

A1 24 139

URTEIL VOM 26. SEPTEMBER 2024

Kantonsgericht Wallis Öffentlichrechtliche Abteilung

Es wirken mit: Christophe Joris, Präsident, Dr. Thierry Schnyder und Jean-Bernard Fournier, Richter, sowie Vanessa Brigger, Gerichtsschreiberin,

in Sachen

ARGE S _____, Beschwerdeführerin, bestehend aus T _____ AG, und U _____ AG, beide vertreten durch Rechtsanwalt Probst Partner AG, 8401 Winterthur,

gegen

STAATSRAT DES KANTONS WALLIS, Vergabebehörde,

ARGE V _____, Beschwerdegegnerin, bestehend aus W _____ AG, X _____ SA, Y _____ SA, und Z _____ SA, alle vertreten durch Rechtsanwalt Marc Wyssen, 3930 Visp,

(Arbeitsvergabe)

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Zuschlagsverfügung vom 5. Juni 2024.

Sachverhalt

A. Der Kanton Wallis (fortan Vergabebehörde) schrieb am 15. September 2023 im Amtsblatt des Kantons Wallis und auf Simap die Beschaffung von Baumeisterarbeiten für den V _____ im offenen Verfahren aus. Für den Auftrag gingen drei Offerten ein. Am 5 Juni 2024 erteilte der Staatsrat des Kantons Wallis den Zuschlag der ARGE V _____ zum Preis von Fr. 68'780'241.95.

B. Gegen den Vergabeentscheid des Staatsrates des Kantons Wallis erhob die ARGE S _____ (Beschwerdeführerin) am 28. Juni 2024 Verwaltungsgerichtsbeschwerde bei der Öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts und stellte folgende Rechtsbegehren:

" 1. Die Zuschlagsverfügung der Beschwerdegegnerin (Vergabeentscheid des Staatsrats vom 5. Juni 2024, eröffnet mit Schreiben vom 19. Juni 2024) im Projekt "V _____, Baumeisterarbeiten Los 1 / Offerte 2023" (Simap-Projekt ID xxx) an die Mitbeteiligte sei aufzuheben.

2. Der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin zu erteilen.

Eventualiter sei die Sache an die Vergabestelle zurückzuweisen zur Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerin.

Subeventualiter sei die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung festzustellen und der Beschwerdeführerin Schadenersatz in der Höhe von mindestens CHF 260'000.- zuzusprechen.

In prozessualer Hinsicht stellen wir folgende

Anträge

3. Der Beschwerde sei — zunächst superprovisorisch — die aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Vergabestelle seien Abschluss und Vollzug des Vertrags mit der Zuschlagsempfängerin im Projekt "V _____, Baumeisterarbeiten Los 1/ Offerte 2023" (Simap-Projekt ID xxx) einstweilen zu untersagen.

4. Für den Fall, dass die Vergabestelle oder die Zuschlagsempfängerin eine Stellungnahme zur Beschwerde einreichen, sei der Beschwerdeführerin noch vor dem Entscheid über die aufschiebende Wirkung Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen.

5. Der Beschwerdeführerin sei vor einem allfälligen Entscheid über die aufschiebende Wirkung Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren und Gelegenheit einzuräumen, sich dazu zu äussern.

6. Für den Fall, dass sich die Zuschlagsempfängerin am Verfahren beteiligt, sei ihr keine Einsicht in als "vertraulich" bezeichnete Beschwerdebeilagen sowie in die Vergabeakten mit vertraulichen Angaben aus dem Angebot der Beschwerdeführerin zu gewähren.

Eventualiter sei der Zuschlagsempfängerin Einsicht in Auszüge aus diesen Dokumenten zu gewähren, nachdem der Beschwerdeführerin Gelegenheit gegeben wurde, diejenigen Stellen, die Geschäftsgeheimnisse enthalten, genau zu bezeichnen und diese zu schwärzen.

7. Der Beschwerdeführerin sei im Verlaufe des Beschwerdeverfahrens Gelegenheit zur genauen Bezifferung der Schadenersatzforderung einzuräumen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zulasten der Beschwerdegegner."

Die Beschwerdeführerin rügte, die Vergabebehörde habe nachträglich das Zuschlagskriterium «Nachhaltigkeit» bewertet, welches in den Ausschreibungsunterlagen nicht

enthalten gewesen sei, was unzulässig sei. Bei korrekter Bewertung gemäss Ausschreibung ohne das Kriterium Nachhaltigkeit sei das Angebot der Beschwerdeführerin besser und müsse den Zuschlag erhalten.

