

# VS\_GERICHTE A1 13 264 vom 29. Oktober 2013

VS Kantonsgericht, 2013-10-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs\\_gerichte\\_A1 13 264](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_13_264)

FR: VS\_GERICHTE A1 13 264 du 29 octobre 2013

IT: VS\_GERICHTE A1 13 264 del 29 ottobre 2013

## Regeste

A1 13 264 URTEIL VOM 29. OKTOBER 2013 Kantonsgericht Wallis Öffentlichrechtliche Abteilung Es wirken mit: Jean-Pierre Zufferey, Präsident, Jean-Bernard Fournier und Thomas Brunner, Richter, sowie Dr. Nadja Schwery, Gerichtsschreiberin, in Sachen X\_\_\_\_\_ AG gegen DIE GEMEINDEN A\_\_\_\_\_ UND B\_\_\_\_\_, vertreten durch die Gemeinde A\_\_\_\_\_, diese wiederum vertreten durch die Rechtsanwälte C\_\_\_\_\_, D\_\_\_\_\_, E\_\_\_\_\_ und F\_\_\_\_\_ Y\_\_\_\_\_ AG

## Erwägungen

### E. 1

Der Entscheid der Gemeinde 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]). Die Gemeinde 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. Zu den Eintretensvoraussetzungen ist festzuhalten was folgt:

### E. 1.00

8.32 Tabelle 5 1 3 2

### E. 1.1

Die anwendbaren Vorschriften des Submissionsrechts enthalten keine Regeln über die Legitimation zur Anfechtung von vergaberechtlichen Entscheiden. Gemäss Art. 15 f. GIVöB 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. Dabei ist die formelle Beschwer gegeben, wenn der Partei nicht zugesprochen worden ist, was sie beantragt hatte. Zudem muss auch eine materielle Beschwer vorliegen, d.h. der angefochtene Entscheid muss die Partei in ihrer Rechtsstellung unmittelbar treffen und in ihrer Wirkung für sie direkt nachteilig sein. Die Gutheissung muss ihr mithin einen direkten und aktuellen Vorteil bringen. Die Partei muss also in diesem Sinne an der Abänderung

interessiert sein (Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Diss. Fribourg 2004, N. 400, mit Hinweisen; Alexis Leuthold, Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren, Diss. Fribourg 2009, N. 785 ff.; BGE 120 II 5 E. 2a; Urteile des Bundesgerichts B 69/04 und B 70/04 vom 19. August 2005, E. 2; Urteile des Kantonsgerichts A1 10 226 vom 6. Mai 2011 E. 1.2.1; A1 09 107 vom 31. Juli 2009 E. 2; A1 09 97 vom 17. Juli 2009 E. 2; A1 08 81 vom 11. Juli 2008 E. 2; A1 08 84 vom 11. Juli 2008 E. 2 und A1 06 146 vom 24. November 2006 E. 2).

### **E. 1.2**

Gemäss heute gefestigter Praxis des Kantonsgerichts ist der in einem Vergabeverfahren abgewiesene Anbieter zur Anfechtung des Zuschlags nur legitimiert, wenn er bei Gutheissung seiner Beschwerde eine realistische Chance hat, mit seinem Angebot

- 4 - zum Zuge zu kommen oder wenn er eine neue Ausschreibung der Submission herbeiführen kann, so dass er die Möglichkeit erhält, ein neues Angebot einzureichen (Urteile des Kantonsgerichts A1 10 226 vom 6. Mai 2011 E. 1.2.1; A1 10 6 vom 30. April 2010 E. 2; A1 08 81 vom 11. Juli 2008 E. 2.2; A1 09 107 vom 31. Juli 2009 E. 2.2; A1 09 97 vom 17. Juli 2009 E. 2.2; vgl. auch die Urteile des Bundesgerichts 2D\_50/2009 vom 25. Februar 2010 E. 1.2; 2C\_107/2007 vom 22. Januar 2008 E. 1.2; 2D\_22/2008 vom 23. Mai 2008 E. 1.1). Ist sein Angebot im Voraus chancenlos und kommt auch keine neue Ausschreibung in Frage, kann ihm die Aufhebung des angefochtenen Entscheides keinen Vorteil verschaffen - er ist demzufolge nicht zu dessen Anfechtung legitimiert. Andernfalls würde ein Verfahrensleerlauf drohen (Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 2003, S. 11 ff.; Alexis Leuthold, a.a.O., N. 796 ff.; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 1304; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, in: Markus Müller/Reto Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, Bern 2008, S. 790 f., N. 159 f.; Adrian Hungerbühler, Das Bundesgericht als Rechtsmittelinstanz in Vergabesachen, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 360, N. 31; Dominik Kuonen, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, Diss. Bern 2005, S. 225 f.; Urteil des Bundesgerichts 2P.176/2003 vom 6. Februar 2004, das jenes des Verwaltungsgerichts Luzern vom 15. Mai 2003 bestätigte; Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2002.00397 vom 9. Juli 2003; a.M. Urteil des Verwaltungsgerichts Waadt GE 2001/0032 vom 22. Juni 2001). Die Beschwerdeführerin liegt in der Gesamtbewertung an zweiter Stelle und fordert, den Zuschlag ihr zu erteilen. Sie ist somit durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung, so dass sie nach Art. 80 Abs. 1 lit. a und 44 VVRG zur Beschwerdeführung legitimiert ist. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist deshalb einzutreten (Art. 80 Abs. 1 lit. b und c, 46 und 48 VVRG).

