

Mit Urteil vom 21. Februar 2013 (2C_1196/2013) wies das Bundesgericht eine gegen vorliegenden Entscheid gerichtete Beschwerde in öffentlich-rechtlichen angelegenheiten ab.

A1 13 287

URTEIL VOM 15. NOVEMBER 2013

Kantonsgericht Wallis Öffentlichrechtliche Abteilung

Es wirken mit: Jean-Pierre Zufferey, Präsident, Jean-Bernard Fournier und Thomas Brunner, Richter, sowie Paul Constantin, Gerichtsschreiber,

in Sachen

X_____ AG, vertreten durch Rechtsanwältin A_____

gegen

STAATSRAT DES KANTONS WALLIS

Y_____ AG, vertreten durch B_____

(Bauwesen)

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid vom 29. Mai 2013.

Sachverhalt

A. Zur Realisierung der lawinensicheren Zufahrt nach C_____ schrieb das Departement für Verkehr, Bau und Umwelt (DVBU) am 18. Januar 2013 im Amtsblatt des Kantons Wallis im offenen Verfahren Baumeisterarbeiten der Lawinengalerie NGxxx, Los xxx, auf der Nebenstrasse im Gebirge, Anschluss C_____ und D_____, Teilstück E_____, auf Gebiet der Gemeinde C_____ aus. Die Vergabestelle gab als Zuschlagskriterien in der Ausschreibung den Angebotspreis mit 60 % Gewichtung, die Qualifikation des Anbieters mit 25 % Gewichtung (mit den Unterkriterien massgebendes Schlüsselpersonal zu 40 %, gemachte Erfahrungen der letzten Jahre bei ausgeführten Arbeiten zu 30 %, Nachweis, dass erforderliches Personal, Maschinen usw. für die fach- und termingerechte Auftragsausführung vorhanden sind zu 20 % und Referenzen zu 10 %), die Qualifikation des Angebotes mit 15 % Gewichtung (mit den Unterkriterien Vollständigkeit der Angebote zu 40 %, Qualitätsnachweis der verwendeten Produkte und Qualitätssicherungskonzept zu 30 %, Beschrieb Bauvorgang inkl. Verkehrsführung zu 20 % und Bauprogramm mit 10 %) bekannt. Auf diese Ausschreibung hin wurden 8 Angebote eingereicht. Nach einer ersten Kontrolle wurden vier Unternehmungen am 16. April 2013 zu einem Unternehmengespräch eingeladen. Die Dienststelle für Strassen, Verkehr und Flussbau prüfte zusammen mit dem projektierenden Ingenieurbüro die Offerten und erstellte die Bewertungstabelle vom 18. April 2013. Auf Grund dieser Bewertung vergab der Staatsrat den Auftrag am 29. Mai 2013 an die Y_____ AG (Zuschlagsempfängerin). Die Verfügungen wurden am 3. Juni 2013 eröffnet und der Vergabeentscheid wurde im Amtsblatt vom 7. Juni 2013 publiziert.

B. Dagegen erhob die X_____ AG (Beschwerdeführerin) am 13. Juni 2013 Verwaltungsgerichtsbeschwerde bei der öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts und stellte folgende Rechtsbegehren:

- "1. Der vorliegenden Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird die aufschiebende Wirkung erteilt.
2. Die Vergabebehörde wird unverzüglich nach Eingang dieser Beschwerde darauf aufmerksam gemacht, dass sie mit dem Vergabebeschluss bis zum Entscheid in der Hauptsache zuzuwarten hat.

Primärbegehren:

3. Die Beschwerde der X_____ AG wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung des Staatsrats wird aufgehoben und die Vergabe der Arbeiten Projekt Nr. xxx/Strasse NGxxx Anschluss C_____ und D_____/Abschnitt E_____ erfolgt an die X_____ AG zum Preis von CHF 2 774 991.40.

Sekundärbegehren:

4. Die Beschwerde der X_____ AG wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung des Staatsrats und der Gemeinde C_____ wird aufgehoben und die Sache wird an den Auftraggeber zurück gewiesen zwecks neuer Vergabe der Arbeiten.

