

VS_GERICHTE A1 16 234 vom 9. Februar 2017

VS Kantonsgericht, 2017-02-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1 16 234](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_16_234)

FR: VS_GERICHTE A1 16 234 du 9 février 2017

IT: VS_GERICHTE A1 16 234 del 9 febbraio 2017

Regeste

A1 16 234 URTEIL VOM 9. FEBRUAR 2017 Kantonsgericht Wallis Öffentlichrechtliche Abteilung Es wirken mit: Thomas Brunner, Präsident, Jean-Bernard Fournier und Christophe Joris, sowie Sandrine Rion, Gerichtsschreiberin ad hoc, in Sachen X_____ AG, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. M_____ und Rechtsanwalt Dr. N_____ gegen Y_____ AG, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. O_____ und Rechtsanwalt P_____ (Arbeitsvergabe) Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verfügung vom 15. September 2016.

Erwägungen

E. 1

Der angefochtene Entscheid der Vergabestelle stellt eine letztinstanzliche Verfügung im Sinne von Art. 72 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (VVRG; SGS/VS 172.6) dar, der nach 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) in Verbindung mit Art. 15 Abs. 1 bis lit. a und e der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB; SGS/VS 726.1) der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterliegt.

E. 1.1

Die Beschwerdegegnerin ist eine Auftraggeberin im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. c GIVöB und hat ein offenes Verfahren im Staatsvertragsbereich nach Art. 12 Abs. 1 lit. a IVöB und Art. 9 GIVöB gewählt.

E. 1.2

Die Beschwerdeführerin verlangt, dass die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 15. September 2016 über den Abbruch aufzuheben und diese anzuweisen sei, das Vergabeverfahren betreffend das Projekt Nr. xxx1 durchzuführen und mittels Zuschlagsverfügung zu beenden. Die Beschwerdeführerin ist 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 (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. Die Beschwerdeführerin muss in ihrer Eingabe aufführen, in welchen Punkten der angefochtene Entscheid auf einem unrichtigen oder unvollständig

- 8 - festgestellten Sachverhalt beruht und/oder inwiefern Rechtsnormen unrichtig oder in Überschreitung bzw. Missbrauch des Ermessens angewendet wurden (Urteil des Kantonsgerichts A1 02 145 vom 7. Februar 2003 E. 2).

E. 2.1

Sind die Voraussetzungen für ein Sachurteil gegeben, so tritt die Beschwerdeinstanz auf die Beschwerde ein und urteilt über den Streitgegenstand. Aus den zulässigen Beschwerdegründen ergibt sich die Kognition der Beschwerdeinstanz (BVGer vom 15. Januar 2008, B-3490/2007, E. 3). Gemäss Art. 16 Abs. 2 IVöB kann die Unangemessenheit einer vergaberechtlichen Verfügung nicht überprüft werden. Die entscheidende Instanz kann voll überprüfen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des Abbruchs gegeben sind. Die gesetzlichen Begriffe, die in diesem Zusammenhang verwendet werden wie wichtiger Grund, wesentliche Projektänderung, wirksamer Wettbewerb etc. unterstehen den unbestimmten Rechtsbegriffen und sind demzufolge einer Auslegung und im Grundsatz einer vollen Rechtskontrolle zugänglich. Die Beschwerdeinstanz kann der Vergabebehörde noch einen Beurteilungsspielraum einräumen und Zurückhaltung üben, wenn der Entscheid besondere fachliche Kenntnisse oder eine Vertrautheit mit der Sache erfordert. Diese Voraussetzungen werden beim Abbruch des Vergabeverfahrens regelmässig als erfüllt betrachtet und der Vergabestelle wird ein erheblicher Beurteilungsspielraum zugestanden, ob der Abbruch aus wichtigen im öffentlichen Interesse liegenden Gründen erfolgte. Die urteilende Instanz weist die Beschwerde ab, wenn sich die angefochtene Abbruchverfügung als rechtmässig erweist (Stefan Suter, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Diss. 2009, N 394 ff.).

