

VS_GERICHTE A1 21 103 vom 20. September 2021

VS Kantonsgericht, 2021-09-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_21_103

FR: VS_GERICHTE A1 21 103 du 20 septembre 2021

IT: VS_GERICHTE A1 21 103 del 20 settembre 2021

Regeste

RVJ / ZWR 2022 23 Öffentliches Beschaffungsrecht – KGE (öffentlichrechtliche Abteilung) – A1 21 103 vom 20. September 2021 Gewichtung von Unterkriterien; Grundsatz der Transparenz - Die in den Ausschreibungsunterlagen publizierten Zuschlagskriterien und Gewichtungen sind mit einer Beschwerde gegen die Ausschreibung zu rügen (Art. 15 Abs. 1 bis lit. a IVöB; E. 5.1 ff.). - Die Vergabebehörde muss die Unterkriterien mit der jeweiligen Gewichtung den Anbietern im Voraus bekannt geben, wenn sie Unterkriterien festlegt und einigen davon eine höhere Bedeutung zumessen will als anderen (Art. 2 Abs. 1 lit. k kVöB; E. 5.5 ff.). Pondération des sous-critères ; principe de transparence - Les critères d'adjudication et leur pondération annoncés dans les documents de soumissions doivent être le cas échéant contestés dans le cadre du recours ouvert contre l'appel d'offres (art. 15 al. 1 bis let. a AIMP ; consid. 5.1 ss). - L'adjudicateur doit communiquer à l'avance aux soumissionnaires les sous-critères avec leur pondération lorsqu'il veut conférer à certains de ces sous-critères plus de poids qu'à d'autres

Erwägungen

E. 1

Der Entscheid der Gemeinde vom 27. April 2021 stellt 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/VS 172.6) dar, gegen die innert 10 Tagen beim Kantonsgericht Beschwerde eingereicht werden kann (Art. 16 kGIVöB; Art. 15 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 [IVöB; SGS/VS 726.1-1]). Die Vergabebehörde ist eine Auftraggeberin im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. b kGIVöB und sie hat das - 7 - offene Verfahren nach Art. 9 kGIVöB gewählt. Das kGIVöB und die kantonale Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (kVöB) sind vorliegend anwendbar.

E. 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 (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., 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 Beschwerde gegeben, wenn der Partei nicht zugesprochen worden ist, was sie

beantragt hat. 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 einen direkten und aktuellen Vorteil bringen. Die Partei muss in diesem Sinne an der Abänderung interessiert sein (Urteil des Kantonsgerichts A1 17 67 vom 25. Oktober 2017 E. 1.3). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht, um die Legitimation zu bejahen. Zur Beschwerde ist die unterliegende Anbieterin nur legitimiert, wenn sie eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff.).

E. 1.2

Die Beschwerdeführerin liegt nach der Bewertung der Zuschlagskriterien an zweiter Stelle und macht geltend, dass der Zuschlag nach einer korrekten Bewertung ihr erteilt werden müsse. Zudem macht sie verschiedene Verfahrensfehler geltend und beantragt, eventualiter sei die Sache an die Vergabebehörde zurückzuweisen. Sie ist folglich als nicht berücksichtigte Bewerberin 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 Art. 44 VVRG zur Beschwerdeführung legitimiert ist.

E. 1.3

Die Gemeinde bringt vor, sie habe in den Ausschreibungsunterlagen als Verfahrenssprache Französisch festgelegt, die Beschwerdeschrift sei jedoch in deutscher Sprache eingereicht worden. Auf die Beschwerde könne daher nicht eingetreten werden.

E. 1.3.1

Die in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Sprache gilt einzig für das Ausschreibungsverfahren und die Angebote (Art. 1 Abs. 1 lit. e und Art.

E. 1.3.2

Die Verfahrenssprache ist abzugrenzen von der Sprache, in der sich die Parteien äussern dürfen (Peter Galli/ André Moser/ Elisabet Lang/ Marc Steiner, a.a.O., N. 1295; Thomas Pfisterer in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Christoph Auer, Markus Müller/ Benjamin Schindler [Hrsg.], 2. A., 2019, N. 1 ff. zu Art. 33a VwVG). Gemäss Art. 80 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 48 Abs. 2 VVRG hat die Beschwerdeschrift eine gedrängte Darstellung des Sachverhalts und der Begründung unter Angabe der Beweismittel sowie die Begehren zu enthalten und ist vom Beschwerdeführer oder seinem Vertreter zu unterzeichnen und zu datieren. In welcher Sprache die Beschwerdeschrift verfasst werden soll, wird nicht festgelegt. Das VVRG enthält auch keine Bestimmung betreffend die Verfahrenssprache bei Beschwerdeverfahren vor dem Staatsrat und dem Kantonsgericht.

