

A1 21 173

URTEIL VOM 15. FEBRUAR 2022

**Kantonsgericht Wallis
Öffentlichrechtliche Abteilung**

Es wirken mit: Christophe Joris, Präsident, Jean-Bernard Fournier und Thomas Brunner,
Richter, sowie Vanessa Brigger, Gerichtsschreiberin,

in Sachen

X _____ AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Michael Ueltschi

gegen

STAATSRAT DES KANTONS WALLIS, Vergabebehörde,

und

Y _____, Beschwerdegegner,

(Arbeitsvergabe)

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid vom 2. August 2021.

Sachverhalt

A. Im Rahmen der Sanierung der A _____ publizierte das Departement für Finanzen und Energie am xxx. Februar 2021 im kantonalen Amtsblatt sowie auf simap.ch den Bauauftrag für die dort zu erstellende Lüftungsanlage. Daraufhin wurden drei verschiedene Angebote eingereicht. Mit Entscheid vom 2. August 2021 erteilte der Staatsrat (fortan Vergabebehörde) der Y _____ AG (fortan Zuschlagsempfängerin) den Zuschlag. Der Entscheid wurde der X _____ AG am 11. August 2021 zugestellt.

B. Gegen den Entscheid des Staatsrates erhob die X _____ AG (fortan Beschwerdeführerin) am 19. August 2021 Verwaltungsgerichtsbeschwerde bei der öffentlichen rechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts und stellte folgende Rechtsbegehren:

"1. Der Entscheid vom 2. August 2021 betreffend Zuschlagserteilung C _____, sei vollumfänglich aufzuheben.

Eventualiter: Es sei festzustellen, dass der Entscheid des Kanton Wallis vom 2. August 2021 betreffend Zuschlagserteilung C _____ rechtswidrig ist.

2. Es sei festzustellen, dass die X _____ AG die Eignungskriterien gemäss Ausschreibung erfüllt.

3. Es sei der X _____ AG der Zuschlag betreffend die Sanierung der C _____ zu erteilen.

Eventualiter: Es sei die Sache an den Kanton Wallis, Departement für Finanzen und Energie, mit der verbindlichen Anordnung zurückzuweisen, dass der Auftrag betreffend die Sanierung der C _____ der X _____ AG zu erteilen sei.

4. Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. — unter Kosten- und Entschädigungsfolge-"

Die Beschwerdeführerin machte geltend, das Angebot der Zuschlagsempfängerin sei unvollständig und hätte ausgeschlossen werden müssen. Im Angebot der Zuschlagsempfängerin würden verschiedentlich die Einheits- und Gesamtpreise fehlen. Die Ausschreibungsunterlagen würden jedoch die detaillierte Angabe von Stückpreisen und Arbeitsleistungen verlangen. Die Zuschlagsempfängerin habe die Ausschreibungsunterlagen nicht lückenlos ausgefüllt. Das Fehlen dieser Detailangaben biete einen erheblichen Spielraum für Missbrauch. Überdies sei die Angabe der Preise zwingend erforderlich, um allfällige Tipp- oder Kalkulationsfehler zu erkennen. Eine fachliche und rechnerische Prüfung der Angebote gemäss Art. 19 Abs. 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Juni 2003 (kVöB; SGS/VS 726.100) sei aufgrund des unvollständigen Angebots der Zuschlagsempfängerin gar nicht möglich gewesen. Ein Vergleich der Angebote sei ausgeschlossen, da die Zuschlagsempfängerin die ausgeschriebenen Arbeiten nicht vollständig offeriert habe. Die Gleichbehandlung der Anbieter sei unter diesen Umständen nicht garantiert und die Transparenz des Vergabeverfahrens nicht sichergestellt. Schliesslich machte die Beschwerdeführerin geltend, dass Angebot

der Zuschlagsempfängerin würde die Selbstkosten nicht decken und sei deshalb auszuschliessen.

C. Die Beschwerde wurde am 20. August 2021 an die Vergabebehörde und die Zuschlagsempfängerin zur Vernehmlassung weitergeleitet mit dem Hinweis, dass alle Vollziehungsvorkehren (insbesondere der Vertragsschluss betreffend die Arbeitsvergabe) zu unterlassen seien, bis über das Gesuch um aufschiebende Wirkung entschieden sei.

