietenden gestellt wurden. Als Vertragspartner wurden sowohl Einzelunternehmen als auch Bietergemeinschaften zugelassen. Da die Beigeladene gemäss den Angaben in der Offerte von zwei Personen gegründet wurde und gehalten wird, kann zweifellos nicht von einer Einzelunternehmung gesprochen werden. Als Gesellschaftsform kommen aufgrund der vorgenannten Angaben lediglich die Kollektivgesellschaft gemäss Art. 552 ff. OR oder die einfache Gesellschaft gemäss Art. 530 ff. OR in Frage, wobei letztere gemäss Art. 530 Abs. 2 OR vorliegt, wenn nicht die Voraussetzungen einer anderen durch das Gesetz geordneten Gesellschaft zutreffen. Es ist daher zu prüfen, ob es für die Zulässigkeit der Offerte der Beigeladenen rechtserheblich ist, dass es sich bei ihr im Zeitpunkt der Einreichung der Offerte um eine einfache Gesellschaft gehandelt hat oder um eine Kollektivgesellschaft. Die Rekurrentin weist zwar zu Recht darauf hin, dass eine einfache Gesellschaft wegen der bloss vertraglichen Verbindung der Gesellschafterinnen über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt. Dies äussert sich darin, dass die einfache Gesellschaft gegen aussen zwar meistens als Einheit auftritt, jedoch die subjektiven Rechte und Pflichten im Rechtsverkehr mehreren Personen, den Gesellschafterinnen, gemeinsam zustehen. Auch die Kollektivgesellschaft, ein Sonderfall der einfachen Gesellschaft (Druey/Druey Just/Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Auflage, Zürich 2021, § 5 N 9), besitzt keine eigene Rechtspersönlichkeit, ist also keine juristische Person. Sie kann aber im Geschäftsverkehr unter ihrem eigenen Namen auftreten und Rechte erwerben,

Verbindlichkeiten eingehen oder in Prozessen als Partei auftreten, Betreibungen einleiten und selbst betrieben werden. Die kaufmännische Kollektivgesellschaft besteht ab dem Zeitpunkt des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages. Die Gesellschafter sind anschliessend verpflichtet, das Unternehmen in das Handelsregister eintragen zu lassen (Art. 552 Abs. 2 OR). Diese Eintragung hat in diesem Fall lediglich deklaratorische Bedeutung. Im Gegensatz dazu entsteht eine nichtkaufmännische Gesellschaft als Kollektivgesellschaft erst, sobald sie in das Handelsregister eingetragen wird (Art. 553 OR). Die Handelsregistereintragung ist in diesem Fall Voraussetzung für die Entstehung der Kollektivgesellschaft und hat damit konstitutive Wirkung. Ob die «Teilhaber» der Beigeladenen diese im Juni 2019 bereits mit der Absicht gegründet haben, ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe zu betreiben, lässt sich aufgrund der Vorakten nicht vollständig klären. Im Begleitschreiben zur Offerte vom 28. August 2020 haben die Teilhaber der Beigeladenen ausgeführt, dass sie sich dazu entschlossen hätten, sich als B___ selbstständig zu machen. Sie seien eine «zweiköpfige Einzelfirma» und würden seit dem 1. Juni 2019 existieren. Auch in der Bestätigung einer Treuhandfirma vom 28. August 2020 wird noch ausgeführt, dass die Aufträge bei der Beigeladenen durch die beiden Teilhaber der einfachen Gesellschaft ausgeführt würden. Es ist daher nicht auszuschliessen, dass die «Teilhaber» der Beigeladenen erst im Zeitraum der Einreichung der hier strittigen Offerte die feste Absicht entwickelten, ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe zu betreiben, auch wenn im Handelsregister zur Beigeladenen als Anfangsdatum («Anfang am») der 1. Juni 2019 aufgeführt wird. Einerseits ist zu beachten, dass nach einer in der Lehre vertretenen Auffassung eine Kollektivgesellschaft, die ein kaufmännisches Gewerbe betreibt, unabhängig vom Umsatz eintragungspflichtig ist, da die zuvor in der Handelsregisterverordnung (HRegV, SR 221.411) enthaltene Norm betreffend Mindestumsatz (Art. 54 aHRegV) im Rahmen der Gesamtrevision der Handelsregisterverordnung entfallen ist (vgl. Gwelessaiani, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 2. Auflage, Zürich 2012, Art. 40 HRegV N 153; a. A. Baudenbacher, in: Basler Kommentar, 5. Auflage, 2019, Art. 552 OR N 35 und art. 553 OR N 1). Andererseits ist zu beachten, dass die Kollektivgesellschaft von Gesetzes wegen entsteht, wenn die Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft beschliessen, ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe zu betreiben, selbst wenn die Gesellschafter sich dessen gar nicht bewusst sind (vgl. Handschin/Chou, in: Zürcher Kommentar,

E. 3.2

3.2.1 Die Rekurrentin macht geltend, dass weder die Beigeladene selbst noch deren Gesellschafter über eine Bewilligung gemäss § 29a Abs. 1 Bestattungsgesetz (BestG, SG 390.100) verfügen würden. Aus diesem Grund sei der Zuschlag aufzuheben. Die Bewilligungspflicht gemäss § 29a Abs. 1 BestG würde nicht nur für in Basel-Stadt domizilierte Bestattungsunternehmen gelten, sondern auch für ausserkantonale Anbietende, die im Kantonsgebiet Bestattungen vornehmen wollten. Eine Person betreibe auf Kantonsgebiet ein Bestattungsunternehmen, wenn es dort Bestattungen durchführe. Dies gelte umso mehr dann, wenn es sich ■ wie aufgrund der vorliegenden Ausschreibungen in den Losen 1-4 ■ wohl um weitgehend sämtliche Bestattungen handle, die von der öffentlichen Hand im Kanton in Auftrag gegeben würden. Selbst wenn man annehme, dass sich die Bewilligungspflicht von § 29a Abs. 1 BestG nicht auf ausserkantonale ansässige Unternehmen erstrecke, so müssten diese zumindest die Voraussetzungen von § 29a Abs. 2 BestG erfüllen. Entgegen dieser Vorschrift seien aber weder die Beigeladene noch ihre beiden Gesellschafter oder sonst bei ihr tätige Personen im Besitz des Fachausweises der

