A1 24 3

URTEIL VOM 2. OKTOBER 2024

Kantonsgericht Wallis

Es wirken mit: Dr. Thierry Schnyder, Präsident, Jean-Bernard Fournier und Frédéric Fellay, Richter, sowie Seraphine Kronig, Gerichtsschreiberin,

in Sachen

X _____ AG, Beschwerdeführerin,

gegen

Y _____, Vergabebehörde,

Z _____ GMBH, Beschwerdegegnerin,

(Arbeitsvergabe)

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Zuschlagsverfügung
vom 12. Dezember 2023.

Sachverhalt

A. Die Y _____ (fortan Gemeinde oder Vergabebehörde) beschloss die Sanierungsarbeiten des A _____weges in B _____ im Einladungsverfahren zu vergeben. Die Ausschreibungsunterlagen sahen als Zuschlagskriterien den Angebotspreis mit 70 %, Qualität und Termine mit 20 %, Referenzen mit 5 % und Kenntnisse der örtlichen Verhältnisse mit 5 % Gewichtung vor.

Von den fünf eingeladenen Unternehmen reichten vier jeweils am 27. November 2023 ein Angebot ein. Die Öffnung der Offerten erfolgte am 29. November 2023. Das Ingenieurbüro C _____, welches die Ausschreibungsunterlagen erstellt hatte, prüfte und wertete die Angebote aus. Die Z _____ GmbH (fortan Beschwerdegegnerin oder Zuschlagsempfängerin) erreichte nach Prüfung und Bewertung der Angebote auf Grundlage der in den Ausschreibungsunterlagen ausgeschriebenen Kriterien mit 4.98 Punkten den ersten Platz. Die X _____ AG (fortan Beschwerdeführerin) wurde mit 4.95 Punkten Zweite. Die Gesamtbewertungstabelle ergab folgendes Bild:

		Preis (70 %)		Referenzen (5%)		Örtl. Verhältnisse (5%)		Qualität und Termin (20%)		Total	
Unternehmen	Offerte	Note	Punkte	Note	Punkte	Note	Punkte	Note	Punkte	Punkte	Rang
X _____ AG	320'461.35	4.59	3.21	6.00	0.30	4.75	0.24	6.00	1.20	4.95	2
Z _____ GmbH	322'185.10	4.54	3.18	6.00	0.30	6.00	0.30	6.00	1.20	4.98	1

Der Gemeinderat vergab an der Gemeinderatssitzung vom 5. Dezember 2023 den Zuschlag für die Sanierungsarbeiten des A _____weges der Beschwerdegegnerin. Die Gemeinde teilte dies der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 12. Dezember 2023 mit und führte aus, dass sich der Zuschlag auf die Evaluationstabelle stütze, welche das mandatierte Ingenieurbüro erstellt habe. Diese Evaluationstabelle lag der Zuschlagsverfügung bei.

B. Die Beschwerdeführerin erhob am 21. Dezember 2023 gegen den Entscheid der Gemeinde bei der Öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts Verwaltungsgerichtsbeschwerde und beantragte, die Evaluationstabelle zu überprüfen und gegebenenfalls die Arbeiten neu zu vergeben. Sie kritisierte, dass bei jedem Vergabekriterium – ausser dem Preis – der besten Unternehmung die Note 6 vergeben worden sei. Beim Vergabekriterium Preis sei der besten Unternehmung nicht die Best-Note 6 vergeben worden, sondern die Note 4.59. Mit dieser Noten-Vergebung werde das Kriterium Preis von 70 % gemäss Vergabekriterien nicht entsprechend gewichtet und somit verfälscht.

C. Am 24. Januar 2024 nahm die Gemeinde dazu Stellung und führte aus, die Zuschlagskriterien seien auf Seite 4 der Ausschreibungsunterlagen klar definiert worden. Die Bewertung des Zuschlagskriteriums *Angebotspreis*, welches mit 70 % gewichtet worden sei, richte sich anhand des Durchschnitts aller Angebote: Das Mittel aller Angebote erhalte 4 Punkte; die Idealnote (6 Punkte) erhalten Angebote die dem Durchschnitt minus 20% entsprächen. Bei der reinen Preisanalyse habe die Beschwerdeführerin den tiefsten Preis eingegeben, gefolgt von der Zuschlagsempfängerin, deren Offerte um Fr. 1'723.75 oder 0.54% höher ausgefallen sei.

