

A1 13 351

URTEIL VOM 14. MÄRZ 2014

**Kantonsgericht Wallis
Öffentlichrechtliche Abteilung**

Es wirken mit: Jean-Pierre Zufferey, Präsident, Jean-Bernard Fournier und Thomas Brunner, Richter, sowie Dr. Nadja Schwery, Gerichtsschreiberin,

in Sachen

X_____ **AG**, vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. A_____ und B_____

gegen

STAATSRAT DES KANTONS WALLIS

Y_____ **AG**

(Arbeitsvergabe)

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid vom 25. September 2013.

Sachverhalt

A. Die Luftseilbahn C_____, welche vom Kanton verwaltet wird, ist veraltet (Baujahr 1951), die Transportkapazität ist angesichts des Verkehrsandrangs ungenügend und es besteht ein Risiko (Überbeanspruchung der mechanischen Anlagen). Deshalb hat die Dienststelle für Strassen, Verkehr und Flussbau (DSVF) des Departements für Verkehr, Bau und Umwelt (DVBU) für die Totalerneuerung der Bahn die Projektbegleitung und die Bauleitung im Einladungsverfahren ausgeschrieben. Die Ausschreibungsunterlagen wurden am 15. März 2013 den 5 ausgewählten Unternehmen zugestellt. Mit zwei E-Mails vom 25. März 2013 wurden den Unternehmen Zusatzinformationen sowie die Zuschlagskriterien (40 % Preis, 15 % Know-how, 25 % Verfügbarkeit, 10 % Qualität des Dossiers, 5 % Interesse und 5 % Zertifizierung) bekannt gegeben. Bei der Offertöffnung vom 6. Mai 2013 wurden 4 Eingänge mit Preisen zwischen Fr. 146 232.-- und Fr. 1 220 400.-- registriert.

B. Anhand der Berechnungstabelle des Preiskriteriums wurde die Benotung der Preise durch die Dienststelle vorgenommen (Beleg 14 des Ordners der Vergabestelle). Die Benotung der Preise wurde in die Gesamtbewertungstabelle eingefügt und mit den übrigen Bewertungskriterien vervollständigt (Beleg 15 des Ordners der Vergabestelle). Auf Grund dieser Tabelle und des Berichtes des DSVF vom 28. August 2013 (Beleg 16 des Ordners der Vergabestelle) sprach der Staatsrat auf Vorschlag des Departements den Auftrag am 25. September 2013 zum offerierten Preis von Fr. 248 572.80 der Y_____ AG (Zuschlagsempfängerin) zu. Die Verfügungen wurden am 1. Oktober 2013 den Anbietern schriftlich eröffnet und der Vergabeentscheid wurde im Amtsblatt Nr. 40 vom 4. Oktober 2013 publiziert. Am 4. Oktober 2013 bestätigte die X_____ AG per E-Mail den Erhalt der Vergabeverfügung und sie forderte die Bekanntgabe der wesentlichen Gründe für die Absage. Gleichentags wurde ihr ein Auszug der Bewertungsliste ihrer Offerte und derjenigen der Zuschlagsempfängerin sowie eine Begründung der Wahl übermittelt (Belege 20 und 21 des Ordners der Vergabestelle). Dabei wurde mitgeteilt, dass die Vergabestelle mit der Zuschlagsempfängerin Erfahrung im Seilbahnbereich habe, da dieses Büro bereits verschiedene Kleinmandate auf der Anlage durchgeführt habe und diese daher kenne. Zudem sei die Verfügbarkeit des Ansprechpartners wichtig und dessen Bereitschaft, regelmässig vor Ort anwesend zu sein, von Bedeutung.

C. Gegen den Vergabeentscheid vom 25. September 2013 erhob die X_____ AG (Beschwerdeführerin) am 14. Oktober 2013 Verwaltungsgerichtsbeschwerde bei der öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts und stellte folgende Begehren:

- „1. Der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen.
 2. Es sei der Vergabeentscheid des Staatsrates des Kantons Wallis vom 25. September 2013 aufzuheben, und es sei
 - festzustellen, dass die Beschwerdeführerin das wirtschaftlich günstigste Angebot offeriert hat und es sei ihr daher der Zuschlag zu erteilen;
 - allenfalls die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen;
- alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge.“

Die Beschwerdeführerin rügte, die Zuschlagsverfügung sei unvollständig, weil der Name der Zuschlagsempfängerin und die Tabelle der Angebotsbewertung fehle. Zudem sei die Zuschlagsverfügung ungenügend begründet und es sei nicht erkennbar, weshalb die Zuschlagsempfängerin in vier von sechs Kriterien besser bewertet worden sei. Mit dem Angebotspreis von Fr. 146 232.-- habe sie „das mit Abstand günstigste Angebot“ eingereicht. Wenn die Vergabestelle den „Ausreisser“ mit Fr. 1 220 400.-- mitberücksichtige, führe dies zu einem willkürlichen Bewertungsergebnis. Es könne nicht angehen, dass sie beim Kriterium Preis die Note 6 und die Zuschlagsempfängerin noch die Note 5.35 erhalte. Es sei die Preiskurve bzw. die Preismatrix offen zu legen. Sie verfüge über mehr Know-How als die Zuschlagsempfängerin und habe eine wesentlich längere Referenzliste, weshalb ihre Note 5 gegenüber der Höchstnote 6 der Zuschlagsempfängerin beim Kriterium Know-How nicht gerechtfertigt sei. Die Begründung der Zusammenarbeit in der Vergangenheit dürfe nicht herangezogen werden. Sie werde als ausserkantonale Anbieterin diskriminiert, wenn sie beim Kriterium Verfügbarkeit die Note 4.5 erhalte und damit um eine ganze Note schlechter gestellt werde als die Zuschlagsempfängerin. Sie könne im Bedarfsfall kurzfristig, d. h. in der Regel am nächsten Werktag, vom Kanton D_____ her vor Ort anwesend sein. Die Vergabestelle habe mit keinem Wort begründet, wieso sie punkto Qualität des Dossiers nur die Note 5 und die Zuschlagsempfängerin die Note 6 erhalten habe.

D. Die Beschwerde wurde am 15. Oktober 2013 an den Staatsrat (Vergabestelle) und die Zuschlagsempfängerin zur Vernehmlassung weitergeleitet mit dem Hinweis, dass alle Vollziehungsvorkehren (insbesondere der Vertragsabschluss betreffend die Arbeitsvergabe) zu unterlassen seien, bis über das Gesuch um aufschiebende Wirkung entschieden sei. Der Staatsrat beantragte in seiner Vernehmlassung vom 20. November 2013 die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde, sofern darauf eingetreten werde. Gleichzeitig hinterlegte er eine Stellungnahme der DSVF vom 12. November

2013 und die Akten mit einem Belegverzeichnis. Vorab machte der Staatsrat geltend, dass die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu spät eingereicht und somit die Beschwerdefrist nicht eingehalten worden sei, so dass darauf nicht einzutreten sei. In der E-Mail vom 4. Oktober 2013 seien die wesentlichen Gründe der Nichtberücksichtigung und die Tabelle der Angebotsbewertung bekannt gegeben worden, so dass den gesetzlichen Anforderungen von Art. 34 Abs. 2 und Abs. 3 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Juni 2003 (VöB; SGS/VS 726.100) genüge getan sei. In der Eingabe der DSVF vom 12. November 2013 sei ausführlich zu den Bewertungen Stellung genommen worden, so dass eine allfällige Verletzung des Gehörsanspruchs geheilt worden wäre. In dieser Stellungnahme wird geltend gemacht, es handle sich beim vorliegenden Verfahren um eine Dienstleistung auf nationaler Ebene zu einem geschätzten Betrag von ca. Fr. 237 600.--, weshalb das Einladungsverfahren gewählt worden sei. In der Auswertungstabelle seien bei den Kriterien „Unterbegriffe“ aufgeführt worden, wobei es sich nicht um Unterkriterien handeln würde. Diese einzelnen „Unterbegriffe“ seien auch nicht separat gewertet worden. Das Preis-Kalkulationssystem basiere auf einer offenen Preiskurve. Es beinhalte einen Abweichungsgrad von 20 %, der in der Berechnung des theoretischen Angebots mitspiele. Das Mittel aller Angebote erhalte die Note 4 und das günstigste Angebot die Note 6. Es bestehe kein Anlass, den „Ausreisser“ oder das tiefste Angebot vom Verfahren auszuschliessen. Die direkte Erfahrung mit einer Firma biete die Möglichkeit, auf ihr Know-how zu schliessen, was bei der Bewertung berücksichtigt werden könne. Bei der Komplexität des Projektes könnten zahlreiche Probleme nur vor Ort besprochen werden. Die Beschwerdeführerin habe der Präsenz vor Ort zu wenig Bedeutung beigemessen, was sich bei der Bewertung der Verfügbarkeit niederschlage. Bei der Bewertung der Qualität des Dossiers hätten sich widersprüchliche und unklare Darlegungen der Beschwerdeführerin bei deren Benotung niedergeschlagen. Das ISO 9001 zertifizierte Unternehmen habe klare Vorteile gegenüber dem internen Qualitätsmanagementsystem der Beschwerdeführerin.

