

## *Öffentliches Beschaffungsrecht – KGE (öffentlichrechtliche Abteilung) – A1 21 103 vom 20. September 2021*

### **Gewichtung von Unterkriterien; Grundsatz der Transparenz**

- Die in den Ausschreibungsunterlagen publizierten Zuschlagskriterien und Gewichtungen sind mit einer Beschwerde gegen die Ausschreibung zu rügen (Art. 15 Abs. 1<sup>bis</sup> lit. a IVöB; E. 5.1 ff.).
- Die Vergabebehörde muss die Unterkriterien mit der jeweiligen Gewichtung den Anbietern im Voraus bekannt geben, wenn sie Unterkriterien festlegt und einigen davon eine höhere Bedeutung zumessen will als anderen (Art. 2 Abs. 1 lit. k kVöB; E. 5.5 ff.).

### **Pondération des sous-critères ; principe de transparence**

- Les critères d'adjudication et leur pondération annoncés dans les documents de soumissions doivent être le cas échéant contestés dans le cadre du recours ouvert contre l'appel d'offres (art. 15 al. 1<sup>bis</sup> let. a AIMP ; consid. 5.1 ss).
- L'adjudicateur doit communiquer à l'avance aux soumissionnaires les sous-critères avec leur pondération lorsqu'il veut conférer à certains de ces sous-critères plus de poids qu'à d'autres (art. 2 al. 1 let. k Omp ; consid. 5.5 ss).

## **Aus den Erwägungen**

**5.** Die Beschwerdeführerin kritisiert eine Verletzung des Transparenzgrundsatzes betreffend die Unterkriterien und eine falsche Gewichtung und Bewertung der Zuschlagskriterien, was nachfolgend zu prüfen ist.

**5.1** Der Zuschlag erfolgt gemäss Art. 31 Abs. 1 der kantonalen Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Juni 2003 (SGS/VS 726.100; fortan: kVöB) 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 kVöB).

**5.2** Die Vergabebehörde hat in der am xxx Februar 2021 publizierten Ausschreibung folgende Zuschlagskriterien bekanntgegeben (Beilage 8):

Techniques Pondération 35 %

Economiques Pondération 35 %

Organisation et qualification Pondération 30 %

In den Ausschreibungsunterlagen werden die Zuschlagskriterien wie folgt präzisiert (Beilage 3):

Techniques 35 % :

- Conception générale (dimension, moteur, charge, puissance, couple moteur, ...), compatibilité avec nos équipements 35 %

Economiques 35 % :

- Prix et charges de fonctionnement (fournir une estimation des coûts pour 6 000 h d'utilisation (carburant, pièces de rechange, services, ...)) 35 %

Organisation et qualification 30 %:

- Rapidité d'intervention sur demande (service de piquets, organisation, structure avec justificatif, système de gestion de la qualité et de l'environnement avec certification SQS ou équivalent, stock et délais de livraison des pièces de rechange) 20 %
- Aptitude et délais de livraison 10 %

Die Ausschreibung ist am xxx Februar 2021 im Amtsblatt N. xxx sowie auf Simap publiziert worden (Beilage 8). Unter Ziffer 2.10 der Publikation werden die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung bekanntgegeben. Zudem wird in Ziffer 3.12 darauf hingewiesen, dass die Ausschreibungsunterlagen ab dem xxx Februar 2021 unter [www.simap.ch](http://www.simap.ch) bezogen werden können.

**5.3** Die Ausschreibung eines Auftrags ist eine selbstständig anfechtbare Verfügung (Art. 15 Abs. 1<sup>bis</sup> lit. a der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 [IVöB; SGS/VS 726.1-1]), gegen die innert 10 Tagen beim Kantonsgericht Beschwerde eingereicht werden kann (Art. 15 und 16 des Gesetzes betreffend den Beitritt des Kantons Wallis zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 8. Mai 2003 [kGIVöB; SGS/VS 726.1]). Die Ausschreibungsunterlagen sind grundsätzlich als integrierender Bestandteil der Ausschreibung zu betrachten, weshalb allfällige Mängel der Ausschreibungsunterlagen mit einer Beschwerde gegen die Ausschreibung zu rügen sind (ZWR 2012 S. 59 E. 3.1; Urteil des Kantonsgerichts A1 20 196 vom 25. Februar 2021 E. 1). Sind die Mängel der Ausschreibung auf Anhieb und nicht erst im Zeitpunkt des Zuschlags erkennbar gewesen, so sind sie innert der Frist von 10 Tagen mit Beschwerde geltend zu machen (Urteil des

Bundesgerichts 2P.294/2005 vom 14. März 2006 E. 4.1; Urteile des Kantonsgerichts A1 20 122 vom 6. Oktober 2020 E. 2.2 und A1 12 359 vom 21. Juni 2013 E. 5.1).

**5.4** Die Beschwerdeführerin hat von den Ausschreibungsunterlagen und den darin formulierten Zuschlagskriterien und deren Gewichtung Kenntnis erhalten. Der Vergabebehörde ist insofern zuzustimmen, dass keine Gründe ersichtlich sind, weshalb die Beschwerdeführerin die publizierte Gewichtung der Zuschlagskriterien nicht unmittelbar nach der Ausschreibung bei der Vergabebehörde hätte beanstanden können, wenn sie damit nicht einverstanden gewesen ist. Soweit die vorgebrachten Rügen die in den Ausschreibungsunterlagen publizierten Zuschlagskriterien und Gewichtungen als solche betreffen, kann darauf nach dem Gesagten grundsätzlich nicht mehr eingetreten werden.

