



Gerichte

Geschäftsnummer: VD.2023.118 (AG.2023.719)

Instanz: Appellationsgericht

Entscheiddatum: 16.11.2023

Erstpublikationsdatum: 06.04.2024

Aktualisierungsdatum: 06.04.2024

Titel: **Submission: Ausschluss vom Verfahren
(Stossschweissungen am Gleisnetz 2023 - 2028)**



Appellationsgericht
des Kantons Basel-Stadt
als Verwaltungsgericht
Dreiergericht

VD.2023.118

URTEIL

vom 16. November 2023

Mitwirkende

Dr. Stephan Wullschleger, Dr. Claudius Gelzer, MLaw Manuel Kreis
und Gerichtsschreiber Dr. Nicola Inglese

Beteiligte

A_____

[...]
vertreten durch [...],
Rechtsanwältin, [...],
[...]

Rekurrentin

gegen

Basler Verkehrs-Betriebe
Rekursgegnerin
Claragraben 55, 4058 Basel
vertreten durch [...],
Advokat, [...],
[...]

B_____
Beigeladene
[...]

Gegenstand

Rekurs gegen einen Beschluss der Basler Verkehrsbetriebe
vom 7. Juli 2023

betreffend Submission: Ausschluss vom Verfahren
(Stossschweissungen am Gleisnetz 2023 - 2028)

Sachverhalt

Mit Publikation im Kantonsblatt vom 10. Mai 2023 sowie Veröffentlichung unter
www.simap.ch schrieben die Basler Verkehrs-Betriebe (BVB) den
Dienstleistungsauftrag «Stossschweissungen am Gleisnetz 2023 - 2028» (Projekt-

ID Nr 257124) im offenen Verfahren aus. Gegenstand des Vergabeverfahrens ist die Beauftragung eines Dienstleistungsunternehmens für anfallende Erhaltungs- und Instandhaltungsmassnahmen zur Erhaltung der Gleisanlagen. Gemäss Publikation umfassen die Arbeiten an den Schienen und Anlagenteilen insbesondere die Ausführung von Auftrags- und Reparaturschweissungen sowie Schleifarbeiten für Reparaturen und Neubauten am Gleisnetz der BVB in der Schweiz, in Deutschland und in Frankreich. Dabei wurde die Übertragung der Durchführung von Schienenschweiss- und Schienenschleifarbeiten an den Gleisanlagen gemäss den Bestimmungen der vorliegenden Submissionsunterlagen mittels eines Rahmenvertrags vorgesehen. Schliesslich wurde vorgesehen, dass Anbietende, welche ein vollständiges, den Vorgaben entsprechendes Angebotsdossier eingereicht haben, die Eignungskriterien und die zwingend einzuhaltenden Anforderungen erfüllen und nach Bewertung der Zuschlagskriterien Angebotspreis, Schlüsselpersonen und technischer Bericht noch eine rechnerische Chance haben, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu unterbreiten, zu einem ebenfalls als Zuschlagskriterium zu wertenden Praxistest zu Beginn des Monats Juli 2023 eingeladen werden.

In diesem Verfahren machte die A_____ (Rekurrentin) mit Eingabe vom 16. Juni 2023 ein Angebot. In der Folge teilten die BVB der Rekurrentin mit Verfügung vom 7. Juli 2023 mit, dass sie nicht zum Praxistest eingeladen werde, da ihr Angebot nicht den geforderten Eignungskriterien entspreche. Daher müsse sie das Angebot ausschliessen und könne es nicht in die Bewertung aufnehmen. Gegen diese Ausschlussverfügung erhob die Rekurrentin mit Eingabe vom 21. Juli 2023 Rekurs an das Verwaltungsgericht. Sie beantragte damit die kosten- und entschädigungsfällige Aufhebung der Verfügung vom 7. Juli 2023 und einer allenfalls schon erfolgten Zuschlagsverfügung sowie die Anweisung der BVB, das Vergabeverfahren unter Einbezug ihres Angebots weiterzuführen, wobei die BVB diesbezüglich anzuweisen seien, sie zum Praxistest einzuladen und ihr Angebot gemäss den in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien zu bewerten. Eventualiter beantragte sie, es seien die BVB anzuweisen, das Vergabeverfahren abubrechen und die Beschaffung neu und mit klar definierten Eignungskriterien und diesbezüglichen Nachweisen auszuschreiben. Subeventualiter stellt sie den Antrag, es sei festzustellen, dass die Ausschlussverfügung vom 7. Juli 2023 sowie eine allenfalls schon erfolgte Zuschlagsverfügung der Rekursgegnerin rechtswidrig seien. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte sie, es sei ihrem Rekurs zunächst superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen und den BVB umgehend zu untersagen, jegliche Vollzugsvorkehrungen vorzunehmen, welche den Ausgang des vorliegenden Rekursverfahrens präjudizieren könnten, namentlich einen Zuschlag oder einen Vertragsabschluss. Weiter beantragte sie die Verpflichtung der BVB zur Einreichung der vollumfänglichen Akten, in welche ihr Akteneinsicht zu gewähren sei. Schliesslich beantragte sie die vertrauliche Behandlung einzelner von ihr eingereichter Unterlagen sowie die Gewährung des Replikrechts zu einer Vernehmlassung der BVB sowie zu den Vorakten sowie die Gelegenheit, ihren Rekurs zu ergänzen und anzupassen. Mit Verfügung vom 25. Juli 2023 untersagte der Instruktionsrichter den BVB vorläufig, im streitgegenständlichen Beschaffungsverfahren den Zuschlag zu erteilen. Das weitergehende Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wurde abgewiesen. Weiter wurden die BVB ersucht, dem Gericht mitzuteilen, welche Anbieterinnen und Anbieter im streitgegenständlichen Vergabeverfahren zum Praxistest zugelassen worden sind. Mit Eingabe vom 26. Juli 2023 teilten die BVB dem Gericht mit, dass ausschliesslich die B_____, (Beigeladene) zum Praxistest zugelassen worden sei. Mit Eingabe vom 27. Juli 2023 liessen die BVB weiter beantragen, dass sie zu