### **E. 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 (ZB1 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).

## **E. 2.00**

0.70 7.99

## **E. 3**

Die Beschwerdeführerin stellte den Antrag, dass ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen sei (Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 13. Mai 2013 S. 6 f.). In seiner Verfügung vom 12. März 2013 bestimmte das Kan-

- 5 - tonsgericht, dass alle Beteiligten sämtliche Vollziehungsvorkehren, insbesondere der Vertragsabschluss betreffend die Arbeitsvergabe, zu unterlassen hätten. Mit dem vorliegenden materiellen Entscheid wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

## **E. 3.07**

Daraus erhellt, dass die Beschwerdeführerin im aktuellen Verfahrensstand mit 8.32 Punkten zu bewerten ist (5.72 + 1.60 + 1.00), während der Zuschlagsempfängerin 7.99 Punkte (5.29 + 2 + 0.70) zuzusprechen sind. Damit hat sich die Differenz zwischen der Bewertung der Beschwerdeführerin und jener der Zuschlagsempfängerin von 0.28 Punkten zu Gunsten der Zuschlagsempfängerin verschoben auf eine Punktedifferenz von 0.33 zu Gunsten der Beschwerdeführerin. Der Vollständigkeit halber ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin (wenn auch nur knapp) selbst dann auf dem 1. Platz rangieren würde, wenn man - wie von der Zuschlagsempfängerin angebeht - unter dem Kriterium „chiffre d'affaire“ der Beschwerdeführerin zwar 3 Punkte zusprechen würde, ohne jedoch die Punkte der Zuschlagsempfängerin von 3 auf 0 herabzusetzen. Die Beschwerdeführerin bliebe selbstredend bei ihren 8.32 Gesamtpunkten. Wollte man der Zuschlagsempfängerin ihre 3 Punkte unter dem Kriterium „chiffre d'affaire“ belassen, so würde sie mit einer Gesamtpunktzahl von 8.29 nach wie vor auf dem zweiten Platz

- 15 - rangieren. Würde man der Zuschlagsempfängerin unter dem Kriterium „chiffre d'affaire“ 2 Punkte belassen, käme sie auf eine Gesamtpunktzahl von 8.19; bei 1 Punkt unter dem Kriterium „chiffre d'affaire“ käme sie auf eine Gesamtpunktzahl von 8.09. Selbst wenn man der Zuschlagsempfängerin also ihre 3 Punkte unter dem Kriterium „chiffre d'affaire“ belassen wollte (was nach Ansicht des Kantonsgerichts wie ausgeführt nicht haltbar ist, weil die Zuschlagsempfängerin hierzu nicht die geringsten Angaben gemacht hat und die Gemeinde bei der Vorgabe ihrer Bewertungstabelle zu behaften ist, wonach „aucune information“ unter dem Kriterium „chiffre d'affaire“ mit 0 Punkten zu bewerten ist), würde sie mit 8.29 Gesamtpunkten ohnehin bloss auf dem zweiten (und nicht auf dem ersten) Platz rangieren. 9. Das Vorgenannte führt das Kantonsgericht zum folgenden Schluss: 9.1 Die Beschwerdeführerin erhält die höchste Punktzahl (8.32), während die Zuschlagsempfängerin nach der durch das Kantonsgericht vorgenommenen Korrektur der