In den Ausschreibungsunterlagen seien nur die beiden Zuschlagskriterien «Finanzielles Angebot» 70% und «Technisches und Administratives Angebot» 30 % bekanntgegeben worden. «Nachhaltigkeit» sei weder als Zuschlagskriterium noch als Subkriterium publiziert worden. Die Vergabebehörde habe nachträglich ein zusätzliches Zuschlagskriterium «Nachhaltigkeit» mit der Gewichtung von 30 % in der Gesamtbewertung berücksichtigt und die Gewichtung aller Kriterien auf 130 % erhöht. Der Zuschlag sei einzig aufgrund des Kriteriums Nachhaltigkeit der Zuschlagsempfängerin erteilt worden. Das Angebot der Beschwerdeführerin habe ohne dieses zusätzliche Kriterium mehr Punkte erhalten. Sowohl gemäss dem für das vorliegende Verfahren anwendbaren alten Recht als auch nach dem neuen Recht müssten die Ausschreibungsunterlagen zwingend alle Zuschlagskriterien und allfällige Subkriterien mit Angabe ihrer Gewichtung enthalten. Die vorgängige Bekanntgabe der Zuschlagskriterien sei Ausfluss des Grundsatzes der Transparenz und Voraussetzung für ein faires Verfahren und die Gleichbehandlung der Anbieter. Die Vergabebehörde hätte das Kriterium Nachhaltigkeit auch nach altem Recht vorsehen können, hätte sie Nachhaltigkeitsaspekte bei der Bewertung berücksichtigen wollen. Die nachträgliche Bewertung eines nicht publizierten Kriteriums sei unzulässig. Selbst wenn die «Nachhaltigkeit» ein zulässiges Kriterium wäre, sei das Abstellen auf den Sitz der Unternehmen für die Bewertung nicht zulässig. Dies bevorzuge ortsansässige Anbieter aus rein protektionistischen Gründen, was den Grundsätzen des Vergaberechts widerspreche und gegen das Binnenmarktgesetz verstosse. Die Beschwerdeführerin umfasse auch eine lokale Anbieterin. Die Notengebung auf einer Skala von 3 bis 6 weiche von den anderen Zuschlagskriterien ab. Die Bewertung sei willkürlich.

C. Die ARGE V _____ (Beschwerdegegnerin oder Zuschlagsempfängerin) beantragte am 29. Juli 2024 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei sowie die Auferlegung der Kosten an die Beschwerdeführerin sowie eine angemessene Parteientschädigung. Zudem forderte sie die Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung und die Verweigerung der Akteneinsicht betreffend ihre Offerte und Geschäftsgeheimnisse. Der Vergabebehörde komme bei der Festlegung, Gewichtung und Bewertung der Zuschlagskriterien ein erhebliches Ermessen zu. Eine widerrechtliche Vergabe sei vor diesem Hintergrund nicht ersichtlich.

D. Das Departement für Mobilität, Raumentwicklung und Umwelt (DMRU) beantragte am 30. Juli 2024 die Abweisung der Beschwerde und des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin. Zudem beantragte das DMRU, auf das Rechtsbegehren betreffend Schadenersatz sei nicht einzutreten und die vertraulichen Akten (Ordner 2) seien vom Recht auf Akteneinsicht auszuschliessen. Auf das vorliegende Verfahren sei das bis zum 31. Dezember 2023 geltende Recht anwendbar. Nach der seit dem 1. Januar 2024 in Kraft stehenden neuen Gesetzgebung sei das Kriterium «Nachhaltigkeit» zwingend erforderlich. Der Kanton habe dieses Kriterium schon vor dem Inkrafttreten der neuen Gesetzgebung angewandt. Daher sei es vorliegend mit 30 % berücksichtigt worden. Es sei nicht auf den statuarischen Sitz der Unternehmung abgestellt worden, sondern auf einen Standort mit guter Zentralität zum Projekt. Es sei die Notenskala 3 - 6 gewählt worden, da der Staatsrat davon ausgehe, dass alle Unternehmen eine Grundbasis an Nachhaltigkeit erfüllen würden. Ein allfälliger Schadenersatz sei in einem Zivilverfahren geltend zu machen und nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

E. Die Beschwerdeführerin replizierte am 15. August 2024 und hielt an ihren Rechtsbegehren und Anträgen fest.

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

Erwägungen

1.

1.1 Am 1. Januar 2024 sind das überarbeitete Gesetz 15. März 2023 über den Beitritt des Kantons Wallis zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (kGIVöB; SGS/VS 726.1) sowie die überarbeitete Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB; SGS/VS 726.1-1) in Kraft getreten. Nach Art. 64 Abs. 1 IVöB werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten ebenjener Vereinbarung eingeleitet worden sind, nach dem bisherigen Recht zu Ende geführt (Bundesgerichtsurteil 2C_848/2022 vom 27. März 2024 E. 4). Vorliegende Rechtsstreitigkeit betrifft das Vergabeverfahren des Kantons Wallis zur Beschaffung von Baumeisterarbeiten für den V _____, welches am 15. September 2023 mittels Ausschreibung im offenen Verfahren eingeleitet wurde. Daher ist für das vorliegende Beschwerdeverfahren das bisherige Recht anwendbar.