E. 2.2

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. 2.3

Die von der Beschwerdeführerin beantragte Akteneinsicht in die entscheidorelevanten Unterlagen wurde dieser, wie hiervor im Sachverhalt Buchstabe F dargelegt, gewährt.

- 9 -

E. 2.4

Die Beschwerdeführerin beantragt als Beweismittel die Parteibefragung von I_____, Lead Engineer Services Engineering und die Zeugeneinvernahme von J_____. Dazu ist festzuhalten, was folgt: Zum Anspruch auf rechtliches Gehör gehört das Recht der Parteien, die Abnahme relevanter Beweise zu verlangen, wenn die Beweise die

Entscheidung beeinflussen können (BGE 137 III 324 E. 3.2.2; 127 I 54 E 2b; 124 I 241 E. 2). Das Beweisverfahren kann nach Lehre und Rechtsprechung aber geschlossen werden, ohne damit das rechtliche Gehör zu verletzen, wenn die entscheidende Instanz sich ihre Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, der rechtsrelevante Sachverhalt würde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. A., Zürich 2013, N. 153 und N. 537; BGE 136 I 229 E. 5.3; 134 I 140 E. 5.3; 131 I 153 E. 3; ZWR 2009 S. 46 E. 3b). Dies trifft u.a. zu, wenn eine Beweisführung über einen nicht rechtlich relevanten Sachverhalt verlangt wird (Art. 80 Abs. 1 lit. d, 56 und 17 Abs. 2 VVRG; Urteil des Bundesgerichts 1A.87/2006 vom 12. September 2006 E. 2.2; BGE 131 I 153 E. 3; 130 II 425 E. 2.1; 122 II 464 E. 4a mit Hinweisen). 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 (Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, a.a.O., N. 153, 154 und 537; BGE 124 I 274 E. 5b; 122 II 464 E. 4a). Das Kantonsgericht hat die von der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin eingereichten Unterlagen zu den Akten genommen. Die vorhandenen Akten enthalten die entscheidrelevanten Sachverhaltselemente, Ausschreibungsunterlagen und die erforderlichen technischen Ausführungen, und genügen – wie aus den nachfolgenden rechtlichen Erwägungen hervorgeht – zur Beurteilung der rechtserheblichen Fragen. Überdies legt die Beschwerdeführerin nicht dar, was sie mit der beantragten Partei- und Zeugenbefragung noch zusätzlich zu den bereits in den Rechtsschriften dargelegten Ausführungen vorbringen könnte. Das Kantonsgericht nimmt unter Berücksichtigung der vorliegenden Umstände in antizipierter Beweiswürdigung an, weitere Beweismittel – insbesondere die von der Beschwerdeführerin beantragte Partei- und Zeugenbefragung – würde an der zu beurteilenden Sach- und Rechtslage nichts ändern, weshalb auf zusätzliche Beweisabnahmen verzichtet wird.

- 10 -

E. 3

Die Beschwerdeführerin macht vorab geltend, die Beschwerdegegnerin müsse das Ausschreibungsverfahren für den Refit (die Erneuerung) an den HGe 4/4 II Lokomotiven durchführen und mittels Zuschlagsverfügung beenden.

E. 3.1

Mit dem Abbruch entzieht bzw. schmälert die Beschaffungsstelle dem Anbietenden die Chance auf den Zuschlag. Nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ist deshalb nach dem Gebot von Treu und Glauben (Art. 9 BV) der Verfahrensabbruch zulässig. Ein Abbruch kann für ihn auch dann negative Folgen haben, wenn das Verfahren wiederholt wird, da ihm dadurch nicht nur ein Zusatzaufwand erwachsen, sondern auch seine Chance auf den Zuschlag geringer werden kann, weil eventuell neue und preisgünstigere Angebote eingereicht werden. Aus der vorvertraglichen Treuepflicht nach Art. 2 ZGB sowie aufgrund des vom öffentlichen Auftraggeber pflichtgemäss ausübenden Ermessens wird der Grundsatz abgeleitet, dass das Submissionsverfahren nur aus wichtigen Gründen abgebrochen oder wiederholt werden darf (ZWR 2000 S. 52; Peter Galli/Daniel

Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, S. 138 f.; Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, S. 492). Dieser Grundsatz wurde in Art. 13 Abs. 1 lit. i IVöB aufgenommen, der bestimmt, dass die Ausführungsbestimmungen die Beschränkung von Abbruch und Wiederholung des Vergabeverfahrens aus wichtigen Gründen zu gewährleisten haben. Gemäss Art. 35 Abs. 1 VöB ist der Abbruch auf wichtige Gründe beschränkt. In Abs. 2 werden die Fälle aufgeführt, bei denen das Verfahren wiederholt oder neu durchgeführt werden kann, namentlich wenn kein Angebot eingereicht wurde, dass die in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien und technischen Anforderungen erfüllt (lit. a), aufgrund veränderter Rahmenbedingungen oder wenn Wettbewerbsverzerrungen aufgrund des Verhaltens der Anbieter festgestellt werden (lit. b), wenn eine wesentliche Änderung des Projektes erforderlich wurde (lit. c) und wenn die Dauer der Angebotsgültigkeit abgelaufen ist (lit. d). Der Auftraggeber hat den Abbruch, die Wiederholung oder die Neuauflage des Verfahrens den Anbietern sofort schriftlich und begründet mitzuteilen (Art. 35 Abs. 3 VöB), wobei diese Verfügung gemäss Art. 15 Abs. 1 bis lit. e IVöB eine selbständig anfechtbare Verfügung ist.

E. 3.2

Im vorliegenden Fall hat sich die Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 15. September 2016 dahingehend geäußert, dass sie gemäss Art. 35 VöB das Vergabeverfahren für den Refit von 14 HGe 4/4 II Lokomotiven abbreche. Begründet wurde der Abbruch damit, dass neue Erkenntnisse auf der technischen Seite beim bestehenden Rollmaterial zu wesentlichen Änderungen des Projektes führen und dass ein Teil

- 11 - des für den Regionalverkehr bestehenden Rollmaterials früher als erwartet ausrangiert werden müsse. Daher ändere sich der Bedarf an HGe 4/4 II Lokomotiven und aus diesem Grund müsse die Flottenstrategie im Bereich der HGe-Teilflotte überarbeitet werden. Die Verfügung war versehen mit einer Rechtsmittelbelehrung, wonach gegen diese innert 10 Tagen seit Eröffnung die Beschwerde ans Kantonsgericht erhoben werden könne. Die Abbrucherklärung war somit in der verwaltungsrechtlichen Form einer anfechtbaren Verfügung ausgestaltet. Der Bewerber, der mit dem Abbruch nicht einverstanden war, konnte die Abbruchverfügung vor der zuständigen Gerichtsstanz anfechten und die Nachprüfung der vergaberechtlichen Zulässigkeit der Verfahrensbeendigung verlangen. Diese Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 15. September 2016 hat die Beschwerdeführerin mit Beschwerde vom 26. September 2016 frist- und formgerecht angefochten. Daher ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 4

Die Beschwerdeführerin bringt vor, der angeführte Grund der Beschwerdegegnerin rechtfertige keinen Abbruch der Ausschreibung, denn das Ereignis vom 7. Juni 2016 habe keinerlei Auswirkungen auf den Erneuerungsbedarf der HGe 4/4 II Lokomotiven.

E. 4.1

Es wird verlangt, dass der Abbruch nicht grundlos erfolgt, sondern durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt wird. Für die Beschaffungen hält die IVöB fest, dass Verfahrensabbruch und Wiederholung des Verfahrens nur aus wichtigen Gründen zulässig sind (Art. 13 lit. i IVöB; Art. 35 Abs. 1 VöB). Es muss daher vom Begriff der wichtigen Gründe ausgegangen werden, denn nur solche dürfen zu einem Verfahrensabbruch führen. Wichtig nach der Submissionsgesetzgebung können nur Gründe sein, die einen Abbruch im