Bewertung durch die Gemeinde nunmehr auf Platz 2 (7.99 Punkte) rangiert. 9.2 Wie bereits in E. 2 dieses Entscheides dargelegt, steht der Gemeinde bei der Festlegung der für den Zuschlag massgeblichen Kriterien und bei deren Gewichtung und Bewertung zwar 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). Wo die Gemeinde ihr Ermessen jedoch überschreitet oder gar missbraucht, hat das Kantonsgericht einzugreifen (BGE 125 II 86 E. 6; Urteil des Bundesgerichts 2P.85/2001 vom 6. Mai 2002 E. 3.2; vgl. auch Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N 894, 976, 1249, 1286, 1355, 1381 sowie 1387 f.). Nach Ansicht des Kantonsgerichts hat die Gemeinde ihr Ermessen überschritten, als sie zum einen den Skonto in ihren Ausschreibungsunterlagen zwar ausdrücklich erwähnt, im Zusammenhang mit der Offerte der Beschwerdeführerin dann jedoch nicht berücksichtigt hat. Damit hat sie Treu und Glauben zuwidergehandelt. Zum anderen hat die Gemeinde ihr Ermessen auch überschritten, als sie das Kriterium „chiffre d'affaire“ mit einem Umfang von 100 Millionen Schweizer Franken ergänzte, obwohl die Zuschlagsempfängerin diesbezüglich in ihrer Offerte keine Angaben gemacht und auch keinerlei entsprechende Belege geliefert hatte. Es ist willkürlich, in der Bewertungstabelle zwar festzuhalten, dass bei „aucune information“ bezüglich des Kriteriums „chiffre d'affaire“ 0 Punkte zu vergeben seien, jedoch gleichzeitig der Zuschlagsempfängerin bei diesem Kriterium 3 Punkte zuzusprechen, obwohl sie diesbezüglich nicht die geringsten Informationen geliefert hatte. Deshalb hat das Kantonsgericht in die Ermessensüberschreitung der Gemeinde korrigierend einzugreifen im Sinne der E. 6-8 des vorliegenden Urteils. Der offerierte Skonto der Beschwerdeführerin ist also entgegen der Ansicht der Gemeinde im Sinne von E. 6 dieses Entscheides zu berücksichtigen. Und unter dem Kriterium „chiffre d'affaire“ sind der Beschwerdeführerin 3 Punkte und der Zuschlagsempfängerin 0 Punkte (im Sinne von E. 7 dieses Entscheides) zuzusprechen.

9.3. Die Gemeinde hat eine Punktedifferenz von 0.28 Punkten zu Gunsten der Zuschlagsempfängerin genügen lassen, um den Zuschlag der Zuschlagsempfängerin zu erteilen. Vor diesem Hintergrund genügt auch die (noch grössere) Punktedifferenz von - 16 - 0.33 Punkten zu Gunsten der Beschwerdeführerin, um der Beschwerdeführerin den Zuschlag zu geben. 9.4 Gemäss Art. 18 Abs. 1 GlVöB kann die Beschwerdeinstanz die Aufhebung der Verfügung beschliessen und in der Sache selbst entscheiden oder sie an die Auftraggeberin oder den Auftraggeber mit oder ohne verbindliche Anweisungen zurückweisen, solange der Vertrag noch nicht abgeschlossen ist. Dies ist vorliegend der Fall: Der Vertrag zwischen der Gemeinde und der Zuschlagsempfängerin ist noch nicht abgeschlossen worden. In casu drängt sich keine Ergänzung der Instruktion auf; der Sachverhalt ist vollständig. Überdies kommt nur noch die Beschwerdeführerin für den Zuschlag in Frage, da nur sie Beschwerde gegen den Zuschlag eingereicht und die drittplatzierte Unternehmung deutlich teurer offeriert hat als die Beschwerdeführerin und als die Zuschlagsempfängerin. Aus prozessökonomischen Gründen rechtfertigt es sich deshalb, den Zuschlag direkt der zweitplatzierten Beschwerdeführerin zu erteilen.

#### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin bringt gegen die Vergabe der Gemeinde zunächst einmal vor, dass ihr zu Unrecht die Akteneinsicht verweigert worden sei. Die Gemeinde habe ihr trotz schriftlicher Anfrage die wesentlichen Gründe für ihre Nichtberücksichtigung nicht bekannt gegeben und ihr somit das rechtliche Gehör verweigert. Hierzu ist auszuführen was folgt:

#### **E. 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).

#### **E. 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. 583 961.-- ohne Berücksichtigung des Skontos von 2 % respektive zum Preis von Fr. 572 282.09 mit Berücksichtigung des Skontos offeriert, die Zuschlagsempfängerin zum (höheren) Preis von Fr. 595 862.--. 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 Gemeinde vom 1. Mai 2013 diese gesetzliche Anforderung nicht erfüllt.

#### **E. 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*

- 6 - 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*,

ZBl 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).