D. Die Gemeinde reichte am 31. Januar 2024 die Angebotsofferten der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin zu den Akten.

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 über den Beitritt des Kantons Wallis zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2023 (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. Vorliegende Rechtsstreitigkeit beruht auf dem Vergabeverfahren der Gemeinde betreffend die Bauarbeiten der Sanierung des A _____weges in B _____. Dieses Verfahren ist vor dem 1. Januar 2024 eingeleitet worden: Die verschiedenen Offerten sind am 27. November 2023 eingegangen. Die Offertöffnung ist am 29. November 2023 erfolgt. Dementsprechend ist für das vorliegende Verfahren das bisherige Recht anwendbar.

1.2 Ausschluss- und Zuschlagsverfügungen von Vergabestellen sind Verfügungen im Sinne von Art. 15 Abs. 1bis der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 (aIVöB). Der Entscheid der Vergabebehörde vom 12. Dezember 2023 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 aIVöB). Die Vergabebehörde ist eine Auftraggeberin im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. b akGIVöB. Sie hat das Einladungsverfahren nach Art. 11 akGIVöB gewählt. Das akGIVöB und die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Juni 2003 (akVöB; SGS/VS 726.100) sind vorliegend anwendbar.

1.3 Die zu beachtenden Vorschriften des Submissionsrechts enthalten keine Regeln über die Legitimation zur Anfechtung von vergaberechtlichen Entscheiden. Gemäss Art. 15 f. akGIVöB sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrens 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 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. Gemäss bundes- und kantonsgerichtlicher Rechtsprechung ist die in einem Vergabeverfahren abgewiesene Anbieterin allerdings nur zur Anfechtung des Zuschlags legitimiert, wenn sie bei Gutheissung 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.; Urteil des Kantonsgerichts A1 23 181 vom 26. Februar 2023 E. 1.3; ZWR 2015 S. 72). Ist ihr Angebot im 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.

1.4 Vorliegend ist die Beschwerdeführerin als Adressatin des Vergabeentscheids durch diesen berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung. Sie liegt an zweiter Stelle, die Punktedifferenz ist mit 0.03 Punkten minimal und sie hat das preisgünstigste Angebot eingereicht. Mit ihrer Beschwerde verfolgt die Beschwerdeführerin eine Besserbewertung ihres Angebots, wonach sie eine realistische Chance auf den Zuschlag hätte, falls ihre Rügen begründet sind, weshalb ihre Legitimation zu bejahen ist (Art. 80 Abs. 1 lit. a und 44 VVRG).

1.5 Ausschreibungsunterlagen können und müssen in einem Einladungsverfahren nicht angefochten werden, weil ein der Ausschreibung entsprechendes Beschwerdeobjekt fehlt. Deren Mangelhaftigkeit muss mit Beschwerde gegen den Zuschlag geltend gemacht werden (JÄGER, Das neue Rechtsschutzsystem Überblick und ausgewählte Elemente / IV. - Quellenverzeichnis, in: Zufferey / Beyeler /Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2022 / Marchés publics 2022, S. 400 mit Hinweis).

1.6 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).

2. Das Gericht hat die Angelegenheit nicht unter allen Gesichtspunkten zu überprüfen, sondern kann sich im Wesentlichen auf die gerügten Punkte beschränken (Art. 80 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 48 Abs. 2 VVRG). Die Beschwerdeführerin hat demnach grundsätzlich die Rügen, die sie geltend machen will, in der Beschwerde vollständig und genau anzugeben (ZWR 2017 S. 32). Das Kantonsgericht ist an die Begehren der Beschwerdeführerin (Art. 79 Abs. 1VVRG) gebunden, nicht aber an die Begründung der Begehren oder die Motive des angefochtenen Entscheids (Art. 79 Abs. 2 VVRG). Die Praxis stellt keine hohen Anforderungen an die Begründung. So reicht es aus, wenn aus dem Rechtsmittel ersichtlich ist, in welchen Punkten und weshalb der angefochtene Entscheid beanstandet wird. Die Begründung der Beschwerde muss sich in minimaler Form mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen. An Laieneingaben sind erst recht keine hohen Anforderungen zu stellen (BGE 131 II 470 E. 1.3; 118 Ib 134 E. 2; Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-5258/2020 vom 17. November 2021 E. 1.3). 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 beanstandet werden (Art. 16 Abs. 2 aIVöB).