öffentlichen Interesse notwendig machen. Dies ist dann gegeben, wenn die Ziele der Submissionsgesetzgebung mit der Vergabe nicht (mehr) erreicht werden können. Die Gründe müssen also sachlich sein (Katharina Seiler Germanier, Abbruch des Vergabeverfahrens, PBG-aktuell 4/2015, S. 33). Ein Abbruch bei Vorliegen eines sachlichen Grundes liegt stets im öffentlichen Interesse und der wichtige Grund deckt sich mit dem sachlichen Grund vollkommen (Martin Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, AJP 2005, S. 789). Der sachliche Grund, der einen Verfahrensabbruch rechtfertigt, liegt allgemein immer schon dann vor, wenn für die Auftraggeberin die Vorteile eines Abbruchs im Vergleich zu jenen der Weiterführung des Verfahrens überwiegen. Sinn und Zweck, damit ein sachlicher Grund vorliegen muss, ist dass die Verfahrensabbrüche aus bloss manipulativen Gründen zu verhindern sind. Soweit demnach die Aufrechterhaltung des konkreten Vergabeverfahrens zu einer Beschaffung führen würde, die dem tatsächlichen Bedarf der Auftraggeberin nicht entspricht, die unmöglich, unwirtschaftlich, sachlich

- 12 - oder technisch nachteilig wäre, liegt ein sachlicher Grund vor, dessen Berücksichtigung im öffentlichen Interesse liegt: Ein Abbruch ist in solchen Fällen vergaberechtskonform (Martin Beyeler, a.a.O., S. 790). Liegt das Ziel des Abbruchs darin, dass die Vergabestelle damit auf einen geänderten Beschaffungsbedarf reagiert, so ist der Abbruch immer zulässig (Stefan Suter, a.a.O., N 178). Der Gesetz- bzw. der Verordnungsgeber räumt der Vergabestelle bei der Planung der Beschaffung grösstmögliche Flexibilität ein. Daraus lässt sich schliessen, dass eine Vergabebehörde nicht zur Fortsetzung eines Verfahrens gezwungen werden soll, was sie nicht (mehr) zu Ende führen kann oder will (Katharina Seiler Germanier, a.a.O., S. 36). Es ist von einem weiten Ermessensspielraum der Vergabestelle bezüglich der Frage, ob ein Vergabeverfahren abgebrochen wird, auszugehen. Dieses Ermessen kennt klare Schranken. Zunächst ist ein provisorischer Abbruch vergaberechtswidrig, wenn er von der Vergabestelle als Instrument zur gezielten Diskriminierung von Bietern und mithin dazu eingesetzt wird, um einen missliebigen Verfahrensausgang abzuwenden. Wird ein Verfahren nur deswegen provisorisch abgebrochen, weil bestimmte Bieter durch das neue Verfahren gezielt benachteiligt werden, so liegt Ermessensmissbrauch vor, der nicht zu schützen ist.

E. 4.2

Provisorischer Natur ist jener Abbruch, bei dem die Beschaffungsabsicht der Auftraggeberin mit Bezug auf einen bestimmten Leistungsbedarf bestehen bleibt und dem Abbruch (sogleich oder mittelfristig) die Einleitung eines neuen Vergabefahrens folgen soll (Martin Beyeler, a.a.O., AJP 2005, S. 785). Es gibt verschiedene Fälle, die zu einem Abbruch führen können. Ein solcher Fall liegt vor, wenn sich die äusseren Umstände der Beschaffung wesentlich verändert haben. Dies geschieht beim Ablauf der Angebotsfrist eingetretenen, massiven Preiszerfalls im betroffenen Markt, an technischen Innovationen, an neu entdeckten technischen oder wirtschaftlichen Hindernissen sowie an Veränderungen des Beschaffungsbedarfes (von der Erweiterung bis zum Wegfall). Unzulässig sind daher jene Verfahrensabbrüche, die nicht aus wichtigen Gründen erfolgen. Dies kann der Fall sein, wenn die Umstände, die schon bei Einleitung des Verfahrens vorhersehbar waren und auf die in den Vergabeunterlagen nicht klar hingewiesen wurde. Nicht zulässig sind weiter Verfahrensabbrüche, die rechtsmissbräuchlich sind oder das Diskriminierungsverbot verletzen (Katharina Seiler Germanier, a.a.O., S. 37).