#### **E. 4.28**

1'887'641.44 629'213.81

#### Remarques

Pour qu'une offre obtienne la note idéale, elle doit présenter un écart d'au moins avec le prix auquel la note moyenne est attribuée. Sinon note idéale = prix note moy. - 20 %

20 %

#### **E. 5**

Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, dass die Offertöffnung laut der Ausschreibung auf den 16. November 2012 um 13 Uhr angesetzt gewesen sei, im Verwaltungsgebäude der Gemeinde. Aus dem Protokoll der Offertöffnung gehe jedoch hervor, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin bereits am 15. November 2012 geöffnet worden sei. Die Beschwerdeführerin stützt sich dabei auf das Offertöffnungsprotokoll vom 16. November 2013. In der Rubrik „envoi le“ sind tatsächlich verschiedene Daten aufgeführt, nämlich der 15. und der 16. November 2013. Dabei kann es sich jedoch nicht um die Versanddaten handeln. Ebenso wenig handelt es sich dabei um das Datum der Offertöffnung. Vielmehr sind damit - der falschen Benennung der Rubrik ungeachtet - die Eingangsdaten gemeint, die in der Regel ebenfalls Gegenstand des Offertöffnungsprotokolls bilden. Die öffentliche Offertöffnung sämtlicher (und nicht nur einzelner) Angebote fand am 16. November um 13 Uhr im Verwaltungsgebäude der Gemeinde statt. Sämtliche Offerten sind mithin an demselben Tag geöffnet worden.

#### **E. 5.27**

5.72 1.60

#### **E. 5.29**

10% 5.72 1.60 0.90 70% 20%

#### **E. 6**

Ausserdem wendet die Beschwerdeführerin ein, die Gemeinde habe den offerierten Skonto ungerechtfertigterweise nicht berücksichtigt, indem sie den Offertpreis von Fr. 572 282.09 auf Fr. 583 961.00 heraufgesetzt habe. Das Zuschlagskriterium „prix de l'offre déposée“ sei deshalb falsch benotet worden (Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 13. Mai 2013 S. 4). Die Zuschlagsempfängerin bringt hiergegen vor, dass die Ausschreibungsunterlagen die Offerierung eines Skontos nicht explizit vorgesehen hätten. Ziff. 341.130 erwähne den

Skonto bloss allgemein. Die Gemeinde ihrerseits stellte sich auf den Standpunkt, dass der Skonto bei keinem der Unternehmer Berücksichtigung gefunden habe. Alle Angebote seien nach denselben Kriterien bewertet worden. Sie habe sich an die einschlägigen Richtlinien des Kantons Wallis gehalten (Stellung-

- 7 - nahme der Gemeinde vom 3. Juni 2013 S. 2 und S. 6). In ihrer Replik vom 13. Mai 2013 begründet die Beschwerdeführerin erneut, weshalb der Skonto in Abzug zu bringen sei (insbesondere Ad. I.18 S. 3 sowie Ad. II.2.a) S. 4 ff.). Die Zuschlagsempfängerin erinnerte an die Rechtsprechung des Kantonsgerichts im Zusammenhang mit der Berücksichtigung von Skonti im Rahmen von Vergabeverfahren und stellte sich auf den Standpunkt, dass diese Voraussetzungen in casu nicht erfüllt seien (Duplik der Zuschlagsempfängerin vom 1. Juli 2013 S. 2 f.). Auch die Gemeinde vertritt in ihrer Duplik die Ansicht, dass die Berücksichtigung eines Skontos im Vergabeverfahren nicht gesetzeskonform sei (Duplik der Gemeinde vom 26. Juli 2013 S. 4). Hierzu ist festzuhalten was folgt:

### **E. 6.1**

Das Kantonsgericht hat im Urteil A1 99 137 vom 5. November 1999 ausgeführt, dass die Angebote, welche im Rahmen eines Vergabeverfahrens eingereicht werden, dem Werklohn entsprechen, wie er sich im Zeitpunkt der Beurteilung dieser Angebote präsentiert. Ein allfällig offerierter Rabatt könne mithin vom Angebot abgezogen werden, nicht jedoch ein offerierter Skonto (Urteil des Kantonsgerichts A1 99 137 vom 5. November 1999 E. 3.2, publiziert in ZWR 2000 S. 50 f.). Der Rabatt verdiene Berücksichtigung, da er bedingungslos gewährt werde - es handle sich dabei um einen vertraglich vereinbarten Preisnachlass (Peter Gauch, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich 2011, Rz. 1244). Beim Skonto hingegen verspreche der Unternehmer eine Vergünstigung bei umgehender Bezahlung durch den Besteller. Es handle sich dabei mithin um einen vertraglich vereinbarten Bestandteil der Zahlungsbedingungen, der von vielen Imponderabilien abhängt (Urteil des Kantonsgerichts A1 99 137 vom 5. November 1999 E. 3.2, publiziert in ZWR 2000 S. 50 f.). In casu hatte ein Unternehmen spontan einen Skonto offeriert, ohne dass dies in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen gewesen wäre. Dies führte das Kantonsgericht zum Schluss, dass der offerierte Skonto nicht zu berücksichtigen sei, weil es die Vergleichbarkeit der unterbreiteten Offerten verfälsche. Der eben erörterte Fall ist nicht mit dem vorliegenden gleichzusetzen, weil die Gemeinde vorliegend den Skonto in ihren Ausschreibungsunterlagen erwähnt hat (vgl. dazu E. 6.5 und E. 6.6 dieses Entscheids).

