

VS_GERICHTE A1 21 88 vom 23. September 2021

VS Kantonsgericht, 2021-09-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1 21 88](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_21_88)

FR: VS_GERICHTE A1 21 88 du 23 septembre 2021

IT: VS_GERICHTE A1 21 88 del 23 settembre 2021

Regeste

A1 21 88 A1 21 134 URTEIL VOM 23. SEPTEMBER 2021 Kantonsgericht Wallis
Öffentlichrechtliche Abteilung Es wirken mit: Christophe Joris, Präsident, Jean-Bernard Fournier und Thomas Brunner, Richter, sowie Carmen Mangisch, Gerichtsschreiberin, in Sachen V _____, Beschwerdeführerin, bestehend aus: W _____ AG, und X _____ AG, beide vertreten durch Rechtsanwalt Urban Carlen, gegen U _____, Vergabestelle, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Christoph Jäger und Thomas Geiger, und Y _____, Beschwerdegegnerin/Zuschlagsempfängerin, Z _____ AG, (Arbeitsvergabe) Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Ausschlussverfügung vom 21. April 2021.

Erwägungen

E. 1

lit. b und c i.V.m. Art. 46 und Art. 48 VVRG).

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 Beschwer 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 Rechtstellung 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 ist als Adressatin der Ausschluss- sowie der Zuschlagsverfügung durch diese berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung, so dass sie nach Art. 80 Abs. 1 lit. a und 44 VVRG zur Beschwerdeführung legitimiert ist. Sie ist durch diese in ihrer Rechtstellung betroffen und hat ein Interesse an deren Aufhebung. Mit ihrer

Beschwerde verfolgt sie eine Besserbewertung ihres Angebots und eine Schlechterbewertung des Angebots der Zuschlagsempfängerin. Gemäss der Ausschreibung wird der Preis als Zuschlagskriterium mit 60 % bewertet. Das preisgünstigste Angebot erhält die Note 5 und Angebote, welche um mehr als 50 % höher liegen als das - 9 - preisgünstigste Angebot, die Note 1. Die Zuschlagsempfängerin offerierte zu einem Preis von Fr. 842 887.95, was mehr als 50 % höher liegt als das von der Beschwerdeführerin eingereichte Angebot von Fr. 487 153.20. Die Beschwerdeführerin hätte damit, sofern sie nicht ausgeschlossen worden wäre, die Note 5 erhalten und die Zuschlagsempfängerin die Note 1. Angesichts der Gewichtung des Preises von 60 %, hätte die Beschwerdeführerin eine realistische Chance auf den Zuschlag, falls ihre Rügen begründet sind. Folglich ist ihre Legitimation zu bejahen (Art. 80 Abs. 1 lit. a und 44 VVRG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist deshalb einzutreten (Art. 80 Abs.

E. 2

Gemäss Art. 11b Abs. 1 VVRG kann die Behörde von Amtes wegen oder auf Gesuch hin die Vereinigung von Verfahren anordnen, die auf gleichem Sachverhalt oder auf gleicher rechtlicher Grundlage beruhen. Vorliegend handelt es sich in beiden Verfahren um dieselbe Ausschreibung. Beide Beschwerden stammen von der gleichen Anbieterin und der Sachverhalt sowie die rechtliche Problematik sind in beiden Beschwerdeverfahren weitgehend identisch. Zudem hat die Beschwerdeführerin selbst die Vereinigung der beiden Verfahren beantragt und die Vergabestelle sowie die Zuschlagsempfängerin haben sich dem Antrag nicht widersetzt. Die beiden Beschwerdeverfahren A1 21 88 und A1 21 134 sind somit zu vereinen und im gleichen Urteil zu entscheiden.

E. 3

Die Beschwerdeführerin hat die Anträge gestellt, ihren Verwaltungsgerichtsbeschwerden die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Mit Verfügungen vom 4. Mai 2021 resp. 22. Juni 2021 hat das Kantonsgericht angeordnet, dass alle Vollziehungsvorkehren, insbesondere der Vertragsabschluss betreffend die Arbeitsvergabe, zu unterlassen seien. Mit dem vorliegenden Entscheid werden die Gesuche um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

E. 4

Aus Art. 16 IVöB resp. Art. 16 KGIVöB 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 19 197 vom 18. September 2019 E. 3). 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 (ZBl 99/2000 S. 267; Urteile des Bundesgerichts 2C_383/2014 vom 15. September 2014 E. 7.1; 2P.193/2006 vom 29. November 2006

- 10 - E. 1.4; Urteil des Kantonsgerichts A1 19 197 vom 18. September 2019 E. 3). 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 2C_418/2014 vom 20. August 2018 E. 4.1).