E. 4.3

Vorliegend handelt es sich um einen provisorischen Abbruch, welche die Beschwerdegegnerin mittels Verfügung vom 15. September 2016 der Beschwerdeführerin mitgeteilt hat. Begründet wurde der Abbruch damit, dass eine kritische Prüfung bezüglich der Teilflotte HGe 4/4 II im Bereich des Regionalverkehrs E_____ vollzogen werden müsse. Dies habe Folgen auf den definitiven Bedarf der Erneuerung bzw. des Refits der HGe 4/4 II Lokomotiven. Daher soll nach Vorliegen der neuen Flottenstrategie die Neuausschreibung erfolgen. Die Beschwerdegegnerin besitzt 13 HGe 4/4 II Zahnrad-Lokomotiven aus den Jahren 1986-1990. Die HGe 4/4 II Nr. 1-5 und Nr. 104-105 Lokomotiven stehen seit dem Jahr 1990 im Einsatz. Seit 1986 sind die HGe 4/4 II Nr. 101-103 und seit 1989 die HGe 4/4 II Nr. 106-108 in Betrieb. Gemäss dem Flottenkonzept vor dem Schadensfall vom 7. Juni 2016 sollten diese bis 2040 weiterbetrieben werden. Da die Leitelekttronik mit Antriebsstand (Transformator, Stromrichter und Motoren) und Hilfsbetriebeumrichter der Lokomotiven veraltet waren, sollten diese ersetzt werden. Im Zuge dieser Erneuerung bzw. des Refits beabsichtigte die Beschwerdegegnerin und die zb C_____ AG, mit Sitz in G_____, gebrauchte Teile der HGe 4/4 II Lokomotiven an die zb C_____ AG für deren Ersatzteillager zu verkaufen. Dafür sollte die Beschwerdegegnerin die HGe 101 968 von der zb C_____ AG kaufen, die dann auch erneuert werden sollte. Gemäss Sachverhalt lief das Arbeitsvergabeverfahren nach Plan bis auf die Verschiebung der Frist und bis zur Bekanntmachung des Abbruchs.

E. 4.4

Im Regionalverkehr E_____ kam es am 7. Juni 2016 zu einem Schadensfall an einem Personenwagen. Im Gesamten waren aber 22 Personenwagen betroffen. Gemäss E-Mail vom 22. Juni 2016 teilte der Projektleiter der Beschwerdegegnerin der F_____ AG mit, dass bei allen verbleibenden 21 Personenwagen Sichtkontrollen durchgeführt worden waren. Bei diesen Kontrollen wurde festgestellt, dass sämtliche Wagen Risse aufwiesen. Gemäss dem Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 21. Juni 2016 ist der Bedarf für den Regionalverkehr E_____ noch nicht analysiert worden. Der Bedarf an 9 Lokomotiven für den Refit für die Bereiche D_____, Autoverlad und Güterverkehr sei noch vorhanden. Fraglich sei der Bedarf beim Regionalverkehr E_____, was zu einer Änderung der Beschaffung führen könnte. Die Personenwagen, welche in den Vorfall vom 7. Juni 2016 involviert waren, könnten nur zusammen mit HGe 4/4 II Lokomotiven eingesetzt werden.

E. 4.5

Im Regionalverkehr E_____ fahren folgende vier Teilflotten: Shuttle, H_____, Deh und HGe 4/4 II. Aufgrund des Vorfalls vom 7. Juni 2016 und der nachfolgenden Untersuchungen hatte die Unternehmensleitung der Beschwerdegegnerin den Entscheid zu fällen, dass die Betriebsdauer aller Personenwagen verkürzt werden musste. Die Betriebsdauer der Personenwagen der HGe 4/4 II-Flotte beträgt neu ca. 45 bis 50 Jahre und nicht wie bisher angenommen 60 Jahre. Dieser Entscheid hat Auswirkungen auf die HGe-Teilflotte. Die 22 Personenwagen müssten bereits im Jahr 2023 ausser Betrieb gesetzt werden, obwohl sie bis ins Jahr 2028 in Betrieb sein sollten. Gemäss der Flottenstrategie hätten die Personenwagen aus der Deh-Flotte ab 2028 bis 2040 in der HGe-Flotte eingesetzt