vom BIGA anerkannten Ausbildung mit abschliessender Berufsprüfung für Bestatterinnen und Bestatter. Zudem würden die Gesellschafter der Beigeladenen nicht über einen guten Leumund verfügen, wie er von § 29 Abs. 2 BestG gefordert werde. Dies insbesondere deshalb, weil gegenüber beiden mehrere Verlustscheine offen seien.

3.2.2 Den Einwänden der Rekurrentin kann nicht gefolgt werden. Gemäss § 11 Abs. 1 BestG bedarf einer Bewilligung der zuständigen Behörde, wer im Kanton Basel-Stadt ein Bestattungsunternehmen betreibt. Die Bestimmung entspricht derjenigen von § 29a aBestG vom 9. Juli 1931 vor der Totalrevision dieses Gesetzes. Im BestG selbst wird nicht definiert, unter welchen Voraussetzungen vom Betrieb eines Bestattungsunternehmens im Kanton Basel-Stadt auszugehen ist. Zu den Bestattungshandlungen (bei der unentgeltlichen Bestattung) gehören gemäss dem Gesetz unter anderem die Einsargung, die Überführung der verstorbenen Person von einem Ort innerhalb des Kantonsgebiets auf einen Friedhof im Kanton Basel-Stadt, die Aufbahrung der verstorbenen Person in einem einfachen Aufbahrungsraum, bei Erdbestattungen die Überführung der verstorbenen Person vom Friedhofgebäude zum Grab und deren Beisetzung und bei Feuerbestattungen die Einäscherung der verstorbenen Person, die Überführung der Urne vom Krematorium zum Grab und die Beisetzung der Urne. Das BVD und die Beigeladene weisen zu Recht darauf hin, dass bei der Frage, für welche Unternehmen die Bewilligungspflicht gemäss dem BestG zur Anwendung kommt, das Binnenmarktgesetz (BGBM, SR 943.02) zu berücksichtigen ist. Das BGBM strebt die Schaffung eines Binnenmarktes Schweiz an, auf welchem sich die Wirtschaftsteilnehmer möglichst frei von kantonalen und kommunalen Marktzugangsschranken entfalten können. Das BGBM enthält auch Mindeststandards für kantonale und kommunale öffentliche Beschaffungen. Diese Mindeststandards umfassen unter anderem ein Diskriminierungsverbot (Jahresbericht 2020 der Wettbewerbskommission, RPW 2021/1, S. 1 ff., 11). Das BGBM gewährleistet, dass natürliche und juristische Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM, vgl. Urteil der Wettbewerbskommission vom 27. Februar 2012 in: RPW 2012/2, S. 438 ff., 440). In Konkretisierung von Art. 1 Abs. 1 BGBM statuiert Art. 2 BGBM für die Wirtschaftstätigkeit über Binnengrenzen hinaus das Herkunftsprinzip. Gemäss Art. 2 Abs. 1 BGBM hat jede Person das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist. Massgebend sind dabei die Vorschriften des Kantons oder der Gemeinde der Niederlassung der Anbieterin oder des Anbieters (Art. 2 Abs. 3 BGBM). Das Recht auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften gilt nicht absolut. Die Behörde des «Bestimmungsorts» kann den Marktzugang für ortsfremde Anbietende mittels Auflagen oder Bedingungen einschränken, sofern die Vorschriften des Herkunftsorts in einem konkreten Fall einen wesentlich tieferen Schutz der öffentlichen Interessen vorsehen als die Vorschriften des Bestimmungsorts (Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung) und sofern die Beschränkungen gleichermaßen für ortsansässige Personen gelten und zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sind (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Klarerweise unverhältnismässig und damit unzulässig sind Beschränkungen gemäss Art. 3 Abs. 2 BGBM, wenn der Schutz des öffentlichen Interesses bereits durch die Vorschriften des Herkunftsorts erreicht wird oder der hinreichende Schutz durch die Berufserfahrung des

ortsfremden Anbieters gewährleistet ist (lit. a). Die Rekurrentin vermag nicht aufzuzeigen, dass die Auffassung des BVD, wonach die Bewilligungspflicht gemäss BestG nur auf Bestattungsunternehmen zur Anwendung gelange, welche im Kanton Basel-Stadt ihren Sitz haben, unzutreffend sein soll. Dass dies der bestehenden Praxis entspricht, ergibt sich auch daraus, dass sich bei den von der Stadtgärtnerei publizierten Unternehmen mit einer Betriebsbewilligung gemäss BestG ausschliesslich Unternehmen mit Sitz in Basel-Stadt befinden (vgl. «Zugelassene BestatterInnen im Kanton Basel-Stadt», abrufbar unter: <https://www.stadtgaertneri.bs.ch/friedhoeftodesfall-undbestattung/bestattungsformalitaeten.html>). Es wäre unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgebots kaum vertretbar, für jede Erbringung einer Dienstleistung im Bestattungswesen wie etwa den Transport einer Leiche zu einem Friedhof im Kanton Basel-Stadt durch Anbietende mit Sitz resp. Niederlassung in einem anderen Kanton die Einholung einer Bestattungsbetriebsbewilligung für den Kanton Basel-Stadt im Sinne von § 11 Abs. 1 resp. § 29a des aBestG vom 9. Juli 1931 zu verlangen.