Tertiärbegehren:

5. Die Beschwerde der X_____ AG wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung des Staatsrates wird aufgehoben. Es wird festgestellt, dass die Vergabe rechtswidrig erfolgt ist.
6. Der Vergabeentscheid des Staatsrates vom 29. Mai 2013/3. Juni 2013, gemäss welchem der Auftrag: Strasse NGxxx Anschluss C_____ und D_____/Teilstück;

E _____/Baumeisterarbeiten an die Y _____ AG, mit Sitz in F _____, erteilt wurde, sei aufzuheben.

7. Der Auftrag sei der Bauunternehmung X _____ AG zu erteilen.
8. Es sei der Beschwerdeführerin eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.
9. Die Kosten von Verfahren und Entscheid gehen zu Lasten des Staates.“

Die Beschwerdeführerin machte geltend, sie habe mit Fr. 2 774 991.40 das günstigste Angebot eingereicht und sei um Fr. 200 242.05 günstiger als die Zuschlagsempfängerin, was rund 14.5 % ausmache. Der Zuschlagsentscheid sei ungenügend begründet und sie habe bisher keine Akteneinsicht erhalten, weshalb das rechtliche Gehör verletzt sei. Sie habe keine Kostenumlagerungen vorgenommen. Bei den Zuschlagskriterien Qualifikation des Anbieters und Qualifikation des Angebots habe sie mindestens ein gleich gutes Angebot eingereicht wie die Zuschlagsempfängerin, weshalb ihr auf Grund des „massiv tieferen Preises“ der Zuschlag zu erteilen sei.

Am 19. Juni 2013 reichte die Beschwerdeführerin eine zusätzliche Stellungnahme zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein, nachdem sie die Bewertung der Angebote erhalten hatte. Bei der Bewertung sei der Mittelwert sämtlicher Angebote berechnet worden. Dem Mittelwert abzüglich 20 % sei die höchste Punktezahl 6 erteilt worden. Die Anwendung einer solchen Bewertungsmethode ohne vorgängige Bekanntgabe in den Ausschreibungsunterlagen verstosse gegen das Transparenzgebot. Bei dieser Bewertung der ersten vier Angebote variere die Punktezahl lediglich um 0,42. Wäre ihrem günstigsten Angebot die maximale Punktezahl von 6 erteilt worden, hätte sie bei einer Gewichtung von 60 % 3.60 Punkte erhalten, was sie auf Rang 1 der Bewertung gebracht hätte. Die Bestimmung eines Mittelwerts minus 20 % führe zu einer flachen Preiskurve, weshalb das Kriterium Angebotspreis verwässert werde. Der Zuschlagsentscheid müsse auf der Basis der Zuschlagskriterien samt der massgeblichen Gewichtung und den konkreten Angaben nachvollziehbar sein, was vorliegend nicht der Fall sei. Die vorliegende Bewertungsmethode sei willkürlich.

C. Die Beschwerde wurde am 17. Juni 2013 an die 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. Am 27. Juni 2013 beantragte die Zuschlagsempfängerin sinngemäss die Abweisung der Beschwerde und machte geltend, dass sie seit mehr als 75 Jahren im Untertagebau tätig sei, so dass sie nicht weniger Erfahrung im Stollenbau habe als die Beschwerdeführerin. Die Vergabestelle reichte am 29. Juli 2013 die amtlichen Akten ein und beantragte die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Als Begründung führte sie aus, die Beschwerdeführerin habe die Bewertungstabelle erhalten und die Möglichkeit der Akteneinsichtnahme gehabt. Durch die Gelegenheit, zu den hinterlegten Belegen vor Kantonsgericht Stellung zu nehmen, wäre eine allfällige Verletzung des Gehörsanspruchs geheilt. Die Beschwerdeführerin, welche in den letzten 10 Jahren mehrfach als Offerentin an öffentlich ausgeschriebenen Vergaben beteiligt gewesen sei, kenne die konstante Vergabepaxis und die auch

vorliegend zur Anwendung kommende Bewertungsmethode. Sie habe überdies die Ausschreibung nicht angefochten.