ermächtigen seien, mit Wirkung ab 1. August 2023 und für die Dauer des vorliegenden Verfahrens bzw. bis zu einem allfälligen Entzug der aufschiebenden Wirkung und zwei Monate darüber hinaus, die erforderlichen Leistungen betreffend Stossschweissungen an Gleisanlagen auf ihrem Netz bei dem aus ihrer Sicht hierfür bestgeeigneten Anbieter zu beziehen. Mit Verfügung vom 31. Juli 2023 lud der Instruktionsrichter darauf die Beigeladene zum Verfahren bei und liess ihr mit bestimmten Einschränkungen die Rekursbegründung mit Beilagen zukommen. Zudem wurden die BVB ermächtigt, mit Wirkung ab 1. August 2023 und für die gesamte Dauer des vorliegenden Verfahrens bzw. bis zu einem allfälligen Entzug der aufschiebenden Wirkung und zwei Monate darüber hinaus, die erforderlichen Leistungen betreffend Stossschweissungen an Gleisanlagen auf ihrem Netz bei dem aus ihrer Sicht hierfür bestgeeigneten Anbieter zu beziehen. Mit Vernehmlassung vom 31. August 2023 beantragten die BVB die kosten- und entschädigungsfällige, vollumfängliche Abweisung des Rekurses. Das gleichzeitig gestellte Gesuch um Aufhebung der dem Rekurs im Rahmen der instruktionsrichterlichen Verfügung vom 31. Juli 2023 gewährten aufschiebenden Wirkung wurde vom Instruktionsrichter mit Verfügung vom 6. September 2023 abgewiesen. Die Beigeladene liess sich nicht vernehmen. Zur Vernehmlassung der Vorinstanz replizierte die Rekurrentin mit Eingabe vom 15. September 2023 mit dem ergänzenden Antrag, falls die BVB den Vertrag mit der Beigeladenen gestützt auf den Zuschlag vom 18. Juli 2023 bereits abgeschlossen hätten, sei festzustellen, dass dieser Vertragsabschluss rechtswidrig erfolgt ist, und es seien die BVB anzuweisen, von diesem Vertrag per sofort zurückzutreten. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte sie, es sei den BVB umgehend superprovisorisch zu untersagen, jegliche Vollzugsvorkehrungen vorzunehmen, welche den Ausgang des vorliegenden Rekursverfahrens präjudizieren könnten, namentlich einen Vertragsabschluss gestützt auf den Zuschlag. Für den Fall eines bereits erfolgten Vertragsabschlusses mit der Beigeladenen seien die BVB umgehend anzuweisen, von diesem Vertrag per sofort zurückzutreten. Schliesslich ersuchte sie um Einsicht in Akten, welche ihr unter Hinweis auf das Geschäftsgeheimnis der Beigeladenen bisher vorenthalten worden sind. Mit Verfügung vom 20. September 2023 wies der Instruktionsrichter die Anträge auf weitergehende vorsorgliche Massnahmen ab und gewährte der Rekurrentin in Abänderung seiner Verfügung vom 6. September 2023 in weitere Unterlagen Einsicht. Mit Duplik vom 4. Oktober 2023 liessen die BVB zur Replik Stellung nehmen. Mit Eingabe vom 12. Oktober 2023 äusserte sich die Rekurrentin darauf zur Duplik.

Die weiteren Tatsachen und Parteistandpunkte ergeben sich, soweit sie für das Urteil von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen. Das vorliegende Urteil ist auf dem Zirkulationsweg ergangen.

Erwägungen

1.

1.1 Gemäss § 31 lit. e in Verbindung mit § 30 Abs. 1 des Beschaffungsgesetzes (BeschG, SG 914.100) kann gegen den Ausschluss vom Vergabeverfahren Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Zuständig für die Beurteilung des Rekurses ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG]). Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRPG, SG 270.100), soweit das BeschG keine anderen Vorschriften enthält.

1.2 Zum Rekurs ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (§ 13 Abs. 1 VRPG). Eine ausgeschlossene Anbieterin ist nur dann rechtmittellegitimiert, wenn sie eine reelle Chance besitzt, bei Gutheissung ihrer Anträge den Zuschlag selbst zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff. S. 27 ff.; VGE VD.2017.18 vom 29. Juni 2017 E. 1.2, VD.2015.198 vom 2. Mai 2016 E. 1.3.2). Solches ist vorliegend aufgrund der unterbliebenen Auswertung ihres Angebots bezüglich der Zuschlagskriterien 1 bis 3 und der von den BVB nicht bestrittenen Behauptung der Rekurrentin, bei dem mit 55% gewichteten Zuschlagskriterium Preis deutlich günstiger offeriert zu haben, zumindest nicht auszuschliessen (vgl. VGE VD.2020.178 vom 16. Dezember 2020 E. 1.2). Die BVB bestreiten denn auch die Beschwerdebefugnis nicht. Auf den form- und fristgerecht erhobenen Rekurs ist daher einzutreten.

1.3

1.3.1 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). Das Verwaltungsgericht greift in das behördliche Ermessen insofern nur dann ein, wenn die Vergabestelle das ihr zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht hat und in diesem Sinne ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (vgl. BGE 125 II 86 E. 6 S. 98 f.; BGER 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 1.5; BVGer B-1687/2010 vom 19. Juli 2010 E. 4.5.1, B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 und 6.1; zum Ganzen VGE VD.2020.178 vom 16. Dezember 2020 E. 2.7.3; vgl. unten E. 2.2.1).

1.3.2 Dabei gilt auch in vergaberechtlichen Rekursverfahren – wie allgemein in Verwaltungsgerichtsverfahren – das Rügeprinzip (VGE VD.2019.77 vom 25. September 2019 E. 1.3.1, VD.2017.17 vom 18. Mai 2017 E. 3.1.1, VD.2015.260 vom 19. Oktober 2016 E. 1.4, VD.2016.66 vom 20. Juni 2016 E. 1.3, jeweils mit Hinweisen; STAMM, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 477, 504, mit Hinweis). Das Verwaltungsgericht prüft einen angefochtenen Entscheid gestützt auf die Begründungsobliegenheit gemäss § 16 Abs. 2 VRPG nicht von sich aus unter allen in Frage kommenden Aspekten, sondern untersucht nur die rechtzeitig vorgebrachten konkreten Beanstandungen (VGE VD.2017.17 vom 18. Mai 2017 E. 3.1.1, VD.2015.260 vom 19. Oktober 2016 E. 1.4, VD.2016.60 vom 30. September 2016 E. 1.3.1, VD.2016.66 vom 20. Juni 2016 E. 1.3, VD.2015.91 vom 6. August 2015 E. 1.2.1; WULLSCHLEGER/SCHRÖDER, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005, S. 277, 305). Die Rügen sind dabei innert der Begründungsfrist mit der Rekursbegründung zu erheben. Versäumtes kann mit der Replik nicht mehr nachgeholt werden (VGE VD.2011.23 vom 22. März 2012 E. 3.3, mit Hinweisen, 657/2008 vom 18. November 2008 E. 1.4). Zusätzliche Vorbringen sind in der Replik nur noch insoweit zulässig, als erst die Rekursvernehmlassung der Vorinstanz dazu Anlass gegeben hat (VGE VD.2012.106 vom 23. Mai 2013 E. 1.2.1, VD.2011.23 vom 22. März 2012 E. 3.3, 657/2008 vom 18. November 2008 E. 1.4).