1.2 Ausschluss- und Zuschlagsverfügungen von Vergabestellen sind Verfügungen im Sinne von Art. 15 Abs. 1^{bis} der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 (aIVöB). Der Vergabeentscheid des Staatsrats vom 5. Juni 2024 stellt 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 (akGIVöB) und damit auch gemäss Art. 5 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (VVRG; SGS 172.6) dar, gegen welche innert zehn Tagen beim Kantonsgericht Beschwerde erhoben werden kann (Art. 16 akGIVöB; Art. 15 Abs. 2 und Abs. 2^{bis} aIVöB). Die Vergabebehörde, vorliegend der Kanton Wallis, ist eine Auftraggeberin im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. a akGIVöB. Sie hat das offene Verfahren nach Art. 9 akGIVöB gewählt.

1.3 Die in diesem Prozess anwendbaren Vorschriften des Submissionsrechts enthalten keine Regeln über die Legitimation zur Anfechtung von vergaberechtlichen Entscheiden. Gemäss Art. 15 f. akGIVöB sind die Bestimmungen des VVRG über die Legitimation ergänzend anzuwenden (vgl. GALLI / MOSER / LANG / STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., 2013, N. 1296). Demzufolge ist nach Art. 80 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 44 VVRG zur Beschwerde legitimiert, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Als Adressatin des angefochtenen Vergabeentscheids und als nicht berücksichtigte Anbieterin ist die Beschwerdeführerin durch diesen berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung, so dass sie gemäss Art. 80 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 44 Abs. 1 lit. a VVRG grundsätzlich zur Beschwerdeführung legitimiert ist. Die in einem Vergabeverfahren abgewiesene Anbieterin ist zur Anfechtung des Zuschlags nur legitimiert, wenn sie bei Guttheissung ihrer Beschwerde eine realistische Chance hat, mit ihrem Angebot zum Zuge zu kommen oder wenn sie eine neue Ausschreibung der Submission herbeiführen kann, so dass sie die Möglichkeit erhält, ein neues Angebot einzureichen (BGE 141 II 14 E. 4.3 ff.; Kantonsgerichtsurteil A1 19 83 vom 23. August 2019 E. 1.1; ZWR 2015 S. 72). Ist ihr Angebot hingegen bereits zum Voraus chancenlos und kommt auch keine neue Ausschreibung in Frage, kann ihr die Aufhebung des angefochtenen Entscheides keinen Vorteil verschaffen – sie ist demzufolge nicht zu dessen Anfechtung legitimiert. Nicht beschwerdeberechtigt ist der Viertplatzierte, der einen Ausschluss des Erstplatzierten verlangt, weil er auch im Falle der Guttheissung seines Begehrens als Drittplatzierter den Zuschlag nicht erhalten würde (Bundesgerichtsurteil 2D_74/2010 vom 31. Mai 2011 E. 1.3), ausser wenn der Unterschied zum Erstplatzierten relativ und absolut sehr klein war (Bundesgerichtsurteil 2D_49/2011 vom 25. September

2012 E. 1.3.2). Als zweifelhaft betrachtet wird die Legitimation des Drittplatzierten (Bundesgerichtsurteil 2C_549/2011 vom 27. März 2012 E. 1).

1.4 Die Beschwerdeführerin ist in casu als Adressatin des Vergabeentscheids durch diesen berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung. Sie belegt den zweiten Rang und rügt eine Verletzung des Transparenzgebotes sowie eine falsche Bewertung der Zuschlagskriterien. Die Beschwerdeführerin hat eine realistische Chance auf den Zuschlag oder eine Neuausschreibung, falls ihre Rügen begründet sind, weshalb ihre Legitimation zu bejahen ist (Art. 80 Abs. 1 lit. a und 44 VVRG).

1.5 Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist deshalb einzutreten (Art. 80 Abs. 1 lit. b und c i.V.m. Art. 46 und Art. 48 VVRG).

1.6 Die Beschwerdeführerin hat den Antrag gestellt, ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Das Kantonsgericht hat am 2. Juli 2024 angeordnet, alle Vollziehungsvorkehren, insbesondere der Vertragsabschluss betreffend die Arbeitsvergabe, zu unterlassen. Mit dem vorliegenden materiellen Entscheid wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

2. Das Gericht hat die Angelegenheit nicht unter allen Gesichtspunkten zu überprüfen, sondern kann sich im Wesentlichen auf die gerügten Punkte beschränken (Art. 48 Abs. 2 i.V.m. Art. 80 Abs. 1 lit. c VVRG). Es können zudem nur Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitungen oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 16 Abs. 1 aIVöB). Die Unangemessenheit der Verfügung kann jedoch nicht geltend gemacht werden (Art. 16 Abs. 2 aIVöB).