D. Mit Stellungnahme vom 14. August 2013 wiederholte die Beschwerdeführerin, dass die Bewertungsmethode aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich sei und sie davon nicht Kenntnis gehabt habe. Darauf reichte die Vergabestelle am 3. September 2011 eine weitere Stellungnahme ein und hielt an ihren Rechtsbegehren fest. Mit Verweis auf Erklärungen des Kreises 1 - Oberwallis der Dienststelle Strassen, Verkehr und Flussbau hielt sie fest, dass die Interpolationsmethode zur Bewertung der Preise in den letzten 10 Jahren immer in gleicher Weise angewendet und insbesondere stets der Wert von 20 % vom Mittelwert abgezogen worden sei, um die Maximalnote zu berechnen. Die Beschwerdeführerin habe seit 2007 an mindestens 14 Ausschreibungen teilgenommen, bei denen stets in gleicher Weise dieselbe Interpolationsmethode angewendet worden sei. Bei einem Prozentabzug von 20 % würden weder sehr niedrige Angebote noch sehr hohe Angebote benachteiligt. Es handle sich um eine ausgewogene Lösung, welche im Ermessensspielraum der Vergabebehörde liege. Mit einer Gewichtung von 60 % werde dem Kriterium Preis angemessen Rechnung getragen.

In der Folge wurden keine weiteren Rechtsschriften eingereicht. Weitere Sachverhaltsdarstellungen, Parteibehauptungen sowie Begründungen sind, soweit rechtlich von Bedeutung, in den nachfolgenden Erwägungen aufgeführt.

Erwägungen

1. Der Entscheid des DVBU 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]). Das DVBU ist eine Auftraggeberin im Sinne von Art. 6 GIVöB und sie hat das offene Verfahren nach Art. 9 GIVöB gewählt. Das GIVöB und die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Juni 2003 (VöB; SGS/VS 726.100) sind vorliegend anwendbar.

1.1 Die Beschwerdeführerin liegt bezüglich der Offerte preislich an erster und in der Bewertung an vierter Stelle und sie fordert, den Zuschlag ihr zu erteilen. Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen den Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen können. Mit ihrer Beschwerde verfolgt die Beschwerdeführerin eine Besserbewertung beim Preiskriterium, wodurch ihr Angebot in der Gesamtbewertung auf den

ersten Platz gehoben werden soll. Falls ihre Rügen begründet sind, hat sie eine realistische Chance auf den Zuschlag, weshalb ihre Legitimation zu bejahen ist (Art. 80 Abs. 1 lit. a und 44 VVRG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist deshalb einzutreten (Art. 80 Abs. 1 lit. b und c, 46 und 48 VVRG).

1.2 Mit dem Urteil in der Sache selbst erübrigt sich ein Entscheid über die definitive Gewährung der aufschiebenden Wirkung, so dass dieses Gesuch gegenstandslos geworden ist. Mit dem Entscheid in der Sache selbst fallen ferner das Gesuch der Vergabebehörde um Verpflichtung der Beschwerdeführerin zur Leistung einer Sicherheit für die Verfahrenskosten und die Parteientschädigung gemäss Art. 17 Abs. 4 IVöB als gegenstandslos geworden dahin.

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

4. Die Beschwerdeführerin bringt gegen die Vergabe zunächst einmal vor, dass sie trotz einer Intervention keine Akteneinsicht erhalten habe. Die Vergabestelle habe ihr ungeachtet einer schriftlicher Anfrage die wesentlichen Gründe für ihre Nichtberücksichtigung nicht bekannt gegeben und ihr somit das rechtliche Gehör verweigert.

4.1 Im Submissionsverfahren gelten für das Akteneinsichtsrecht (Art. 29 BV) besondere Grundsätze. In diesem Verfahren ist die Vertraulichkeit der eingereichten Offerten gewährleistet (Art. 11 lit. g IVöB) und die Angebote geniessen den Schutz als Geschäftsgeheimnis. Der unterlegene Bewerber hat nur Anspruch auf Bekanntgabe jener Elemente, die von Gesetzes wegen zur Begründung des Zuschlages angeführt werden müssen (Art. 34 Abs. 2 VöB). Diese Rechtslage kann nicht durch das blosses Einlegen eines Rechtsmittels umgestossen werden, weshalb die unmittelbar durch die Verfassung gewährleisteten Minimalgarantien für das besonders geartete Verfahren der Submission auch im Rechtsmittelstadium grundsätzlich keinen Anspruch auf (direkte) Einsicht in die Offertunterlagen von Konkurrenten gewähren. Das in anderen Bereichen

übliche allgemeine Akteneinsichtsrecht muss bei Submissionsverfahren gegenüber dem Interesse der Anbieter an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie des in den Offerten zum Ausdruck kommenden unternehmerischen Know-how grundsätzlich zurücktreten (Urteile des Bundesgerichts 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 3.1; 2P.173/2003 vom 09. Dezember 2003 E. 2.5; Urteil des Kantonsgerichts A1 13 264 vom 29. Oktober 2013 E. 4.1).