D. Die Zuschlagsempfängerin liess sich nicht vernehmen. Die Vergabebehörde beantragte in ihrer Beschwerdeantwort vom 30. September 2021, der Beschwerdeführerin sei keine Einsicht in vertrauliche Akten zu gewähren und die Beschwerde sowie das Gesuch um aufschiebende Wirkung seien kostenpflichtig abzuweisen. Sie machte geltend, es liege in ihrem Ermessen, im Rahmen der Offertvereinbarung ein unvollständiges oder nicht den Anforderungen entsprechendes Angebot durch Rückfragen auf den verlangten Stand zu bringen. Die ursprüngliche Originalofferte mit Preisangaben bis BKP5-stellig genüge gemäss Angabe des Architekturbüros für die spätere Vertragsabwicklung. Der Fachplaner Haustechnik habe die Einheitspreise jedoch trotzdem telefonisch bei der Zuschlagsempfängerin nachgefragt und Letztere habe die vollständigen Preisangaben umgehend nachgereicht. Es bestünden keine Differenzen zwischen den nachträglich eingereichten Preisangaben und den Preisen gemäss Originalofferte. Bei der Festlegung der Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung und Bewertung komme der Vergabebehörde ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. Bezüglich der Selbstkostendeckung äusserte sich die Vergabestelle dahingehend, dass zum einen keine Hinweise bestünden, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin die Selbstkosten nicht decke. Zum anderen weiche der Angebotspreis der Zuschlagsempfängerin nicht markant vom Angebotspreis der Beschwerdeführerin ab; die Differenz betrage lediglich 6.24 %. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin sei vollständig und gültig, entsprechend habe die Zuschlagsempfängerin den Zuschlag mit Recht erhalten. Die Vergabestelle beantragte schliesslich, der Beschwerdeführerin sei keine Einsicht in die Offerte der Zuschlagsempfängerin zu gewähren: Die Offerte würde gemäss Art. 11 lit. g der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 (IVöB; SGS/VS 726.1-1) und der Rechtsprechung als Geschäftsgeheimnis gelten und dürfe ohne Zustimmung der Anbieterin nicht der Konkurrenz bekannt gegeben werden.

E. Am 16. November 2021 reichte die Beschwerdeführerin eine Replik ein und hielt an ihren Rechtsbegehren fest. Sie brachte jedoch zum Ausdruck, dass sie die Rüge betref-

fend die Selbstkostendeckung nicht weiterverfolge. Sie entgegnete der Vergabebehörde, das Protokoll der Offertöffnung sei ihr erst nach Eröffnung des angefochtenen Vergabeentscheids zugestellt worden. Der Fachplaner dürfe bei der Bewertung der Offerten nicht von den in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Vorgaben abweichen. Überdies stehe die telefonische Nachfrage im Widerspruch zu dem im Vergaberecht geltenden Grundsatz der Schriftlichkeit gemäss Art. 12 Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 12. Februar 2020 (VöB; SR 172.056.11). Das Vorgehen der Vergabebehörde verletze den Grundsatz der Gleichbehandlung und das Nachliefern der detaillierten Preisangaben stelle eine unzulässige Abänderung des Angebots der Zuschlagsempfängerin dar. Die Einsicht in die Offerte der Zuschlagsempfängerin sei nicht zwingend notwendig, da die Vergabebehörde zugestanden habe, dass diese nicht vollständig gewesen ist.

F. Die Vergabebehörde reichte am 3. Dezember 2021 eine Duplik ein und hielt an ihren Rechtsbegehren fest. Sie entgegnete, die Öffnung und die Kontrolle der Angebote sei im Einklang mit Art. 18 und 19 KVöB erfolgt. Das Nachreichen der Einheitspreise stelle eine Präzisierung der Offerte dar, es handle sich nicht um eine unzulässige Vervollständigung oder Angebotsänderung; weder sei der Angebotspreis verändert worden noch seien zusätzliche Leistungen zu den offerierten BKP-Positionen hinzugekommen. Es habe nach Eingang der Offerten keine Verhandlung zwischen der Vergabebehörde und der Zuschlagsempfängerin stattgefunden. Die Zuschlagsempfängerin habe zwar nur die Preise nach 5-stelligem BKP ausgefüllt, jedoch habe sie alle verlangten BKP-Positionen angegeben und damit alle Leistungen offeriert. Es sei im Ermessen der Vergabebehörde, ein Angebot durch Rückfragen auf den verlangten Stand zu bringen. Ein Ausschluss der Zuschlagsempfängerin wäre überspitzt formalistisch und somit unzulässig gewesen.