### **E. 6.2**

Im Urteil A1 11 159 vom 14. September 2011 hat das Kantonsgericht die Berücksichtigung eines Skontos ausdrücklich zugelassen (E. 2a). Zur Begründung hielt es fest, dass die Vergabebehörde die Unternehmen explizit eingeladen habe, eventuelle Skonti anzugeben. Damit habe sie sich verpflichtet, die Offerten unter dem Gesichtspunkt des angebotenen Skontos zu vergleichen. Davon könne sie nun nicht mehr absehen, ohne das Gebot von Treu und Glauben zu verletzen.

### **E. 6.3**

Im Urteil A1 11 190 vom 10. Februar 2012 (E. 2) stellte das Kantonsgericht fest, dass die Vergabebehörde die Unternehmen im vorliegenden Fall dazu angehalten hatte, eine zusammenfassende Offerte auszufüllen und bei der Vergabebehörde einzureichen. Aus diesem Blatt hätten alle Unternehmen ersehen können, dass nicht bloss ein allfälliger

Rabatt, sondern auch ein allfälliger Skonto berücksichtigt werde. Für den Skonto habe die Vergabebehörde eine eigene, von den Unternehmen auszufüllende Zeile vorgesehen. Die Vergabebehörde habe deshalb im Rahmen der Evaluierung der Offerten zu Recht nicht bloss den Rabatt, sondern auch den Skonto in Abzug gebracht.

- 8 -

#### **E. 6.4**

Der Zuschlagsempfängerin und der Gemeinde ist dahingehend beizupflichten, dass der Verwaltungs- und Rechtsdienst des Departements für Volkswirtschaft, Energie und Raumentwicklung in seiner Information 2011 zum öffentlichen Beschaffungswesen (einsehbar unter [http://www.vs.ch/Press/DS\\_44/INFO-2003-10-13-3695/de/Grundlagendokument\\_2011-all.pdf](http://www.vs.ch/Press/DS_44/INFO-2003-10-13-3695/de/Grundlagendokument_2011-all.pdf) S. 29) tatsächlich festhält, dass der Rabatt zulässig sei, das Skonto jedoch nicht. In dieser Absolutheit stimmt diese Aussage jedoch nicht, wie bereits der in E. 6.1 bis E. 6.3 aufgefächerten Rechtsprechung des Kantonsgerichts entnommen werden kann. Das Kantonsgericht ist bislang davon ausgegangen, dass es der Vergabebehörde freisteht, die Offerierung des Skontos in der Ausschreibung auszuschliessen. Diesfalls hat die Vergabebehörde den Skonto selbstredend nicht zu berücksichtigen. Erwähnt die Vergabebehörde den Skonto jedoch in der Ausschreibung selbst oder in den zugehörigen Ausschreibungsunterlagen, so hat sie ihn im Rahmen der Evaluierung der Offerten auch in Anschlag zu bringen. Lehre und Rechtsprechung gehen diesbezüglich sogar noch weiter. Gemäss Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., Rz. 881, genügt, „wenn die Ausschreibungsunterlagen allgemein die massgeblichen Zahlungsfristen bestimmen und die Gewährung von Skonti nicht ausschliessen; auch diesfalls können die sich an den vorstehenden Voraussetzungen orientierenden Skonti beim Preisvergleich berücksichtigt werden. [...] Wird ein Skonto beim Vorliegen vorstehend genannter Voraussetzungen angeboten, so ist im Hinblick auf dessen Berücksichtigung in der Preisvergleichstabelle nicht mehr zu prüfen, ob die Vergabebehörde den Zahlungstermin einhalten kann, denn die Anbieter müssen sich auf bekannt gegebene Zahlungsfristen verlassen können.“ Auch das Zürcher Verwaltungsgericht (Urteil VB.2004.00477 vom 12. Januar 2005 E. 4.2) hat explizit in dieselbe Richtung entschieden: „Massgeblicher Gesichtspunkt bei dieser Betrachtung ist das Erfordernis der Vergleichbarkeit der Angebote. Wenn von den Anbietern Skonti zu unterschiedlichen Bedingungen offeriert werden, ist die Vergleichbarkeit - und damit die Gleichbehandlung der Anbieter - nicht gewährleistet. Die Vergabebehörde hat es jedoch in der Hand, vergleichbare Offerten einzuholen, indem sie in den Ausschreibungsunterlagen festlegt, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Skonto angeboten werden kann. Zutreffend erscheint daher die in der Lehre vertretene Auffassung, dass ein offerierter Skonto berücksichtigt werden darf und muss, wenn die dafür massgebliche Zahlungsfrist in den Ausschreibungsunterlagen zum Voraus bekannt gegeben wird. Diesem Fall gleichzusetzen ist die Situation, dass die Ausschreibungsunterlagen zwar keine Skontofrist, aber eine allgemeine Zahlungsfrist nennen und einen Skonto nicht ausschliessen; in diesem Fall ist ein Skonto, der für die (ungekürzte) Zahlungsfrist offeriert wird, ebenfalls zu berücksichtigen. Unter diesen Voraussetzungen bedarf es auch keiner weiteren Prüfung, ob der Auftraggeber die Skontofrist einhalten können, denn die Anbieter müssen sich bei der Kalkulation ihrer Angebote auf die von der Behörde genannten Bedingungen verlassen können.“