E. 5

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vergabestelle sei nicht befugt gewesen, die Akten in Eigenregie zu schwärzen, da dies dem Kantonsgericht obliege. Zudem beantragt sie volle Akteneinsicht in sämtliche ungeschwärzten Unterlagen, insbesondere in die Bewertungstabelle und die Angebote.

E. 5.1

Parteien haben grundsätzlich Anspruch auf vollständige Akteneinsicht. Die Einsicht in ein Aktenstück kann jedoch aus öffentlichen oder privaten Gründen der Geheimhaltung verweigert werden (Art. 25 i.V.m. Art. 56 Abs. 1 sowie Art. 80 Abs. 1 lit. d VVRG). Nach Art. 11 lit. g IVöB ist bei der Vergabe der Grundsatz der Vertraulichkeit der Informationen einzuhalten. Im Submissionsverfahren besteht gemäss Lehre und Rechtsprechung nur ein eingeschränktes Akteneinsichtsrecht. Das in anderen Bereichen übliche 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-hows grundsätzlich zurücktreten. Aufgrund des Interesses an der vertraulichen Behandlung der Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse besteht ohne Zustimmung der Betroffenen kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten. Diese Regelung gilt auch im Rechtsmittelverfahren. Regelmässig enthalten auch Protokolle über Unternehmengespräche, Verhandlungsprotokolle und die technische Auswertung der Offerte vertrauliche Informationen, welche einer Einsichtnahme in diese Dokumente entgegenstehen (vgl. zum Ganzen BGE 139 II 489 E. 3.3; Urteile des Bundesgerichts 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 3.1, 2P.173/2003 vom 9. Dezember 2003 E. 2.5 und 2P.226/2002 vom 20. Februar 2003 E. 2.1; Urteil des Kantonsgerichts A1 13 264 vom 29. Oktober 2013 E. 4.1; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 1185 mit Hinweisen).

E. 5.2

Dem Kantonsgericht wurden seitens der Vergabestelle zwei Exemplare der Akten eingereicht. Ein Exemplar enthielt keine Schwärzungen und das andere enthielt Schwärzungen, damit dem Vertraulichkeitsgrundsatz Rechnung getragen werden konnte. Denn wie bereits erwähnt, ist die Vergabestelle gemäss Art. 11 lit. g IVöB gehalten, bei der

- 11 - Vergabe den Grundsatz der Vertraulichkeit von Informationen zu beachten. In diesem Sinne war es rechtmässig, dass diese sowohl ein geschwärztes sowie ungeschwärztes Akteneinsichtsexemplar einreichte. Mit der Gewährung der Einsicht in die geschwärzten Akten (roter Ordner) wurde dem Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerin überdies Genüge getan. Das Gesuch um vollständige Akteneinsicht wird daher nach dem Gesagten abgewiesen.

E. 6

Die Beschwerdeführerin beantragt als Beweismittel den Beizug der Akten der Vergabestelle, den Beizug der Akten der Verfahren A1 20 79 und A1 20 110 vor Kantonsgericht sowie den Beizug des Urteils des Bundesgerichts 2D_46/2020 sowie die dazugehörigen Verfahrensakten.

E. 6.1

Das Kantonsgericht hat die von der Beschwerdeführerin eingereichten Unterlagen zu den Akten genommen. Die Vergabestelle reichte am 11. September 2020 die amtlichen Akten

ein. Antragsgemäss wurden ebenfalls die Vorakten der Vergabestelle sowie die Akten der Verfahren A1 20 79 und A1 20 110 beigezogen, worin sich auch die jeweils dem Kantonsgericht vom Bundesgericht zugestellten Kopien in dessen Verfahren 2D_46/2020 befinden. Die vorhandenen Akten umfassen mithin die entscheidrelevanten Belege und 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, weshalb auf zusätzliche Beweisabnahmen verzichtet wird.

E. 7

Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Tatsache, dass sich nicht mehr alle Offerten in den Vergabeakten befänden, eine eklatante Rechtswidrigkeit darstelle, die mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung der Anbieter, der Transparenz sowie Treu und Glauben nicht vereinbar sei.