1.4 Gemäss § 25 Abs. 2 VRPG findet im Falle von Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101), wozu auch vergaberechtliche Rekursverfahren zu zählen sind, eine mündliche Parteiverhandlung statt, sofern die Parteien nicht darauf verzichten. Die Rekurrentin hat innert der ihr mit Verfügung vom 6. September 2023 gesetzten Frist keinen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gestellt und damit implizit auf eine solche verzichtet. Das vorliegende Urteil kann daher auf dem Zirkulationsweg gefällt werden (§ 25 Abs. 2 VRPG; GRABENWARTER/PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 24 N 105; VGE VD.2020.246 vom 1. Dezember 2021 E. 1.5).

2.

2.1 Mit ihrer Rekursbegründung rügt die Rekurrentin zunächst eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs. Sie anerkennt zwar, dass die Vergabestelle in Submissionsverfahren grundsätzlich keine Pflicht treffe, bei mangelnden Nachweisen der Erfüllung von Eignungskriterien im eingereichten Angebot oder bei Einreichung ungeeigneter Referenzen bei den Anbietenden nachzufragen. Aufgrund des stark eingeschränkten Marktes wäre es angezeigt gewesen, von diesem Grundsatz abzuweichen und ihr Gelegenheit zu geben, sich zur «unerwartet engen Auslegung der Eignungskriterien» durch die Vergabestelle und zum in Aussicht genommenen Ausschluss zu äussern, zumal ihr Ausschluss beim Eingang von bloss zwei Angeboten eine besondere Tragweite habe. Da die Beschaffung nicht besonders dringend gewesen sei, habe zur Gewährung des rechtlichen Gehörs auch ausreichend Zeit zur Verfügung gestanden. Sie macht geltend, mit der Gewährung des rechtlichen Gehörs hätte sich die vorliegend angefochtene Ausschlussverfügung verhindern lassen.

2.2 Unbestrittenermassen gilt auch im Submissionsrecht der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101). Dieser Anspruch umfasst auch das Recht der Parteien, sich zu allen rechtserheblichen Punkten vor dem Entscheid zu äussern (BGE 139 II 489 E. 3.3 S. 496; VGE VD.2019.197 vom 7. Mai 2020 E. 3.3, VD.2016.128 vom 30. Mai 2017 E. 2.2). Dabei trifft die Vergabestelle im Submissionsverfahren trotz des auch im Vergaberecht geltenden Untersuchungsgrundsatzes keine Pflicht, bei mangelnden Nachweisen der Erfüllung von Eignungskriterien im eingereichten Angebot oder bei Einreichung ungeeigneter Referenzen bei den Anbietenden nachzufragen (GEBERT, Stolpersteine im Beschaffungsablauf, in: Zufferey/Stöckli, Aktuelles Vergaberecht, Zürich 2010, S. 343 ff., 368; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, N 573 bezüglich Eignungsnachweise; BGE 139 II 489 E. 3.2 S. 495; VGE VD.2015.162 vom 27. Januar 2016 E. 4.2.2). Es ist vielmehr Sache der Rekurrentin, sich vorgängig zu vergewissern, dass der von ihr zu belegende Eignungsnachweis mittels ihrer Referenzauskünfte erbracht werden kann (VGE VD.2019.197 vom 7. Mai 2020 E. 3.3.1, VD.2016.128 vom 30. Mai 2017 E. 3.5.3, VD.2015.219 vom 18. April 2016 E. 2.3.2, VD.2015.162 vom 27. Januar 2016 E. 4.2.2). Insoweit folgt aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör kein Anspruch der Anbietenden, sich vor dem Zuschlag zu den von der Vergabestelle eingeholten Referenzauskünften zu äussern. Ausnahmen bestehen etwa dann, wenn eine Vergabestelle einen erteilten Zuschlag aufgrund neuer Abklärungen widerrufen möchte (vgl. VGE VD.2019.197 vom 7. Mai 2020 E. 3.3.4) oder ein Angebot wegen eines ungewöhnlich tiefen Preises ausgeschlossen werden soll (BGE 139 II 489 E. 3.3 S. 496). Soweit das Bundesgericht darüber hinaus ausgeführt hat, dass den

Anbietenden Gelegenheit zu geben ist, sich zu eingeholten Referenzen zu äussern (BGE 139 II 489 E. 3.3 S. 497), so bezog sich dies auf von der Vergabestelle selbständig eingeholte Referenzen, welche von der jeweiligen Anbieterin gar nicht angegeben worden sind (BGE 139 II 489 E. 3.2 S. 495 f.). Diese besonderen Voraussetzungen und damit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegen hier nicht vor. Im Übrigen wurde den Anbietenden die Möglichkeit eingeräumt, bis am 24. Mai 2023 schriftlich per E-Mail Fragen zu stellen, womit die Rekurrentin sich mit Blick auf die nachstehenden Erwägungen auch über die Auslegung der Eignungskriterien hat informieren können. Schliesslich konnte sich die Rekurrentin im vorliegenden Verfahren zu den Eignungskriterien nochmals umfassend äussern.

3.

3.1 In der Sache begründen die BVB den Ausschluss der Rekurrentin vom Vergabeverfahren in der angefochtenen Verfügung damit, dass ihr Angebot nicht den geforderten Eignungskriterien entspreche.

3.1.1 Die BVB beziehen sich dabei darauf, dass im Teil D1 «Angaben der Anbieterin» in Ziffer 3 von der Anbieterin der Nachweis von zwei Referenzaufträgen mit einem Auftragsvolumen von jeweils mindestens CHF 300'000.– pro Jahr (exkl. MWST) verlangt worden sei. Ihre Abklärung habe ergeben, dass der von der Rekurrentin genannte Referenzauftrag 1 gemäss Ziffer 3.1 im Teil D1 dieses Auftragsvolumen nicht erreicht habe. Die BVB beziehen sich dabei auf einen Auszug der Rechnung C_____ für das Massnahmenprojekt [...]. Der nachgewiesene Referenzauftrag 2 der Rekurrentin gemäss Ziffer 3.2 im Teil D1 weise zwar ein hohes Auftragsvolumen aus. Ihre Abklärungen hätten aber ergeben, dass es sich dabei nur in einem sehr kleinen Umfang um elektrische Schienenstossschweissungen im innerstädtischen Tramnetz handle, für welche das Auftragsvolumen explizit abgefragt worden sei. Der weitaus grösste Teil betreffe gemäss ihren Abklärungen alle Leistungen der Objektbewirtschaftung bei der [...] wie betrieblichem und baulichem Unterhalt, Reinigung, Schleifen, Inspektionen, Krampen, Wartung, Messen, Reprofilieren, Reinigen, Entwässerung und Spülung. Aus diesen Gründen müsse das Angebot ausgeschlossen werden.