2.1 Aus Art. 16 aIVöB resp. Art. 16 akGIVöB 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 (Kantonsgerichtsurteil 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; Bundesgerichtsurteil 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 1.4; Kantonsgerichtsurteil 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; Bundesgerichtsurteil 2P.85/2001 vom 6. Mai 2002 E. 3.2). Bei reinen Fragen der Bewertung der in einem Vergabeverfahren eingereichten Offerten nach den jeweils massgebenden Zuschlagskriterien tritt das Gericht aus diesem Grund nicht als Obernotengeber auf. Es kann nur dort eingreifen, wo eine Bewertung erwiesenermassen falsch und sachlich nicht haltbar ist. Rein appellatorische Kritik an der Notengebung kann das Gericht nicht zum Eingreifen und zur Korrektur veranlassen. Voraussetzung für ein Eingreifen und eine Korrektur ist vielmehr der Nachweis einer willkürlichen, sachlich nicht zu rechtfertigenden Bewertung eines Kriteriums (Kantonsgerichtsurteil A1 19 107 vom 24. September 2019 E. 2).

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin beantragt als Beweismittel die von ihr eingereichten Urkunden, die Edition der Akten der Vergabebehörde sowie Parteibefragungen.

3.2 Das Recht, Beweise zu beantragen, ist ein Teilgehalt des rechtlichen Gehörs und die Parteien haben das Recht, die Abnahme relevanter Beweise zu verlangen (BGE 146 IV 218 E. 3.1.1; 145 I 167 E. 4.1). Das Beweisverfahren kann geschlossen werden, ohne damit das rechtliche Gehör zu verletzen, wenn die entscheidende Instanz sich ihre Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, der rechtsrelevante Sachverhalt würde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (BGE 144 V 361 E. 6.5; 136 I 229 E. 5.3; ZWR 2009 E. 3b; KÖLZ / HÄNER / BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. A., 2013, N. 153 und N. 537). Dies trifft unter anderem zu, wenn eine Beweisführung über einen nicht relevanten Sachverhalt verlangt wird (Art. 80 Abs. 1 lit. d, Art. 56 und Art. 17 Abs. 2 VVRG; BGE 131 I 153 E. 3). Das Gericht verzichtet auf die Abnahme weiterer Beweise, wenn ihn die von Amtes wegen vorzunehmenden Abklärungen bei pflichtgemässer Beweiswürdigung überzeugen, ein bestimmter Sachverhalt sei als überwiegend wahrscheinlich zu betrachten und es könnten weitere Beweismassnahmen an diesem feststehenden Ergebnis nichts mehr ändern (BGE 144 V 361 E. 6.5; 136 I 229 E. 5.3; KÖLZ / HÄNER / BERTSCHI, a.a.O., N. 153, 154 und 537).

3.3 Das Kantonsgericht hat die von der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin eingereichten Belege zu den Akten genommen. Am 30. Juli 2024 hat das DMRU die Akten des Vergabeverfahrens eingereicht. Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, was mündlich noch ausgesagt werden soll, das nicht bereits schriftlich ausgeführt wor-

den ist. Die Akten enthalten die entscheiderelevanten Sachverhaltselemente und genügen, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, zur Beurteilung der rechtserheblichen Fragen. Deshalb wird auf zusätzliche Beweisabnahmen - insbesondere auf Parteibefragungen - verzichtet.

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin kritisiert eine Verletzung des Transparenzgrundsatzes. Das Zuschlagskriterium «Nachhaltigkeit» sei mit einer Gewichtung von 30 % bewertet worden, obwohl es in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen nicht enthalten gewesen sei.

4.2 Der Zuschlag erfolgt gemäss Art. 31 Abs. 1 akVöB an das wirtschaftlich günstigste Angebot. Bei der Bewertung ist das Preis-/Leistungsverhältnis zu beachten. Dabei können neben dem Preis je nach Natur des Auftrags differenzierte Kriterien berücksichtigt werden, namentlich: Qualität, Termine, Wirtschaftlichkeit, Fähigkeit, Erfahrung, Referenzen, Bildung, Betriebskosten, Kundendienst, Ökologie, Zweckmässigkeit der Leistung, technischer Wert, Ästhetik, Kreativität und Infrastruktur. Die Gewichtung des Preises sollte für anspruchsvolle Leistungen in der Regel sechzig Prozent nicht übersteigen (Art. 31 Abs. 2 akVöB).

4.3 Die Vergabebehörde hat in der am 15. September 2023 publizierten Ausschreibung unter Ziffer 2.10 folgende Zuschlagskriterien bekanntgegeben (Ordner 1 Beleg Nr. 10 Dokument-Nr. 01.0, Beilage 3 zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde):

«Finanzielles Angebot: - Betrag des Angebots (70 %) - Stimmiges und glaubwürdiges Angebot (Plausibilität), Vollständige und nachvollziehbare Preisanalysen, Kalkulationsgrundlagen (30 %) Gewichtung (70 %)

Technisches und Administratives Angebot: - Termine: Plausibilität Bauprogramm, Leistungsannahmen, Abläufe, Massnahmen zur Termingewährleistung und Parallelitäten der Bauabläufe (40 %) - Auftragsanalyse Strassenbau, Auftragsanalyse Voreinschnitte inkl. bergseitiger Stützwände, Beschreibung des Bauverfahren Strassenbau inkl. talseitiger Stützbauwerke mit den notwendigen Provisorien (40 %) - Organisation Baustelle / Baustellenkader / Referenzen (10 %) - Projektmanagement (5 %) - Qualität des Angebotsdossiers (5 %) Gewichtung (30 %)»