E. 7.1

Gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101; BV) haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Ein Teilgehalt dieses Anspruchs ist das Akteneinsichtsrecht. Die effektive Wahrnehmung des Akteneinsichtsrechts setzt spiegelbildlich eine entsprechende Pflicht zur vollständigen, geordneten und übersichtlichen Aktenführung voraus (Gerold Steinmann in: Bernhard Ehrenzeller et al. [Hrsg.]: St. Galler Kommentar, 3.A., 2014, N 55 f. zu Art. 29 BV). Gemäss diesem Grundsatz haben die Behörden alles in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehört und entscheidwesentlich sein kann, damit der Betroffene das aus dem rechtlichen Gehör abgeleitete Akteneinsichts- und Beweisführungsrecht ausüben

- 12 - kann. Der in Art. 29 Abs. 2 BV gewährleistete Anspruch auf rechtliches Gehör dient der Sachaufklärung und garantiert den Verfahrensbeteiligten ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht. Dieses Recht umfasst den Anspruch, bei der Beweiserhebung mitzuwirken und sich vor Fällung des Entscheids zur Sache zu äussern. Die Verletzung dieser Mitwirkungsrechte führt in der Regel ungeachtet der materiellen Begründetheit der Beschwerde zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (Urteil des Bundesgerichts 1C_205/2015 vom 29. Oktober 2015 E. 4.1).

E. 7.2

Gemäss den Akten wurden fünf Angebote eingereicht. Neben der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin reichten zwei weitere Unternehmen Offerten ein, wovon ein Unternehmen zusätzlich eine Variante einreichte. In den Akten befinden sich unbestritten jedoch nur noch die Angebote der Zuschlagsempfängerin sowie der Beschwerdeführerin. Dies war bereits im Erstverfahren der Fall. Es ist der Beschwerdeführerin dahingehend Recht zu geben, dass die Vergabestelle damit der Aktenführungspflicht ungenügend nachkam und das rechtliche Gehör verletzte. Es bleibt aber zu prüfen, ob es sich rechtfertigt, aufgrund dessen die angefochtenen Entscheide aufzuheben und das Verfahren neu durchzuführen.

E. 7.3

Die Nachreichung der fehlenden Offerten durch die Unternehmer oder die Neudurchführung bzw. die Wiederholung des Vergabeverfahrens würden nichts daran ändern,

dass die Beschwerdeführerin aufgrund des Vertraulichkeitsgrundsatzes in diese Offerten keine Akteneinsicht bekäme. Schliesslich ist auch anzufügen, dass es sich bei den fehlenden Offerten um Angebote handelt, die mit Verfügung ausgeschlossen und von den betroffenen Unternehmen nicht angefochten wurden. Für den Ausgang des vor- liegenden Verfahrens ist es für die Beschwerdeführerin damit nicht ausschlaggebend, ob sich die Offerten noch in den Akten befinden. Dennoch ist festzuhalten, dass die Vergabestelle die Aktenführungspflicht und damit das rechtliche Gehör verletzte. Die hier angefochtenen Entscheide werden aber ohnehin aus den nachfolgenden Gründen auf- gehoben und das Verfahren ist neu durchzuführen.

E. 8

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vergabestelle habe ihr rechtliches Gehör verletzt, da sich diese nicht mit den vor ihr am 21. April 2021 eingereichten Unterlagen auseinan- dergesetzt habe. Die Vergabestelle habe zudem in ihrem Schreiben vom 1. April 2021, in welchem sie bei der Beschwerdeführerin um Auskünfte innert einer zehntägigen Frist ersuchte, keine Nachteile angedroht für den Fall, dass die Antwort nicht fristgemäss ein- gereicht werde.

- 13 -

E. 8.1

Die Vergabestelle hingegen verneint die Verletzung des rechtlichen Gehörs. Aus ihrem Schreiben sei unmissverständlich hervorgegangen, dass die Vergabestelle den Ausschluss der Beschwerdeführerin in Erwägung ziehe und deshalb im Sinne der Anhö- rung nach Art. 29 Abs. 2 BV einmalige und abschliessende Erkundigungen erfolgten. Es liege in der Verantwortung der Beschwerdeführerin, innerhalb der gesetzten Frist kon- krete Antworten zu den gestellten Fragen zu geben oder eine Fristverlängerung zu be- antragen. Da sie beides unterlassen habe, sei sie ihrer Mitwirkungspflicht nach Art. 18 VVRG nicht oder jedenfalls nicht rechtsgenügend nachgekommen, was die Vergabe- stelle ohne Willkür als Grund für den definitiven Ausschluss der Beschwerdeführerin habe einstufen dürfen. Dabei verweist sie auf das Urteil des Bundesgerichts 2P.161/2003 vom 29. Oktober 2003 E. 3.3.

E. 8.2

Es ist folglich zu prüfen, ob die Vergabestelle nach Ablauf der Frist zu Recht nicht mehr auf die verspätet eingegangenen Unterlagen «eintrat» bzw. sich mit diesen nicht auseinandersetzte.