Erwägungen

1. Ausschluss- und Zuschlagsverfügungen von Vergabestellen sind Verfügungen im Sinne von Art. 15 Abs. 1^{bis} IVöB. Der Entscheid der Vergabestelle vom 2. August 2021 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 (kGIVöB; SGS/VS 726.1) und damit auch gemäss Art. 5 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (VVRG; SGS 172.6), gegen den innert 10 Tagen beim Kantonsgericht Beschwerde eingereicht werden kann (Art. 16 kGIVöB; Art. 15 Abs. 2 und Abs. 2^{bis} IVöB). Die Vergabestelle ist eine Auftraggeberin im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. a kGIVöB und hat das offene Verfahren nach Art. 9 kGIVöB gewählt.

1.1 Die anwendbaren Vorschriften des Submissionsrechts enthalten keine Regeln über die Legitimation zur Anfechtung von vergaberechtlichen Entscheiden. Gemäss Art. 15 f. kGIVöB sind die Bestimmungen des VVRG über die Legitimation ergänzend anzuwenden (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich/Basel/Genf 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 zur Anfechtung des Zuschlags nur 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 19 83 vom 23. August 2019 E. 1.1; 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.

Vorliegend ist die Beschwerdeführerin als Adressatin des Vergabeentscheids durch diesen berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung: Sie liegt an zweiter Stelle und beantragt, die Zuschlagsempfängerin infolge unvollständiger Offerte

auszuschliessen. Demnach besteht eine realistische Chance auf den Zuschlag, falls ihre Rügen begründet sind, weshalb ihre Legitimation zu bejahen ist (Art. 80 Abs. 1 lit. a und 44 VVRG).

1.2 Auf die im Übrigen 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).

1.3 Die Beschwerdeführerin hat den Antrag gestellt, ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Mit Verfügung vom 20. August 2021 hat das Kantonsgericht angeordnet, dass alle Vollziehungsvorkehren, insbesondere der Vertragsabschluss betreffend die Arbeitsvergabe, zu unterlassen sei. 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, jedoch keine Unangemessenheit der Verfügung geltend gemacht werden (Art. 16 Abs. 1 und Abs. 2 IVöB). Das Kantonsgericht ist einzige kantonale Beschwerdeinstanz in Submissionssachen (Art. 15 Abs. 1 IVöB i.V.m. Art. 16 Abs. 1 KGIVöB). Ist auf eine Beschwerde im Beschaffungswesen einzutreten, hat es in der Folge das Recht von Amtes wegen anzuwenden, falls sich für entsprechende Fehler Anhaltspunkte aus den Parteivorbringen oder den Akten ergeben oder die rechtlichen Mängel offensichtlich sind (BGE 141 II 307 E. 6.5 und E. 6.7).

3. Die Beschwerdeführerin beantragt als Beweismittel eine Parteibefragung, die von ihr eingereichten Belege, die Edition der Akten des Submissionsverfahrens und der Angebote, des Schreibens des Gerichts vom 26. Oktober 2021 sowie ein Gutachten betreffend die Deckung der Selbstkosten des Angebots der Zuschlagsempfängerin.

3.1 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 nach der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre geschlossen werden, ohne damit das rechtliche Gehör zu verletzen, wenn die entscheidende Instanz sich ihre Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiserhebung annehmen kann, der rechtsrelevante Sachverhalt würde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (BGE 144 V 361 E. 6.5; 136 I 229 E. 5.3; 134 I 140 E. 5.3; 131 I 153 E. 3; ZWR 2009 S. 46 E. 3b; Alfred

Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. A., 2013, N. 153 und N. 537). Dies trifft u. a. zu, wenn eine Beweisführung über einen nicht rechtlich relevanten Sachverhalt verlangt wird (Art. 80 Abs. 1 lit. d, Art. 56 und Art. 17 Abs. 2 VVRG; BGE 131 I 153 E. 3; 130 II 425 E. 2.1). Führen die von Amtes wegen vorzunehmenden Abklärungen die Verwaltung oder den Richter bei pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung, ein bestimmter Sachverhalt sei als überwiegend wahrscheinlich zu betrachten und es könnten weitere Beweismassnahmen an diesem feststehenden Ergebnis nichts mehr ändern, ist auf die Abnahme weiterer Beweise zu verzichten (BGE 144 V 361 E. 6.5; 136 I 229 E. 5.3; 131 I 153 E. 3; Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, a.a.O., N. 153, 154 und 537).