E. Nach der Akteneinsichtnahme reichte die Beschwerdeführerin am 16. Dezember 2013 eine Replik ein und hielt ihre Rechtsbegehren aufrecht. Die am 1. Oktober 2013 versandte Verfügung sei am 3. Oktober 2013 bei ihr eingetroffen und der letzte Tag der zehntägigen Beschwerdefrist sei ein Sonntag (13. Oktober 2013) gewesen, so dass die Frist am Montag, den 14. Oktober 2013, geendet und somit eingehalten worden sei. Die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung und weshalb sie in vier von sechs Kriterien schlechter bewertet worden sei als die Zuschlagsempfängerin, seien ihr in der E-Mail vom 4. Oktober 2013 nicht mitgeteilt worden. Auch in der Stellungnahme

der DSVF vom 12. November 2013 sei die schlechtere Einstufung mangelhaft begründet worden. Das Preis-Kalkulationssystem sei in der Ausschreibung nicht offengelegt worden, was eine willkürliche Bewertung ermöglicht habe. Ohne Berücksichtigung des „Ausreissers“ hätten sie beim Preiskriterium die Note 6 und die Zuschlagsempfängerin nur die Note 4.4 erhalten. Es gehe nicht an, dass die Vergabebehörde die Erfahrungen mit der Zuschlags-empfängerin berücksichtige. Dies stelle ohnehin einen Ausschlussgrund dar. Die Referenzen der Zuschlagsempfängerin würden sich nur auf den baulichen Teil der Anlagen oder auf Plangenehmigungen im Umweltbereich beziehen. Es treffe nicht zu, dass eine ständige Präsenz vor Ort wichtig sei. Die Vergabebehörde liefere keine sachlichen Gründe für eine unterschiedliche Bewertung beim Kriterium der Qualität des Dossiers. Zusammenfassend hält die Beschwerdeführerin fest, dass bei ihr keine Einsparungen auf Kosten der Qualität gemacht würden. Sie verfüge über ein selbstentwickeltes EDV-Programm für Seilbahnrechnungen. Dies erlaube es ihr, eine herstellerunabhängige Planung zu gewährleisten, was für eine neutrale Ausschreibung eigentlich unabdingbar sei.

Die Vergabestelle verzichtete am 7. Januar 2014 auf eine weitere Stellungnahme. Es wurden keine weiteren Rechtsschriften eingereicht. Die Zuschlagsempfängerin hat sich nicht vernehmen lassen.

Weitere Sachverhaltsdarstellungen, Parteibehauptungen sowie Begründungen sind, soweit rechtlich von Bedeutung, in den nachfolgenden Erwägungen aufgeführt.

Erwägungen

1. Der Entscheid des Staatsrats vom 25. September 2013 ist eine Verfügung im Sinne von Art. 15 des Gesetzes betreffend den Beitritt des Kantons Wallis zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 8. Mai 2003 (GIVöB; SGS/VS 726.1) und damit auch gemäss Art. 5 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (VVRG; SGS/VS 172.6), gegen die innert 10 Tagen beim Kantonsgericht Beschwerde eingereicht werden kann (Art. 16 GIVöB; Art. 15 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 [IVöB; SGS/VS 726.1]). Die Vergabestelle ist eine Auftraggeberin im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. a GIVöB und sie hat das Einladungsverfahren nach Art. 11 GIVöB gewählt. Das GIVöB und die VöB

sind vorliegend anwendbar. Zu den Eintretensvoraussetzungen ist festzuhalten, was folgt:

1.1 Die Beschwerdeführerin liegt preislich an erster Stelle und ist als Adressatin der Verfügung vom 25. September 2013 in ihrer Rechtsstellung betroffen. Sie ist somit durch die angefochtenen Anordnungen berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung, so dass sie nach Art. 80 Abs. 1 lit. a und 44 VVRG zur Beschwerdeführung legitimiert ist.

1.2 Die Vergabestelle macht geltend, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei verspätet eingereicht worden, so dass darauf nicht einzutreten sei (Beschwerdeantwort vom 20. November 2013 Ziff. 2.2.2 S. 2).

1.2.1 Gemäss Art. 16 Abs. 2 GIVöB muss eine Beschwerde innert 10 Tagen seit Eröffnung der Verfügung beim Kantonsgericht eingereicht werden. Die kantonalen Vorschriften des Submissionsrechts enthalten keine Regeln über den Fristenlauf. Gemäss Art. 15 f. GIVöB sind die Bestimmungen des VVRG ergänzend anzuwenden. Entsprechend Art. 15 Abs. 1 VVRG wird bei der Berechnung der Frist der Tag, an dem sie zu laufen beginnt, nicht mitgezählt. Die Frist endet um Mitternacht des letzten Tages. Abs. 2 dieser Bestimmung hält u. a. fest, dass die vom Bundesrecht festgesetzten Tage als Feiertage gelten (lit. a). Art. 20 Abs. 3 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) hält nun fest: Ist der letzte Tag einer nach Tagen berechneten Frist ein Samstag, ein Sonntag oder ein vom Bundesrecht oder vom kantonalen Recht anerkannter Feiertag, so endet die Frist am nächstfolgenden Werktag. Die Gleichstellung der Samstage mit anerkannten Feiertagen hinsichtlich des Fristenlaufs ergibt sich auch aus Art. 1 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1963 über den Fristenlauf an Samstagen (SR 173.110.3). Durch diese Regelung wird gewährleistet, dass eine Frist stets an einem Arbeitstag abläuft (vgl. auch Art. 5 des Europäischen Übereinkommens vom 16. Mai 1972 über die Berechnung von Fristen [SR 0.221.122.3]; Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Bern 2008, N. 42 zu Art. 20 VwVG). Gleiches ergibt sich auch aus Art. 78 Abs. 1 OR (Art. 15 Abs. 4 VVRG).

1.2.2 Die angefochtene Verfügung wurde der Beschwerdeführerin am 1. Oktober 2013 uneingeschrieben zugestellt und ist bei dieser mangels gegenteiligen Beweises am 3. Oktober 2013 zugegangen. Die 10-tägige Frist zur Einreichung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde hat am folgenden Tag, also am 4. Oktober 2013, zu laufen begonnen (Art. 15 Abs. 1 VVRG). Der letzte Tag der Frist fiel auf Sonntag, den 13. Oktober 2013,

so dass die Beschwerdefrist unter Berücksichtigung der Regelung über den Fristenlauf an Samstagen und Sonntagen am darauffolgenden Montag, den 14. Oktober 2014, endete (Art. 15 Abs. 4 VVRG). Die am 14. Oktober 2013 in E_____ aufgegebenen Beschwerde wurde somit fristgerecht eingereicht. Auf die im Übrigen formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (Art. 80 Abs. 1 lit. c und Art. 48 VVRG).

1.3 Das Gericht hat sämtliche Akten der Vergabebehörde beigezogen sowie alle eingereichten Belege zu den Akten genommen. Den Beweismittelanträgen der Beschwerdeführerin ist damit Genüge getan.

2. Aus Art. 16 IVöB resp. Art. 16 GIVöB leitet das Kantonsgericht in ständiger Rechtsprechung ab, dass die Beschwerdeinstanz nicht von Amtes wegen eine angefochtene Verfügung auf allfällige Sachverhaltsmängel oder Rechtswidrigkeiten überprüft, sondern dass vom Beschwerdeführer im Einzelnen darzulegen ist, inwiefern die Verfügung mangelhaft sein soll (Urteil des Kantonsgerichts A1 11 155 vom 15. März 2012 E. 2). Zudem steht den Vergabebehörden bereits bei der Festlegung der für den Zuschlag massgeblichen Kriterien, dann aber auch bei deren Gewichtung und Bewertung, ein erheblicher Ermessensspielraum zu (ZBI 99/2000 S. 267; Urteil des Bundesgerichts 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 1.4; Urteil des Kantonsgerichts A1 02 168 vom 26. März 2003). Solange ihre Überlegungen mit den zu beachtenden Vorschriften in Einklang stehen und objektiv nachvollziehbar erscheinen, greift das Gericht nicht ein, da es lediglich eine Kontrolle von Rechtsverletzungen vornehmen kann, die sich beim Ermessen auf die Überschreitung oder den Missbrauch beschränken muss und die Angemessenheit nicht einbeziehen kann (BGE 125 II 86 E. 6; Urteil des Bundesgerichts 2P.85/2001 vom 6. Mai 2002 E. 3.2).