In Ziffer 3.4 der Ausschreibungsunterlagen werden die in der Ausschreibung publizierten Zuschlagskriterien sowie Unterkriterien wiederholt, das Unterkriterium «Auftragsanalyse» wird präzisiert (Ordner 1 Beleg Nr. 10 Dokument-Nr. 01.0):

VERGABEKRITERIEN	
Finanzielles Angebot	70%
Betrag des Angebots	70%
Stimmiges und glaubwürdiges Angebot (Plausibilität) Vollständige und nachvollziehbare Preisanalysen Kalkulationsgrundlagen	30%
Technisches und Administratives Angebot	30%
Termine: Plausibilität Bauprogramm, Leistungsannahmen, Abläufe, Massnahmen zur Termingewährleistung und Parallelitäten der Bauabläufe	40%
Auftragsanalyse Strassenbau, Auftragsanalyse Voreinschnitte, Auftragsanalyse Tunnelbau inkl. Verkleidung, Beschrieb der Verfahren Tunnelbau inkl. Verkleidung, Beschrieb der Bauverfahren Voreinschnitte inkl. bergseitiger Stützwände, Beschrieb des Bauverfahren Strassenbau inkl. talseitiger Stützbauwerke mit den notwendigen Provisorien	40%
Organisation Baustelle / Baustellenkader / Referenzen	10%
Projektqualitätsmanagement	5%
Qualität des Angebotsdossiers	5%
TOTAL	100 %

In den Ziffern 3.4.2 und 3.4.3 der Ausschreibungsunterlagen werden die Bewertung der Zuschlagskriterien und die Unterkriterien detaillierter beschrieben. Die Nachhaltigkeit wird dabei nicht erwähnt.

4.4 Der Grundsatz der Transparenz ist für öffentliche Beschaffungen der Kantone und Gemeinden in Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM; SR 943.02) und Art. 1 Abs. 3 lit. c aIVöB verankert. Er verlangt gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass Eignungs- und Zuschlagskriterien in der Ausschreibung bekannt gegeben werden. Eine nachträgliche Änderung dieser Kriterien ist grundsätzlich unzulässig. Die Zuschlagskriterien sind nach prozentualer Gewichtung oder zumindest nach der Reihenfolge zu nennen. Die Angabe von Unterkriterien ist unter Verfassungsgesichtspunkten nicht zwingend erforderlich, sofern sie bloss die Hauptkriterien konkretisieren (statt vieler BGE 143 II 553 E. 7.7 mit Hinweisen). Die

kantonale Praxis ist uneinheitlich bei den Gesichtspunkten, welche die Vergabebehörden den Anbietern in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben haben (GALLI / MOSER / LANG / STEINER, a.a.O., N. 954). Art. 2 Abs. 1 lit. k akVöB verlangt, dass die Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien mit Angabe ihrer Gewichtung enthalten müssen. Nach ständiger Rechtsprechung des Kantonsgerichts folgt daraus, dass die Vergabebehörde auch die Unterkriterien mit der jeweiligen Gewichtung den Anbietern im Voraus bekannt geben muss, wenn sie Unterkriterien festlegt und einigen davon eine höhere Bedeutung zumessen will als anderen (Bundesgerichtsurteil 2P.172/2002 vom 10. März 2003 E. 2.3; ZWR 2016 S. 25 E. 3.1 f.; Kantonsgerichtsurteile A1 18 238 vom 28. Mai 2019 E. 7.2.1; A1 18 152 vom 20. Dezember 2018 E. 2.3 und A1 11 29 vom 10. Juni 2011 E. 7b; vgl. auch BGE 130 I 241 E. 5.1; 125 II 86 E. 7c).

4.5 Die Dienststelle für Mobilität hat im Bericht vom 16. Mai 2024 dargelegt, es liege eine Auswertung der Offerten durch die IG A _____ sowie eine Zweitmeinung des externen Experten vor (Ordner 2 Beleg Nr. 4). Auf Wunsch der DMRU sei das Kriterium Nachhaltigkeit hinzugefügt worden. Dieses sei gemäss der aktuellen Gesetzgebung zwingend erforderlich und werde vom Bund seit Jahren angewandt. Der Kanton Wallis wolle seine Vorbildfunktion wahrnehmen und das Kriterium allgemein umsetzen. Aus diesem Grund werde die Nachhaltigkeit mit 30 % in der Bewertung der Angebote berücksichtigt. Die Punktzahl der Auswertung der Zweitmeinung sei dementsprechend mit dem Kriterium Nachhaltigkeit (30 %) ergänzt worden. Die Bewertung der Angebote präsentiere sich wie folgt (Ordner 2 Belege Nr. 4 und 7):