3.2.3 Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin spricht auch die Tatsache, dass gewisse Handlungen wie etwa das Erstellen des Einsargungs- und Versiegelungsprotokolls gemäss § 23 des revidierten BestG für die Ausstellung eines Leichenpasses gemäss § 24 BestG, welche zuvor von den Behörden selbst erbracht worden sind, nur von in Basel-Stadt zugelassenen Bestattungsunternehmen durchgeführt werden dürfen, nicht dafür, dass andere Handlungen, welchen nicht dieselbe öffentlich-rechtliche Funktion zukommt, ebenfalls nur von hier zugelassenen Bestattungsunternehmen durchgeführt werden dürfen. Das BVD weist zu Recht darauf hin, dass die Erstellung des Einsargungs- und Versiegelungsprotokolls gemäss § 23 BestG nicht zu den ausgeschriebenen Dienstleistungen gehört.

Das BVD weist zu Recht darauf hin, dass in der hier erfolgten Ausschreibung von Dienstleistungen betreffend Eintragung und Transport der Leichen selbst qualitative Anforderungen gestellt werden, welche dem Schutz der öffentlichen Interessen angemessen Rechnung tragen. So müssen die Anbietenden gemäss den Ausschreibungsbedingungen sicherstellen, dass die örtlichen Vorschriften über das Bestattungswesen eingehalten werden. Die Befähigung des Personals ■ insbesondere der Schlüsselpersonen Bestattung ■ wird im Rahmen der Ausschreibung geprüft. Es ist nicht zu beanstanden, dass in der Ausschreibung im Einklang mit dem BGBM einheitliche Anforderungen an ortsfremde Betriebe und Betriebe mit Sitz in Basel-Stadt gestellt werden, auch wenn ortsfremde Unternehmen nicht über eine Bestattungsbetriebsbewilligung im Sinne des BestG im Kanton Basel-Stadt verfügen. Aus demselben Grund hat die Vergabestelle zu Recht nicht geprüft, ob die Beigeladene die Bedingungen für die Erteilung einer Bewilligung gemäss dem BestG erfüllen würde, sondern ausschliesslich die Erfüllung der in der Ausschreibung vorgegebenen Anforderungen verlangt. Dementsprechend war es der Vergabestelle auch verwehrt, von den Anbietenden den Nachweis eines guten resp. einwandfreien Leumunds der verantwortlichen Person zu verlangen, da diese Voraussetzung in der Ausschreibung nicht enthalten war. Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass an keiner Stelle der Ausschreibungsunterlagen aufgeführt worden ist, dass Anbietende der beschriebenen Dienstleistung über eine Bewilligung im Sinne des BestG verfügen müssen oder die Anforderungen an eine entsprechende Bewilligungserteilung erfüllen müssen. Daraus war erkennbar, dass eine solche Betriebsbewilligung kein Erfordernis für die Teilnahme an der Ausschreibung darstellt. Die Ausschreibung ohne ein solches Eignungskriterium wurde von

keiner Seite angefochten. Die erstmalige Erhebung des Einwands, eine solche Bewilligung oder die Erfüllung der entsprechenden Kriterien hätte zu den Eignungskriterien gehört, im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags ist somit auch als verspätet zu qualifizieren. Aus den genannten Gründen ist nachfolgend alleine zu prüfen, ob die Beigeladene die in der Ausschreibung aufgeführten Bedingungen für die Teilnahme an der Ausschreibung erfüllt.

3.3 Die Rekurrentin bringt vor, dass sie davon ausgehen müsse, dass die Beigeladene nicht resp. nicht rechtzeitig nachgewiesen habe, dass sie die Teilnahmebedingungen erfülle. Sie hätte daher vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Das BVD macht in seiner Rekursantwort geltend, dass die Vergabestelle bei der Ausschreibung keine Eignungskriterien verlangt habe. Die Vergabestelle habe auf ATB abgestellt. Die Erfüllung der ATB sei Voraussetzung für die Teilnahme am Verfahren gewesen. Die ATB hätten zwingend zu erfüllende Kriterien dargestellt. Sie seien insgesamt als erfüllt resp. nicht erfüllt bewertet worden. Die Anbietenden hätten die ATB nicht bereits bei der Einreichung der Offerte, aber spätestens zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe erbringen müssen. Die Rekurrentin macht demgegenüber geltend, dass zumindest der Nachweis der Erfüllung der ATB bereits im Zeitpunkt der Einreichung der Offerte hätte erfolgen müssen.

In der Ausschreibung vom 18. Juli 2020 wurde bei der Rubrik «Eignungskriterien» auf das Kapitel 3.8 verwiesen. In Ziff. 3.8 «Geforderte Nachweise» ist festgehalten: «aufgrund der nachstehenden Nachweise: keine». In Ziff. 3.1 werden hingegen verschiedene generelle Teilnahmebedingungen aufgeführt. Für das Los 4 galten weitere Teilnahmebedingungen, welche für das vorliegende Verfahren aber nicht relevant sind.