3. Die Beschwerdeführerin stellte den Antrag, dass ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen sei (Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 14. Oktober 2013 S. 2). In seiner Verfügung vom 15. Oktober 2013 bestimmte das Kantonsgericht, dass alle Beteiligten sämtliche Vollziehungsvorkehren, insbesondere der Vertragsabschluss betreffend die Arbeitsvergabe, zu unterlassen hätten. Mit dem vorliegenden materiellen Entscheid wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

4. Die Beschwerdeführerin rügte vorab, die Zuschlagsverfügung sei unvollständig. Wenn das Angebot des Zuschlagsempfängers nicht das preisgünstigste sei, habe die Verfügung abgesehen vom Namen der Zuschlagsempfängerin und dem Zuschlagsbetrag die Tabelle der Angebotsbewertung zu enthalten. Diese Tabelle habe sie erst

nachträglich erhalten. Zudem sei die Zuschlagsverfügung ungenügend begründet und es sei aus der E-Mail vom 4. Oktober 2013 nicht erkennbar, weshalb die Zuschlagsempfängerin in vier von sechs Kriterien besser bewertet worden sei.

4.1 Gemäss Art. 13 lit. h IVöB haben die Kantone in ihren Ausführungsbestimmungen die Mitteilung und die kurze Begründung des Zuschlages zu regeln. Der Zuschlag ist eine Verfügung, welche mindestens den Namen des Zuschlagsempfängers und den Zuschlagsbetrag enthalten muss (Art. 34 Abs. 1 und Abs. 3 VöB). Eine eigentliche Begründungspflicht ist grundsätzlich nicht vorgesehen und die Vergabebehörde ist auch nur dann zur Bekanntgabe der wesentlichen Gründe der Nichtberücksichtigung verpflichtet, wenn der Anbieter eine entsprechende Anfrage stellt (Art. 34 Abs. 2 VöB). Die Begründungspflicht ergibt sich jedoch aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich 2013, N. 1249 f.).

Die Begründungspflicht der Behörde als Bestandteil des rechtlichen Gehörs ist im Beschaffungswesen durch das positive Recht einschränkender als sonst im allgemeinen Verwaltungsrecht geregelt. Diese Einschränkung hält aber vor den minimalen Garantien, die die Bundesverfassung gewährleistet, stand (Urteile des Bundesgerichts 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 3.1 und 2P.173/2003 vom 9. Dezember 2003 E. 2.5). Durch die Begründung der Vergabestelle soll der nicht berücksichtigte Bewerber nachvollziehen können, weshalb er den Zuschlag nicht erhalten und bei welchen Kriterien er Abzüge zu gewärtigen hat (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau WBE.2011.246 vom 25. Juni 2012 E. 6.3.2). Gemäss Rechtsprechung des Kantongerichts genügt grundsätzlich die Zustellung der Gesamtübersicht aller Bewerbungen mit allen einzelnen Kriterien, um der Begründungspflicht hinreichend Rechnung zu tragen (Urteil des Kantonsgerichts A1 11 128 vom 18. November 2011 E. 3.2). Dieses Transparenzgebot findet sich auch in Art. 34 Abs. 3 VöB wieder, wonach für den Fall, dass das Angebot des Zuschlagsempfängers nicht das preisgünstigste ist, die Vergabeverfügung neben dem Namen des Zuschlagsempfängers und dem Zuschlagsbetrag auch zwingend die Tabelle der Angebotsbewertung enthalten muss, die mindestens die Zuschlagskriterien und eventuellen Unterkriterien, deren Gewichtung sowie die Noten des Zuschlagsempfängers und des Verfügungsadressaten bzw. die Klassierung des Verfügungsadressaten beinhalten muss.

4.2 Vorliegend stellte die Vergabebehörde der Beschwerdeführerin am 1. Oktober 2013 die Zuschlagsverfügung mit dem Namen der Zuschlagsempfängerin und dem Zuschlagsbetrag zu. Mit der summarischen Begründung am 4. Oktober 2013 unter

gleichzeitiger Zustellung der Bewertungstabelle (der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin) teilte ihr die Vergabestelle mit, warum ihr Angebot nicht berücksichtigt werden konnte. Vor diesem Hintergrund gelangt das Kantonsgericht zum Schluss, dass die Vergabestelle die Begründungspflicht bzw. den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör nicht verletzt hat.

4.3 Zudem könnte eine Verletzung des rechtlichen Gehörs im Beschwerdeverfahren geheilt werden. Voraussetzung hierfür ist, dass die Vergabestelle im Rahmen des Beschwerdeverfahrens eine hinreichende Begründung nachliefert bzw. die Beschwerdeführerin Einsicht in die fraglichen Akten nehmen und sich hierzu äussern kann (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 1250 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; ZWR 2000, S. 45).

Die Vergabestelle hat in der Beschwerdeantwort vom 20. November 2013 und in der Stellungnahme der DSVF vom 12. November 2013 eine weitergehende Begründung sowie sämtliche sachrelevanten Akten, insbesondere auch die Bewertung aller Angebote, hinterlegt. Die Beschwerdeführerin konnte in die Akten Einsicht nehmen und im Rahmen des ihr eingeräumten Replikrechts zur Begründung sowie zu den Akten Stellung nehmen (vgl. Eingabe vom 16. Dezember 2013). Vor diesem Hintergrund wäre eine Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt anzusehen. Eine Aufhebung der Vergabeverfügung wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs rechtfertigt sich daher nicht.

5. Die Beschwerdeführerin machte weiter geltend, die Offerten-Auswertungstabelle beinhalte auch Unterkriterien, welche ihr nicht bekannt gegeben worden seien. Zudem sei das Preis-Kalkulationssystem in der Ausschreibung nicht offengelegt worden, was der Vergabestelle eine willkürliche Bewertung ermöglicht habe (Replik vom 16. Dezember 2013 S. 4 f.).

5.1 Die IVöB schreibt in Art. 13 lit. f vor, dass die kantonalen Ausführungsbestimmungen geeignete Zuschlagskriterien vorgeben sollen, die den Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot gewährleisten. Art. 2 VöB statuiert, welche Angaben die Ausschreibungsunterlagen mindestens enthalten müssen. Gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. k VöB geben die Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien mit Angabe ihrer Gewichtung bekannt. Das Bundesgericht hat in BGE 125 II 86 ff. (= Praxis 1999, Nr. 105, S. 571 ff.) Regeln hinsichtlich der Verpflichtung der Vergabestelle zur Bekanntgabe der Zuschlagskriterien und ihrer Rangfolge oder relativen Bedeutung aufgestellt. Die Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens verfolge insbesondere den wesentli-

chen Zweck, die Transparenz der Vergabeverfahren zu verbessern, um einen wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern zu gewährleisten und eine sparsame Verwendung der öffentlichen Mittel zu ermöglichen. Die Transparenz sei eine unverzichtbare Bedingung zur Kontrolle der Rechtsbefolgung und der richtigen Abwicklung der Verfahren (BGE 130 I 241 E. 5.1; 125 II 86 E. 7c; zum Grundsatz der Transparenz vgl. auch Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, N 218-222; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N 846 ff.). Die Vergabebehörde sei daher - so das Bundesgericht - verpflichtet, alle Zuschlagskriterien, die sie bei der Bewertung der Angebote berücksichtigen werde, zum Voraus und in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzuzählen; zumindest sei die relative Wichtigkeit, die sie jedem der Kriterien beizumessen gedenke, deutlich zu präzisieren. Da die Formulierung des Art. 13 lit. f IVöB vage sei und den Vergabestellen folglich einen beträchtlichen Ermessensspielraum überlasse, bestehe ansonsten eine Gefahr der Ermessensüberschreitung oder des Ermessensmissbrauchs seitens des betreffenden öffentlichen Gemeinwesens (125 II 86 E. 7c; Urteil des Kantonsgerichts A1 13 287 vom 15. November 2013 E. 5.1).