E. 8.3

Nach Art. 13 VVRG droht die Behörde, die eine Frist ansetzt, gleichzeitig die Folgen der Versäumnis an. Im Versäumnisfall treten nur die angedrohten Folgen ein. Dies ver- pflichtet die Behörde, die Fristansetzung mit der Androhung von Säumnisfolgen zu ver- binden. Dadurch wird sich die Partei der Bedeutung bewusst, welche der Einhaltung der Frist zukommt. Mit den angedrohten Säumnisfolgen musste die Partei sodann rechnen (vgl. René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss/Daniela Thurnheer/Denise Brühl-Mo- ser, Öffentliches Prozessrecht, 3. A., 2014., N. 1258). Dass nur die angedrohten Folgen eintreten dürfen, bedeutet, dass andere und insbesondere für die Partei nachteiligere oder zusätzliche Säumnisfolgen als die angedrohten grundsätzlich nicht eintreten bzw. angeordnet werden dürfen. Diese Bestimmung dient dem Schutz der Partei, welche sich damit im Voraus ein Bild über die Folgen der Nichtbeachtung der Frist machen kann. Damit ist sie Ausdruck des auch im Verfahren geltenden Grundsatzes von Treu und Glauben,

wonach das Verhalten von Behörden voraussehbar und verlässlich sein soll (vgl. Urs Peter Cavelti, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. A., 2019, N. 6 und 8 zu Art. 23).

E. 8.4

Am 1. April 2021 teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin mit, dass erhebliche Zweifel an ihrer Fähigkeit zur Erfüllung des ausgeschriebenen Auftrags zu den angebotenen Konditionen und an der Seriosität des Angebots bestünden. Zudem sei das Angebot mangelhaft, weil Regiearbeiten zu den angebotenen Konditionen nicht abgerechnet werden könnten. Sie erwäge, das Angebot wegen der offensichtlich nicht gedeckten Selbstkosten und wegen Mängeln vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Deshalb würden im Sinne der Anhörung nach Art. 29 Abs. 2 BV einmalige und abschliessende schriftliche Erkundigungen erfolgen. Sie erwarte die Antworten der Beschwerdeführerin gerne innert zehn Tagen. Dieses Schreiben wurde der Beschwerdeführerin am 6. April 2021 zugestellt, sodass die zehntägige Frist am 16. April 2021 endete. Die Beschwerdeführerin nahm auf das Schreiben der Vergabestelle mit Antwort vom 8. April 2021 Bezug und stellte dabei Rückfragen, ob einerseits bereits ein Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossen worden sei und andererseits mit welchen Angeboten ihr Angebot verglichen worden sei. Auf die konkret gestellten Fragen wurde jedoch nicht eingegangen. Inwiefern die Beschwerdeführerin wissen muss, mit welchen Angeboten ihr Angebot verglichen wurde, erschliesst sich dem Gericht nicht. Es ist klar, dass es sich um die anderen eingereichten Angebote handelt. Diese Gegenfrage ist ohne Relevanz im Hinblick auf die Auskunftserteilung. Die Vergabestelle erinnerte die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 12. April 2021 erneut daran, dass sie die Auskünfte innert der festgelegten Frist erwarte. Die Beschwerdeführerin teilte der Vergabestelle am 19. April 2021 schriftlich mit, dass sie die Ausführung der Arbeiten zu den angebotenen Konditionen garantiere und dass sie alle Arbeitnehmer laut den geltenden Vorschriften entlöhen würde. Sie kündigte an, dass sie der Vergabestelle am Folgetag noch weitere Angaben zu den Preisanalysen zukommen lassen werde. Am 21. April 2021 reichte die Beschwerdeführerin bei der Vergabestelle weitere Angaben und Dokumente ein. Diese trafen bei der Vergabestelle vorab per E-Mail am 21. April 2021 um 17:30 Uhr und auf dem Postweg am 22. April 2021 ein. Die Vergabestelle selber erliess ihre Ausschluss- und auch ihre Zuschlagsverfügung am 21. April 2021. Die Vergabestelle behauptet, sie habe in ihrem Schreiben vom 1. April 2021 erkennen lassen, dass bei Nichtwahrung der Frist der Ausschluss verfügt werde. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Die Vergabestelle hat lediglich erwähnt, dass sie erwäge, die Beschwerdeführerin auszuschliessen und sie deshalb Erkundigungen einhole. Die Vergabestelle hätte gleichzeitig mit der Fristansetzung androhen sollen, dass bei Nichtwahrung der Frist aufgrund der vorhandenen Akten entschieden werde. Da sie dies nicht getan hat und für die Beschwerdeführerin so nicht explizit erkennbar war, welche Bedeutung und Folgen die Nichtwahrung der Frist beinhaltete, hat die Vergabestelle Art.