3.1.2 Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist daher die Frage, ob die Rekurrentin mit ihren beiden Referenzen die Eignungskriterien erfüllt. In den Ausschreibungsunterlagen wurde von den BVB in Konkretisierung der Ziffern 3.7 und 3.8 der Ausschreibung in Teil D1 gemäss Ziff. 3 bezüglich der «Eignungsnachweise Unternehmung» folgender, mit Referenzaufträgen zu erbringender Nachweis verlangt: «Nachweis von mindestens zwei ausgeführten, abgeschlossenen und vergleichbaren Referenzaufträgen der Anbieterin für ein Unternehmen im deutschsprachigen Raum in den letzten 5 Jahren. Der Auftrag wurde erfolgreich abgeschlossen. Die Referenzaufträge müssen die Erfahrung mit Schienenverbindungsschweissen an innerstädtischen Tramanlagen aufweisen. Das Auftragsvolumen exkl. MwSt, je Referenzauftrag muss CHF 300'000.– pro Jahr übersteigen (siehe Ziffern 3.1, 3.2 und 3.3).»

3.2 Mit ihrem Rekurs macht die Rekurrentin zunächst geltend, diese Eignungsnachweise erbracht zu haben.

3.2.1 Sie ist der Auffassung, dass ihre beiden Referenzaufträge den in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen nicht weiter erläuterten Nachweis ohne weiteres erfüllen würden. Sie bezieht sich dabei zunächst auf den als Referenzauftrag 1 angegebenen Auftrag «[...]», bei welchem im Zeitraum von

April [...] bis Juli [...] bestehende Schienen an Tramanlagen der BVB ersetzt worden sind. Sie habe dabei das Schweissverfahren des elektrischen Schienenverbindungsschweissens angewandt und somit ihre Erfahrung mit elektrischem Schienenverbindungsschweissen an innerstädtischen Tramanlagen nachgewiesen. Dabei habe die Auftragssumme CHF [...] für einen Zeitraum von weniger als einem Jahr betragen und somit das verlangte Mindest-Auftragsvolumen von CHF 300'000.– pro Jahr überstiegen. Weiter verweist sie auf den nach erfolgter Mitteilung, dass die BVB lediglich Referenzaufträge mit elektrischen Schienenverbindungsschweissungen akzeptierten, nachgewiesenen Referenzauftrag 2 «Gesamtunterhalt [...]» mit einem Auftragsvolumen von CHF [...]. Im Rahmen dieses Auftrags habe sie Unterhaltsarbeiten an Tramanlagen der [...] ausgeführt. Dabei habe es sich um Tramanlagen mit vielen Rillenschienen und praktisch gleichen Unterhalts- oder Umbauprojekten wie bei den BVB (u.a. betreffend Komplexität und Arbeiten unter Zeitdruck) gehandelt. Sie habe im Rahmen dieses Auftrags das Schweissverfahren des elektrischen Schienenverbindungsschweissens angewandt. Mit dem neuen Referenzauftrag 2 habe sie somit ebenfalls Erfahrung mit elektrischem Schienenverbindungsschweissen an innerstädtischen Tramanlagen nachgewiesen. Die Auftragssumme übersteige das verlangte Mindest-Auftragsvolumen von CHF 300'000.– pro Jahr deutlich.

3.2.2 Die Rekurrentin führt weiter aus, dass im Rahmen der Ausschreibung formulierte Eignungskriterien so auszulegen und anzuwenden seien, wie sie von den Anbietenden aufgrund des gewählten Wortlauts in guten Treuen und im herkömmlichen Sinne verstanden werden konnten und mussten. Die von der Vergabestelle gewählte Formulierung in den Ausschreibungsunterlagen lasse bei einer Auslegung nach Treu und Glauben einzig den Schluss zu, dass die Referenzaufträge ein Gesamt-Auftragsvolumen von mehr als CHF 300'000.– pro Jahr aufweisen müssten. Es hätten Anhaltspunkte gefehlt, wonach hinsichtlich des verlangten Auftragsvolumens der Referenzaufträge nicht die Aufträge als Ganzes angesprochen worden seien. Soweit tatsächlich ein bestimmtes Volumen an «Schienenverbindungsschweissen» hätte verlangt werden wollen, so hätte dies ausdrücklich festhalten werden müssen, was unterblieben sei. Eine solche Vorgabe sei unüblich und zur Überprüfung der Eignung der Anbieterinnen sachlich nicht angezeigt, weshalb mit einer so engen Auslegung nicht habe gerechnet werden müssen. Zur Überprüfung, ob eine Anbieterin das anzuwendende Schweissverfahren technisch beherrsche und die fachliche Qualifikation mitbringe, genüge die Prüfung, ob sie damit Erfahrung und dieses bereits erfolgreich angewandt habe. Es gebe keine sachlichen Gründe, diesbezüglich eine volumenmässige Mindestmenge zu verlangen. Schweissen sei technisch nicht besonders komplex und auch elektrisches Schweissen sei nicht komplexer als andere Schweissverfahren wie namentlich das aluminium-thermische Schweissen. Die Anforderung eines Mindest-Auftragsvolumens sei lediglich zur Überprüfung der wirtschaftlichen, finanziellen und/oder organisatorischen Leistungsfähigkeit der Anbieterinnen sinnvoll. Vorliegend könnten die BVB mit der Überprüfung, ob eine Anbieterin bereits bei Aufträgen mit einem Mindest-Volumen von CHF 300'000.– pro Jahr die Schweissarbeiten ausgeführt habe, namentlich überprüfen, ob die Anbieterin organisatorisch und personell in der Lage sei, die Schweissarbeiten zeitlich während der vorgegebenen (Nacht-)Schichten auszuführen, d.h. insbesondere über genügend Mitarbeitende verfüge. In diesem Sinne habe die Rekurrentin die Vorgabe denn auch verstanden. Inwiefern mit dem verlangten Auftragsvolumen die fachliche Leistungsfähigkeit überprüft werden könne, sei nicht ersichtlich. Sie sei ohne weiteres in der Lage, das Ausschreibungsvolumen zu bewältigen, tätige sie doch allein für die [...] ein

Volumen von rund CHF [...] pro Jahr im Bereich des aluminium-thermischen Schweissens und von deutlich über CHF [...] im elektrischen Auftragsschweissen. Sie beschäftige rund [...] Schweissmeister, die u.a. auch elektrisches Schweissen beherrschten.