E. 1.3.3

Art. 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) bezeichnet die Landessprachen und Art. 70 Abs. 1 BV die Amtssprachen. Art. 70 Abs. 2 BV überlässt es den Kantonen, ihre Amtssprachen zu bestimmen, wobei sie, um das Einvernehmen zwischen den Sprachgemeinschaften zu wahren, bei der Zusammensetzung der Gebiete auf die herkömmliche Sprache achten und die angestammten sprachlichen Minderheiten berücksichtigen. Art. 12 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Wallis vom 8. März 1907 (KV; SGS/VS 101.1) erklärt die französische und

die deutsche Sprache als Landessprachen. Gesetzgeber und Verwaltung haben beide Sprachen gleichberechtigt zu behandeln (Art. 12 Abs. 2 KV; Martina Caroni/An- gela Hefti in; Basler Kommentar Bundesverfassung, Bernhard Waldmann/ Eva Maria Belser/ Astrid Epiney [Hrsg.], Basel, 2015, N. 29 zu Art. 18 BV). In zweisprachigen Kan- tonen oder Bezirken dürfen Eingaben an Gerichtsbehörden in beiden Amtssprachen er- folgen: Es verletzt die in Art. 18 BV gewährleistete Sprachenfreiheit, wenn die im kanto- nalen Recht vorgesehene freie Wahl zwischen mehreren Amtssprachen verweigert wird (BGE 136 I 149 E. 5 ff.; Martina Caroni/Angela Hefti, a.a.O., N. 30 zu Art. 18 BV).

- 9 -

E. 1.3.4

Die Argumentation der Gemeinde, das Kantonsgericht könne auf die in deutscher Sprache verfasste Beschwerde nicht eintreten, geht nach dem Gesagten fehl; ein sol- ches Vorgehen wäre verfassungswidrig. Auf die im Übrigen form- und fristgerecht ein- gereichte Beschwerde ist deshalb einzutreten (Art. 80 Abs. 1 lit. b und c i.V.m. Art. 46 und Art. 48 sowie Art. 15 VVRG). Das vorliegende Verfahren wird nach ständiger Praxis der öffentlich-rechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts in der Sprache geführt, in wel- cher die Beschwerde eingereicht worden ist (vgl. zur Verfahrenssprache die Urteile des Kantonsgerichts A1 20 198 vom 18. März 2021 S. 8 f. und A1 06 137 vom 3. November 2006 E. 3.3).

E. 1.4

Die Beschwerdeführerin hat den Antrag gestellt, dass ihrer Verwaltungsgerichtsbe- schwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen sei. Am 17. Mai 2021 hat das Kantons- gericht verfügt, dass alle Vollziehungsvorkehren, insbesondere der Vertragsabschluss betreffend die Arbeitsvergabe, zu unterlassen seien, womit es insoweit dem Gesuch ent- sprochen hat. Mit dem vorliegenden materiellen Entscheid wird das Gesuch um auf- schiebende Wirkung im Übrigen gegenstandslos.

E. 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, ein- schliesslich Überschreitungen oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige o- der unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 16 Abs. 1 IVöB). Die Unangemessenheit der Verfügung kann jedoch nicht geltend gemacht werden (Art. 16 Abs. 2 IVöB).

E. 2.1

Aus Art. 16 IVöB resp. Art. 16 kGIVöB leitet das Kantonsgericht in ständiger Recht- sprechung 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 man- gelhaft 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 massgebli- chen Kriterien, dann aber auch bei deren Gewichtung und Bewertung, ein erheblicher Ermessensspielraum zu (ZBl 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

- 10 - nicht einbeziehen kann (BGE 125 II 86 E. 6; Urteil des Bundesgerichts 2P.85/2001 vom