5.1.1 Auf Grund der Gesetzesbestimmungen sowie gestützt auf die Rechtsprechung und Lehre ist erforderlich, dass alle Zuschlagskriterien im Verfahren festgelegt werden. Der Detaillierungsgrad dieser Kriterien ergibt sich aus den Erfordernissen, die das betreffende Projekt an den Unternehmer stellt. Im Interesse der Rechtssicherheit und der Transparenz ist es geboten, dass die Zuschlagskriterien für die konkrete Vergabe unter Einschluss ihrer Gewichtung und allfälliger Subkriterien bereits in den Ausschreibungsunterlagen präzise definiert werden (Peter Gauch/Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, S. 23 Ziff. 11.2, Fn. 89; Urteil des Kantonsgerichts A1 13 287 vom 15. November 2013 E. 5.1.1). Es gilt der Grundsatz, dass alles Zuschlagsrelevante zum Voraus mit der Ausschreibung festgelegt und den Offerenten zur Kenntnis gebracht werden soll. Die Spielregeln dürfen danach nicht mehr geändert werden, damit Gewähr für eine willkürfreie Vergabe im öffentlichen Beschaffungswesen besteht (vgl. Peter Gauch/Hubert Stöckli, a.a.O., S. 24, Ziff. 11.3). Gleichzeitig ist festzuhalten, dass die Vergabebehörde bei der Auswertung und Bewertung der eingegangenen Offerten notwendigerweise einen auf Fachkenntnis beruhenden Beurteilungsspielraum auszufüllen hat, in den das Gericht nicht eingreifen kann (vgl. dazu Francesco Bertossa, Der Beurteilungsspielraum, Bern 1984, S. 83 ff.; René Rhinow, Vom Ermessen im Verwaltungsrecht: eine Einladung zum Nach- und Umdenken (2. Teil), in recht 1983, S. 88 f.). Dieser Einschränkung der Beurteilungsbefugnis der Rechtsmittelbehörde ist Rechnung zu tragen.

5.1.2 Im vorliegenden Fall kann festgestellt werden, dass die gesetzlichen Anforderungen an die Ausschreibung einer Arbeitsvergabe erfüllt sind. Die Vergabestelle hatte sowohl die einzelnen Zuschlagskriterien wie auch deren Gewichtung bereits im Voraus mit E-Mails vom 25. März 2013 bekannt gegeben. Bei der Bewertung der Offerten hatte die Vergabestelle keine zusätzlichen Subkriterien verwendet, die nach dem Transparenzgebot ebenfalls bereits in der Ausschreibung hätten angeführt werden müssen. Denn Lehre und Rechtsprechung anerkennen, dass das Transparenzgebot keine vorgängige Bekanntgabe von Unterkriterien oder Kategorien verlangt, welche bloss der Konkretisierung der publizierten Zuschlagskriterien dienen (Urteil des Bundesgerichts 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 2.1.1; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 849). Aus dieser Praxis folgert das Bundesgericht, dass ein Beschwerdeführer mit Bezug auf ein bestimmtes Subkriterium dartun müsse, dass dieses nicht bloss ein Hauptkriterium verfeinere, sondern einen eigenständigen Charakter habe und daher zum Voraus hätte bekannt gegeben werden müssen, andernfalls auf die Rügen nicht eingetreten würde (Urteil des Bundesgerichts 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 2.1.1 in fine; ZWR 2004 S. 52 E. 3; Urteil des Bundesgerichts 2P.6/2006 vom 31. Mai 2006 E. 4.1 mit Verweis auf BGE 130 I 241 E. 5.1 und 125 II 86 E. 7c.). Ähnlich wie im vorgenannten Bundesgerichtsentscheid 2P.111/2003 unterlässt es die Beschwerdeführerin auch vorliegend, darzutun, weshalb die Unterkriterien nicht bloss eine Verfeinerung des Kriteriums, sondern neue Kriterien darstellen sollten. Zu prüfen bleibt hingegen, ob das Transparenzgebot überdies verlangt, dass bereits mit der Ausschreibung den Submittenten die für die Auswertung der Offerten verwendete Benotungsskala bekannt gegeben wird.

5.2 Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, aus den Erwägungen des Entscheides BGE 125 II 86 ff. folge, dass den Bewerbern die eigentliche Bewertungsmatrix, auf deren Grundlage die Beurteilung der Angebote erfolge, bekannt zu geben sei. Die Beurteilungsmatrix darf jedoch nicht mit der Benotungsskala verwechselt werden. In der Praxis wird das Gesamtsystem von Zuschlags- und Unterkriterien samt der festgelegten Gewichtung für jedes Kriterium Beurteilungsmatrix genannt (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N 847). Dem kantonalen und auch dem übergeordneten Recht lässt sich keine Pflicht zur Bekanntgabe der Benotung in den Ausschreibungsunterlagen entnehmen. In einem Urteil forderte das Verwaltungsgericht des Kantons Waadt, dass die Vergabebehörde den Bewerbern - entsprechend dem Grundsatz der Transparenz - zum Voraus eine Beurteilungsmatrix bekannt zu geben hat, sofern die Matrix auf die betreffende Vergabe Anwendung finden soll; andererseits wird die Bekanntgabe der Notenskala, die verwendet wird, um die Kriterien zu beurtei-

len, nicht verlangt (Urteil des Verwaltungsgerichts Waadt vom 4. Juni 2002, E. 3 b/bb, zitiert in Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, N 450; vgl. auch BR 2001, S. 67, S14). Bisher ist aber aus dem Transparenzgebot weder von Lehre noch Praxis eine allgemeine Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe von detaillierten Benotungsskalen abgeleitet worden. Einzig dann, wenn die Vergabebehörde bereits im Zeitpunkt der Ausschreibung ein Schema mit festen prozentualen Gewichtungen (konkret) formuliert und festgelegt hat, das sie für die Bewertung der Offerten auch anzuwenden gedenkt, muss sie dieses im Voraus publizieren (BGE 130 I 241 E. 5.1; Urteile des Bundesgerichts 2P.231/2003 vom 28.1.2004 E. 2.3; 2P.299/2000 vom 24.8.2001 E. 2c; vgl. auch BVR 2004 S. 348 E. 2.2).

5.2.1 Überdies ist festzuhalten, dass den Vergabestellen mit der Benotungsskala zweifellos ein gewisser Beurteilungsspielraum zusteht. Vordergründig wäre es somit zumindest aus Sicht der Anbieter wünschenswert, dass auch die Benotungsskala bereits im Voraus bekannt zu geben ist. Dies würde die Transparenz des Beschaffungsgeschäfts verbessern. Bei einer öffentlichen Beschaffung stehen aber in jeder Phase die Interessen verschiedener Beteiligter auf dem Spiel. Oft stehen sie in einem gewissen Gegensatz zueinander. Aufgabe des Gesetzgebers und der rechtsanwendenden Organe muss es dabei sein, einen gerechten Ausgleich zu schaffen (René Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel 1998, S. 401). Eine Aufhebung dieses Ermessensspielraums würde der Zweckvorgabe des Vergaberechts, die öffentlichen Mittel wirtschaftlich einzusetzen, zuwiderlaufen. Selbstredend muss aber die Bewertung der Angebote in sachlich haltbarer und nachvollziehbarer Weise erfolgen. Die Bewertung muss die nachgefragte Leistung und den Preis widerspiegeln. Ein verwendetes Bewertungs- und Benotungssystem muss sachlich haltbar sein und auf alle Anbietenden in gleicher Weise und nach gleichen Massstäben angewendet werden. Die Bewertungsmethode darf auch nicht zu Ergebnissen führen, welche die bekannt gegebene Gewichtung der Zuschlagskriterien verwischt oder gar umkehrt. Erfolgt die Gewichtung in dem Sinne, dass die bei den einzelnen Kriterien erreichten Punkte mit einem Faktor entsprechend der Gewichtung des Kriteriums multipliziert werden, so ist darauf zu achten, dass bei allen Kriterien die gleiche harmonisierte Punkteskala verwendet wird. Andernfalls wird die durch die Faktoren ausgedrückte Gewichtung durch ein mathematisch nicht korrektes Verfahren unterlaufen (Elisabeth Lang, Eignungs- und Zuschlagskriterien, in Tagungsunterlagen Baurecht Universität Freiburg zur Vergabetagung 02; Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 28. Juni 2006 E. 5). Die Anwendung eines sachlich nicht haltbaren Benotungssystems durch die Vergabebehörde bedeutete somit Ermessensmissbrauch, der einer gerichtli-

chen Kontrolle zugänglich ist (Urteil des Kantonsgerichts A1 13 287 vom 15. November 2013 E. 5.2.2).