3.2.3 Schliesslich stellt sich die Rekurrentin auf den Standpunkt, dass die BVB nachträglich eine Verschärfung respektive eine äusserst enge Auslegung der Eignungskriterien vorgenommen hätten, was unzulässig sei. Nachdem bereits die nachträgliche Verschärfung der Anforderungen an die Referenzaufträge, indem allein Erfahrung mit elektrischem Schienenverbindungsschweissen verlangt worden sei, problematisch gewesen sei, finde die Forderung nach Referenzaufträgen mit einem Volumen an elektrischen Schienenverbindungsschweissarbeiten von mehr als CHF 300'000.– keine Stütze in den Ausschreibungsunterlagen und sei daher unzulässig. Das Eignungskriterium in der Auslegung der Vorinstanz führe zu einer Unterbindung des Wettbewerbs und einer Zementierung der aktuellen Marktverhältnisse. Würden tatsächlich zwei Referenzaufträge verlangt, welche elektrisches Schienenverbindungsschweissen mit einem Volumen von mehr als CHF 300'000.– pro Jahr im deutschsprachigen Raum und während der letzten fünf Jahre aufweisen müssten, werde der Wettbewerb in unzulässiger Weise eingeschränkt, da bestenfalls eine Anbieterin diese Anforderung erfüllen könne. Solche Aufträge in einem gewissen Volumen würden in der deutschsprachigen Schweiz neben den BVB nur von den Verkehrsbetrieben Zürich (VBZ) ausgeschrieben. Das Streckennetz der [...] sei nur 12,7 km lang. Es könnten daher nur in sehr beschränktem Umfang Referenzaufträge gewonnen werden. Die Beigeladene sei die aktuelle Dienstleisterin wohl der BVB wie auch der VBZ. Sie hege aber Zweifel, ob selbst die Beigeladene ein jährliches Auftragsvolumen ausschliesslich mit elektrischen Schienenschweissarbeiten nachweisen könnte. Die Auslegung des Eignungskriteriums führe daher dazu, dass kein Restwettbewerb mehr bestehe. Auch aus diesem Grund sei ihr Ausschluss unzulässig. Da die Rekurrentin im Zeitpunkt der Ausschreibung davon ausgegangen sei, die ausgeschriebenen Eignungskriterien zu erfüllen, habe sie keinen Anlass gehabt, die Ausschreibung anzufechten oder eine Rüge zu den Anforderungen an die Referenzaufträge vorzubringen. Es sei nicht erkennbar gewesen, dass die BVB die Anforderungen an die Referenzaufträge im Nachhinein strenger handhaben würden als in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegeben.

3.3 Die BVB halten mit ihrer Vernehmlassung daran fest, dass die Rekurrentin die verlangten Referenzaufträge nicht nachgewiesen habe. Beim Referenzauftrag 1 habe die Rekurrentin als Subunternehmerin elektrische Schienenstossschweissungen vorgenommen. Bauherrin dieses Projekts seien die BVB selbst gewesen. Entsprechend liege ihr die Abrechnung über sämtliche für dieses Projekt erbrachte Leistungen der Auftraggeberin vor. Das Auftragsvolumen habe gemäss ihrer eigenen Überprüfung bei CHF [...] gelegen und habe das verlangte Volumen von CHF 300'000.– folglich nicht erreicht, wofür auch eine Bestätigung des damaligen Auftraggebers vorliege. Die Überprüfung des ursprünglich von der Rekurrentin nachgewiesenen Referenzauftrags habe ergeben, dass er sich auf «SRZ AT-Schweissungen» bezogen und damit keinen vergleichbaren Referenzauftrag gebildet habe. Auch beim nachgereichten, zweiten Referenzauftrag betreffend das Referenzobjekt Gesamtunterhalt [...] mit einem Auftragsvolumen von CHF [...] habe die Referenzauskunft ergeben, dass der Umfang der Schweissarbeiten der Rekurrentin «eher klein» gewesen sei und sich auf ein paar elektrische Schienenstossschweissungen im Rahmen von Couponwechsel sowie zwei Schienenkopfverschweissmassnahmen als

Notmassnahmen bei Schienenbrüchen beschränkt habe. Gemäss Auskunft der Auftraggeberin habe sich das Auftragsvolumen bei ca. CHF [...] bewegt. Entgegen der Auffassung der Rekurrentin sei der verlangte Nachweis sehr wohl erläutert worden. Es seien «vergleichbare» Referenzaufträge und damit klarerweise Referenzaufträge im Bereich des elektrischen Schienenstossschweissverfahrens verlangt worden. Einerseits habe sich dies aus dem Preisblatt (Teil D2 der Ausschreibungsunterlagen) ergeben, in dem sich alle zu bepreisenden Positionen explizit auf elektrisches Schweißen bezogen hätten. Andererseits habe sich dies sehr klar aus Ziff. 3.4 Teil D1 der Ausschreibungsunterlagen ergeben, wonach Maschinen und Qualifikationen von Mitarbeitenden nachzuweisen seien, die sich ausschliesslich auf das elektrische Schienenschweißen zu beziehen hätten. Bei der Festlegung des erforderlichen Auftragsvolumens der Referenzaufträge dürfe sich die Vergabestelle ohne Weiteres am Umfang der ausgeschriebenen Leistung orientieren, zumal die Referenzaufträge gerade dazu dienen sollten, den Nachweis zu erbringen, dass die Anbieterin in der Lage ist, einen Auftrag in dieser Art und diesem Umfang zu erfüllen. Es sei daher vorliegend sachlich geboten gewesen, dass die Vergabestelle zur Vergabe eines Rahmenvertrags für elektrische Schweissarbeiten mit einem Volumen von mindestens CHF 500'000.– p.A. von den Anbietenden als Eignungskriterium den Nachweis von Referenzaufträgen über bereits erbrachte elektrische Schweissarbeiten im Umfang von CHF 300'000.– p.A. verlange. Damit wolle sie in technischer und organisatorischer Hinsicht sicherstellen, dass eine Anbieterin, mit der eine mehrjährige Zusammenarbeit stattfinden solle, bereits in anderen Projekten erfolgreich derart grosse Kapazitäten mit der betreffenden Schweissttechnik bewältigt hat, zumal elektrische Schweißen entgegen der unrichtigen Darstellung der Rekurrentin komplexe technische Fertigkeiten verlange. Weitere Aspekte der fachlichen Leistungsfähigkeit seien durch die Abfrage weiterer Kriterien (Teil D, Ziffern 1-3) geprüft worden. Die Formulierung der Anforderungen an den Referenzauftrag führe daher klar zum Schluss, dass vorliegend ein Volumen von je CHF 300'000.– an Schweissarbeiten verlangt worden sei. Es wäre geradezu unsinnig, wenn eine Anbieterin die vorliegende Referenz auch erfüllen könnte, weil sie im Rahmen eines umfangreichen Auftrags bei einem Trambetrieb neben zahlreichen anderen Arbeiten zu einem kleinen Teil auch noch Schweissarbeiten erbracht hat. Aufgrund der Eingabe von Referenzen, welche das verlangte Auftragsvolumen klarerweise nicht erreichten, vermute die Vergabestelle, dass sich die Rekurrentin zu wenig sorgfältig mit den Anforderungen des Eignungskriteriums auseinandergesetzt habe. Es könne keine Rede von einer nachträglichen Verschärfung der Anforderungen betreffend das Auftragsvolumen sein. Hätte die Rekurrentin diesbezüglich Zweifel gehabt, so hätte sie sich mit einer entsprechenden Frage, etwa im Rahmen der Fragerunde, an die Vergabestelle wenden können. Im Übrigen hätte die Rekurrentin das verlangte Auftragsvolumen auch dann nicht erfüllen können, wenn sie berechtigt gewesen wäre, auch Referenzaufträge mit aluminium-thermischem Schweißen anzugeben. Schliesslich bestreitet die Rekurrentin die geltend gemachte, unzulässige Einschränkung des Wettbewerbs durch das strittige Eignungskriterium. Sie vermische den in der international erfolgten Ausschreibung als Vorgabe definierten «deutschsprachigen Raum» mit der «deutschsprachigen Schweiz». Nur schon eine kurze Internetabfrage zeige, dass in der Schweiz, in Deutschland und in Österreich zahlreiche grosse Anbieter für Schienenschweissarbeiten existieren würden, die auf den Strassenbahn-Netzen der genannten Länder zweifellos entsprechende Referenzaufträge realisiert hätten. Tatsächlich habe auch eine deutsche Anbieterin ein Angebot eingereicht, welches aufgrund verspäteter Einreichung aber nicht habe zugelassen werden können. Die Prüfung der Referenzaufträge sei bei allen Anbieterinnen nach demselben Massstab und in