N° soum. (Eröffnungsprotokoll)	Name Anbieter	Benotung aus Zweitmeinung										Benotung Nachhaltigkeit				Rang	
		Z1. Finanzielles Angebot (70%)			Z2 Technisches und administratives Angebot (30%)							Punkte	Note	Gewichtung	Punkte		Punkte gesamt
		Note Z1.1 Preis (70%) / (49%)	Note Z1.2 Glaubwürdigkeit des Preis (30%) / (21%)	Note Z1 Finanzielles Angebot (70%)	Note Z2.1 Termine (40%) / (12%)	Note Z2.2 Auftragsanalyse (40%) / (12%)	Note Z2.3 Organisation / Kalender (10%) / (3%)	Note Z2.4 PQM (5%) / (1,5%)	Note Z2.5 Qualität des Dossiers (5%) / (1,5%)	Note Z2 Technisches und adm. Angebot (30%)							
		70.00%	30.00%	70.00%	40.00%	40.00%	10.00%	5.00%	5.00%	30.00%	3 bis 6	30.00%					
1		4.03	3.00	3.72	4.00	4.00	5.00	4.00	4.00	4.10	3.83	4.00	0.30	1.20	5.03	3	
2		4.01	4.00	4.01	3.00	3.00	4.00	3.00	3.00	3.10	3.74	6.00	0.30	1.80	5.54	1	
3		3.96	4.00	3.97	5.00	5.00	4.00	4.00	5.00	4.65	4.24	4.00	0.30	1.20	5.44	2	

Die IG A _____ hat aufgrund ihrer Bewertung der Offerten den Antrag gestellt, den Auftrag an die Beschwerdeführerin zu vergeben, welche mit der Gesamtpunktzahl 4.04 am besten bewertet wird. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin erreicht mit der Gesamtpunktzahl 3.56, nach dem Angebot der dritten Mitbieterin, welche 3.86 Punkte erhalten hat, am wenigsten Punkte (Ordner 2 Beleg Nr. 5). Die Zweitmeinung der B _____ SA kommt in ihrem Bericht vom 16. April 2024 zum selben Ergebnis: Das Angebot der Beschwerdeführerin erreicht den 1. Rang vor dem Angebot der Mitbieterin auf dem 2. Rang und dem Angebot der Zuschlagsempfängerin auf Rang drei (Ordner 2

Beleg Nr. 6). Keine der beiden Auswertungen beantragt die Berücksichtigung eines zusätzlichen Zuschlagskriteriums «Nachhaltigkeit».

4.6 Die Vergabebehörde bringt vor, sie habe gemäss der seit 1. Januar 2024 in Kraft stehenden neuen Gesetzgebung die Nachhaltigkeit zwingend zu berücksichtigen und habe dieser Verpflichtung auch im vorliegenden Vergabeverfahren nachkommen wollen.

4.6.1 Gemäss Art. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB; SGS/VS 726.1-1) bezweckt die IVöB den wirtschaftlichen und den volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel (lit. a), die Transparenz des Vergabeverfahrens (lit. b), die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieter (lit. c) und die Förderung des wirksamen, fairen Wettbewerbs unter den Anbietern, insbesondere durch Massnahmen gegen unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption (lit. d). Der Auftraggeber prüft die Angebote anhand leistungsbezogener Zuschlagskriterien. Neben dem Preis und der Qualität einer Leistung kann er insbesondere Kriterien wie Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Wirtschaftlichkeit, Lebenszykluskosten, Ästhetik, Nachhaltigkeit, Plausibilität des Angebots, Kreativität, Kundendienst, Lieferbedingungen, Infrastruktur, Innovationsgehalt, Funktionalität, Servicebereitschaft, Fachkompetenz oder Effizienz der Methodik berücksichtigen (Art. 29 Abs. 1 IVöB).

4.6.2 Auf Bundesebene sind am 1. Januar 2021 das totalrevidierte Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 21. Juni 2019 und die ebenfalls totalrevidierte Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) vom 12. Februar 2020 in Kraft getreten. Der neue Zweckartikel des BöB bringt zum Ausdruck, dass das Parlament eine Änderung in der Beschaffungskultur weg vom Preis- hin zum Qualitätswettbewerb anstrebt. Die Berücksichtigung der drei Dimensionen der Nachhaltigkeit - soziale Gerechtigkeit, Schutz der Umwelt unter Berücksichtigung der Belastbarkeitsgrenzen sowie Wirtschaftlichkeit - ist dabei ein wesentlicher Bestandteil des Qualitätsverständnisses. Auch die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB) ist in Übereinstimmung mit dem BöB revidiert worden. Die Bestimmungen der IVöB sind weitgehend identisch mit jenen des BöB. Damit erfolgt eine recht weitgehende Rechtsharmonisierung zwischen dem Bund und den Kantonen (HAUSER / PISKÓTY, Ökologische öffentliche Beschaffung - Möglichkeiten und Grenzen nach der Totalrevision des BöB und der IVöB unter Berücksichtigung des EU-Beschaffungsrechts, URP 2021 777, S. 780). Trotz einer markanten Stärkung der Nachhaltigkeitsziele hat das neue schweizerische Vergaberecht nur wenige konkrete