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin rügt das Bewertungssystem beim Vergabekriterium Preis. Ihr Angebot, welches das preislich tiefste sei, habe nicht die Maximalnote 6, sondern die Note 4.59 erhalten.

3.2 Der Preis sollte nach den Ausschreibungsunterlagen mit 70% Gewicht in die Suche nach dem wirtschaftlich günstigsten Angebots einfliessen. Die konkrete Umsetzung dieses vorgegebenen Bewertungskriteriums wurde in den besonderen Bestimmungen (S. 4) wie folgt näher umschrieben:

> "Betrag für Idealnote ist der Durchschnitt minus 20%: 6 Punkte
> Betrag für genügend ist der Durchschnitt aller Angebote: 4 Punkte"

Die Vergabebehörde ging bei der Preisbewertung von einem Mittelwert der eingereichten Offerten aus. Ein diesem Preis entsprechendes Angebot erhielt die Note 4.0, ein um 20% tieferes die Note 6.0. Dazwischen erfolgt eine lineare Bewertung der Angebote: Pro Fr. 34 049.00 wurde eine Note vergeben.

3.3 Es gibt eine Vielzahl von verschiedenen Preisbewertungsschemas. Der Vergabebehörde kommt ein grosses Ermessen – nicht nur bei der Wahl der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung – sondern auch bei der Bewertung zu. So fällt auch die konkrete Ausgestaltung der Preiskurve in das (weite) Ermessen der Vergabebehörde (Urteile des Bundesgerichts 2P.136/2006 vom 30. November 2006 E. 3.4; 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 3.3 mit Hinweis, Urteile des Kantonsgerichts A1 21 19 vom 10. Juni 2021 E. 7.3.4; A1 17 60 vom 30. Oktober 2017 E. 7.8; A1 13 351 vom 14. März 2014 E. 5.3; A1 10 267 vom 7. Oktober 2011 E. 4.1). Folgende Grundregeln zur Bewertung des Preiskriteriums sind dabei einzuhalten: Die Bewertung ist im Hinblick auf ein bestimmtes Resultat zu erstellen (1), für alle Angebote wird die gleiche Bewertungsmethode angewendet (2), die Notenskala ist für den Preis gleich wie bei den andern Kriterien (3), die preislich tiefste Offerte erhält die höchste Note (4) und die Preisdifferenzen wiederspiegelt sich auch in der Note (5) (ESSEIVA, Les problèmes liés au prix, in BR Sonderheft Vergaberecht 2004 S. 33 f.; ZWR 2004 59 E. 5.1; Urteile des Kantonsgerichts A1 17 60 vom 30. Oktober 2017 E. 7.8; A1 10 267 vom 7. Oktober 2011 E. 4.1). 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 (GALLI/ MOSER/ LANG/ STEINER, a.a.O., N. 914). Mittels gewählter Bewertungsmethode ist die Gewichtung des Preises nicht derart abzuschwächen, dass letztendlich die Gewichtung

"ausgehebelt" 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; Urteile des Kantonsgerichts A1 17 60 vom 30. Oktober 2017 E. 7.8; 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).