Im Lastenheft zur Ausschreibung wird in Ziff. 1.8.1 ausgeführt, dass die Anbietenden ein vollständiges Angebot auf der Grundlage der Ausschreibungsunterlagen einzureichen hätten. Es würden ausschliesslich Angebote in die Bewertung einbezogen, welche die Eignungsnachweise vollständig erfüllen würden und unterzeichnet und fristgerecht eingereicht worden seien. Weiter wird in Ziff. 1.9 des Lastenhefts ausgeführt, dass die Erfüllung der ATB Voraussetzung für die Teilnahme am Verfahren sei. Sie müssten spätestens vor der Auftragsvergabe erbracht werden und stellen erweiterte, für dieses Projekt zwingend zu erfüllende Kriterien dar. Die ATB würden insgesamt als «erfüllt» resp. «nicht erfüllt» bewertet. Die ATB würden in der Beilage «Unternehmensangaben, Kapitel 2 Allgemeine Teilnahmebedingungen (Anhang 2)» präzisiert. Im genannten Anhang war die Aufforderung enthalten, die Einhaltung der dort aufgeführten resp. detailliert umschriebenen Teilnahmebedingungen zu bestätigen.

Der öffentlichen Vergabestelle steht es frei, darüber zu bestimmen, was sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie bezüglich Qualität stellt. Daraus folgt, dass der Vergabestelle bei der Festlegung der technischen Spezifikationen des Beschaffungsgegenstands ein grosser Spielraum zukommt, in welchen die Rechtsmittelinstanz nicht einzugreifen hat (VGE VD.2018.144 vom 14. Februar 2019 E. 3.4). Lehre und Rechtsprechung sprechen insoweit von trotz Vergaberecht «gesicherten Handlungsspielräumen». Die ausschreibende Behörde kann von den Anbietenden verlangen, dass sie ihre fachliche Qualifikation und ihre finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit mit ihrer Offerte nachweisen (§ 7 Abs. 1 BeschG). Die Erfüllung solcher Eignungskriterien ist eine unerlässliche Voraussetzung für die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren. Die vorausgesetzte Leistungsfähigkeit muss in der Ausschreibung mit objektiven und überprüfbaren Eignungskriterien umschrieben werden (§ 7 Abs. 2 BeschG). Wer die Eignungskriterien nicht oder nur teilweise erfüllt oder keinen

entsprechenden Eignungsnachweis erbringt, wird in der Regel vom Verfahren ausgeschlossen (§ 8 lit. c BeschG). Weiter ist es zulässig, dass die Vergabestelle im Rahmen der Ausschreibung sogenannte Muss-Kriterien festlegt (vgl. BVerfGE 123, 144 vom 30. August 2018 E. 7.3, mit weiteren Hinweisen). Bei solchen Muss-Kriterien, mit welchen die zwingend zu erfüllenden Anforderungen an das zu liefernde Produkt festgehalten werden, handelt es sich nicht um eigentliche Eignungskriterien im Sinne von § 7 BeschG, da damit nicht die fachliche Qualifikation oder die Leistungsfähigkeit der Auftraggebenden nachgewiesen werden soll (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 582). Wenn ein mangelhafter Nachweis der Erfüllung von Spezifikationen zum Ausschluss vom Verfahren führt, werden diese Spezifikationen zu Muss-Kriterien, die im Ergebnis den Eignungskriterien gleichgestellt sind (vgl. § 8 Abs. 1 lit. c BeschG; VGE VD.2018.144 vom 14. Februar 2019 E. 3.4). Aus dem Transparenz- und dem Gleichbehandlungsgebot (vgl. § 1 Abs. 1 lit. a und d, § 9 Abs. 1 lit. a und b BeschG) ergibt sich, dass die Eignungskriterien und damit auch die diesen gleichgestellten Muss-Kriterien im Voraus bekannt gegeben werden müssen.

Auch wenn die ATB im vorliegenden Fall nicht als Eignungskriterien bezeichnet werden, so finden sich darin aber Anforderungen an den Nachweis der fachlichen Qualifikation resp. die Leistungsfähigkeit der Auftragnehmer. Da die nur teilweise und/oder unzureichende Erbringung dieser Nachweise gemäss den Ausschreibungsunterlagen zum Ausschluss vom Verfahren führt, sind diese Teilnahmebedingungen im Ergebnis den Eignungskriterien zumindest gleichgestellt. In Bezug auf diese Teilnahmebedingungen wird von den Anbietenden in erster Linie verlangt, dass sie deren Einhaltung bestätigen. Zudem wird bei einzelnen Teilnahmebedingungen aufgeführt, welche Dokumente und Belege für den Nachweis für die Erfüllung der entsprechenden Bedingung erforderlich sind. Gemäss Ausführungen in der Ausschreibung ist die Erfüllung der ATB Voraussetzung für die Teilnahme am Verfahren. «Sie müssen spätestens vor der Auftragsvergabe erbracht werden». Damit bleibt nicht ganz geklärt, ob der Nachweis der Erfüllung der ATB auch nach Einreichung der Offerte aber spätestens vor der Auftragsvergabe erbracht werden kann oder ob die Anbietenden spätestens mit der Eingabe der Offerte die geforderten Nachweise erbringen müssen, dass sie spätestens im Zeitpunkt der Auftragsvergabe die ATB erfüllen. Aufgrund der Ausführungen im Lastenheft, wonach die Anbietenden ein vollständiges Angebot auf der Basis der Ausschreibungsunterlagen einzureichen hätten und dass ausschliesslich Angebote in die Bewertung einbezogen würden, die die Eignungsnachweise vollständig erfüllen würden, lässt sich ableiten, dass der Nachweis der Einhaltung der ATB (für den Zeitpunkt spätestens vor der Auftragsvergabe) bereits mit der Offerte erbracht werden muss. Allerdings ist diese Anforderung aufgrund der Formulierung in den ATB als unklar zu bezeichnen. Aus den Vorakten geht hervor, dass die Beigeladene, wie in der Ausschreibung verlangt, die Einhaltung der ATB bereits in der Offerte bestätigt hat. Weiter geht aus den Unterlagen hervor, dass die Beigeladene im Einklang mit den ATB die geforderten Dokumente für den Nachweis der Einhaltung von §§ 5 und 6 BeschG (ATB 1), die Betriebsregisterauszüge und die Strafregisterauszüge betreffend die Gesellschafter der Beigeladenen (ATB 3 und 5) und die Angaben betreffend Nachweis für die Berufserfahrung der Schlüsselpersonen (Lebenslauf, zwingend) und betreffend die Funktion im Betrieb bereits mit der Offerte eingereicht haben. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin war in der Ausschreibung keine Einreichung eines Handelsregisterauszuges als zwingende Voraussetzung aufgeführt. Zwar wird in ATB 6 betreffend «Berufserfahrung Schlüsselpersonen Bestattungen» ein Nachweis für die Funktion dieser Schlüsselpersonen