3.2 Das Kantonsgericht hat die von der Beschwerdeführerin eingereichten Dokumente zu den Akten genommen, in welchen sich auch das genannte Schreiben des Gerichts befindet. Am 29. September 2021 hat das Departement für Finanzen und Energie die Akten des Vergabeverfahrens sowie die Offerten der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin eingereicht. Da die Beschwerdeführerin in der Replik mitgeteilt hat, die Rüge betreffend fehlende Selbstkostendeckung nicht mehr weiterzuverfolgen, erübrigt sich auch ein Gutachten zu dieser Frage. Die Beschwerdeführerin benennt keine natürlichen Personen, welche befragt werden sollen und legt nicht dar, was diese noch mündlich aussagen könnten, das nicht bereits schriftlich dargelegt worden ist. Die vorhandenen Akten enthalten mithin die entscheiderelevanten Sachverhaltselemente und genügen, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, zur Beurteilung der rechtserheblichen Fragen. Deshalb wird auf zusätzliche Beweisabnahmen - insbesondere Parteieinvernahmen - verzichtet.

4. Die Beschwerdeführerin rügt, das Angebot der Zuschlagsempfängerin hätte gemäss Art. 23 Abs. 1 lit. c kVöB ausgeschlossen werden müssen, da es nicht vollständig gewesen sei. Die Zuschlagsempfängerin habe nicht alle Positionen gemäss Ausschreibungsunterlagen offeriert und das Nachreichen der Einheitspreise stelle eine unzulässige Angebotsänderung dar. Die Vergabebehörde entgegnet, es liege in ihrem Ermessen, im Rahmen der Offertbereinigung ein nicht den Anforderungen entsprechendes Angebot durch Rückfragen auf den verlangten Stand zu bringen. Das Nachreichen der Einheitspreise stelle eine Präzisierung der Offerte dar, es handle sich nicht um eine unzulässige Vervollständigung oder Angebotsänderung.

4.1 Gemäss Art. 11 Abs. 1 IVöB werden bei der Vergabe von Aufträgen unter anderem folgende Grundsätze eingehalten: Die Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Anbieterinnen und Anbieter (lit. a), ein wirksamer Wettbewerb (lit. b) und der Verzicht auf Angebotsrunden (lit c). Verhandlungen zwischen dem Auftraggeber und den Anbietern über Preise, Preisnachlässe und Änderungen des Leistungsinhaltes sind unzulässig (Art. 21 kVöB). Ein Anbieter wird vom Zuschlagsverfahren unter anderem dann ausgeschlossen, wenn er die geforderten Eignungskriterien nicht oder nicht mehr erfüllt, wenn er dem Auftraggeber falsche Auskünfte erteilt hat oder wenn sein Angebot die Anforderung gemäss der Ausschreibungs- oder Einladungsunterlage nicht erfüllt (Art. 23 Abs. 1 lit a bis c kVöB). Nach Art. 19 Abs. 1 kVöB werden die Angebote nach einheitlichen Kriterien fachlich und rechnerisch geprüft. Es können Dritte als Sachverständige eingesetzt werden. Offensichtliche Fehler, wie Rechnungs- und Schreibfehler, werden berichtigt (Art. 19 Abs. 2 kVöB). Danach wird eine objektive Vergleichstabelle über die kontrollierten Angebote erstellt (Art. 19 Abs. 3 kVöB).

4.2 Bei der Wahl und Formulierung der Eignungskriterien kommt der Vergabebehörde ein grosser Ermessensspielraum zu (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 564 f.). Unzulässig können indessen namentlich Eignungskriterien sein, die ohne überwiegende Interessen an der Festlegung derselben die Anzahl möglicher Anbieter derart einschränken, dass kein hinreichender Restwettbewerb verbleibt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 29. September 2010, auszugsweise publiziert in BVGE 2010/58, E. 2). Die Vergabestelle ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern. Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekannt gegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4011/2018 vom 11. Oktober 2018 E. 6.1 mit Hinweisen). Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind dabei so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 1296 Rz. 566 f.).

4.3 Die Ausschreibungsunterlagen legen im vorliegenden Fall allgemeine wie auch fachspezifische Bedingungen fest. Die allgemeinen Bedingungen sehen unter Ziffer 2 vor, dass unvollständig ausgefüllte Angebote ohne weitere Rückfragen aus der Konkurrenz fallen.

4.3.1 Das Leistungsverzeichnis der Ausschreibungsunterlagen ist gemäss Baukostenplan (BKP) organisiert. Die Gliederung nach BKP sieht unterschiedlich detaillierte Betrachtungsebenen vor. Die BKP-Codes sind standardisiert und auch auf der elektronischen Beschaffungsplattform simap.ch gelistet. Jeder BKP-Code kennzeichnet ein bauliches Vorhaben, wobei eine steigende Anzahl Stellen der BKP-Codes gleichbedeutend mit einer detaillierteren Betrachtung ist. 1-stellige BKP-Codes stehen für Hauptkapitel. Unter BKP-Code 2 steht das Hauptkapitel «Gebäude». Dieses Hauptkapitel lässt sich weiter aufgliedern. So kennzeichnet der BKP-Code 24 HLK-Anlagen und Gebäudeautomatationen. Unter HLK-Anlagen werden Anlagen für Heizung, Lüftung und Klima verstanden. Lufttechnische Anlagen werden darunter subsumiert und mit dem BKP-Code 244 gekennzeichnet.