#### **E. 6.5**

Im vorliegenden Fall hätte die Gemeinde es in der Hand gehabt, die Offerierung von Skonti in der Ausschreibung generell auszuschliessen (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., Rz. 881). Das hat sie nicht getan. Im Gegenteil: Die Gemeinde hat in den Ausschreibungsunterlagen explizit auf die Offerierung eines Skontos hingewiesen. In der im Amtsblatt publizierten Ausschreibung selbst hat

- 9 - sie sich zwar mit einem Verweis auf die Ausschreibungsunterlagen begnügt (unter Ziff. 3.3 hielt sie fest: „Conditions de paiement. Les conditions sont précisées dans le cahier des charges“). In den Ausschreibungsunterlagen selbst hat die Gemeinde jedoch die Bedingungen im Zusammenhang mit der Gewährung von Rabatten und Skonti explizit festgehalten (vgl. Nr. 374.130: „Les rabais, escomptes et autres déductions s’appliquent également sur les travaux en régie. Il en est de même pour les travaux complémentaires décidés en cours de travaux.“). Überdies hat sie eine allgemeine Zahlungsfrist von 30 Tagen in den Ausschreibungsunterlagen genannt, was gemäss der Lehre und Rechtsprechung genügt, um die Offerierung von Skonti zuzulassen respektive sogar zulassen zu müssen (Urteil des Züricher Verwaltungsgerichts VB.2004.00477 vom 12. Januar 2005 E. 4.2; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., Rz. 881). Dies führt das Kantonsgericht zum Schluss, dass die Gemeinde den offerierten Skonto zu Unrecht nicht berücksichtigt hat: Erwähnt die Gemeinde die Offerierung von Skonti in ihren Ausschreibungsunterlagen, so hat sie diese auch im Zusammenhang mit der Offertevaluierung zu berücksichtigen. Anders entscheiden hiesse, den Beschluss darob, ob ein Skonto nun Berücksichtigung findet oder nicht, allein in die Hände der Vergabebehörde zu legen, die darüber von Fall zu Fall und notabene auch erst nach Einsichtnahme in die verschiedenen Offerten entscheiden könnte. Dies würde das Offerieren von Skonti für die Unternehmen zu einer Unwägbarkeit verkommen lassen, die sie nicht prospektiv kalkulieren können. Der Transparenz des Vergabeverfahrens im Allgemeinen und des Zuschlags im Besonderen wäre das zweifelsohne abträglich.

## E. 6.6

Das Kantonsgericht kommt mithin zum Schluss, dass die Gemeinde den von der Beschwerdeführerin offerierten Skonto zu Unrecht nicht berücksichtigt hat. Das Angebot der Beschwerdeführerin ist deshalb unter Berücksichtigung des Skontos von 2 % zu einem Preis von Fr. 572 282.09 inkl. MwSt. zu benoten (und nicht zum Preis von Fr. 583 961.--, den die Gemeinde mittels Aufrechnung des Skontos in Anschlag gebracht hat). Die Gemeinde ist anlässlich ihres Zuschlags von der folgenden Tabelle ausgegangen:

- 10 -

Setzt man in dieser Tabelle als Offertpreis der Beschwerdeführerin Fr. 572 282.09 inkl. MwSt. (anstatt Fr. 583 961.30 inkl. MwSt.) ein, so erhält die Beschwerdeführerin auf dieser Tabelle die Note 8.17 (anstatt 7.96) und die Zuschlagsempfängerin erhält die Note 7.55 (anstatt 7.65). Das Kantonsgericht gelangt zu diesem Schluss auf Grund der folgenden Zahlen und Berechnungen:

$D = A + B = \text{Fr. } 572\,282.09 + \text{Fr. } 595\,862.25 = \text{Fr. } 1\,168\,144.30$   
 $E = D + C = \text{Fr. } 1\,179\,823.55 + \text{Fr. } 719\,497.10 = \text{Fr. } 1\,897\,320.65$   
 $F = A + B / 2 = \text{Fr. } 572\,282.09 + \text{Fr. } 595\,862.25 / 2 = \text{Fr. } 584\,072.15$   
 $G = (A + B + C) / 3 = \text{Fr. } 572\,282.09 + \text{Fr. } 595\,862.25 + \text{Fr. } 719\,497.10 / 3 = \text{Fr. } 629\,213.81$   
 $I = G - (20 \%) = \text{Fr. } 629\,213.81 \times 0.8 = \text{Fr. } 503\,371.05 = \text{montant pour note idéale}$   
 $J = \text{Montant pour note suffisante} = 6.67 = 2/3 \text{ von } 10$   
 $H = G - I / (10 - 6.67) = (\text{Fr. } 629\,213.80 - 503\,371.04) / 3.333333 = \text{Fr. } 37\,752.83$

$1 = ((G - A) / H) + J = ((\text{Fr. } 629\,213.81 - \text{Fr. } 572\,282.09) / \text{Fr. } 37\,752.83) + 6.67 = 8.1780119 = \text{Note der Beschwerdeführerin für den eingereichten Offertpreis mit Berücksichtigung des Skontos}$   
 $2 = ((G - B) / H) + J = ((\text{Fr. } 629\,213.81 - \text{Fr. } 595\,862.25) / \text{Fr. } 37\,752.83) + 6.67 = 7.5534188 = \text{Note der Zuschlagsempfängerin für den eingereichten Offertpreis mit Berücksichtigung des Skontos}$

Nach Berücksichtigung des Offertpreises inkl. Skonto präsentiert sich die vorgenannte Tabelle wie folgt:

- 11 -

INTERPOLATION pour notation relative au montant de l'offre note prix note Fr./point  
 Montant pour note idéale (note idéale) 10.0 503'371.05

### E. 6.7

Die Gemeinde hat ihren Zuschlag auf Grund der Tabelle vom 6. Dezember 2012 (Beilage 10 (S. 8) der Stellungnahme der Gemeinde vom 3. Juni 2013) erteilt. Fügt man nun in dieser Tabelle die in E. 6.6 eruierte Benotung des Offertpreises inkl. Berücksichtigung des Skontos ein, so erhält die Beschwerdeführerin im Rahmen des Kriteriums „prix de l'offre déposée“ unter Berücksichtigung des Skontos und mit der Gewichtung von 70 % die Note 5.719 respektive gerundet 5.72 (anstatt 5.57) und die Zuschlagsempfängerin die Note 5.285 respektive gerundet 5.29 (anstatt 5.35). Im Resultat läuft das darauf hinaus, dass die Beschwerdeführerin in der Spalte „points déterminants pour l'adjudication“ mit 8.219 (5.719 + 1.60 + 0.90) respektive gerundet mit 8.22 (und nicht mit 8.07) zu benoten ist. Die Zuschlagsempfängerin erhält die Note 8.285 (5.285 + 2.00 + 1.00) respektive gerundet 8.29 anstatt 8.35. Die Differenz zwischen der Benotung der Beschwerdeführerin und der Benotung der Zuschlagsempfängerin reduziert sich mithin von 0.28 Punkten zu Gunsten der Zuschlagsempfängerin (8.35-8.07) auf 0.07 Punkte zu Gunsten der Zuschlagsempfängerin (8.29 - 8.22). Die Tabelle unter Berücksichtigung des korrigierten Offertpreises der Beschwerdeführerin präsentiert sich also wie folgt:

- 12 -

Objet CFC 171	Soumission	PONDERATION	Pondération 100%	Critères	Ins crit liste
perm anentes:	Pas de liste	PRIX DE L'OFFRE DEPOSEE	Montant de l'offre après contrôle	Points issus du tableau	Le nombre de point maximal
		QUALITE DE L'ENTREPRISE	Capacité de la personne clé	ETS, Maîtrise, Autres Diplômes	CFC Aucun diplôm e
		Aucune inform ation	Capacité de l'entreprise	Excellent Suffisant	Insuffisant A ucune inform ation
		Infrastructure et organisation	Excellent Suffisant	Insuffis ant	Aucune inform ation
		Références durant les 5 dernières années	avec thématique similaire	référénc es suffisantes	en qualités et nom bres références insuffisantes en qualités et nomb res auc une inform ation
		Le nombre de point maximal	ECONOMIQUE ET SOCIAL	Chiffre d'affaire ?	25 millions / année