im Betrieb verlangt. Aufgeführt werden dort Arbeitsvertrag, Handelsregisterauszug, Organigramm, Pflichtenheft, wobei diese Dokumente aber nicht kumulativ verlangt werden, zumal gemäss den ATB auch andere vergleichbare Nachweise möglich sind. Die Beigeladene hat ein Organigramm der Beigeladenen eingereicht und die Lebensläufe der beiden Gesellschafter. Das BVD hat unter diesen Umständen zu Recht festgestellt, dass die Beigeladene nicht wegen einer unvollständigen Offerte hätte vom Verfahren ausgeschlossen werden können. Dasselbe gilt auch für den Betreibungsregisterauszug betreffend die Beigeladene selbst. Da die passive Betreuungsfähigkeit der Kollektivgesellschaft deren Eintragung in das Handelsregister voraussetzt (Baudenbacher, a.a.O., Art. 554 OR N 25; Krüsi, in: Kren Kostkiewicz/Vock [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Auflage, Zürich 2017, Art. 39 SchKG N 10), konnte vor der Eintragung der Beigeladenen in das Handelsregister kein Betreibungsregisterauszug eingereicht werden. Da von den Anbietenden keine bestimmte Rechtsform gefordert war und auch Bietergemeinschaften zugelassen waren, wäre ein Ausschluss der Beigeladenen wegen der erst nachträglich erfolgten Einreichung des Betreibungsregisterauszugs betreffend die Beigeladene selbst (als Kollektivgesellschaft) nicht zulässig gewesen. In den ATB wurde zudem ausdrücklich vorbehalten, weitere Nachweise einzufordern, sofern die von den Anbietenden eingereichten nach Ansicht der Vergabebehörde nicht ausreichend sind. Damit hat die Vergabestelle verbindlich und transparent festgehalten, dass auch bei allenfalls unzureichenden Nachweisen nicht zwingend ein Ausschluss vom Vergabeverfahren erfolgt, sondern vielmehr weitere Nachweise nachgefordert werden können. Das BVD hat den ihm zustehenden Ermessensspielraum bei der Erfüllung der Anforderungen betreffend den Nachweis der Einhaltung der ATB somit nicht rechtswidrig ausgeübt.

3.4 Nachfolgend bleibt zu prüfen, ob das BVD aufgrund der bereits mit der Offerte eingereichten resp. nachgereichten Unterlagen zu Recht zum Schluss gekommen ist, dass die ATB auch materiell erfüllt sind.

3.4.1 Als ATB 1 wurde verlangt, dass die Anbietenden bestätigen müssen, dass sie die Arbeitsbedingungen gemäss § 5 BeschG sowie Nachweis und Kontrolle gemäss § 6 BeschG einhalten. Die Beigeladene hat die Einhaltung dieser ATB bestätigt und eine Bestätigung der Treuhandstelle beigelegt. Das BVD ist somit zu Recht zum Schluss gekommen, dass die ATB 1 erfüllt ist.

3.4.2 Als ATB 2 wurde eine Bestätigung der Anbietenden verlangt, wonach diese Kenntnis vom BestG und der entsprechenden Verordnung hat und diese in der aktuell geltenden Fassung sowie auch nach erfolgter Gesetzesrevision einhält. Die Beigeladene hat die Erfüllung dieser ATB bestätigt. Weitere Anforderungen werden unter dieser Ziff. nicht gestellt. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass namentlich nicht verlangt wird, dass die Anbietenden über eine Bestattungsbetriebsbewilligung im Kanton Basel-Stadt verfügen oder die entsprechenden Anforderungen erfüllen müssen (vgl. dazu oben E. 3.2 f.).

3.4.3 Als ATB 3 wurde von den Anbietenden die Bestätigung verlangt, dass sie sich weder in einem Konkurs- noch in einem Nachlassverfahren befinden. Als Nachweis wurde ein Betreibungsregisterauszug verlangt, der nicht älter als drei Monate ist. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass die Beigeladene dazu berechtigt war, im Zeitpunkt der Einreichung der Offerte lediglich einen Betreibungsregisterauszug der beiden Gesellschafter einzureichen, da ein Betreibungsregisterauszug der Beigeladenen selbst erst