4.2 Art. 34 Abs. 3 VöB konkretisiert, dass die Zuschlagsverfügung zusätzlich zum Namen des Zuschlagsempfängers und zum Zuschlagsbetrag die Tabelle der Angebotsbewertung enthalten muss, wenn das Angebot des Zuschlagsempfängers nicht das preisgünstigste ist. Letzteres war vorliegend der Fall. Die Beschwerdeführerin hat zu einem Preis von Fr. 2 774 991.40 mit Berücksichtigung des Baus der Gemeinde (von Fr. 195 673.30) offeriert, die Zuschlagsempfängerin zum (höheren) Preis von Fr. 2 975 233.45 mit Berücksichtigung des Baus der Gemeinde (von Fr. 135 765.90). Art. 34 Abs. 3 VöB führt für diesen Fall weiter aus, dass die Tabelle der Angebotsbewertung mindestens die Zuschlagskriterien und eventuellen Unterkriterien, deren Gewichtung sowie die Noten des Zuschlagsempfängers und des Verfügungsadressaten bzw. die Klassierung des Verfügungsadressaten zu enthalten habe. Der Beschwerdeführerin ist dahingehend recht zu geben, dass der Zuschlag der Vergabestelle vom 3. Juni 2013 diese gesetzliche Anforderung nicht erfüllt.

4.3 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes wird eine allfällige Verweigerung des rechtlichen Gehörs geheilt, wenn die unterbliebene Beweiswürdigung oder Beweiserhebung in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in welchem die obere Instanz mit der gleichen Prüfungsbefugnis entscheidet wie die untere Instanz (BGE 130 II 530 E. 7.3; 127 V 431 E. 3d/aa; 126 I 68 E. 2; 126 V 130 E. 2b; 124 II 132 E. 2; 118 Ib 111, E. 4b; 116 Ia 94 E. 2; Arthur Häfliger, *Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich*, Bern 1985, S. 132 f.). Sie ist bei besonders schwerwiegender Verletzung von Parteirechten ausgeschlossen und muss die Ausnahme bleiben (BGE 126 I 68 E. 2; 126 V 130 E. 2b; 124 V 180 E. 4a). Verfahrensmässig ist nach Rechtsprechung und Lehre ferner darauf abzustellen, welche Folge aufgrund der konkreten Umstände die Heilung für die Partei, deren rechtliches Gehör verletzt worden ist, unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie und der Möglichkeit, vor zwei Instanzen ihre Rügen vorzubringen, hat (Urteil des Bundesgerichts 1P.43/2005 vom 12. April 2005 E. 3.1; Michele Albertini, *Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates*, Bern 2000, S. 467; Lorenz Kneubühler, *Gehörsverletzung und Heilung*, ZBI 99/1998 S. 97 ff.; René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, *Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes*, Basel 1996, N 332, S. 66; kritisch Hansjörg Seiler, *Abschied von der formellen Natur des rechtlichen Gehörs*, SJZ 100/2004 S. 377, insbes. S. 381). Zwar ist das Kantonsgericht grundsätzlich auf Rechtskontrolle beschränkt. Eine Ermessenskontrolle kann es nur ausnahmsweise ausüben. Im vorliegenden Fall wurde die Beschwerdeführerin durch die Gehörsverletzung jedoch nicht der Möglichkeit beraubt, ihren Standpunkt vor Kantonsgericht gehörig vorzubringen. Mit der Akteneinsicht konnte die Beschwerdeführerin zwischenzeitlich die Angebotstabelle konsultieren. Die Verletzung des Anspruchs der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör wurde vor Kantonsgericht geheilt. Alle Beteiligten haben ein erhebliches Interesse daran, dass der vorliegende Streit rasch zu

einem Abschluss gebracht werden kann. Eine Rückweisung rechtfertigt sich deshalb nicht (URP 1999/5 S. 452).

5. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Anwendung der Bewertungsmethode, dem Mittelwert abzüglich 20 % die höchste Punktezahl 6 zu erteilen verstosse - insbesondere ohne vorgängige Bekanntgabe in den Ausschreibungsunterlagen - gegen das Transparenzgebot.

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. Weiteres ist diesem Rahmengesetz und der Vereinbarung nicht zu entnehmen. 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.) gestützt auf den auch dort anwendbaren Art. 13 lit. f IVöB und vor dem Hintergrund des Prinzips der Transparenz Regeln hinsichtlich der Verpflichtung der Vergabebehörde zur Bekanntgabe der Zuschlagskriterien und ihrer Rangfolge oder relativen Bedeutung aufgestellt. Die Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens verfolge insbesondere den wesentlichen 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, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich 2013, 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 gedanke, 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).

5.1.1 Auf Grund der Gesetzesbestimmungen sowie gestützt auf die Rechtsprechung und Lehre ist zunächst erforderlich, dass alle Zuschlagskriterien im Verfahren festgelegt werden, solange die einzelnen Bewerber und deren Offerten noch nicht bekannt sind. 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). Es gilt der Grundsatz, dass alles Zuschlagsrelevante zum Voraus mit der Ausschreibung festgelegt und den Offerenten zur Kenntnis gebracht werden soll. Die Spielregeln dürfen da-

nach 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 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. 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 zitierten 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). Peter Galli hält fest, dass für die Vergabestelle die Benützung einer Beurteilungsmatrix nicht obligatorisch sei. Falls sie jedoch das Bedürfnis habe, zu den publizierten Zuschlagskriterien Unterkriterien zu formulieren oder etwa Gewichtungen der einzelnen Kriterien in Prozenten oder nach einem Punktesystem festzulegen, so habe die Vergabestelle diese nach dem Transparenzprinzip in Form einer Beurteilungsmatrix vorzunehmen, welche den Anbietern bekannt zu geben sei (Peter Galli, *Zuschlagskriterien, Beurteilungsmatrix und Evaluationsbericht*, in *BR* 1999, S. 138).

5.2.1 Aus dem kantonalen und auch aus dem übergeordneten Recht lässt sich explizit 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 sie auf die betreffende Vergabe Anwendung finden soll; andererseits wird die Bekanntgabe der Notenskala, die verwendet wird, um die Kriterien zu beurteilen, 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 be-

reits 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). Lediglich das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat angedeutet, dass es sich im Interesse der Transparenz empfehle, dass die Vergabebehörde die von ihr als realistisch angesehene Preisspanne zusammen mit den Zuschlagskriterien im Voraus bekannt zu geben habe, wobei nur die prozentuale Bandbreite, keinesfalls aber die Höhe der zu erwartenden Preise zu nennen sei (Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 21. April 2004, VB 2003.00469, E. 2.6).

5.2.2 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 gerichtlichen Kontrolle zugänglich ist.

5.3 Somit kann festgehalten werden, dass die Forderung nach grösstmöglicher Transparenz und 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 (vorgängi-

ge) Bekanntgabe der Zuschlagskriterien bindet die Auftraggeberin. Je enger die publizierten Zuschlagskriterien gefasst sind, desto geringer 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 der Staatsrat nur die Zuschlagskriterien (und nicht die die Benotungsskala) im Voraus publiziert hat, verstösst nicht gegen das Transparenzgebot. Die Beschwerde muss deshalb in diesem Punkt abgewiesen werden.

6. Eine weitere Rüge der Beschwerdeführerin betrifft die Preiskurve. Die Bestimmung eines Mittelwerts minus 20 % führe zu einer flachen Preiskurve. Die Beschwerdeführerin beansprucht für ihr günstigstes Angebot die Maximalpunktzahl 6, so dass sie bei einer Gewichtung von 60 % 3.60 Punkte erhalten würde, was sie auf Rang 1 der Bewertung bringe.

6.1 Die Praxis zeigt, dass zahlreiche Methoden im Zusammenhang mit der Bewertung des Preiskriteriums bestehen. 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 (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 aber 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 "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; Urteil des Kantonsgerichts A1 09 107 vom 31. Juli 2009 E. 4.7).