E. 6

Mai 2002 E. 3.2). Bei reinen Fragen der Bewertung der in einem Vergabeverfahren eingereichten Offerten nach den jeweils massgebenden Zuschlagskriterien tritt das Gericht aus diesem Grund nicht als Obernotengeber auf. Es kann nur dort eingreifen, wo eine Bewertung erwiesenermassen falsch und sachlich nicht haltbar ist. Rein appellatorische Kritik an der Notengebung kann das Gericht nicht zum Eingreifen und zur Korrektur veranlassen. Voraussetzung für ein Eingreifen und eine Korrektur ist vielmehr der Nachweis einer willkürlichen, sachlich nicht zu rechtfertigenden Bewertung eines Kriteriums (Urteil des Kantonsgerichts A1 19 107 vom 24. September 2019 E. 2). 3. Die Beschwerdeführerin beantragt als Beweismittel die von ihr eingereichten Urkunden und die Edition der Akten der Vergabebehörde sowie Parteibefragungen. 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 Beweiswürdigung 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 Belege zu den Akten genommen. Am 25. Juni 2021 und am 9. Juli 2021 hat die Gemeinde die Akten des Vergabeverfahrens eingereicht. Die Beschwerdeführerin sowie die Vergabebehörde haben sich im vorliegenden Verfahren ausführlich schriftlich geäussert. Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, was mündlich noch ausgesagt werden soll, das nicht

- 11 - bereits schriftlich ausgeführt worden ist. Zudem benennt sie die natürlichen Personen nicht, die befragt werden sollen. Die vorhandenen Akten enthalten mithin die entscheidungsrelevanten Sachverhaltselemente und genügen, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, zur Beurteilung der rechtserheblichen Fragen. Das urteilende Gericht nimmt unter Berücksichtigung der vorliegenden Umstände in antizipierter Beweiswürdigung an, weitere Beweismittel würden nichts an der zu beurteilenden Sach- und Rechtslage ändern.

Deshalb wird auf zusätzliche Beweisabnahmen - insbesondere auf Parteibefragungen - verzichtet. 4. Die Beschwerdeführerin rügt vorab eine mangelhafte Eröffnung der Zuschlagsverfügung sowie eine Verletzung der Begründungspflicht. 4.1 Gemäss Art. 13 lit. h IVöB haben die Kantone in ihren Ausführungsbestimmungen die Mitteilung und eine kurze Begründung des Zuschlags zu regeln. Nach Art. 34 kVöB ist der Zuschlag eine Verfügung, welche mindestens den Namen des Zuschlagsempfängers und den Zuschlagsbetrag enthalten muss. Eine eigentliche Begründungspflicht ist grundsätzlich nicht vorgesehen und die Vergabebehörde ist auch nur dann zur Bekanntgabe der wesentlichen Gründe der Nichtberücksichtigung verpflichtet, wenn der Anbieter eine entsprechende Anfrage stellt (Art. 34 Abs. 2 kVöB). Die Begründungspflicht ergibt sich jedoch aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 1249 f.). Durch die Begründung der Vergabebehörde soll der nicht berücksichtigte Bewerber nachvollziehen können, weshalb er den Zuschlag nicht erhalten hat (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau WBE.2011.246 vom 25. Juni 2012 E. 6.3.2; vgl. Urteil des Kantonsgerichts A1 17 105 vom 17. Mai 2017 E. 6.1). Art. 34 Abs. 3 kVöB 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. 4.2 Die Gemeinde hat der Beschwerdeführerin mit Einschreiben vom 27. April 2021 mitgeteilt, dass die Zuschlagsempfängerin den Auftrag für Fr. 219 252.-- erhalten habe (Beilage 2). Zudem wird im Schreiben ausgeführt, dass das niedrigste Preisangebot Fr. 184 646.-- betrage und dass beim Preiskriterium - wie in den Ausschreibungsunterlagen ausgeführt - auch die Unterhaltskosten für 6 000 Stunden berücksichtigt worden seien. Eine Bewertungstabelle als Beilage wird im Schreiben hingegen nicht erwähnt. Die Beschwerdeführerin hat die Gemeinde am 7. Mai 2021 darum ersucht, gemäss Art. 34 Abs. 2 kVöB die Gründe der Nichtberücksichtigung bekannt zu geben (Beilage 6).