nach der Eintragung derselben als Kollektivgesellschaft im Handelsregister erhältlich war (vgl. E. 3.4). Der Betreibungsregistrauszug bezüglich der Beigeladenen selbst wurde vor dem Vergabeentscheid nachgereicht. Die eingereichten Betreibungsregistrauszüge sind ■ wie in der Ausschreibung verlangt ■ nicht älter als drei Monate und stammen entgegen der anderslautenden Vermutungen der Rekurrentin vom jeweiligen Betreibungsamt am Wohnsitz der Gesellschafter. Die materiellen Bedingungen, deren Erfüllung die Vergabestelle zu prüfen hatte, ergaben sich aus der Formulierung der ATB. Zu bestätigen war alleine, dass sich die Anbietenden weder in einem Konkurs- noch in einem Nachlassverfahren befinden haben. Die Vergabebehörde ist aufgrund des Transparenzgebots und des Gleichbehandlungsgrundsatzes gemäss § 9 lit. a und b BeschG an die ausgeschriebenen Anforderungen und Zuschlagskriterien gebunden (vgl. VGE VD.2019.241 vom 16. Juni 2020 E. 4.2, VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013 E. 5.3). So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern. Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (vgl. BVGer B-4904/2013 vom 14. März 2014 E. 4.5; VGE VD.2019.241 vom 16. Juni 2020 E. 4.2). Es war der Vergabebehörde daher im vorliegenden Fall verwehrt, in Verschärfung der ATB 3 zu verlangen, dass die Anbietende selbst resp. ihre Gesellschafter oder Schlüsselpersonen keine Betreibungen oder Verlustscheine aufweisen dürfen. Aus den eingereichten Betreibungsregistrauszügen ergibt sich, dass die Beigeladene und ihre Gesellschafter sich nicht in einem Konkurs- und/oder Nachlassverfahren befinden. Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass das BVD bezüglich der ■ im Betreibungsregistrauszug des einen Gesellschafter der Beigeladenen ■ erwähnten Verlustscheine ergänzende Angaben eingeholt hat. Ein Ausschluss der Beigeladenen vom Verfahren wegen der in diesen Registrauszügen aufgeführten Verlustscheine im Gesamtbetrag von CHF 6■974.15 bei einem der Gesellschafter resp. einer Betreibung im Umfang von CHF 3■501.75, gegen welche Rechtsvorschlag erhoben wurde, beim anderen Gesellschafter der Beigeladenen wäre mit den im Voraus festgelegten Bedingungen für die Teilnahme am Verfahren nicht zu vereinbaren. Das BVD hat den ihm zustehenden Ermessensspielraum nicht rechtswidrig ausgeübt, wenn es aufgrund der eingeholten Registrauszüge und den ergänzenden Angaben der Beigeladenen dazu zum Ergebnis gekommen ist, dass die Beigeladene auch in materieller Hinsicht die Anforderungen gemäss ATB 3 erfüllt. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin kann auf die Angaben in den eingereichten Betreibungsregistrauszügen abgestellt werden, zumal öffentliche Register für durch sie bezeugte Tatsachen vollen Beweis erbringen, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist (Art. 9 Zivilgesetzbuch [ZGB, SR 210]). Die von den Betreibungs- und Konkursämtern geführten Register sind bis zum Beweis des Gegenteils für ihren Inhalt beweiskräftig (Art. 8 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG, SR 281.1]). Das BVD durfte somit auf die von der Beigeladenen eingereichten Betreibungsregistrauszüge abstellen. Die von der Rekurrentin eingeholte Auskunft bei einer privaten Firma bezüglich der beiden Gesellschafter der Beigeladenen resp. bezüglich einer Personen, welche mit einem Gesellschafter identisch sei, vermag an der Beweiskraft des Betreibungsregistrauzugs gemäss Art. 8 Abs. 2 SchKG nichts zu ändern. Das BVD ist daher zu Recht zum Schluss gekommen, dass sich weder die Beigeladene selbst noch deren Gesellschafter in einem Konkurs- oder in einem Nachlassverfahren befinden und dass somit die ATB 3 erfüllt ist.

3.4.4 Als ATB 4 («Befähigung des Personals») wurde von den Anbietenden die Bestätigung verlangt, dass die Erbringung der Dienstleistung Einsargung und Leichentransporte durch qualifiziertes, deutschsprachiges Personal erfolgt. Die Beigeladene hat die geforderte Bestätigung abgegeben. Zudem hat sie das Organigramm der Beigeladenen sowie den Lebenslauf der beiden Gesellschafter mit jeweiligen Zwischenzeugnissen dieser beiden Personen eingereicht. Weiter hat die Beigeladene im Pflichtenheft ausdrücklich ausgeführt, dass die Einsargung immer von zwei bestattenden Personen der Beigeladenen durchgeführt werde. Die Einhaltung dieser materiellen Vorgaben wurde anlässlich der Besprechung vom 28. September 2020 verifiziert. Es liegen keine Anzeichen dafür vor, dass die Erbringung der ausgeschriebenen Dienstleistung durch die Beigeladene entgegen der entsprechenden Bestätigung nicht durch qualifiziertes deutschsprachiges Personal erfolgen soll. Das BVD hat den ihm zustehenden Ermessensspielraum nicht rechtswidrig ausgeübt, wenn es aufgrund der Bestätigung und der eingereichten Unterlagen und der Besprechung vom 28. September 2020 zum Ergebnis gekommen ist, dass die Beigeladene auch in materieller Hinsicht die Anforderungen gemäss ATB 4 erfüllt.