6.2 Diese Anforderungen an die Preisbewertung sind vorliegend erfüllt. Der Preis sollte nach den Ausschreibungsunterlagen mit 60% 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 der eingereichten Offerten aus. Ein diesem Preis entsprechendes Angebot erhielt 4 Punkte (= Fr. 3 076 573.39) und ein um 20% tieferes 6 Punkte (= Fr. 2 461 258.72). Dazwischen wurde pro Fr. 307 657.-- ein Punkt vergeben. Die Behörde hat ein Schema der Beurteilung gewählt, das von Dienststellen des Kantons 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, um die maximale Punktezahl zu erreichen, seit mehreren Jahren an. Es wurde für alle Angebote die gleiche Methode benutzt und bei allen Kriterien der gleiche Punktefächer (6 – 0) angewandt. Das preislich tiefste Angebot hat auch die höchste Punktezahl erhalten und die Punkte geben in etwa die Preisdifferenzen wieder.

6.3 Die Wiedergabe der Preisdifferenzen in Punkten hängt von der Preisbewertungskurve ab. Je flacher diese ist, umso weniger wirken sich die Unterschiede aus. Wie bereits dargelegt, haben die Bewerber 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 Maximalpunktezahl 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. Dasselbe galt für eine Beurteilung, bei der erst ein um 117% höheres Preisangebot 0 Punkte erhalten hatte (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2006.00359 vom 20. Dezember 2006).

6.4 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/westschweizerleitfaden/> und hier unter dem Anhang 5T - Präsentation anderer Preisbenotungssysteme. Die Formel gemäss des Westschweizer Leitfadens 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 Prozent 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 Prozent 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; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N 908).

6.5 Vorliegend erhielt ein theoretisch bestes Preisangebot von Fr. 2 461 258.72, das mit 20% unter dem rechnerischen Mittelwert der eingegangenen Offerten lag, 6 Punkte und damit bei einer Gewichtung von 60 % 3.60 oder das Maximum der Punkte. Eine Offerte, die dem erwähnten Mittelwert von Fr. 3 076 573.39 entsprach, erreichte 4 Punkte oder nach der Gewichtung 2.4 Punkte. Auch wenn die vorgegebene Preisbewertungsskala recht flach ist und dadurch die Tendenz hat, das Gewicht des Preises von 60% gegenüber den beiden andern Kriterien abzuschwächen, was für die Beschwerdeführerin nachteilig ist, kann aufgrund der Ausführungen noch nicht von einer geradezu unzulässigen Preisbewertungsskala gesprochen werden, auch wenn sie sich gewiss an der oberen zulässigen Grenze bewegt. Die Differenz von 7.2 % beim Preis

zu Gunsten der Beschwerdeführerin schlägt sich in der Bewertung mit einer Differenz von 13 % nieder (2.99 zu 2.60 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.

7. Aus den genannten Gründen ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde abzuweisen. Dieser Verfahrensausgang zeitigt seine Folgen in der Verlegung der Gerichtskosten und in der Festlegung der Parteientschädigung.

7.1 Die Beschwerdeführerin ist mit ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterlegen. Somit hat sie die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 89 Abs. 1 VVRG). 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 auf Fr. 2 000.-- festgesetzt; sie ist von der unterliegenden Beschwerdeführerin zu bezahlen.

7.2 Als unterliegende Partei hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 91 Abs. 1 VVRG e contrario). Auch der Kanton, welcher in ihrem amtlichen Wirkungskreis handelt, hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 91 Abs. 3 VVRG). Die nicht anwaltlich vertretene Zuschlagsempfängerin hat keine Parteientschädigung verlangt.

Demnach erkennt das Kantonsgericht:

1. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gesuche um Gewährung der aufschiebenden Wirkung und um Verpflichtung der Beschwerdeführerin zur Leistung einer Sicherheit für die Verfahrenskosten und die Parteientschädigung fallen als gegenstandslos geworden dahin.
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 2 000.-- gehen zu Lasten der Beschwerdeführerin.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Das Urteil wird der Beschwerdeführerin, der Zuschlagsempfängerin und dem Staatsrat schriftlich mitgeteilt.