korrekter Weise erfolgt. Da die Rekurrentin die Anforderungen an die Referenzaufträge wie von den BVB vorliegend dargestellt habe verstehen müssen, hätte sie bereits die Ausschreibung anfechten müssen.

3.4 Mit ihrer Replik rügt die Rekurrentin eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots und macht geltend, bei gleich strenger Auslegung des streitgegenständlichen Eignungskriteriums hätte auch die Beigeladene den Eignungsnachweis nicht erfüllt. In den Ausschreibungsunterlagen sei in Teil D1, S. 7 verlangt worden, dass mit den Referenzaufträgen Erfahrung mit «Schienenverbindungsschweissen» an innerstädtischen Tramanlagen nachgewiesen werden müsse. Schienenverbindungsschweissen und Schienenstossschweissen seien Synonyme, es werde aber nicht verlangt, dass es sich dabei um «elektrisches» Schienenverbindungsschweissen gehandelt haben müsse. Werde nun mit der Vergabestelle aus dem Umstand, dass sich die ausgeschriebene Leistung auf das elektrische Schienenstossschweissen beziehe, die Referenzaufträge entsprechend ausgelegt, so habe auch die Beigeladene diese Anforderung erfüllen müssen. Demgegenüber spreche die Vergabestelle verschiedentlich davon, dass ein Umfang von je CHF 300'000.– an «elektrischen Schweissarbeiten» pro Jahr verlangt worden seien. Solche umfassten aber nicht nur elektrisches Schienenverbindungsschweissen, sondern auch andere elektrische Schweisstechiken, wie etwa das elektrische Auftragschweissen. Soweit bei der Beigeladenen auch solche Arbeiten berücksichtigt worden wären, wäre dies klar unzulässig und würde eine Ungleichbehandlung mit ihr bedeuten. Es bestehe daher der begründete Verdacht, dass die Vergabestelle die Anforderungen an den Eignungsnachweis mit den Referenzaufträgen bei der Rekurrentin strenger gehandhabt habe.

3.5 Duplicando haben die BVB diesen Verdacht als unbegründet bestritten und Bestätigungen von Referenzpersonen eingereicht, welche belegten, dass die von der Beigeladenen angegebenen Referenzaufträge elektrisches Schienenverbindungsschweissen zum Gegenstand hätten.

3.6 Bezugnehmend auf die Duplik hält die Rekurrentin mit ihrer Triplik daran fest, dass sie überzeugt sei, dass die Beigeladene nicht über zwei Referenzaufträge verfüge, die ein Volumen von CHF 300'000.– pro Jahr an elektrischem Schienenverbindungsschweissen aufweise. Die BVB würden lediglich davon sprechen, dass die von der Beigeladenen angegebenen Referenzaufträge elektrisches Schienenverbindungsschweissen «zum Gegenstand» hätten. Ob die von der Beigeladenen angegebenen Referenzaufträge ein Volumen von je CHF 300'000.– pro Jahr an elektrischem Schienenverbindungsschweissen aufweisen würden, adressierten die BVB nicht. Auch die von den BVB als Beilage zur Duplik eingereichten nachträglichen Bestätigungen von Referenzpersonen würden anscheinend lediglich bestätigen, dass während einem Zeitraum von drei Jahren (2020 bis 2022) «Stossschweissungen» – das heisst nicht nur elektrische Stossschweissungen – mit einer Auftragssumme von insgesamt CHF 1'150'000.– unter Einschluss der im «Zusammenhang stehenden Zusatzleistungen» erfolgt sind. Dies bekräftige die Vermutung der Rekurrentin, dass auch die Beigeladene den Eignungsnachweis gemäss strenger, markteinschränkender Auslegung der BVB – welche bei der Rekurrentin angewendet worden sei – nicht erfülle.

4.

4.1 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). Die Vergabebehörde ist an die ausgeschriebenen Eignungskriterien gebunden (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 588, 628; VGE VD.2022.271 vom 9. Februar 2023 E. 2.4, VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 2.1, VD.2011.66 vom 4. November 2011). Dabei kommt der Vergabebehörde sowohl bei der Wahl und Formulierung wie auch bei der Beurteilung von Eignungskriterien ein grosses Ermessen zu (BGE 141 II 14 E. 7.1 S. 36). Das Ermessen der Behörde bei der Beurteilung von Eignungskriterien wird aber durch die Randbedingungen, wie sie in der Ausschreibung formuliert worden sind, begrenzt. Wenn die Vergabebehörde bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, so handelt sie vergaberechtswidrig (VGE VD.2022.271 vom 9. Februar 2023 E. 2.4, VD.2016.175 vom 16. Dezember 2016 E. 3.1, VD.2014.263 vom 17. Juni 2015 E. 2.5, VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 4.4.1; BVGer B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.2.3, B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 608, 611). Das Verwaltungsgericht greift diesbezüglich nur dann ein, wenn die Vergabebehörde das ihr bei der Beurteilung der Erfüllung der Eignungskriterien zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht hat und in diesem Sinn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (BGE 125 II 86 E. 6 S. 98 f.; BGer 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 1.5; VGE VD.2022.271 vom 9. Februar 2023 E. 2.4, VD.2020.192 vom 12. Mai 2021 E. 2.2.5).