- 12 - Die Gemeinde hat der Beschwerdeführerin am 10. Mai 2021 mitgeteilt, dass die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung ihrer Offerte beim technischen Kriterium (Drehmoment und Masse des Fahrzeugs) sowie bei der Organisation des Kundendienstes nach dem Kauf liegen würden. Dem Schreiben der Gemeinde lag das Protokoll der Offertöffnung sowie Bewertungstabellen und eine kurze Analyse der eingegangenen Offerten bei. 4.3 Die mittels Einschreiben versandte Zuschlagsverfügung der Gemeinde vom 27. April 2021 nennt den Namen der Zuschlagsempfängerin und den Zuschlagsbetrag, in der Betreffzeile steht "Fourniture d'un tracteur communal avec épareuse - Décision d'adjudication" und die Verfügung enthält eine Rechtsmittelbelehrung. Die Beschwerdeführerin hat offensichtlich erkannt, dass es sich um eine anfechtbare Zuschlagsverfügung betreffend die am 26. Februar 2021 erfolgte Ausschreibung handelt: Bereits in ihrem Schreiben vom 7. Mai 2021 weist sie auf eine allfällige Beschwerde hin, welche sie in der Folge auch fristgerecht beim Kantonsgericht eingereicht hat. Durch die abweichende Bezeichnung des Fahrzeugs, welches beschafft werden soll ("tracteur communal avec épareuse" statt "chargeuse à pneus" wie in den Ausschreibungsunterlagen) ist der Beschwerdeführerin kein Nachteil entstanden, sofern es sich bei der abweichenden Formulierung im Betreff der Verfügung überhaupt um einen Eröffnungsmangel handelt (Art. 31 VVRG). 4.4 Die Gemeinde hat die Tabelle der Angebotsbewertung sowie weitere Unterlagen am

E. 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). Die Zuschlagsempfängerin hat sich am Verfahren nicht beteiligt, weshalb ihr keine Gerichtskosten auferlegt werden können. Den Behörden des Bundes, des Kantons und der Gemeinden, die in ihrem amtlichen Wirkungsbereich 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). Vorliegend bestehen keine Gründe, von dieser Regel abzuweichen, weshalb keine Gerichtskosten erhoben werden.

E. 6.2

Als obsiegende Partei hat die Beschwerdeführerin gemäss Art. 91 Abs. 1 VVRG Anspruch auf eine Parteientschädigung. Die Entschädigung wird im Dispositiv beziffert

- 17 - und der Staats- oder Gemeindekasse auferlegt, soweit sie aus Billigkeitsgründen nicht der unterliegenden Partei auferlegt werden kann (Art. 91 Abs. 2 VVRG). Sie umfasst die Entschädigung an die berechnete 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). Die Parteientschädigung ist aufgrund der Bedeutung, der Schwierigkeit und des Umfangs des Falls sowie der vom Anwalt nützlich aufgewandten Zeit und der finanziellen Situation der Partei festzusetzen. Unter Berücksichtigung der für die Festsetzung der Entschädigung geltenden Regeln sowie des notwendigen und der Schwierigkeit der Streitsache angemessenen Aufwandes wird die Entschädigung auf insgesamt Fr. 2 500.-- (inkl. MwSt. und Auslagen) festgelegt und der Gemeinde auferlegt (Art. 91 Abs. 2 VVRG).

- 18 - Demnach erkennt das Kantonsgericht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, die Zuschlagsverfügung vom 27. April 2021 wird aufgehoben und das Vergabeverfahren ist erneut durchzuführen. 2. Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung von Fr. 2 500.-- zu Lasten der Gemeinde zugesprochen. 3. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. 4. Das Urteil wird der Beschwerdeführerin, der Gemeinde und der Zuschlagsempfängerin schriftlich mitgeteilt.

Sitten, 20. September 2021

E. 10

% Die Ausschreibung ist am 26. Februar 2021 im Amtsblatt N. 8 sowie auf Simap publiziert worden (Beilage 8). Unter Ziffer 2.10 der Publikation werden die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung bekanntgegeben. Zudem wird in Ziffer 3.12 darauf hingewiesen, dass die Ausschreibungsunterlagen ab dem 26. Februar 2021 unter www.Sinap.ch bezogen werden können. 5.3 Die Ausschreibung eines Auftrags ist eine selbstständig anfechtbare Verfügung (Art. 15 Abs. 1 bis lit. a IVöB), gegen die innert 10 Tagen beim Kantonsgericht Beschwerde eingereicht werden kann (Art. 15 und 16 kGIVöB). Die Ausschreibungsunterlagen sind grundsätzlich als integrierender Bestandteil der Ausschreibung zu betrachten, weshalb allfällige Mängel der Ausschreibungsunterlagen mit einer Beschwerde gegen die Ausschreibung zu rügen sind (ZWR 2012 S. 59 E. 3.1; Urteil des Kantonsgerichts A1 20 196 vom 25. Februar 2021 E. 1). Sind die Mängel der Ausschreibung auf Anhieb und nicht erst im Zeitpunkt des Zuschlags erkennbar gewesen, so sind sie innert der Frist von 10 Tagen mit Beschwerde geltend zu machen (Urteil des