5.2.2 Somit kann festgehalten werden, dass die Forderung nach grösstmöglicher Transparenz einerseits und andererseits das Ziel des Vergaberechts, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu eruieren und eine diesem Erfordernis gerecht werdende Beurteilung der Offerten zu ermöglichen, in einem unlösbaren Widerspruch stehen. Obwohl die Zuschlagskriterien im Voraus bekannt zu geben sind, lässt das Vergabeprinzip des "wirtschaftlich günstigsten Angebots" den Vergabebehörden einen noch immer erheblichen Ermessensspielraum (Peter Gauch/Hubert Stöckli, a.a.O., N. 11.4). Bereits die vorgeschriebene (vorgängige) Bekanntgabe der Zuschlagskriterien bindet die Auftraggeberin. Je enger die publizierten Zuschlagskriterien gefasst sind, desto geringer ist die spätere Entscheidungsfreiheit der Auftraggeberin, was unter dem Gesichtspunkt einer für sie wirtschaftlich günstigen Vergabe nachteilig sein kann. Diese Nachteile sind jedoch der Preis für die angestrebte Rechtssicherheit und Transparenz und aus diesem Grunde hinzunehmen (Peter Gauch/Hubert Stöckli, a.a.O., N. 11.3). Würde man die Vergabe in ein noch engeres und unpraktikables Korsett zwingen, so könnte umso mehr die Befürchtung eintreffen, dass die Vergabebehörden es zunehmend vorziehen, einfach den "billigsten" statt den "günstigsten" Offerenten zu wählen. Aus all den Erwägungen ergibt sich, dass einer Ausweitung des Transparenzprinzips in der Weise, dass auch die Benotungsschlüssel im Voraus zu publizieren sind, insbesondere das vorrangige Ziel des Vergaberechts, die öffentlichen Mittel wirtschaftlich einzusetzen, entgegensteht. Im Weiteren würde eine solche Ausweitung des Transparenzprinzips auch dem Gleichbehandlungsgrundsatz und der Wettbewerbsförderung widersprechen. Die Tatsache, dass die Vergabebehörde nur die Zuschlagskriterien (und nicht die Benotungsskala) im Voraus publiziert hat, verstösst nicht gegen das Transparenzgebot.

5.3 Bei der Preiskalkulation zeigt die Praxis, dass zahlreiche Methoden im Zusammenhang mit der Bewertung des Preises bestehen. Der Vergabebehörde kommt ein grosses Ermessen zu (nicht nur bei der Wahl der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung, sondern auch bei der Bewertung). So fällt auch die konkrete Ausgestaltung der Preiskurve in das (weite) Ermessen der Vergabebehörde (Urteil des Bundesgerichts 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 3.3 mit Hinweis; Urteil des Kantonsgerichts A1 10 267 vom 7. Oktober 2011 E. 4.1). Zur Bewertung des Preiskriteriums lassen sich gemäss Lehre und Rechtsprechung folgende Grundregeln aufstellen (vgl. BR 2002, S. 75 f.): Das Bewertungsschema muss vor dem Eingang der Offerten und nicht im

Hinblick auf ein bestimmtes Resultat erstellt werden (1), für alle Angebote ist die gleiche Bewertungsmethode anzuwenden (2), der Notenfächer muss für den Preis gleich sein wie bei den andern Kriterien (3), die preislich tiefste Offerte muss auch die höchste Note erhalten (4) und die Preisdifferenzen sollen sich auch in der Note widerspiegeln (5) (Denis Esseiva, Les problèmes liés au prix, in BR Sonderheft Vergaberecht 2004 S. 33 f.; ZWR 2004 59 E. 5.1; Urteil des Kantonsgerichts A1 10 267 vom 7. Oktober 2011 E. 4.1). Die Rechtsprechung hat die oben genannten Grundsätze dahingehend konkretisiert, dass die Bewertung oder Benotung des Preiskriteriums die tatsächlich in Frage kommende Bandbreite möglicher Werte zu berücksichtigen hat (sog. "realistische Preiskurve"; vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 21. April 2004, VB 2003.00469, E. 2.2 und 2.5). Es reicht nicht aus, wenn das tiefste Angebot die beste Note erhält, vielmehr muss auch der Abstand zu den übrigen Angeboten in der Benotung Berücksichtigung finden. Des Weiteren ist grundsätzlich die Bewertungsmethode von der Vergabebehörde so zu wählen, dass die bekannt gegebene Gewichtung auch tatsächlich zum Tragen kommt (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 914). Mittels gewählter Bewertungsmethode ist die Gewichtung des Preises nicht derart abzuschwächen, dass letztendlich die Gewichtung "ausgehobelt" wird. Mit dem Gebot, die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung im Voraus bekannt zu geben, ist selbstverständlich untrennbar die Forderung verbunden, diese Kriterien in der angegebenen Gewichtung bei der Bewertung und Vergabe dann auch tatsächlich anzuwenden (BGE 129 I 313 E. 9.2; Urteil des Kantonsgerichts A1 13 287 vom 15. November 2013 E. 6.1 bestätigt durch das Urteil des Bundesgerichts 2C_1196/2013 vom 21. Februar 2013 E. 2; Urteil des Kantonsgerichts A1 09 107 vom 31. Juli 2009 E. 4.7).

5.3.1 Diese Anforderungen an die Preisbewertung sind vorliegend erfüllt. Der Preis sollte nach der Ausschreibung mit 40 % Gewicht in das wirtschaftlich günstigste Angebot einfliessen. Die konkrete Umsetzung dieses vorgegebenen Bewertungskriteriums wurde von der Behörde nicht im Voraus bekannt gegeben und ist von der Beschwerdeführerin im Vergabeverfahren auch nicht verlangt worden. Indem die Beschwerdeführerin die Ausschreibung nicht angefochten und eine Offerte eingereicht hat, sind ihre Rügen grundsätzlich verwirkt (BGE 130 I 241 E. 4.3). Die Vergabebehörde ging bei der Preisbewertung von einem Mittelwert aller eingereichten Offerten aus. Ein diesem Preis entsprechendes Angebot erhielt die Note 4 (= Fr. 462 800.--) und ein um 20 % tieferes bildet das „theoretische Angebot“ (= Fr. 370 240.--). Pro Fr. 158 284.-- wurde ein Punkt vergeben. Das tiefste Angebot der Beschwerdeführerin (= Fr. 146 232.--) erhielt die Maximalnote 6 und das um rund 70 % höhere Angebot der Zuschlagsempfän-

gerin (= Fr. 248 573.--) erhielt die Note 5.35. Die Behörde hat das Schema der Beurteilung gewählt, das von Dienststellen des Kantons jeweils benutzt wird und nicht im Hinblick auf ein Resultat erstellt wurde (vgl. auch Urteil des Kantonsgerichts A1 07 183 vom 18. Januar 2008 E. 7.5). Die Dienststelle für Strassen, Verkehr und Flussbau wendet die Methode, wonach 20 % vom Mittelwert abgezogen wird, seit mehreren Jahren an. Es wurde für alle Angebote die gleiche Methode benutzt und bei allen Kriterien der gleiche Notenfächer (6 – 0) angewandt. Das preislich tiefste Angebot hat auch die höchste Punktezahl erhalten.

5.3.2 Die Wiedergabe der Preisdifferenzen in Punkten oder Noten hängt von der Preisbewertungskurve ab. Je flacher diese ist, umso weniger wirken sich die Unterschiede aus. Die Bewerber haben keinen Anspruch auf ein bestimmtes Bewertungsmuster. Insbesondere kann nicht verlangt werden, dass die preislich billigste Offerte auch das Maximum der Gesamtbenotung erhalten muss, sondern einzig, dass sie am meisten Punkte unter dem Kriterium Preis erhält, was vorliegend der Fall ist. Es ist vertretbar, einem theoretischen Idealangebot die Maximalpunktzahl zu erteilen und dieses als Ausgangspunkt zu wählen (D. Esseiva, a.a.O., S. 34 Ziff. 6a mit Hinw.; ZWR 2004 S. 59 f. E.5.1). Andererseits hat die Rechtsprechung eine Preisbewertung, welche die Noten nach Rängen verteilte und so der Preisdifferenz zu wenig Bedeutung zumass, als unzulässig erachtet (Urteil des Bundesgerichts 2P.136/2006 vom 30. November 2006 E. 3 ff.). Ebenfalls als untauglich wurde eine Bewertungsmethode taxiert, bei der auf Grund eines Mittelwertes und einer darauf abgestützten Unter- und Obergrenze die Punkte verteilt wurden mit der Folge, dass sich Preisunterschiede gerade bei den interessantesten (weil qualitativ besten) Angeboten kaum in Punkten niederschlagen konnten, weil die Hälfte von ihnen unter der Bewertungsuntergrenze lag (Urteil des Bundesgerichts 2C_412/2007 vom 4. Dezember 2007 E. 3.3). Eine Preisbewertungsskala, bei welcher die Bewertungsobergrenze beim Doppelten des billigsten Angebots lag und die einem um 50 Prozent teureren Angebot immer noch die Hälfte der maximalen Punktzahl zuteilte, wurde ebenso als nicht mehr zulässig angesehen, weil durch diese sehr flach ausgestaltete Skala das Gewicht des Preises als Zuschlagskriterium zu sehr abgeschwächt wurde (Urteil des Bundesgerichts 2P.230/2006 vom 5. März 2007 E. 4.2), was einer Verletzung des Grundsatzes der Transparenz gleich kam.