4.2

4.2.1 Strittig ist zunächst die Auslegung des in Teil D1 Ziff. 3 als Teil der «Eignungsnachweise Unternehmung» verlangten Nachweises von Referenzaufträgen. Es wurde wörtlich was folgt festgehalten: «Nachweis von mindestens zwei ausgeführten, abgeschlossenen und vergleichbaren Referenzaufträgen der Anbieterin für ein Unternehmen im deutschsprachigen Raum in den letzten 5 Jahren. Der Auftrag wurde erfolgreich abgeschlossen. Die Referenzaufträge müssen die Erfahrung mit Schienenverbindungs-schweissen an innerstädtischen Tramanlagen aufweisen. Das Auftragsvolumen exkl. MwSt, je Referenzauftrag muss CHF 300'000.– pro Jahr übersteigen (siehe Ziffern 3.1, 3.2 und 3.3)». Wie die Rekurrentin zutreffend ausführt, ist dieses Eignungskriterium so auszulegen und anzuwenden, wie es von den Anbietenden in guten Treuen verstanden werden konnte und musste. Dabei kommt es auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen nicht an (BGE 141 II 14 E. 7.1 S. 35 f., BGer 2C_576/2022 vom 3. August 2023 E. 4.3, 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., S. 242 f.). Zu beachten ist dabei aber gleichwohl der grosse Ermessens- und Beurteilungsspielraum, über den die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien verfügt, und den die Rechtsmittelinstanz nach dem Gesagten nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen darf (vgl. Art. 16 IVöB; BGer 2D_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2 mit Hinweis; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., S. 238 N 557, S. 241 f. N 564 f., mit Hinweis auf die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (BGE 141 II 14 E. 7.1, BGer 2C_576/2022 vom 3. August 2023 E. 4.3, 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1). Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt

verbreitet oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist.

4.2.2 Indem die Vergabestelle den Nachweis von «vergleichbaren Referenzaufträgen» verlangt hat, nahm sie Bezug auf die ausgeschriebene Dienstleistung, mit welcher der Vergleich zu erfolgen hat. Die mit dem Betreff «Stossschweissungen 2023 – 2028» titulierte Ausschreibung zielte auf den Abschluss eines Rahmenvertrags über die Durchführung von Schienenschweiss- und Schienenschleifarbeiten an den Gleisanlagen der BVB gemäss den Bestimmungen der Submissionsunterlagen (Ausschreibung Ziff. 2.6). Dieser Rahmenvertrag regelte gemäss Teil B: Vorgesehene Vertragsurkunde «den Abruf und die Leistungserbringung von Schienenstossschweissungen (inkl. Schleifarbeiten)». Gemäss den Ausschreibungsunterlagen Teil A: Bestimmungen zum Vergabeverfahren Ziff. 1.3 diente die Ausschreibung «der Beschaffung von Dienstleistungen zur Durchführung von Schienenschweissarbeiten an den Gleisanlagen der BVB», wobei «die genauen Anforderungen und weitere Spezifikationen [...] im Teil C Lastenheft umschrieben» worden sind. Auch dieser Teil C: Lastenheft – Leistungsbeschreibung bezog sich weiter auf Schweissarbeiten. Vor diesem Hintergrund ist die von der Vergabestelle vorgenommene Auslegung der verlangten Referenzaufträge, mit welcher das vorausgesetzte Auftragsvolumen auf Schweissarbeiten bezogen worden ist, gerade auch unter Berücksichtigung des grossen Ermessens- und Beurteilungsspielraums der Vergabestelle bei der Anwendung von Eignungskriterien, nachvollziehbar. Sie überzeugt auch aufgrund des Sinn und Zwecks des verlangten Eignungserfordernisses, mit welchem die Fähigkeit, Aufträge von der Art der ausgeschriebenen Dienstleistung auszuüben, unter Beweis gestellt werden soll, weshalb die dies bestreitenden Ausführungen der Rekurrentin an der Sache vorbeigehen. Die technischen Fähigkeiten der Anbietenden beim ausgeschriebenen Schienenstossschweissen sind bloss ein Teil der Eignungsvoraussetzung und werden im Übrigen auch mit dem Praxistest als Zuschlagskriterium geprüft. Mit den Referenzaufträgen sollte darüber hinaus auch die betriebliche Fähigkeit, Schienenstossschweissaufträge in der ausgeschriebenen Grössenordnung zu erfüllen, belegt werden. Dies ist nur möglich mit dem Nachweis von Referenzaufträgen, die sich auf die gleiche Dienstleistung bezogen haben und in diesem Sinne vergleichbar sind. Daraus folgt, dass die Rekurrentin die Voraussetzung gemäss dem Eignungskriterium gemäss Teil D1 Ziffer 3.1 der Ausschreibungsunterlagen unabhängig davon, welche Art von Schweissarbeiten verlangt werden, nicht erfüllt.

4.3 Soweit die Rekurrentin mit ihrem Rekurs die Rechtswidrigkeit dieser Auslegung der Anforderungen an die verlangten Referanzaufträge geltend macht, erfolgen ihre Rügen verspätet.

4.3.1 Eine Partei, welche ungenügende oder diskriminierende Ausschreibungskriterien rügen möchte, muss gemäss konstanter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts grundsätzlich bereits vorweg die Ausschreibung anfechten und kann damit nicht bis zu einer für sie ungünstigen Zuschlagsverfügung zuwarten (vgl. VGE VD.2018.64 vom 25. September 2018 E. 2.2, VD.2015.133 vom 8. Dezember 2015 E. 3.1, VD.2015.132 vom 30. November 2015 E. 2.4.1, VD.2015.83 vom 19. August 2015 E. 3, VD.2014.263 vom 17. Juni 2015 E. 2.8, VD.2014.135 vom 23. Oktober 2014 E. 2.4.1, VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013 E. 5.3; 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. 559 ff., 606). Ein

Anbieter, der eine Unregelmässigkeit in der Ausschreibung feststellt, ist nach Treu und Glauben verpflichtet, diese der Vergabestelle sofort zur Kenntnis zu bringen und sie zu rügen. Dies gilt auch dann, wenn sich die Rüge auf die Ausschreibungsunterlagen bezieht (vgl. ZöBL, in: Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 53 N 20). Er kann daher in einem späteren Rekursverfahren gegen den Zuschlag auf der Grundlage der gerügten Ausschreibungsbedingungen zumindest dann mit der entsprechenden Rüge ausgeschlossen werden, wenn ihm die gerügte Unregelmässigkeit bereits früher bekannt gewesen ist oder bei Beachtung gehöriger Sorgfalt hätte bekannt gewesen sein müssen (BGE 130 I 241 E. 4.3 S. 246 f.; VGE VD.2019.77 vom 25. September 2019 E. 1.3.1, VD.2018.64 vom 25. September 2018 E. 2.2). Dabei dürfen aber aufgrund des Zeitdrucks, der beschränkten Rechtskenntnisse der Anbietenden sowie der Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren bezüglich der Geltendmachung von Mängeln der Ausschreibung keine strengen Anforderungen gestellt werden (vgl. BGE 141 II 307 E. 6.7 S. 316). Ob eine solche Rüge verspätet erfolgt ist, beurteilt sich danach, ob aufgrund der gesamten Umstände nach Treu und Glauben Anlass zu einer früheren Rüge bestanden hat (VGE VD.2019.77 vom 25. September 2019 E. 1.3.1, VD.2017.211 vom 4. Juli 2018 E. 2.4.1, VD.2015.219 vom 18. April 2016 E. 2.5; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 1258).