4.3.2 Den Ausschreibungsunterlagen ist zu entnehmen, dass fünf Lüftungsanlagen erstellt werden sollen, nämlich die Lüftungsanlage Naturwissenschaften 2. UG und 1. UG (BKP-Code 244.1), die Lüftungsanlage 3. OG und Trakt Mitte (BKP-Code 244.2), die Lüftungsanlage Nord 1 (BKP-Code 244.3), die Lüftungsanlage Nord 2 (BKP-Code 244.4) und die Lüftungsanlage Süd (BKP-Code 244.5). Das Leistungsverzeichnis für alle Lüftungsanlagen ist jeweils nach BKP organisiert. Die jeweiligen Anlagegruppen wurden im Leistungsverzeichnis weiter aufgefächert in Apparate (BKP-Code 244.X.1 [X dient als Platzhalter für die jeweiligen Lüftungsanlagegruppe 1-5]), Kanäle & Rohre (BKP-Code 244.X.2), Armaturen (BKP-Code 244.X.3), Regulierungen & Feldgeräte (BKP-Code 244.X.4), Transport/Montage (BKP-Code 244.X.5), Dämmungen (BKP-Code 244.X.6) und Übriges (BKP-Code 244.X.7). Die Ausschreibungsunterlagen sehen schliesslich eine Preisangabe für konkrete Arbeiten (z.B. BKP 244.3.5 für die Montage) oder bestimmte Bauteile (z.B.. BKP 244.3.3.399.2 für einen Bimetallthermometer) vor. Zusammenfassend sehen die Ausschreibungsunterlagen eine Preisangabe nach 5- bzw. 9-stelligem BKP vor.

4.4 Die Zuschlagsempfängerin hat in ihrer Originalofferte jeweils den Totalpreis nach fünfstelligem BKP-Code angegeben, die jeweiligen Einheitspreise bzw. Gesamtpreise aber nicht aufgeführt. So hat sie z.B. den Preis für die gesamten Kanäle und Rohre der Lüftungsanlage Nord 1 (BKP 244.3.2) genannt, jedoch darauf verzichtet, die einzelnen Stückpreise abzugeben. Die Zuschlagsempfängerin hat sich im vorliegenden Verfahren

nicht vernehmen lassen, weshalb ihre Gründe für dieses Vorgehen nicht bekannt sind. Sie ist gemäss der Darstellung der Vergabebehörde vom Fachplaner aufgefordert worden, bei ihrem Angebot die fehlenden Preisangaben nachzutragen. Mit Schreiben vom 24. März 2021 hat die Zuschlagsempfängerin die Ausschreibungsunterlagen mit den einzelnen Gesamtpreisen an die Vergabestelle gesandt. Die addierten Gesamtpreise entsprechen den in der Originalofferte angegebenen Total-Preisen.

4.5 Im Vergaberecht gilt das Prinzip der Unveränderbarkeit der Offerten nach deren Einreichung bei der Vergabebehörde, an das im Übrigen auch in Art. 23 Abs. 4 der Vergaberichtlinien vom 15. April 2003 zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/ 15. März 2001 (VRöB; SHR 172.512) erinnert wird; danach darf das Angebot nach Ablauf der Frist nicht mehr geändert werden (BGE 141 II 353 E. 8.2.2; Urteil des Bundesgerichts 2D_64/2019 vom 17. Juni 2020 E 3.1 mit Hinweisen). Andererseits darf bei der Anwendung des Prinzips der Unveränderbarkeit der Offerten ein Ausschluss des Angebots nur erfolgen, wenn es sich um einen an sich gravierenden Mangel handelt oder die Schwere des Mangels aus der Nichtbeachtung der wesentlichen Bedingungen der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen folgt (Urteil 2C_418/2014 vom 20. August 2014 E. 4.1). Ein Anbieter darf wegen unbedeutenden Mängeln nicht ausgeschlossen werden. Die Möglichkeit der Berichtigung sowie die Einholung von Erläuterungen zur Eignung bzw. zu den Offerten bleibt zulässig (Peter Galli/ André Moser/ Elisabeth Lang/ Marc Steiner, a.a.O., N. 444 und N. 710).