### E. 10

Die Beschwerdeführerin bringt noch weitere Rügepunkte vor wie nicht nachvoll- ziehbare Punkteabzüge bei den Kriterien „capacité de l'entreprise“ und „infrastructure et organisation“. Das Kantonsgericht verzichtet darauf, diese Rügen näher zu prüfen, weil es sich hierbei um Probleme überwiegend technischer Natur (v.a. in Bezug auf die „rendements de battage trop élevés“) handelt, bezüglich derer sich das Kantonsgericht ohnehin in besonderer Zurückhaltung übt, da deren Beurteilung üblicherweise dem Ermessen der Vergabebehörde obliegt. Ausserdem hat das Kantonsgericht in E. 6 und E. 7

dieses Entscheides dargelegt, dass die Korrektur der offensichtlichen Ermessensüberschreitung durch die Gemeinde (in Bezug auf die Berücksichtigung des Skontos und in Bezug auf die Punkte im Zusammenhang mit dem Umsatz) genügt, um die Beschwerdeführerin gemäss den Beurteilungskriterien der Gemeinde vom zweiten auf den ersten Rang vorrücken zu lassen. Deshalb kann die Beschwerde gutgeheissen werden, ohne dass die weiteren Rügepunkte der Beschwerdeführerin eingehender geprüft werden müssen. Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als obsiegende Partei mit den entsprechenden Folgen für die Tragung der Kosten und für die Zusprechung einer Parteientschädigung.

#### **E. 10.1**

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). Den Behörden des Bundes, des Kantons und der Gemeinden, die in ihrem amtlichen Wirkungskreis und ohne dass es sich um ihr Vermögensinteresse handelt, als Parteien oder Vorinstanzen in einem Verfahren auftreten, werden in der Regel keine Kosten auferlegt (Art. 89 Abs. 4 VVRG). In der Hauptsache hat die Beschwerdeführerin obsiegt, während die Zuschlagsempfängerin unterlegen ist, hat sie doch am 3. Juni 2013 anbegehrt, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde kostenpflichtig abzuweisen. Gemäss Art. 3 des Gesetzes betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigungen vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden vom

#### **E. 10.2**

Als obsiegende Partei hat die Beschwerdeführerin gemäss Art. 91 Abs. 1 VVRG Anspruch auf eine Parteientschädigung. Die Entschädigung wird im Dispositiv beziffert und der Staats- oder Gemeindekasse auferlegt, soweit sie aus Billigkeitsgründen nicht der unterliegenden Partei auferlegt werden kann (Art. 91 Abs. 2 VVRG). Das Gericht ist bei der Festlegung der Parteientschädigung nicht an die gestellten Begehren gebunden, die Parteientschädigung kann global festgesetzt werden (vom Bundesgericht bestätigt im Urteil 1P.69/2003 vom 16. Mai 2003). Sie umfasst die Entschädigung an die berechtigte Partei sowie ihre Anwaltskosten (Art. 4 Abs. 1 GTar). Letztere sind in Anwendung der Art. 27 ff. GTar festzusetzen und betragen im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren zwischen Fr. 1 100.-- und Fr. 11 000.-- (Art. 39 GTar). Bei der Beurteilung des Arbeits- und des Zeitaufwands darf beachtet werden, dass das Verwaltungsverfahren im Unterschied zum Zivilprozess von der Untersuchungsmaxime beherrscht wird. Überdies ist vor Augen zu halten, dass die Beschwerdeführerin zwar mehrere Stellungnahmen eingereicht hat, jedoch nicht anwaltlich vertreten ist. Die Parteientschädigung wird aufgrund der Bedeutung, der Schwierigkeit und des Umfangs des Falls sowie des Umstandes, dass die Beschwerdeführerin nicht anwaltlich vertreten gewesen ist, auf Fr. 200.-- festgesetzt und der Zuschlagsempfängerin auferlegt.

Demnach erkennt das Kantonsgericht:

1. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen, der angefochtene Vergabeentscheid wird aufgehoben und der Zuschlag wird der Beschwerdeführerin erteilt.
2. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung fällt als gegenstandslos geworden dahin.
3. Die Gerichtskosten von Fr. 1 200.-- werden der Zuschlagsempfängerin auferlegt.
4. Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Zuschlagsempfängerin eine Parteientschädigung von Fr. 200.-- zugesprochen.
5. Das Urteil wird der Beschwerdeführerin, der

Zuschlagsempfängerin und der Gemeinde A\_\_\_\_\_ schriftlich mitgeteilt.

Sitten, 29. Oktober 2013

**E. 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 Schwierigkeitsgrades wird die Gerichtsgebühr vorliegend auf Fr. 1 200.-- festgesetzt und der unterliegenden Zuschlagsempfängerin auferlegt.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.