5.3.3 In der Tat wird das angesprochene Problem erkennbar, wenn die wichtigsten Methoden zur Benotung der Preise in der Westschweiz miteinander verglichen und dargestellt werden, welche einsehbar sind unter <http://www.vd.ch/themes/economie/marches-publics/guide-romand/westschweizer-leitfaden/> und hier unter dem Anhang

„T5 - Präsentation anderer Preisbenotungssysteme“. Die Formel gemäss dem Westschweizer Leitfaden für die Vergabe öffentlicher Aufträge, die zu einer flachen Preiskurve führt, wurde vom Bundesgericht zwar kritisch beleuchtet, aber - für sich allein genommen - ausdrücklich als zulässig erklärt; erst in Kumulation mit einer äusserst schwachen Gewichtung des Preises von lediglich 20 % wurden die Ergebnisse als inakzeptabel erachtet (BGE 129 I 313 E. 9.2; Urteil des Bundesgerichts 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 3.2 f.). So könne man sich gemäss Bundesgericht fragen, ob die verwendete Punkteskala, bei welcher ein Angebot, das eineinhalb Mal so teuer sei wie das billigste, immer noch die Hälfte der zu verteilenden Punkte erhalte, zweckmässig sei. Angesichts der Bedeutung, welche die Vergabebehörde dem Preis als Zuschlagskriterium mit einer Gewichtung von 60 % geben wollte, wäre nach dem Bundesgericht wohl eine etwas steilere Preiskurve vorzuziehen gewesen. Dies trotz der Gefahr, dass allenfalls massiv teurere Offerten, ungeachtet der zwischen ihnen bestehenden Preisunterschiede, allesamt keine Punkte mehr erhalten hätten; es erscheine nicht grundsätzlich unzulässig, wenn bei der Bewertung von Angeboten, die viel teurer als das billigste sind, hinsichtlich des Preises nicht mehr differenziert werden könne. Nachdem aber im Rechtsmittelstadium die Angemessenheit der Bewertung nicht zu überprüfen sei, ändere das Gesagte nichts an der Tatsache, dass sich die verwendete Skala letztlich innerhalb des der Baudirektion zustehenden (grossen) Ermessensspielraums halte und weder verfassungswidrig sei, noch den Grundsatz des Zuschlags an das wirtschaftlich günstigste Angebot verletze (Urteil des Bundesgerichts 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 3.3; Urteil des Kantonsgerichts A1 13 287 vom 15. November 2013 E. 6; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 908).

5.3.4 Vorliegend erhielt das Mittel aller Offerten von Fr. 462 800.-- die Note 4. Das tiefste Angebot der Beschwerdeführerin erhielt die Maximalnote 6 und damit bei einer Gewichtung von 40 % 2.40 oder das Maximum der Punkte. Die Besonderheit besteht im vorliegenden Fall darin, dass das teuerste Angebot mit Fr. 1 220 400.-- als Ausreisser nach oben die Preiskurve erheblich beeinflusst. Dieses Angebot erhielt die Minimalnote 1. Die Vergabestelle hat also die ganze zur Verfügung stehende Bewertungsskala ausgenutzt und alle Angebote in der Bewertung gelassen. Sie hat das teuerste Angebot nicht als „Schutzangebot“ qualifiziert, das ohne Willen auf den Zuschlag, aber zur Förderung der Position von Mitkonkurrenten abgegeben worden wäre (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 892). Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass im vorliegenden Fall das teuerste Angebot ohne Zuschlagswillen und nur zur Preisverfälschung oder Begünstigung von Mitkonkurrenten eingereicht worden wäre, also unter den Anbietenden möglicherweise Absprachen stattgefunden hätten, be-

stehen jedenfalls nicht (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 892 mit Verweis). Auch die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich lediglich Ausführungen allgemeiner Natur und äussert keine konkreten Verdachtsmomente. Ebenso deutet aber die Vergabestelle an, dass auch „ein sehr tiefes Angebot in Frage gestellt werden“ könne (Stellungnahme vom 12. November 2013 S. 4/5). Bei einer Konstellation wie der vorliegenden, bei der sich die einzelnen eingereichten Angebotspreise über eine grosse Bandbreite verteilen und das Höchst- oder das Tiefstangebot auch nicht als „Schutzangebote zu Manipulationszwecken“ qualifiziert werden, handelt es sich um einen vom Kantonsgericht zu respektierenden Ermessensentscheid der Vergabebehörde, wenn diese das teuerste Angebot mit der Minimalnote 1 bewertete. Auch wenn die vorgegebene Preisbewertungsskala recht flach ist und dadurch die Tendenz hat, das Gewicht des Preises von 40 % gegenüber den andern Kriterien abzuschwächen, was für die Beschwerdeführerin nachteilig ist, kann aufgrund der Ausführungen noch nicht von einer geradezu unzulässigen Preisbewertungsskala gesprochen werden. Die Differenz beim Preis zu Gunsten der Beschwerdeführerin schlägt sich in der Bewertung mit einer Differenz von 2.40 zu 2.14 nieder. Die Rüge der falschen Preisbewertung ist somit nicht stichhaltig.

6. Die Beschwerdeführerin macht im Weiteren geltend, sie habe eine wesentlich längere Referenzliste als die Zuschlagsempfängerin und plane bereits einige Jahre länger Seilbahnen, weshalb ihre Note 5 gegenüber der Höchstnote 6 der Zuschlagsempfängerin beim Kriterium Know-How nicht gerechtfertigt sei. Die Begründung, dass die Vergabebehörde bereits in der Vergangenheit mit der Zuschlagsempfängerin zusammengearbeitet habe und diese die Anlage kenne, dürfe nicht als Grund herangezogen werden. Die Referenzen der Zuschlagsempfängerin würden sich nur auf den baulichen Teil der Anlagen oder auf die Plangenehmigung im Umweltbereich beziehen. Die Vergabestelle antwortete hierzu durch die Dienststelle am 12. November 2013, die direkte Erfahrung mit einer Firma biete die Möglichkeit, auf ihr Know-How zu schliessen. Es wäre sicher eine Diskriminierung, in einem so kleinen Wirtschaftszweig wie der Seilbahnbranche eine Firma auszuschliessen, nur weil sie einen gewissen Informations- und Wissensstand besitze.

6.1 Nach der Rechtsprechung darf eine Auftraggeberin die eigenen Erfahrungen, die sie mit einem Anbieter gemacht hat, wie externe Referenzen in die Bewertung einbeziehen (BGE 139 II 489 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 2C_549/2011 vom 27. März 2012 E. 2.4; Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2007.00503 vom 18. November 2009 E. 6.4 mit Verweisen; Urteil des Kantonsgerichts A1 13 229 vom 22. November

2013 E. 3.3). Dies trägt zur Objektivierbarkeit, Transparenz und Nachvollziehbarkeit des Kriteriums der eigenen Erfahrungen bei. Überdies darf die Vergabestelle die eigene Erfahrung nicht von vornherein höher bewerten, sondern muss einem Anbieter, der noch nie für sie tätig war, die gleichen Chancen einräumen, indem sie seine Referenzen gleichberechtigt in die Evaluation einbezieht (Urteile des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2007.00503 vom 18. November 2009 E. 6.4 sowie VB.2004.00499 vom 23. Februar 2005 E. 6.2). Die Gewichtung der eigenen Erfahrung der Vergabestelle muss nachvollziehbar begründet und verhältnismässig sein (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 923).