Eine Offerte bedarf dann der Bereinigung, wenn sie für sich genommen zwar klar und vollständig ist, die Form oder die Art der in ihr enthaltenen Erklärungen einen Vergleich mit den übrigen Offerten aber (noch) nicht zulässt. Bereinigung im vergaberechtlichen Sinn heisst ausschliesslich Klarstellung (je nach dem ohne weiteres oder mithilfe einer vorgängigen beim Anbieter eingeholten Erläuterung) und allenfalls gleichwertige Umformulierung oder Neudarstellung von bereits Vorhandenem, nicht jedoch verhandlungsweise Bereinigung von Differenzen zwischen den Wünschen der Vergabestelle und jenen des Anbieters (Martin Beyeler, Der Geltungsbereich des Vergaberechts, 2012, N. 2144). Vergabestellen verfügen bei unbedeutenden Mängeln einer Offerte über einen gewissen Ermessensspielraum, die Offerte durch Rückfragen auf den verlangten Stand zu bringen. Unter Umständen, insbesondere, wenn der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann, ist die Vergabestelle aufgrund des Verbots des überspitzten Formalismus bzw. nach dem Grundsatz von Treu und Glauben sogar dazu verpflichtet (vgl. das Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes B-985/2015 vom 12. Juli 2015

E. 4.3.5; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 464). Das Vorliegen eines offensichtlichen Fehlers darf aufgrund der Missbrauchsgefahr nicht leichtfertig angenommen werden: Der Fehler ist nur dann offensichtlich, wenn er sich als solcher aus dem Angebot selber schon ergibt, ohne dass es eines Hinweises oder sonstiger Erläuterungen des Bieters bedürfte, wenn also der Fehler bei Lektüre der Offerte ins Auge springt (Urteil des Bundesgerichts 2D_64/2019 vom 17. Juni 2020 E. 3.2 mit Hinweis auf BGE 141 II 353 E. 8.2.4).

4.6 In der Originalofferte der Zuschlagsempfängerin werden alle in den Ausschreibungsunterlagen verlangten Lüftungsanlagen offeriert. Jedoch enthält die Originalofferte nicht alle in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Preisangaben. Über das Fehlen der geforderten Preisangaben darf entgegen der Ansicht der Vergabebehörde nicht ohne Weiteres hinweggesehen werden: Die Vergabestelle ist grundsätzlich an die Ausschreibungsunterlagen gebunden, welche die Angabe von Einheits- bzw. Gesamtpreisen vorsehen. Es darf daher nicht ohne weiteres angenommen werden, dass die ursprüngliche Offerte der Zuschlagsempfängerin den Anforderungen genügt. Die Originalofferte der Zuschlagsempfängerin ist demnach als mangelhaft zu qualifizieren.

4.7 Die Beschwerdeführerin wirft ein, die Bedeutsamkeit des Mangels sei auch vom daraus resultierenden Missbrauchspotential abhängig. Sie führt dazu aus, zum einen könne sich ein Unternehmer einen Vorteil verschaffen, wenn dieser erkenne, dass weniger Material benötigt wird, als in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen ist. Dadurch könne er sein Angebot im Vergleich zu anderen Anbietenden tiefer halten ohne den genauen Grund ausweisen zu müssen. Zum anderen bestehe ein gewisses Missbrauchspotential, dadurch, dass allfällige Änderungen in der Bauausführung nicht zu überprüfen seien.

Ein detailliertes Leistungsverzeichnis mit Einheitspreisen ist vor allem dann wichtig, wenn bezüglich eines Bauprojektes noch Unsicherheiten bestehen, welche dazu führen können, dass das Bauprogramm massiv angepasst werden müsste (z.B. bei Tunnelbauprojekten). Um auf die daraus resultierenden Chancen und Risiken möglichst angemessen reagieren zu können, wird regelmässig auf ein detailliertes Leistungsverzeichnis samt Einheitspreisen abgestützt (vgl. das Urteil des Kantonsgerichts A1 11 155 vom 15. März 2012 E. 3.2 ff.). Vorliegend sollen Lüftungsanlagen erstellt bzw. saniert werden; diese sind bereits umfassend geplant und es bestehen keine nennenswerten Unsicherheiten. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass das Bauprogramm im Rahmen der Bauarbeiten höchstens geringfügig angepasst werden muss. Die Art des Bauprojek-

tes bedingt somit die Angabe von Einheitspreisen nicht zwingend. Das Missbrauchspotential ist vor allem bei Bauprojekten mit grosser Planungsunsicherheit von Bedeutung; bei den vorliegend bereits detailliert geplanten Lüftungsanlagen ist es entsprechend gering. Zudem verfügt die anfängliche Preisangabe nach fünfstelligem BKP bereits über einen gewissen Detailgrad, welcher ein allfälliges Missbrauchspotential weiter eindämmt.