3.4.5 Als ATB 6 wurde von den Anbietenden unter dem Titel «Berufserfahrung Schlüsselperson Bestattungen» die Bestätigung verlangt, dass in ihrem Unternehmen eine Person als Arbeitnehmer und/oder Gesellschafter tätig ist, welche über mindestens drei Jahre Berufserfahrung im Bestattungsgewerbe (gerechnet auf ein Arbeitspensum von mindestens 32 Wochenstunden Normalarbeitszeit; bei kleineren Arbeitspensum muss proportional eine längere Berufserfahrung nachgewiesen werden) verfügt und der zudem in leitender Funktion im operativen Teil des Bereichs Bestattungswesen des Anbietenden ein Arbeitspensum bei diesem von mindestens 32 Wochenstunden Normalarbeitszeit aufweist. In Bezug auf den Nachweis für die vorgenannte Bestätigung wurden in Bezug auf die Berufserfahrung ein Lebenslauf (zwingend) und zudem weitere Nachweise wie Arbeitszeugnis (geschwärzt, soweit vorliegend nicht relevant) der Schlüsselperson, Angaben von Referenzpersonen oder vergleichbare Nachweise und für die Funktion im Betrieb der Arbeitsvertrag (geschwärzt, soweit vorliegend nicht relevant), Handelsregisterauszug, Organisation, Pflichtenheft oder vergleichbare Nachweise verlangt. Wie bereits oben ausgeführt, hat die Beigeladene vorliegend sowohl den Lebenslauf als auch ein Arbeitszeugnis bezüglich der beiden Gesellschafter, das Organigramm der Beigeladenen und nach dem Eintrag in das Handelsregister auch den Handelsregisterauszug eingereicht. Aus der Bestätigung eines Bestattungsunternehmens mit Sitz im Kanton Basel-Landschaft geht hervor, dass die beiden Gesellschafter der Beigeladenen seit dem Jahr 2007 resp. 2014 bei diesem Bestattungsunternehmen im Bestattungswesen tätig gewesen seien. Aus dem Organigramm der Beigeladenen geht hervor, dass diese beiden Gesellschafter die Führungsverantwortung bei der Beigeladenen alleine tragen würden. Aus dem Lebenslauf und dem Arbeitszeugnis betreffend die beiden Gesellschafter geht hervor, dass diese seit dem Jahr 2007 resp. 2014 im Bestattungswesen tätig seien. Das BVD hat bezüglich der materiellen Einhaltung der ATB von der Beigeladenen weitere Unterlagen verlangt. In der Folge hat die Beigeladene zusätzliche Bestätigungen eingereicht, wonach in ihrem Unternehmen mindestens ein Gesellschafter eine leitende Funktion im operativen Teil des Bestattungswesens von mindestens 32 Wochenstunden Normalarbeitszeit ausübe. Zudem wurde eine Bestätigung eines Bestattungsunternehmens mit Sitz im Kanton Basel-Landschaft vom 24. September 2020 nachgereicht, in welchem bestätigt wird, dass die beiden Gesellschafter bei dem genannten Bestattungsunternehmen von 2007 bis 2020 resp. 2014 bis 2020 ca. 90 % aller Todesfälle erledigt hätten. Das Arbeitspensum der beiden

Gesellschafter für die Einsargung, die Überführungen, die Trauergespräche und den Trauerdruck hätte zwischen 50 und 60 % bestanden. Die beiden Gesellschafter hätten in dieser Zeitspanne Einsätze in Altersheimen, Spitälern, Privathäusern und bei aussergewöhnlichen Todesfällen für das IRM Basel ausgeführt. Es wurde bestätigt, dass die Gesellschafter gegenüber den Verstorbenen und den Angehörigen jeweils pietätvoll aufgetreten seien. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin liegen keine Anzeichen dafür vor, dass die Ausführungen in der schriftlichen Bestätigung des Bestattungsunternehmens unzutreffend sein sollten. Der Antrag auf Befragung der Personen, welche diese Bestätigung mit ihrer Unterschrift bekräftigt haben, als Zeugen ist in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen, da keine Anzeichen dafür vorliegen, dass die Bestätigungen zu Unrecht abgegeben wurden resp. dass die Personen ihre mit Unterschrift versehene Bestätigung im Rahmen einer Zeugenbefragung nicht bestätigen würden. Das BVD hat den ihm zustehenden Ermessensspielraum nicht rechtswidrig ausgeübt, wenn es aufgrund der Bestätigung und der eingereichten Unterlagen zum Ergebnis gekommen ist, dass die Beigeladene auch in materieller Hinsicht die Anforderungen gemäss ATB 6 erfüllt.

3.4.6 Als ATB 7 wurde von den Anbietenden unter dem Titel «Akzeptanz Vertragsentwurf Los 1 bis 3» die Bestätigung verlangt, dass die Anbietenden den vorliegenden Vertragsentwurf vorbehaltlos akzeptieren. Die entsprechende Bestätigung durch die Beigeladene liegt vor. Zudem hat die Beigeladene den in den Ausschreibungsunterlagen befindlichen Rahmenvertrag für die Lose 1 bis 3 an den erforderlichen Stellen ausgefüllt und vollumfänglich paraphiert und unterzeichnet. Zudem hat die Beigeladene in einem Pflichtenheft ausführlich dargestellt, dass sie die Anforderungen an die Auftrags Erfüllung detailliert geprüft habe und deren Erfüllung in allen Punkten zusichern könne.

Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin liegen keine Anzeichen dafür vor, dass die Beigeladene die vorgenannte Bestätigung zu Unrecht abgegeben haben soll. Da für die Erfüllung der Voraussetzungen gemäss den ATB spätestens der Zeitpunkt der Auftragsvergabe verlangt wurde, ist entgegen den Ausführungen der Rekurrentin nicht ersichtlich, weshalb sich aus der Ausgestaltung des Betriebs der Beigeladenen aus dem Zeitraum bis zur Einreichung der Offerte ergeben soll, dass die Beigeladene zu Unrecht bestätigt habe, den Vertragsentwurf aus den Ausschreibungsunterlagen vorbehaltlos zu akzeptieren. Es liegen auch keine Anzeichen dafür vor, dass die Beigeladene nicht willens oder nicht fähig sein soll, dieser Bestätigung entsprechend zu handeln.