6.2 Mit dem als "Know-How" bezeichneten Zuschlagskriterium verlangt die Vergabestelle von den Anbietenden den Nachweis über Erfahrungen mit ähnlichen Projekten. Es geht nicht darum, aktuelle Kundenbeziehungen zum Nachweis der Leistungsfähigkeit heranzuziehen, sondern vielmehr darum, anhand von Referenzprojekten sicherzustellen, dass die Anbietenden in der Lage sind, den strittigen Auftrag korrekt zu erfüllen. Die Vergabestelle hat bei der Auswertung der Offerten als Unterkriterien „Bekanntheit“, „Kenntnis der Normen Bau, Umwelt, Brand“, „Erfahrung Seilbahnbau“, „Beziehungen zu BAV“ und „Beziehungen zu anderen Bundesbehörden“ aufgeführt. Der Auftrags- und Leistungsbezug ist gegeben, wenn die geforderten Referenzprojekte vom Umfang und den Anforderungen her mit dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbar sind. Unzulässig erschiene es demgegenüber, wenn Referenzen über Projekte von weitaus grösserem Umfang als dem in Frage stehenden verlangt würden (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 4.3). Des Weiteren ist für die Beurteilung der vorgegebenen Anforderungen an Referenzprojekte die Komplexität des Auftrages von Bedeutung: Dabei gilt, dass je anspruchsvoller bzw. komplexer eine Leistung ist, desto höher dürfen auch die qualitativen und quantitativen Anforderungen an die Referenzprojekte sein (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 559).

6.3 Vorliegend handelt es sich um ein komplexes Dienstleistungsprojekt. Entsprechend erweist es sich als ohne weiteres zulässig, den Zuschlag vom Nachweis einschlägiger Referenzen abhängig zu machen. Die Anforderungen an das Zuschlagskriterium wurden in der Ausschreibung offen gelassen. Die Vergleichbarkeit mit den ausgeschriebenen Leistungen wurde dabei gewiss angestrebt. Die Zuschlagsempfängerin hat eine Dokumentation mit ausgewählten Referenzobjekten der näheren oder weiteren Umgebung und des Auslands hinterlegt (Projektierung und Ausführung von touristischen Anlagen, Sachverständigenberichte sowie Wirtschafts-, Raum und Umweltpla-

nung). Im Zentrum steht dabei per se ein Auftrags- bzw. Leistungsbezug zum vorliegenden Verfahren. Es ist nicht ersichtlich, dass die Referenzobjekte nicht alle Phasen erfassten, wie sie in der vorliegenden Ausschreibung umschrieben wurden. Wert legt die Vergabestelle darauf, dass die Verfahrensabläufe mit den Behörden bekannt sind. Vorliegend weist nichts darauf hin, dass die Vergabestelle ihre eigenen Erfahrungen bevorzugt berücksichtigt hätte. Mit Bezug auf die Zuschlagsempfängerin weist sie bei der Prüfung der Referenzobjekte ergänzend darauf hin, dass die Erfahrung mit der Zuschlagsempfängerin in der Bewertung mitgespielt habe; dagegen ist nichts einzuwenden. Soweit die Beschwerdeführerin offenbar eine schlechtere Bewertung der Zuschlagsempfängerin will, verlangt sie vom Gericht einen unzulässigen Eingriff in das Ermessen der Vergabestelle. Es kann somit gesagt werden, dass eine niedrigere Bewertung der Beschwerdeführerin beim Kriterium Know-How einer rechtlichen Überprüfung standhält.

7. Die Beschwerdeführerin macht bezüglich des Zuschlagskriteriums Verfügbarkeit geltend, es treffe wohl zu, dass die Zuschlagsempfängerin aufgrund ihres Domizils im Wallis näher am Projektstandort sei als sie, die ihren Sitz im Kanton D_____ habe. Bereits in der Offerte habe sie aber mitgeteilt, dass die Tätigkeiten vor Ort überwiegend planbar seien und sie im Bedarfsfall auch kurzfristig am nächsten Werktag vor Ort sein könne. Sie werde als ausserkantonale Anbieterin diskriminiert, wenn sie beim Kriterium Verfügbarkeit die Note 4.5 erhalte und damit um eine ganze Note schlechter gestellt werde als die Zuschlagsempfängerin.

7.1 Die Vergabestelle führt dazu aus, in Anbetracht der Komplexität des Projektes, durch die Aufteilung der Bauherrschaft mit der Gemeinde F_____, durch die Schnittstellen wie Verkehrsverbindungen, Hochspannungsleitungen, Strassenbau, Überbauungen und durch mögliche Expropriationen würden zahlreiche Probleme aufkommen, die es auch vor Ort zu besprechen gebe. Bei der Totalerneuerung der Luftseilbahn G_____ sei man sich der zu bewältigenden Aufgaben bewusst geworden. Die Beschwerdeführerin habe der Präsenz vor Ort zu wenig Bedeutung beigegeben, was sich bei der Bewertung niederschlage.

7.2 Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen bezweckt unter anderem, die Gleichbehandlung aller Anbietenden zu gewährleisten (Art. 1 Abs. 3 lit. b IVöB). Auch gemäss Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (SR 943.02; BGBM) dürfen ortsfremde Anbieter bei einer öffentlichen Beschaffung nicht benachteiligt werden. Zulässig sind ihnen gegenüber nach Art. 3 Abs. 1 BGBM nur Beschränkungen, welche gleichermassen auch für

ortsansässige Personen gelten (lit. a), zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind (lit. b) und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen (lit. c). Im Rahmen eines Einladungsverfahrens ist eine gewisse Bevorzugung ortsansässiger oder regionaler Anbieter grundsätzlich insofern zulässig, als es der Vergabebehörde erlaubt ist, für einen bestimmten Auftrag nur einheimische Unternehmen zur Offertstellung einzuladen. Steht aber auch Anbietern aus anderen Regionen und Kantonen die Vergabe offen, ist die Vergabebehörde ihnen gegenüber an das Gebot der Gleichbehandlung und das Verbot der Diskriminierung gebunden (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 924; VG Zürich VB.2000.00391 E. 3).

7.3 Vorliegend ist nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle sich bei der Bewertung der Offerten an die in den Ausschreibungsunterlagen genannten Kriterien und Unterkriterien gehalten hat. Die Vergabestelle hat für die Verfügbarkeit als Unterkriterien „Standort“, „Zuständiger Mitarbeiter“, „Erreichbarkeit“, „Interventionsablauf“ und „Kontakt zu Partnern“ aufgeführt. Sie hat sich bei der Bewertung der Offerten an den Leistungsbeschrieb bezüglich Gegenstand und Umfang der Arbeiten gemäss der Submissionsunterlagen gehalten. Dabei erscheint es nicht nur zulässig, sondern sogar geboten, auf die Art der Auftragsabwicklung Rücksicht zu nehmen und die Rahmenbedingungen zu berücksichtigen. Vorliegend ist es nachvollziehbar, wenn die Vergabestelle davon ausgeht, gewisse Arbeiten müssten in kurzer Zeit und vor Ort ausgeführt werden. Es wäre unzulässig, sachfremde Kriterien heranzuziehen, die für den konkreten Auftrag ohne Bedeutung sind; dazu zählen insbesondere regional-, steuer- oder strukturpolitische Überlegungen (Peter Gauch/Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes - Vergabethesen 1999, Freiburg 1999, Ziff. 12.1). Davon kann vorliegend jedoch keine Rede sein. Eine ungleiche Bewertung aufgrund der unterschiedlichen Verfügbarkeit ist vorliegend gerechtfertigt. Es kann festgestellt werden, dass die Vergabestelle den ihr zustehenden Ermessensspielraum nicht überschritten hat.

8. Bezüglich der Bewertung der Qualität des Dossiers rügt die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe ihr Dossier als gut, präzise, detailliert und umfangreich bezeichnet, aber mit keinem Wort begründet, wieso sie nur die Note 5 und die Zuschlagsempfängerin die Note 6 erhalten habe.

8.1 Die Dienststelle hat hierzu ebenfalls am 12. November 2013 Stellung genommen und dargelegt, dass die Ausführlichkeit des Dossiers der Beschwerdeführerin derjenigen der Zuschlagsempfängerin zurückstehe. In der Leistungsbeschreibung der Beschwerdeführerin würden widersprüchliche und unklare Darlegungen stehen, wie bei-

spielsweise die Umschreibung der Bauleitung, einmal als „Bauleitung im Namen des Bauherrn mit Koordinationsfunktion“ (S. 6/15), dann als Leistung des Auftraggebers (S. 9/15) und schliesslich als „angefragte[n] Leistungen u. A. keine Bauleitung und keine Bewehrungsabnahme beinhalten[d]“ (S. 11/15). Die Beschwerdeführerin antwortete in der Replik vom 16. Dezember 2013, dass Ausführlichkeit nicht mit Qualität gleichzusetzen sei. Die Vergabebehörde könne keine sachlichen Gründe für eine unterschiedliche Bewertung liefern. In der Leistungsbeschreibung sei klargestellt worden, dass gewisse Aspekte der Bauleitung nicht Gegenstand des Auftrags seien.