4.8 Nach dem Gesagten ist durch das Nachliefern der Einheits- bzw. Gesamtpreise entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin keine Abänderung des ursprünglichen Angebots der Zuschlagsempfängerin erfolgt: Die Total-Preise und damit auch der Gesamt-Betrag des Angebots sind in den nachgereichten Unterlagen nicht verändert worden. Aus den oben genannten Gründen stellt das Nichtausfüllen der Einheits- und Gesamtpreise in casu keinen bedeutenden Mangel dar (siehe oben E. 4.6 ff.). Mit Blick das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Verbot des überspitzen Formalismus ist die Vergabestelle vorliegend im Rahmen ihres Ermessens bei der Offertbereinigung berechtigt gewesen, die Offerte der Zuschlagsempfängerin durch Rückfragen auf den gewollten Stand zu bringen, anstatt diese vom Verfahren auszuschliessen (siehe oben E. 4.5). Die Vergabebehörde ist mit Recht zum Schluss gelangt, dass das Angebot nicht unvollständig, sondern nur unpräzise gewesen ist, da die Zuschlagsempfängerin alle ausgeschriebenen Anlagen und Anlageteile offeriert hat und lediglich Preisangaben gefehlt haben. Die Vergabebehörde hat Ziffer 2. der allgemeinen Bedingungen der Ausschreibungsunterlagen folglich nicht missachtet, sondern so ausgelegt und angewandt, wie sie nach Treu und Glauben verstanden werden durfte.

5. Die Beschwerdeführerin rügt zudem, das Vorgehen der Vergabebehörde verletzte die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz und kritisiert insbesondere, die telefonische Nachfrage des Fachplaners widerspreche dem im Vergaberecht geltenden Grundsatz der Schriftlichkeit gemäss Art. 12 VöB und die Zustellung des Offertöffnungsprotokolls sei verspätet erfolgt. Die Vergabebehörde erwidert, die Öffnung und die Kontrolle der Angebote sei im Einklang mit Art. 18 und 19 kVöB erfolgt.

5.1 Die Vergabebehörde untersteht nicht dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (BöB; SR 172.056.1) und den in der VöB erlassenen Ausführungsbestimmungen (vgl. Art. 4 und Art. 60 BöB); anwendbar sind in casu die IVöB, das kGIVöB und kVöB (siehe oben E. 1 ff.). Art. 12 Abs. 1 VöB spricht im Übrigen nicht von der Schriftlichkeit des Vergabeverfahrens, sondern besagt, dass die Auftraggeberin mit einer nicht berücksichtigten Anbieterin auf deren Verlangen hin ein

Debriefing durchführt, in welchem insbesondere die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebots bekannt gegeben werden. Art. 25 Abs. 2 der alten Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen sah vor, dass die Auftraggeberin den Ablauf und den Inhalt eines Kontakts nachvollziehbar festhalten muss, sofern sie im Rahmen der Offertbereinigung und -bewertung an einen Anbieter gelangt.

5.2 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung können Kontaktaufnahmen der Vergabestelle mit einzelnen Anbietern unter den Gesichtspunkten der Gleichbehandlung und Transparenz problematisch sein, auch dann, wenn sie der Feststellung des rechts erheblichen Sachverhalts dienen. Die Kontaktaufnahme hat aus sachlichen Gründen zu erfolgen (vgl. dazu BGE 143 II 425 E. 5.2 mit Hinweisen). Auch die kantonale Gesetzgebung hat dieser Problematik Rechnung getragen: Gemäss Art. 10 Abs. 1 kVöB werden die Öffnung und die Evaluation der Angebote durch die Auftraggeberin so dokumentiert, dass sie nachvollziehbar sind. Gemäss Art. 20 Abs. 1 kVöB kann der Auftraggeber von den Anbietern schriftliche Erläuterungen bezüglich ihrer Eignung und ihres Angebots verlangen. Mündliche Erläuterungen werden vom Auftraggeber schriftlich festgehalten (Art. 20 Abs. 2 kVöB).