Pflichten zu deren Berücksichtigung eingeführt. Zwingend sind die Einhaltung der Bestimmungen über den Umweltschutz sowie gewisser internationaler Umweltabkommen. Im Übrigen liegt es in der Verantwortung der öffentlichen Auftraggeberinnen und ihrer Vergabestellen, in welchem Umfang und auf welche Weise sie ökologische Zielsetzungen im Beschaffungsrecht umsetzen. Der Vergabestelle kommt generell ein grosses Ermessen bei der Festlegung der Vergabeanforderungen zu - dazu gehören die Umschreibung des Beschaffungsgegenstands inkl. der technischen Spezifikationen, Eignungskriterien und Zuschlagskriterien - dies gilt selbstverständlich auch bei der Auswahl der zu berücksichtigenden ökologischen Aspekte (HAUSER / PISKÓTY, a.a.O., S. 783 f.). Die Aufzählung der Zuschlagskriterien, welche berücksichtigt werden können, ist beispielhaft und nicht abschliessend. Das nun ausdrücklich im Gesetz verankerte Zuschlagskriterium der «Nachhaltigkeit» erstreckt sich auf die drei Dimensionen Wirtschaftlichkeit, Ökologie und Soziales (HAUSER / PISKÓTY, a.a.O., S. 788).

4.6.3 Der Kanton Wallis hält in seiner Ausführungsgesetzgebung fest, dass der Auftraggeber bei seinen öffentlichen Beschaffungen die nachhaltige Entwicklung berücksichtigt (Art. 15 Abs. 1 kGIVöB). Er formuliert zu diesem Zweck technische Anforderungen, Eignungskriterien oder Zuschlagskriterien (Art. 15 Abs. 2 kGIVöB). Diese Anforderungen und Kriterien dürfen nicht diskriminierend sein oder den Marktzugang behindern (Art. 15 Abs. 4 kGIVöB). Bevor die Vergabe vorgenommen wird, erstellt der Auftraggeber einen erläuternden Bericht (Art. 41 kVöB). Der erläuternde Bericht beinhaltet unter anderem Angaben über die Art und Weise, wie die nachhaltige Entwicklung im Beschaffungsverfahren berücksichtigt wurde (Art. 42 Abs. 2 lit. b kVöB).

4.6.4 Art. 15 kGIVöB verlangt von der Vergabebehörde in der Tat die Berücksichtigung der Nachhaltigkeit, jedoch nicht zwingend als Zuschlagskriterium. Zudem sieht die Bestimmung keine Rückwirkung dieser Verpflichtung auf Ausschreibungen vor dem Inkrafttreten der IVöB am 1. Januar 2024 vor, weshalb deren Anwendung zum Nachteil der Beschwerdeführerin verfassungsmässig unzulässig wäre (BGE 138 I 189 E. 3.4; Kantonsgerichtsurteil A1 20 71 vom 7. September 2020 E. 4.5). Die Vergabebehörde verkennt ausserdem, dass die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung auch nach der neuen Gesetzgebung in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegeben werden müssen (Art. 29 Abs. 3 und Art. 36 Abs. 1 lit. d IVöB; HAUSER / PISKÓTY, a.a.O., S. 788). Auch nach der seit dem 1. Januar 2024 in Kraft stehenden Gesetzgebung verletzt die Bewertung eines nicht publizierten Zuschlagskriteriums den

Grundsatz der Transparenz. Im Übrigen hat auch die bis zum 31. Dezember 2023 geltende Gesetzgebung der Vergabebehörde die Berücksichtigung von qualitativen Zuschlagskriterien wie Ökologie und Wirtschaftlichkeit erlaubt (siehe oben E. 4.2)

4.7 Die Vergabebehörde hat vorliegend das Zuschlagskriterium «Nachhaltigkeit» mit der Gewichtung 30 % bewertet, welches weder in der Ausschreibung noch den Ausschreibungsunterlagen publiziert worden ist. Damit hat sie den Grundsatz der Transparenz verletzt. Daran ändert auch die am 1. Januar 2024 in Kraft getretene neue Gesetzgebung nichts: Diese Bestimmungen sind einerseits auf das vorliegende Verfahren nicht anwendbar, wie die Vergabebehörde zu Recht festhält. Andererseits wäre das Vorgehen der Vergabebehörde auch gemäss der seit dem 1. Januar 2024 in Kraft stehenden neuen Gesetzgebung - welche die Transparenz des Vergabeverfahrens ebenso wie das alte Recht statuiert - rechtswidrig.