Bundesgerichts

- 14 - 2P.294/2005 vom 14. März 2006 E. 4.1; Urteile des Kantonsgerichts A1 20 122 vom 6. Oktober 2020 E. 2.2 und A1 12 359 vom 21. Juni 2013 E. 5.1). 5.4 Die Beschwerdeführerin hat von den Ausschreibungsunterlagen und den darin formulierten Zuschlagskriterien und deren Gewichtung Kenntnis erhalten. Der Vergabebehörde ist insofern zuzustimmen, dass keine Gründe ersichtlich sind, weshalb die Beschwerdeführerin die publizierte Gewichtung der Zuschlagskriterien nicht unmittelbar nach der Ausschreibung bei der Vergabebehörde hätte beanstanden können, wenn sie damit nicht einverstanden gewesen ist. Soweit die vorgebrachten Rügen die in den Ausschreibungsunterlagen publizierten Zuschlagskriterien und Gewichtungen als solche betreffen, kann darauf nach dem Gesagten grundsätzlich nicht mehr eingetreten werden. 5.5 Der Grundsatz der Transparenz ist für öffentliche Beschaffungen der Kantone und Gemeinden in Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM; SR 943.02) und Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB verankert und verlangt gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass Eignungs- und Zuschlagskriterien in der Ausschreibung bekannt gegeben werden. Eine nachträgliche Änderung dieser Kriterien ist grundsätzlich unzulässig. Die Zuschlagskriterien sind nach prozentualer Gewichtung oder zumindest nach der Reihenfolge zu nennen. Die Angabe von Unterkriterien ist unter Verfassungsgesichtspunkten nicht zwingend erforderlich, sofern sie bloss die Hauptkriterien konkretisieren (statt vieler BGE 143 II 553 E. 7.7 mit Hinweisen). Die kantonale Praxis ist uneinheitlich bei den Gesichtspunkten, welche die Vergabebehörden den Anbietern in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben haben (Peter Galli/ André Moser/ Elisabeth Lang/ Marc Steiner, a.a.O., N. 954). Art. 2 Abs. 1 lit. k kVöB verlangt, dass die Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien mit Angabe ihrer Gewichtung enthalten müssen. Nach ständiger Rechtsprechung des Kantonsgerichts folgt daraus, dass die Vergabebehörde auch die Unterkriterien mit der jeweiligen Gewichtung den Anbietern im Voraus bekannt geben muss, wenn sie Unterkriterien festlegt und einigen davon eine höhere Bedeutung zumessen will als anderen (ZWR 2016 S. 25 E. 3.1 f.; Urteile des Kantonsgerichts A1 18 238 vom 28. Mai 2019 E. 7.2.1; A1 18 152 vom 20. Dezember 2018 E. 2.3 und A1 11 29 vom 10. Juni 2011 E. 7b; vgl. auch BGE 130 I 241 E. 5.1; 125 II 86 E. 7c; Urteil des Bundesgerichts 2P.172/2002 vom 10. März 2003 E. 2.3).

- 15 - 5.6 Die Vergabebehörde hat die Zuschlagskriterien gemäss "Tableau des pondération corrigé" (Beilage 14) wie folgt bewertet: Beim Kriterium "Techniques" (total 35 %) ist das Unterkriterium "Conception générale" mit 25 % und das Unterkriterium "Compatibilité avec nos équipements" mit 5 % gewichtet worden, obwohl diese Unterkriterien in den Ausschreibungsunterlagen ohne entsprechende prozentuale Gewichtung publiziert worden sind. Ausserdem hat die Vergabebehörde das in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich erwähnte Unterkriterium "Equipements" mit einer Gewichtung von 5 % in die Bewertung miteinbezogen. Beim Kriterium "Economiques" (total 35 %) hat das Unterkriterium "Prix de l'offre déposée" die Gewichtung 25 % erhalten und das Unterkriterium "Charges de fonctionnement sur 6000 heures" 10 % - auch diese Gewichtungen sind in den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich gewesen. Beim Kriterium "Organisation et qualification" (total 30 %) ist das Unterkriterium "Délais de livraison" mit 20 % und das Unterkriterium "Service après-vente" mit 10 % gewichtet worden. Diese Gewichtung entspricht nicht den in den Ausschreibungsunterlagen publizierten prozentualen