5.3 Die Vergabebehörde bestreitet nicht, dass der zuständige Fachplaner bei der Zuschlagsempfängerin telefonisch nach den fehlenden Preisangaben gefragt hat. Die Zuschlagsempfängerin hat daraufhin die Ausschreibungsunterlagen mit sämtlichen Gesamt-Preisangaben eingereicht. Diese ergänzten Unterlagen der Zuschlagsempfängerin befinden sich in den von der Vergabebehörde hinterlegten Akten (Beleg 2 im Ordner 2). Die Kontaktaufnahme ist vorliegend sachlich begründet, da die von der Zuschlagsempfängerin eingereichten Offertunterlagen offensichtlich nicht alle verlangten Preisangaben enthalten haben. Das geschilderte Vorgehen der Vergabebehörde stellt auch keine Verletzung der Verfahrensvorschriften betreffend Offertbereinigung und Erläuterung dar: Mündliche Erläuterungen oder Nachfragen sind gemäss Art. 20 Abs. 2 kVöB erlaubt, solange das Ergebnis schriftlich festgehalten wird, was vorliegend durch die nachgereichten Unterlagen geschehen ist. Nach Art. 19 Abs 1 kVöB ist es zudem unproblematisch, dass die Nachfrage durch den Fachplaner erfolgt ist, da dieser ein von der Vergabestelle beauftragter Sachverständiger ist. Mit Blick auf mögliche Schwierigkeiten bei der Beweisführung im Beschwerdeverfahren ist jedoch zu empfehlen, dass Nachfragen durch die Vergabebehörde nicht telefonisch, sondern schriftlich erfolgen.

5.4 Gemäss Art. 18 Abs. 3 kVöB wird über die Öffnung der Angebote ein Protokoll erstellt. Darin sind mindestens die Namen der anwesenden Personen, die Namen der Anbieter, die Daten der Poststempel und die Nettobeträge der Angebote festzuhalten. Im Falle der offenen, selektiven Verfahren oder auf Einladung haben alle Anbieter und Berufsorganisationen das Recht auf Verlangen, Einsicht in dieses Protokoll zu nehmen.

Die Beschwerdeführerin hat das Protokoll gemäss ihrer eigenen Aussage auf ihr Verlangen hin von der Vergabebehörde erhalten. Sie macht nicht geltend, das Protokoll sei unvollständig oder fehlerhaft gewesen. Die Bestimmung sieht nicht vor, dass die Vergabebehörde den nicht berücksichtigten Anbietern das Offertöffnungsprotokoll unaufgefordert vor Eröffnung der Zuschlagsverfügung zuzustellen hat. Folglich hat die Vergabebehörde Art. 18 Abs. 3 kVöB respektiert und die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführerin geht fehl.

6. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist nach dem Gesagten abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei mit den entsprechenden Folgen für die Tragung der Kosten und für die Zusprechung einer Parteientschädigung.

6.1 Im Beschwerdeverfahren hat in der Regel die unterliegende Partei die Kosten zu tragen (Art. 89 Abs. 1 VVRG). Ausnahmsweise können die Kosten ganz oder teilweise erlassen werden (Art. 89 Abs. 2 VVRG). Vorliegend bestehen keine Gründe, von der Grundregel abzuweichen, weshalb die Beschwerdeführerin die Gerichtsgebühr bezahlen muss. Gemäss Art. 3 des Gesetzes betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigungen vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden vom 11. Februar 2009 (GTar; SGS/VS 173.8) setzen sich die Kosten aus den Auslagen der Entscheidbehörde sowie der Gerichtsgebühr zusammen. Die Gerichtsgebühr für Beschwerdeverfahren vor der öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts beträgt in der Regel zwischen Fr. 280.-- und Fr. 5 000.-- (Art. 25 GTar). Aufgrund der Bedeutung des Falles sowie seines Umfangs und Schwierigkeitsgrads wird die Gerichtsgebühr vorliegend auf Fr. 2 000.-- festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt.

6.2 Als unterliegende Partei hat die Beschwerdeführerin gemäss Art. 91 Abs. 1 VVRG (e contrario) keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Gemäss Art. 91 Abs. 3 VVRG wird u. a. den Behörden, welche obsiegen, in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen. Es bestehen vorliegend keine Gründe, von der Grundregel abzuweichen, weshalb der Gemeinde keine Parteientschädigung zugesprochen wird. Die obsiegende Zuschlagsempfängerin hat sich am vorliegenden Verfahren nicht beteiligt und

keine Parteienschädigungen geltend gemacht, weshalb ihr gemäss Art. 91 Abs. 1 VVRG auch keine Parteienschädigung zugesprochen wird.

Demnach erkennt das Kantonsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
4. Die Gerichtskosten von Fr. 2 000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
5. Das Urteil wird der Beschwerdeführerin, der Zuschlagsempfängerin und dem Departement für Mobilität, Raumentwicklung und Umwelt schriftlich mitgeteilt.

Sitten, 15. Februar 2021