Für den Kanton Basel-Stadt wurden vom statistischen Amt für die Jahre 2016 bis 2019 jeweils zwischen 2'020 und 2'145 Sterbefälle im Kanton Basel-Stadt gemeldet. Ausgeschrieben sind im vorliegenden Verfahren aber ausschliesslich Dienstleistungen im Bereich Einsargung und Transport von Verstorbenen für die von den Friedhöfen Basel der Stadtgärtnerei betreuten Friedhöfe. Im Lastenheft zur ausgeschriebenen Dienstleistung wird von ca. 810 Sterbefällen ausgegangen (Los 3). Die Anzahl der Sterbefälle liege erfahrungsgemäss marginal unter der Anzahl Transporte. Es ist nicht ersichtlich, dass die Einschätzung der Vergabestelle, wonach die Beigeladene die ausgeschriebene Dienstleistung vertragskonform erbringen können, falsch sein soll. Das BVD weist zu Recht darauf hin, dass es auch durchaus zulässig ist, dass die Beigeladene nach dem rechtskräftigen Zuschlag zusätzliche Mitarbeiter/innen, welche die erforderlichen Kriterien erfüllen, anstellt. Das BVD hat den ihm zustehenden Ermessensspielraum nicht rechtswidrig ausgeübt, wenn es aufgrund der Bestätigung und der eingereichten Unterlagen zum Ergebnis gekommen ist, dass die Beigeladene auch in materieller Hinsicht die

Anforderungen gemäss ATB 7 erfüllt.

3.4.7 Als ATB 8 wurde von den Anbietenden unter dem Titel «Einsatzbereitschaft und Intervention Los 1 bis 3» die Bestätigung verlangt, dass während 365 Tagen des Jahres eine 24-stündige telefonische Erreichbarkeit besteht. Die Abholung und Eintragung von Verstorbenen erfolgt gemäss Vereinbarung mit derjenigen Person, die den Auftrag zur Abholung erteilt (Los 1) resp. nach Absprache mit den Institutionen, jedoch nicht zwischen 20:00 Uhr und 6:00 Uhr (Los 2 und 3). Die Beigeladene hat die geforderten Bestätigungen gemäss ATB 8 abgegeben. Sie hat zudem in einem detaillierten Pflichtenheft aufgeführt, dass die Erfüllung der Aufgaben für die verschiedenen Lose sichergestellt werde. Auch hier ist es durchaus als zulässig zu betrachten, dass die Beigeladene nach dem rechtskräftigen Zuschlag allenfalls weitere Mitarbeiter/innen, welche die erforderlichen Kriterien erfüllen, anstellen wird, um die geforderte Einsatzbereitschaft während der Vertragsdauer sicherzustellen. Das BVD hat den ihm zustehenden Ermessensspielraum nicht rechtswidrig ausgeübt, wenn es aufgrund der Bestätigung und der eingereichten Unterlagen zum Ergebnis gekommen ist, dass die Beigeladene auch in materieller Hinsicht die Anforderungen gemäss ATB 8 erfüllt.

3.5 Die Rekurrentin macht schliesslich geltend, dass aus der Preisdifferenz zwischen dem Angebot der Beigeladenen und demjenigen der anderen Anbieterinnen klare Anzeichen dafür vorliegen würden, dass das Angebot der Beigeladenen unter den Gestehungskosten liegen dürfte.

Diese Zweifel werden durch nichts substantiiert. Im Angebot der Beigeladenen werden die jeweiligen Kosten der Einsargung und des Transports einzeln und in der Summe aufgeführt und es ist nicht ersichtlich, dass die angegebenen Kosten für die Beigeladene kein angemessenes Entgelt zur Folge hätte. Das BVD weist zu Recht darauf hin, dass die Unterschiede bei der Preisgestaltung aufgrund der unterschiedlichen allgemeinen Betriebskosten und der anzunehmenden verschiedenen Margen der anbietenden Unternehmen durchaus erklärbar sind. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin liegen keine Hinweise dafür vor, dass das Angebot der Beigeladenen auf einem Preis basiert, zu dem die Leistung überhaupt nicht erbracht werden kann (dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1109 ff.). Hierfür fehlt vorliegend ein substantiiertes Anhaltspunkt.

E. 4

4.1 Der Rekurs ist nach dem Gesagten abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die unterliegende Rekurrentin dessen Kosten gemäss § 30 Abs. 1 VRPG in Verbindung mit § 23 Abs. 2 des Reglements über die Gerichtsgebühren (SG 154.810) mit einer Gebühr von CHF 4'000.■ zu tragen.

4.2 Die unterliegende Rekurrentin hat der Beigeladenen eine Parteienschädigung zu entrichten. Da die Beigeladene darauf verzichtet hat, eine Honorarnote ihres Vertreters einzureichen, ist dessen angemessener Aufwand praxisgemäss vom Gericht zu schätzen. Dabei ist aufgrund der Eingaben und der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen für die betroffenen drei Verfahren VD.2020.246, VD.2020.248 und VD.2020.249, in welchen die Beigeladene sich hat vernehmen lassen, von einem angemessenen Gesamtaufwand von 30 Stunden auszugehen. Dieser ist auf die drei Verfahren aufzuteilen, wobei in Bezug auf die Verfahren VD.2020.248 und VD.2020.249 wegen der gleichen Vertretung und der analogen Argumentation ein relativ bemessen kleinerer Aufwand von insgesamt 16 Stunden verrechnet wird. Dies ergibt für das vorliegende Verfahren ein Aufwand von 14 Stunden,

welcher bei Anwendung des Überwälzungstarifs von CHF 250.■ pro Stunde zu einer angemessenen Parteientschädigung von CHF 3■500.■ führt. Da die Beigeladene im UID-Register als Mehrwertsteuerpflichtig aufgeführt ist und den Prozess im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit führt, kann sie die von ihrer anwaltlichen Vertretung in Rechnung gestellte MWST in der Regel als Vorsteuer abziehen. Aus diesem Grund wird die Parteientschädigung ohne MWST zugesprochen (vgl. VGE VD.2019.238 vom 31. März 2020 E. 2, VD.2019.68 vom 11. November 2019 E. 5).

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