4.8 Die Gewährleistung der Transparenz ist eine Voraussetzung dafür, dass die Justiziabilität des Zuschlagsentscheides und dabei der Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieter überhaupt umgesetzt werden kann (GALLI / MOSER / LANG / STEINER, a.a.O., N 956; BGE 125 II 86 E. 7c). Die Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe aller massgebenden Kriterien samt Gewichtung ist daher formeller Natur: Wenn den Bewerbern entscheidende Zuschlagskriterien vorenthalten bzw. nachträglich massgeblich verändert worden sind, führt dies zur Aufhebung des Zuschlags, auch wenn kein Kausalzusammenhang zwischen Verfahrensfehler und Vergabeentscheid vorliegt (Bundesgerichtsurteil 2P.299/2000 vom 24. August 2001 E. 4; Kantonsgerichtsurteile A1 21 132 vom 5. Februar 2021 E. 7.3.1; A1 18 238 vom 28. Mai 2019 E. 7.2.1 und A1 16 107 vom 24. November 2016 E. 6.2).

4.9 Die festgestellte Verletzung des Grundsatzes der Transparenz gebietet vorliegend die Aufhebung des Zuschlags und die Rückweisung der Angelegenheit zur Neuurteilung an den Staatsrat. Es kann daher auf die Prüfung der von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen betreffend die Bewertung der Zuschlagskriterien verzichtet werden (Kantonsgerichtsurteile A1 15 130 vom 22. Oktober 2015, in ZWR 2016 25 nicht publizierte E. 4, und A1 11 29 vom 10. Juni 2011 E. 7 f.).

5.

5.1 Nach dem Gesagten wird die Beschwerde gutgeheissen. Die Zuschlagsverfügung vom 5. Juni 2024 wird aufgrund der Verletzung des Grundsatzes der Transparenz aufgehoben und die Angelegenheit wird zur Neuurteilung ist im Sinne der Erwägungen

an den Staatsrat zurückgewiesen. Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als obsiegend, mit den entsprechenden Folgen für die Tragung der Kosten und für die Zusprechung einer Parteientschädigung.

5.2 Im Beschwerdeverfahren hat in der Regel die unterliegende Partei die Kosten zu tragen (Art. 89 Abs. 1 VVRG). Ausnahmsweise können sie ganz oder teilweise erlassen werden (Art. 89 Abs. 2 VVRG). Vorliegend bestehen keine Gründe, von der Grundregel abzuweichen, weshalb die Zuschlagsempfängerin 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. 280.00 und Fr. 5 000.00 (Art. 25 GTar). Aufgrund der Bedeutung des Falles sowie seines Umfangs und Schwierigkeitsgrads wird die Gerichtsgebühr vorliegend auf Fr. 2 500.00 festgesetzt. Die Gerichtskosten werden der Zuschlagsempfängerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.00 verrechnet. Die Beschwerdeführerin erhält Fr. 2 500.00 vom Kantonsgericht zurückerstattet. Die Zuschlagsempfängerin schuldet ihr für geleisteten Kostenvorschuss die verbleibenden Fr. 2 500.00, wobei die Mitglieder des Konsortiums dafür solidarisch haften (Art. 88 Abs. 2 VVRG).

5.3 Die Beschwerdeinstanz gewährt der ganz oder teilweise obsiegenden Partei auf Begehren die Rückerstattung der notwendigen Kosten, die ihr entstanden sind (Art. 91 Abs. 1 VVRG). Die Entschädigung wird im Dispositiv beziffert und der Staats- oder Gemeindekasse auferlegt, soweit sie aus Billigkeitsgründen nicht der unterliegenden Partei auferlegt werden kann (Art. 91 Abs. 2 VVRG). Sie ist global festzusetzen und umfasst die Entschädigung an die berechnete Partei sowie ihre Anwaltskosten (Art. 4 GTar), die in Anwendung der Art. 27 ff. GTar festzusetzen sind und im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren zwischen Fr. 1 100.00 und Fr. 11'000.00 betragen (Art. 39 GTar). Aufgrund des Umfangs, des geschätzten Aufwands, der Bedeutung und der Schwierigkeit des Falles wird der anwaltlich vertretenen obsiegenden Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2 500.00 zugesprochen, welche der Zuschlagsempfängerin unter solidarischer Haftbarkeit der Mitglieder auferlegt wird.

Demnach erkennt das Kantonsgericht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Angelegenheit wird zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an den Staatsrat des Kantons Wallis zurückgewiesen.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 2 500.00 werden den Mitgliedern der ARGE V _____ unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt. Sie werden mit dem Kostenvorschuss von Fr. 5'000.00 der Mitglieder der ARGE S _____ verrechnet, weshalb diese vom Kantonsgericht Fr. 2'500.00 zurückerstattet erhalten. Die Mitglieder der ARGE V _____ schulden den Mitgliedern der ARGE S _____ für den geleisteten Kostenvorschuss unter solidarischer Haftbarkeit Fr. 2 500.00.
3. Den Mitgliedern der ARGE S _____ wird zulasten der Mitglieder der ARGE V _____ eine Parteientschädigung von Fr. 2 500.00 zugesprochen.
4. Das Urteil wird der ARGE S _____, der ARGE V _____ und dem Staatsrat des Kantons Wallis schriftlich mitgeteilt.

Sitten, 26. September 2024