4.3.2 Vorliegend erscheint die Auslegung, dass sich «vergleichbare Referenzaufträge» auf Schweissarbeiten beziehen, aufgrund der gesamten Ausschreibung nach dem Gesagten naheliegend. Soweit die Rekurrentin diesbezüglich eine unzulässige Einschränkung des Wettbewerbs hätte rügen wollen, hätte sie dies, allenfalls nach vorgängiger Klärung der Anforderungen an die verlangten Referenzaufträge im Gespräch mit der Vergabestelle, mittels einer Anfechtung der Ausschreibung geltend machen müssen. Gerade eine solche unverzügliche Klärung der Anforderungen und eine darauf erfolgende unmittelbare Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen erscheint auch nach Treu und Glauben und der daraus fließenden Verpflichtung zu einem loyalen und vertrauenswürdigen Verhalten im Rechtsverkehr (vgl. EPINEY, in: Basler Kommentar, Basel 2015, Art. 5 BV N 73) geboten. Dies gilt umso mehr, als die BVB sich mit Bezug auf das Eignungskriterium gemäss Teil D1 Ziff. 3.1 mit E-Mail vom 23. Juni 2023 zur Klärung ihrer Angaben an die Rekurrentin gewandt haben. Dabei hat die Rekurrentin das angegebene Auftragsvolumen korrigiert und angegeben, jeweils als Subunternehmen «für das Schweißen» zuständig gewesen zu sein (Rekursbeilage 7, act. 3; Vernehmlassungsbeilage 2a, act. 8). In der Folge hat sie Angaben zu Referenzaufträgen eingereicht, bei denen in der Rubrik «kurze Beschreibung des Auftrags und der erbrachten Leistungen» «bestehende Schiene ersetzt, elektrisches Schienenstossschweißen (60R1 Schiene)» respektive «Unterhaltsarbeiten [...], Elektrisches Schienenstossschweißen, Auftragsschweißen» angegeben worden ist. Bereits daraus wird deutlich, dass auch der Rekurrentin klar gewesen sein musste, dass die Referenzaufträge sich auf Schweissarbeiten haben beziehen müssen. Wenn ihr dabei der erforderliche Umfang der Schweissarbeiten bei Aufträgen, welche auch sonstige Schienenunterhaltsarbeiten umfasst haben, unklar gewesen sein sollte, so hätte sie nach dem Gesagten aufgrund der gesamten Umstände Anlass zu entsprechenden Rückfragen gehabt.

4.3.3 Das Gleiche muss auch für die Rüge gelten, wonach sachliche Gründe für die verlangte volumenmässige Mindestmenge der Referenzaufträge mit Bezug auf reine Schweissarbeiten fehlten. Auch diese Rüge hätte gegen die Ausschreibung erhoben werden müssen und erscheint daher verspätet.

4.4 Nach dem Gesagten fehlt auch der Rüge, wonach die Vergabestelle nachträglich eine Verschärfung der Eignungskriterien vorgenommen haben soll, die Grundlage.

4.5 Schliesslich bestehen auch keine Anhaltspunkte für eine rechtsungleiche Anwendung des Eignungskriteriums gemäss Teil D1 Ziffer 3.1 der Ausschreibungsunterlagen durch die Vergabestelle. Mit den eingereichten Referenzauskünften zu den von der Beigeladenen nachgewiesenen Referenzaufträgen haben die BVB belegt, dass diese den Nachweis von zwei Aufträgen mit dem verlangten Auftragsvolumen bezüglich der ausgeschriebenen Schweissarbeiten erbracht hat. Soweit die Rekurrentin daran triplicando Zweifel äussert, ist ihr entgegenzuhalten, dass beide Referenzpersonen der Beigeladenen sogar ausdrücklich bestätigt haben, dass sich die Schweissarbeiten der Beigeladenen auf das *elektrische* Schienenverbindungs- bzw. Stossschweissen im geforderten Umfang bezogen hätten. Dabei durften die BVB die Auftragssumme mit den wesensgemäss verbundenen Nebenleistungen, welche mit den Stossschweissarbeiten zusammenhängen, berücksichtigen, zumal solche ebenfalls Gegenstand der vorliegenden Ausschreibung gebildet haben und daher Teil eines vergleichbaren Referenzauftrages sind. Dass dies bei der Prüfung der Referenzen der Rekurrentin strenger gehandhabt wurde, wird zu Recht nicht behauptet (vgl. etwa Auszug der Rechnung C_____ für das Massnahmenprojekt [...], vom 2. August [...] unter Pos. 651).

5.

Daraus folgt, dass der Rekurs abzuweisen ist. 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) unter Berücksichtigung des Interessewerts der Sache mit einer Gebühr von CHF 8'000.– zu tragen. Die Kosten werden mit dem Kostenvorschuss der Rekurrentin von CHF 8'000.– verrechnet. Da sich die Beigeladene am vorliegenden Verfahren nicht beteiligt hat, sind ihr keine Kosten zu ersetzen. Soweit die anwaltlich vertretenen BVB eine Parteientschädigung an sie zu Lasten der Rekurrentin beantragen wollten, wäre dieser Antrag abzuweisen, da laut § 30 Abs. 1 Satz 3 VRPG zu Gunsten der Vorinstanz und der ursprünglich verfügenden Behörde keine Parteientschädigungen zugesprochen werden (VGE VD.2019.238 vom 31. März 2020 E. 2, VD.2015.133 vom 8. Dezember 2015 E. 6).

Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht (Dreiergericht):

://: Der Rekurs wird abgewiesen.

Die Rekurrentin trägt die Kosten des Rekursverfahrens mit einer Gebühr von CHF 8'000.–, einschliesslich Auslagen. Die Kosten werden mit dem Kostenvorschuss der Rekurrentin von CHF 8'000.– verrechnet.

Mitteilung an:

- Rekurrentin
- Basler Verkehrs-Betriebe
- Beigeladene

APPELLATIONSGERICHT BASEL-STADT

Der Gerichtsschreiber

Dr. Nicola Inglese

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.