Gewichtungen der beiden Unterkriterien. 5.7 Die Vergabebehörde hat folglich bei zwei von drei Kriterien den Unterkriterien unterschiedliches Gewicht beigemessen, obwohl diese Unterkriterien in den Ausschreibungsunterlagen ohne Angabe der prozentualen Gewichtung genannt worden sind. Zudem hat sie ein Unterkriterium mit 5 % Gewichtung in die Bewertung aufgenommen, welches in den Ausschreibungsunterlagen nicht genannt worden ist. Schliesslich hat sie beim dritten Kriterium die in den Ausschreibungsunterlagen angegebene Gewichtung der Unterkriterien nachträglich abgeändert. Dieses Vorgehen der Vergabebehörde ist nach dem oben Gesagten mit dem Grundsatz der Transparenz nicht mehr vereinbar (siehe oben E. 5.5). 5.8 Die Gewährleistung der Transparenz ist eine Voraussetzung dafür, dass die Justiziabilität des Zuschlagsentscheides und dabei der Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieter überhaupt umgesetzt werden kann (Peter Galli/ André Moser/ Elisabeth Lang/ Marc Steiner, a.a.O., N 956; BGE 125 II 86 E. 7c). Die Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe aller massgebenden Kriterien samt Gewichtung ist daher formeller Natur: Wenn den Bewerbern entscheidende Zuschlagskriterien vorenthalten bzw. nachträglich massgeblich verändert worden sind, führt dies zur Aufhebung des Zuschlags, auch wenn kein Kausalzusammenhang zwischen Verfahrensfehler und Vergabeentscheid vorliegt (Urteil des Bundesgerichts 2P.299/2000 vom 24. August 2001 E. 4; Urteile des Kantonsgerichts A1 21 132 vom 5. Februar 2021 E. 7.3.1; A1 18 238 vom 28. Mai 2019 E. 7.2.1 und A1 16 107 vom 24. November 2016 E. 6.2).

- 16 - Die festgestellte Verletzung des Grundsatzes der Transparenz gebietet vorliegend die Aufhebung des gesamten Vergabeverfahrens: Die Anbieterinnen durften aufgrund der Ausschreibungsunterlagen davon ausgehen, dass die Vergabebehörde den bei den Kriterien "Techniques" und "Economiques" genannten Unterkriterien jeweils gleiche Bedeutung beimessen wird. Wäre die unterschiedliche Gewichtung der Unterkriterien im Voraus mitgeteilt worden, hätten die Anbieterinnen ihre Offerten anders präsentieren und diejenigen Punkte hervorheben können, denen die Vergabebehörde durch die höhere Gewichtung einzelner Unterkriterien gegenüber den anderen eine besondere Bedeutung beimessen will. Der Grundsatz der Transparenz erlaubt es in casu nicht, die eingereichten Angebote auf der Grundlage der in den Ausschreibungsunterlagen genannten Gewichtungen zu bewerten. Zudem würde diese Vorgehensweise beim Kriterium "Economiques" dazu führen, dass das Gericht den für die Beschaffung des Radladers offerierten Preis (Unterkriterium "Prix de l'offre déposée") mit nur 17.5 % gewichten müsste, was nach herrschender Rechtsprechung wohl nicht mehr im Bereich des Zulässigen läge (vgl. BGE 129 I 313 E. 9.2; Urteil des Kantonsgerichts A1 21 19 vom 10. Juni 2021 E. 7.3.5 f.; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 906). Es kann daher auf die Prüfung der übrigen von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen betreffend die Bewertung der einzelnen Zuschlagskriterien verzichtet werden (Urteile des Kantonsgerichts A1 15 130 vom 22. Oktober 2015, in ZWR 2016 25 nicht publizierte E. 4, und A1 11 29 vom 10. Juni 2011 E. 7f). 6. Nach dem Gesagten ist die Zuschlagsverfügung aufgrund der Verletzung des Grundsatzes der Transparenz aufzuheben und das Vergabeverfahren erneut durchzuführen. Die Beschwerde ist im Sinne der Erwägungen gutzuheissen, mit den entsprechenden Folgen für die Tragung der Kosten und für die Zusprechung einer Parteientschädigung.

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