werden müssen. Dies kann aufgrund der verkürzten Betriebsdauer ebenfalls nicht umgesetzt werden, da die Personenwagen aus der Deh-Flotte nicht bis ins Jahr 2040, sondern nur bis ins Jahr 2030 im Einsatz stehen werden. Dies hat zur Konsequenz, dass es im Bestand der Personenwagen zwischen 2023 und 2028 sowie auch zwischen 2030 und 2040 Lücken gibt. Es gäbe die Möglichkeit, ab 2028 mit der HGe 4/4 II die Niederflurzwischenwagen zu verwenden. Dies mag jedoch den Bedarf an Personenwagen nicht vollständig abdecken. Daher hat die Beschwerdegegnerin verschiedene Varianten evaluiert, die das Problem mit den Personenwagen lösen soll. Es wurden Varianten ausgearbeitet. Die eine sieht vor, die zweiteiligen Gelenksteuerwagen (ohne Antrieb) der Flotte H_____ mit den HGe 4/4 II Lokomotiven zu koppeln. Die HGe 4/4 II Lokomotiven benötigten hierfür eine Anpassung auf der technischen Seite. Folglich müssten die Erneuerung bzw. der Refit der HGe 4/4 II Lokomotiven wesentlich angepasst werden, damit die Personenwagen der Flotte H_____ an diese gekoppelt werden könnten. Es müssten dafür wichtige Punkte in den technischen Ausschreibungsunterlagen angepasst werden. Die andere Variante wäre die Niederflurzwischenwagen von der Flotte Deh zur HGe-Flotte zu verschieben und die Lücke von 2023-2028 mit neuen Personenwagen zu ergänzen. Der Erwerb neuer Personenwagen für die Restdauer der HGe 4/4 II Lokomotiven bis 2040 stellt für die Beschwerdegegnerin keine gute Lösung dar. Eine weitere Variante sei die Neubeschaffung von Triebzügen, dies hätte jedoch eine Ausmusterung von bis zu 5 HGe 4/4 II Lokomotiven zur Folge.

E. 4.6

Der Vorfall vom 7. Juni 2016 hatte somit einen wesentlichen Einfluss auf die Flottenstrategie der Beschwerdegegnerin und das Vergabeverfahren. Obwohl im Ereignis selber nur Personenwagen der HGe Flotte betroffen waren, hatte dies Auswirkungen auf alle Personenwagen und kürzte dementsprechend deren Betriebsdauer um

- 15 - 10 Jahre. Aufgrund der verkürzten Betriebsdauer der Personenwagen hat dies auch einen Einfluss auf den Bestand der HGe 4/4 II Lokomotiven für den Refit. Selbst wenn, wie die Beschwerdeführerin vorbringt, unabhängig von Neubeschaffungen die Erneuerung für die HGe 4/4 II Lokomotiven bestehen bleibt, ist es trotzdem nicht klar, wie viele Lokomotiven der Erneuerung zugeführt werden sollen. Die Beschwerdegegnerin muss die Flottenstrategie daher nochmals überarbeiten. Dies führt zu einer wesentlichen Änderung des Beschaffungsgegenstands. Dieser Grund des Abbruchs ist immer zulässig, da die Beschwerdegegnerin auf den geänderten Beschaffungsbedarf reagiert. Die Personenwagen können nicht bis ins Jahr 2040 eingesetzt werden, wie bis vor dem Zwischenfall angenommen wurde. Dies hat für die Beschwerdegegnerin folgende Konsequenzen: Die 22 Personenwagen der HGe 4/4 II-Flotte (wovon noch 21 eingesetzt werden können) müssen bereits im Jahr 2023 ausser Betrieb gesetzt werden, obwohl ihr Betrieb bis ins Jahr 2028 vorgesehen war. Die Personenwagen aus der Deh-Flotte können nicht wie geplant ab 2028 bis 2040 in der HGe-Flotte eingesetzt werden. Dies stellt einen sachlichen Grund dar und bedarf der Überarbeitung der Flottenstrategie, da es auch den Bedarf des Refits der HGe 4/4 II Lokomotiven in Frage stellt.