**5.5** 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 IVöB verankert und 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 (Peter Galli / André Moser / Elisabeth Lang / Marc Steiner, a.a.O., N. 954). Art. 2 Abs. 1 lit. k kVöB 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 (ZWR 2016 S. 25 E. 3.1 f.; Urteile des Kantonsgerichts 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; Urteil des Bundesgerichts 2P.172/2002 vom 10. März 2003 E. 2.3).

**5.6** Die Vergabebehörde hat die Zuschlagskriterien gemäss "Tableau des pondération corrigé" (Beilage 14) wie folgt bewertet: Beim Kriterium "Techniques" (total 35 %) ist das Unterkriterium "Conception générale" mit 25 % und das Unterkriterium "Compatibilité avec nos équipements" mit 5 % gewichtet worden, obwohl diese Unterkriterien in den Ausschreibungsunterlagen ohne entsprechende prozentuale Gewichtung publiziert worden sind. Ausserdem hat die Vergabebehörde das in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich erwähnte Unterkriterium "Equipements" mit einer Gewichtung von 5 % in die Bewertung miteinbezogen. Beim Kriterium "Economiques" (total 35 %) hat das Unterkriterium "Prix de l'offre déposée" die Gewichtung 25 % erhalten und das Unterkriterium "Charges de fonctionnement sur 6000 heures" 10 % - auch diese Gewichtungen sind in den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich gewesen. Beim Kriterium "Organisation et qualification" (total 30 %) ist das Unterkriterium "Délais de livraison" mit 20 % und das Unterkriterium "Service après-vente" mit 10 % gewichtet worden. Diese Gewichtung entspricht nicht den in den Ausschreibungsunterlagen publizierten prozentualen Gewichtungen der beiden Unterkriterien.

**5.7** Die Vergabebehörde hat folglich bei zwei von drei Kriterien den Unterkriterien unterschiedliches Gewicht beigemessen, obwohl diese Unterkriterien in den Ausschreibungsunterlagen ohne Angabe der prozentualen Gewichtung genannt worden sind. Zudem hat sie ein Unterkriterium mit 5 % Gewichtung in die Bewertung aufgenommen, welches in den Ausschreibungsunterlagen nicht genannt worden ist. Schliesslich hat sie beim dritten Kriterium die in den Ausschreibungsunterlagen angegebene Gewichtung der Unterkriterien nachträglich abgeändert. Dieses Vorgehen der Vergabebehörde ist nach dem oben Gesagten mit dem Grundsatz der Transparenz nicht mehr vereinbar (siehe oben E. 5.5).

**5.8** 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 (Peter Galli/ André Moser/ Elisabeth Lang/ Marc 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 (Urteil des Bundesgerichts 2P.299/2000 vom 24. August 2001 E. 4; Urteile des Kantonsgerichts 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).

Die festgestellte Verletzung des Grundsatzes der Transparenz gebietet vorliegend die Aufhebung des gesamten Vergabeverfahrens: Die Anbieterinnen durften aufgrund der Ausschreibungsunterlagen davon ausgehen, dass die Vergabebehörde den bei den Kriterien "Techniques" und "Economiques" genannten Unterkriterien jeweils gleiche Bedeutung beimessen wird. Wäre die unterschiedliche Gewichtung der Unterkriterien im Voraus mitgeteilt worden, hätten die Anbieterinnen ihre Offerten anders präsentieren und diejenigen Punkte hervorheben können, denen die Vergabebehörde durch die höhere Gewichtung einzelner Unterkriterien gegenüber den anderen eine besondere Bedeutung beimessen will. Der Grundsatz der Transparenz erlaubt es in casu nicht, die eingereichten Angebote auf der Grundlage der in den Ausschreibungsunterlagen genannten Gewichtungen zu bewerten. Zudem würde diese Vorgehensweise beim Kriterium "Economiques" dazu führen, dass das Gericht den für die Beschaffung des Radladers offerierten Preis (Unterkriterium "Prix de l'offre déposée") mit nur 17.5 % gewichten müsste, was nach herrschender Rechtsprechung wohl nicht mehr im Bereich des Zulässigen läge (vgl. BGE 129 I 313 E. 9.2; Urteil des Kantonsgerichts A1 21 19 vom 10. Juni 2021 E. 7.3.5 f.; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 906). Es kann daher auf die Prüfung der übrigen von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen betreffend die Bewertung der einzelnen Zuschlagskriterien verzichtet werden (Urteile des Kantonsgerichts A1 15 130 vom 22. Oktober 2015, in ZWR 2016 25 nicht publizierte E. 4, und A1 11 29 vom 10. Juni 2011 E. 7f).

**6.** Nach dem Gesagten ist die Zuschlagsverfügung aufgrund der Verletzung des Grundsatzes der Transparenz aufzuheben und das Vergabeverfahren erneut durchzuführen. Die Beschwerde ist im Sinne der Erwägungen gutzuheissen, mit den entsprechenden Folgen für die Tragung der Kosten und für die Zusprechung einer Parteientschädigung.