8.2 Der Anhang T1 des Westschweizer Leitfadens für die Vergabe öffentlicher Aufträge empfiehlt eine Notenskala von 1 bis 5 (und nicht bis 6, vgl. http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/dinf/sg-dinf/guide_romand/t1_benotung-0-5.ppt). Auf einer Notenskala von 1 bis 6 gilt gemeinhin die Note 5 als gut. Gemäss der Notentabelle T1 des Westschweizer Leitfadens für die Vergabe öffentlicher Aufträge wird „gut und vorteilhaft“ wie folgt umschrieben: „Kandidat, der Informationen oder Dokumente für das festgelegte Kriterium geliefert hat, deren Inhalt die Mindestexpectationen erfüllt und ein Minimum an Vorteilen gegenüber den andern Kandidaten aufweist, ohne dabei in Bezug auf Qualität oder Qualifikation zu übertreiben.“ Die Vergabestelle hat die Note 5 für die Beschwerdeführerin unter dem Kriterium „Qualität“ nachvollziehbar begründet. Die Umschreibung der Bauleitung durch die Beschwerdeführerin ist tatsächlich widersprüchlich. Der Verweis der Beschwerdeführerin in der Replik vom 16. Dezember 2013 auf Art. 4 der Ordnung SIA 103 ist nicht stichhaltig. Die Ordnung SIA 103 wurde weder in der Ausschreibung noch in der Offerte der Beschwerdeführerin erwähnt. Die Beschwerdeführerin hat nicht substantiiert dargelegt, weshalb sie besser und die Zuschlagsempfängerin schlechter benotet werden sollte. Da dieses Zuschlagskriterium nur mit 10 % gewichtet wurde, ist dessen Festsetzung wie auch die vorgenommene Bewertung im Ergebnis vertretbar.

9. Bezüglich des Kriteriums „Zertifizierung“ (zu 5 % gewichtet) rügt die Beschwerdeführerin ihre Note 5.5 gegenüber der Note 6 der Zuschlagsempfängerin. Die Vergabestelle führte aus, dass ein ISO 9001 zertifiziertes Unternehmen einen klaren Vorteil habe gegenüber dem internen Qualitätsmanagementsystem der Beschwerdeführerin.

9.1 Ein Managementsystem des Unternehmens, wie die ISO-Zertifizierung 9001 eines darstellt, bezweckt, in einem Unternehmen die wertschöpfenden Prozesse zu optimieren und die nicht-wertschöpfenden Prozesse effizienter zu gestalten. Dazu werden die bestehenden Prozesse in einem ersten Schritt analysiert und abgebildet. Notwendige Massnahmen zur Verbesserung der Prozesse sind in einem zweiten Schritt zu planen

und umzusetzen (Schweizerischer Ingenieur- und Architekturverein SIA [Hrsg.], Merkblatt 2007: Qualität im Bauwesen, Aufbau und Anwendung von Managementsystemen, Ausgabe 2001 [SIA-Merkblatt], S. 13; Urteil des Kantonsgerichts A1 10 235 vom 27. Mai 2011 E. 4.4). Ein Managementsystem des Unternehmens gibt damit allgemein Auskunft darüber, ob in einer Unternehmung die Prozessabläufe optimiert wurden. Demgegenüber bezieht sich ein PQM auf ein spezifisches Projekt, bei dem verschiedene Beteiligte (beispielsweise eine Arbeitsgemeinschaft) an einer gemeinsamen Aufgabe in übergreifenden Prozessen mitwirken (SIA-Merkblatt, S. 23).). Die Vorgabe eines QMS muss durch den Gegenstand der Vergabe begründet sein (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2004.95 vom 30. Juni 2004 E. 3.1.1). Damit ein QMS gefordert werden darf, muss die Qualität der in Frage stehenden Leistung in gewissem Umfang von der system- und prozessorientierten Erfassung und Weiterentwicklung der unternehmensinternen Abläufe abhängig erscheinen. Dies ist bei Dienstleistungsaufträgen naturgemäss eher der Fall als beim Einkauf von standardisierten Gütern (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 5.2).

9.2 In der Ausschreibung wurde die Zertifizierung als Zuschlagskriterium aufgeführt, wobei es nicht näher umschrieben wurde. Die Zuschlagsempfängerin hat das Formular ISO 9001:2008 hinterlegt, während die Beschwerdeführerin auf ihr internes Qualitätsmanagementsystem verweist, welches ihr ermögliche, „sämtliche Berechnungen unseres Fachgebiets im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zu prüfen“. In der Beschwerde wird sinngemäss eine Betterbewertung des firmeneigenen Qualitätsmanagement-Systems verlangt.

9.3 Aus einer Qualitätszertifizierung lässt sich nicht zwangsläufig ein unmittelbarer Qualitätsvorsprung gegenüber nicht-zertifizierten Unternehmungen ableiten; die Zertifizierung ist lediglich ein Indiz für Qualität, nicht mehr; ebenso gut könne z. B. auch eine Referenzliste Auskunft über die Qualifikation einer Unternehmung geben (vgl. Peter Gauch/Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, 1999, N. 10.4, S. 20 f.). Daraus darf aber nicht geschlossen werden, die Vergabestelle dürfe nicht auf eine solche Zertifizierung abstellen. Letztlich ist es Sache der Vergabestelle, auf welche Weise sie die Qualität eines Angebots berücksichtigen und beurteilen will, und in ihrem Ermessen liegt es grundsätzlich auch, welches Gewicht sie solchen Zertifikaten beimessen will. Die von der Vergabestelle im vorliegenden Fall vorgenommene Bewertungsabstufung und vor allem die Tatsache, dass sie einer "offiziell" anerkannten QS-Zertifizierung einen höheren Stellenwert beimisst als einem firmeneigenen Qualitäts-

management-System, sind nicht zu beanstanden. Auch in Bezug auf die Bewertung der "Zertifizierung" lässt sich somit weder eine Ermessensüberschreitung noch eine Ungleichbehandlung feststellen.

10. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Vergabe an die Zuschlagsempfängerin unter Berücksichtigung des den Vergabebehörden zukommenden Ermessens vertretbar ist und das Gleichbehandlungsgebot nicht verletzt wird. Die Beschwerde ist mithin abzuweisen.

11. Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei mit den entsprechenden Folgen für die Tragung der Kosten und für die Zusprechung einer Parteientschädigung.

11.1 Im Beschwerdeverfahren hat in der Regel die unterliegende Partei die Kosten zu tragen (Art. 89 Abs. 1 VVRG). Ausnahmsweise können die Kosten ganz oder teilweise erlassen werden (Art. 89 Abs. 2 VVRG). Vorliegend bestehen keine Gründe, von der Grundregel abzuweichen, weshalb die Beschwerdeführerin die Gerichtsgebühr bezahlen muss. Gemäss Art. 3 des Gesetzes betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigungen vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden vom 11. Februar 2009 (GTar; SGS/VS 173.8) setzen sich die Kosten aus den Auslagen der Entscheidbehörde sowie der Gerichtsgebühr zusammen. Die Gerichtsgebühr für Beschwerdeverfahren vor der öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts beträgt in der Regel zwischen Fr. 280.-- und Fr. 4 000.-- (Art. 25 GTar). Aufgrund der Bedeutung des Falles sowie seines Umfangs und Schwierigkeitsgrads wird die Gerichtsgebühr vorliegend auf Fr. 2 000.-- festgesetzt.

11.2 Als unterliegende Partei hat die Beschwerdeführerin gemäss Art. 91 Abs. 1 VVRG (e contrario) keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Gemäss Art. 91 Abs. 3 VVRG wird u. a. den Behörden, welche obsiegen, in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen. Es bestehen vorliegend keine Gründe, von der Grundregel abzuweichen. Die Zuschlagsempfängerin hat keine Anträge gestellt, weshalb ihr auch keine Parteientschädigung zusteht.

Demnach erkennt das Kantonsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es wird keine Parteienschädigung zugesprochen.
3. Die Gerichtskosten von Fr. 2 000.-- wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Das Urteil wird der Beschwerdeführerin, dem Staatsrat und der Zuschlagsempfängerin schriftlich mitgeteilt.

Sitten, 14. März 2014