E. 4.7

Relevant für die Beschwerdegegnerin bei der Beurteilung des Abbruchs war nicht nur die Menge der Lokomotiven, die einem Refit unterstellt werden sollten. Sie hatte zusätzlich noch zu berücksichtigen, ob 13 oder 14 Lokomotiven für die Erneuerung zur Verfügung stehen. Die 14. Lokomotive spielt hierbei eine wichtige Rolle, da diese vor dem Refit von

der zb C _____ AG hätte gekauft werden sollen und diese eine umfangreichere Erneuerung bräuchte als die anderen Lokomotiven. Falls die Beschwerdegegnerin diese nach Beurteilung der Flottenstrategie nicht mehr braucht, würden sich die Vorgaben an den Refit wesentlich ändern. Dies würde wiederum eine Überprüfung bzw. Anpassung der Übereinkunft mit der zb C _____ AG nach sich ziehen.

E. 5

Gemäss Replik der Beschwerdeführerin hätte die Beschwerdegegnerin bereits in Kenntnis, dass ein allfälliger Serienmangel vorliege, das Vergabeverfahren gestartet.

E. 5.1

Es war bei Einleitung des Verfahrens nicht voraussehbar, dass die Betriebsdauer der Personenwagen der HGe-Flotte um 10 Jahre verkürzt werden würde. Gemäss E-Mail vom 22. Juni 2016 an die F _____ AG gab die Beschwerdegegnerin zu, dass die Probleme mit der „schwachen“ Frontpartie bereits vor dem Vorfall vom 7. Juni 2016 bekannt gewesen waren. Die Risse an der Frontpartie mussten immer wieder nachgeschweisst werden. Es sei aber neu und somit nach dem Vorfall vom 7. Juni 2016 und

- 16 - auch nach Einleitung des Vergabeverfahrens eingetreten, dass alle Fahrzeuge bei der Anbindung des Stossbalkens an die Kastenstruktur Risse aufwiesen.

E. 5.2

Folglich hatte die Beschwerdegegnerin einen sachlichen Grund, um das offene Vergabeverfahren abzubrechen. Die Beschwerdegegnerin muss die Flottenstrategie aufgrund des Schadenfalls vom 7. Juni 2016 nochmals überarbeiten. Dementsprechend konnte auch kein Zuschlag erfolgen. Daher kann ein unzulässiger Verfahrensabbruch ausgeschlossen werden, da auch keine Verletzung des Diskriminierungsverbots vorliegt und auch kein Rechtsmissbrauch feststellbar ist. Die Beschwerdegegnerin hat das Verfahren rechtmässig abgebrochen. Die Beschwerde wird somit insgesamt abgewiesen.

E. 6

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; GS/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. 1 800.-- festgesetzt. Die Beschwerdeführerin hat als unterliegende Partei keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 91 Abs. 1 VVRG e contrario). Abgesehen von hier nicht interessierenden Ausnahmen gewährt die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei auf Begehren die Rückerstattung der notwendigen Kosten, die ihr entstanden sind (Art. 91 Abs. 1 VVRG). Die Beschwerdegegnerin hat als Vergabebehörde in Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben gehandelt (Art. 3 Abs. 2 VVRG; Urteil des Kantonsgerichts A1 10 248 vom 9. Juni 2011 E 5.2). Gemäss Art. 91 Abs. 3 VVRG darf den Behörden oder

mit öffentlichen Aufgaben betrauten Organisationen, welche obliegen, in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen werden. Vorliegend ist kein Grund ersichtlich, um von dieser Regel abzuweichen. Der Beschwerdegegnerin wird deshalb keine Parteientschädigung zugesprochen.

- 17 - Demnach erkennt das Kantonsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Die Gerichtskosten von Fr. 1 800.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. 3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 4. Das Urteil wird der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin schriftlich mitgeteilt.
Sitten, 9. Februar 2017

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