3.4 Das theoretisch beste Preisangebot von Fr. 272 '389.73, das mit 20% unter dem rechnerischen Mittelwert der eingegangenen Offerten lag, erhielt die Note 6 und damit 4.2 Punkte. Eine Offerte, die dem erwähnten Mittelwert von Fr. 340 '487.16 entsprach, erreichte die Note 4 oder 2.8 Punkte, und ein Preis von Fr. 476 683.73 der 75% über dem theoretisch besten, aber nur 49% über dem effektiv besten Angebot lag, bekam die Note 0. So lange die hiervor erwähnten Grundanforderungen eingehalten werden, ist es grundsätzlich zulässig, die Bewertung aufgrund einer theoretisch berechneten Preiskurve vorzunehmen und nicht dem konkret billigsten Angebot die Maximalnote zu erteilen, sondern einem theoretisch errechneten „idealen Angebot“ (ESSEIVA, in BR Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 34, Ziff. 6 lit. a; Urteil des Bundesgerichts 2P.71/2006 vom 23. Februar 2007 E. 6. ff.; ZWR 2016 S. 31; 2004 S. 59 f. E. 5.1 ff.). Es wurde für alle Angebote die gleiche Methode benutzt und bei allen Kriterien die gleiche Notenskala (6 – 0) angewandt. Die preislich tiefste Offerte hat auch die höchste Note erhalten und die Preisdifferenz wiederspiegelt sich - wenn auch nur im Hundertstelbereich - in der Benotung (vgl. ZWR 2004 S. 60 E. 5.3; ZWR 2003 S. 69 f. E. 9.2). Die geringe Punktedifferenz ist Ausdruck der geringen Angebotsdifferenz, denn das Angebot der Beschwerdeführerin (Fr. 320 461.35) ist lediglich Fr. 1 723.75 oder 0.54 % billiger als das Angebot der Zuschlagsempfängerin mit Fr. 322 185.10. Der Richter greift nur zurückhaltend korrigierend ein und nur wenn sich die angewandte Benotung als objektiv nicht nachvollziehbar und unsachlich erweist. Dies kann vorliegend nicht gesagt werden. Auch wenn die vorgegebene Preisbewertungsskala recht flach ist und dadurch die Tendenz hat, das Gewicht des Preises von 70% gegenüber den andern drei Kriterien abzuschwächen, was für die Beschwerdeführerin nachteilig ist, kann aufgrund der Ausführungen noch nicht von einer geradezu unzulässigen Preisbewertungsskala gesprochen werden. Die Differenz von 0.54 % beim Preis zu Gunsten der Beschwerdeführerin schlägt sich in der Bewertung mit einer Differenz von 0.93 % nieder (3.21 zu 3.18 Punkte). Die Rüge der falschen Preisbewertung ist somit nicht stichhaltig. Es ist daher festzustellen, dass die Zuschlagserteilung an die Zuschlagsempfängerin, unter Berücksichtigung des den Vergabebehörden zukommenden Ermessens, vertretbar ist.

3.5 Selbst bei einer – wie von der Beschwerdeführerin – gewünschten Notenvergebung, würde dies die Arbeitsvergabe nicht zu ihren Gunsten beeinflussen können: Erhielte die Beschwerdeführerin beim Vergabekriterium Preis die Note 6 bzw. 4.2 Punkte, und würde ein um 20 % teureres Angebot (Fr. 384 553.62) die Note 4 erhalten, erhielte die Zuschlagsempfängerin die Note 5.95 und mithin 4.17 Punkte. Diese geringe Punktedifferenz würde nicht ausreichen, um den Vorsprung der Beschwerdegegnerin bei den anderen Kriterien wett zu machen.

4. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird nach dem Gesagten vollumfänglich abgewiesen. Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei mit den entsprechenden Folgen für die Tragung der Kosten und für die Zusprechung einer Parteientschädigung.

4.1 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. 280.00 und Fr. 5 000.00 (Art. 25 GTar). Aufgrund der Bedeutung des Falles sowie seines Umfangs und Schwierigkeitsgrads wird die Gerichtsgebühr vorliegend auf Fr. 1 500.00 festgesetzt.

4.2 Die Beschwerdeführerin hat als unterliegende Partei keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 91 Abs. 1 VVRG e contrario). 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, weshalb der Gemeinde keine Parteientschädigung zugesprochen wird. Die obsiegende Zuschlagsempfängerin hat sich am vorliegenden Verfahren nicht beteiligt und keine Parteientschädigungen geltend gemacht, weshalb ihr gemäss Art. 91 Abs. 1 VVRG keine Parteientschädigung zugesprochen wird.

Demnach erkennt das Kantonsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr von Fr. 1 500.00 wird der X _____ AG auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1 500.00 verrechnet.

3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4. Das Urteil wird der X _____ AG, der Z _____ GmbH und der Y _____ schriftlich mitgeteilt.

Sitten, 2. Oktober 2024