E. 8.5

Die Vergabestelle argumentierte weiter mit Verweis auf das Bundesgerichtsurteil 2P.161/2003 vom 29. Oktober 2003 E. 3.3, dass ein Ausschluss vertretbar erscheine, da sich die Beschwerdeführerin weigerte innert der Frist Auskunft zu geben.

E. 8.5.1

Im genannten Entscheid des Bundesgerichts war der Fall indessen aber nicht gleich gelagert, da dort die Anbieterin, welche aufgefordert wurde, eine detaillierte Preisanalyse sämtlicher Preise einzureichen, diese Auskünfte verweigerte. Diese antwortete nämlich, «dass [...] eine Preisanalyse nicht erstellt werden könne, weil die Unternehmungen von ihrem Recht des freien Wettbewerbs Gebrauch gemacht hätten, die Einheitspreise frei zu bestimmen [...]» Demzufolge erklärte die damalige Anbieterin, dass sie keine weiteren Angaben einreichen werde. Das Bundesgericht erwog danach, dass auch wenn der Offerent seine Preise selber frei kalkulieren dürfe, die Vergabestelle vom Anbieter verlangen könne, dass er seine Kalkulation näher begründe, um sich ein besseres Bild über die Qualität und die Plankonformität der offerierten Leistung zu machen. Da die Anbieterin eine entsprechende Erläuterung verweigert habe, durfte dies ohne Willkür als Grund zum Ausschluss vom Vergabeverfahren eingestuft werden.

E. 8.5.2

Im vorliegenden Fall erklärte die Beschwerdeführerin aber nirgends, dass sie eine weitergehende Erläuterung verweigere. Im Gegenteil, sie erklärte in ihrem Schreiben vom 19. April 2021, dass sie weitere Angaben am Folgetag einreichen werde. Dies tat sie zwar nicht am Folgetag, aber immerhin am zweiten Folgetag. Die Vergabestelle wusste damit, dass die Beschwerdeführerin weitere Auskünfte liefern würde, aber hat dennoch ohne deren Eintreffen abzuwarten eine Verfügung zum Ausschluss erlassen. Da die Vergabestelle in ihrer Fristansetzung nicht ausdrücklich auch die Säumnisfolgen androhte, verletzte sie mit der Nichtbeachtung der nachgereichten Auskünfte und dem sofortigen Verfügen des Ausschlusses Art. 13 VVRG. Ausschlaggebende Parteivorbringen wurden damit nicht mehr gewürdigt und das rechtliche Gehör verletzt. Demzufolge ist der Entscheid der Vergabestelle vom 21. April 2021 betreffend den Ausschluss aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vergabestelle zurückzuweisen.

E. 8.6

Da die Ausschlussverfügung aufgehoben wird, ist auch die Zuschlagsverfügung aufzuheben, denn wäre die Beschwerdeführerin nicht ausgeschlossen worden, hätte diese eine reelle Chance auf den Zuschlag, wie in Erwägung 1.2 bereits genannt. Wie die

- 16 - nachfolgenden Ausführungen zeigen, müsste die Zuschlagsverfügung auch aus weiteren Gründen aufgehoben werden. 9. Bevor jedoch auf die Rügen eingegangen wird, die eine Aufhebung der Zuschlagsverfügung rechtfertigen, ist zuerst noch die Rüge der Beschwerdeführerin zu prüfen, wonach nicht ersichtlich sei, wie die höchste Punktzahl ermittelt worden sei und es keine eigentliche Bewertung gegeben habe, was das Transparenzgebot verletze. 9.1 In den Ausschreibungsunterlagen ist hinsichtlich der Zuschlagskriterien festgehalten, wie diese gewichtet und die Punkte verteilt werden. So heisst es beim Preis, der mit 60 % gewichtet wird, dass das preisgünstigste Angebot die Note 5 erhält und Angebote, die mehr als 50 % höher liegen als das preisgünstigste Angebot, die Note 1 erhalten. Dazwischen wird linear interpoliert, das heisst, es kommt die Methode der linearen Interpolation zur Anwendung. Die Kriterien «Referenzen der letzten 5 Jahre», «Qualität der Offerte», «Arbeitsplätze in der Region» und «Qualitätssicherung in der Firma» werden je mit 10 % gewichtet. Dabei beträgt die maximale Benotung/Bewertung pro Kriterium 5 Punkte. Fünf Punkte entsprechen dabei einem «ausgezeichnet erfüllt», vier Punkte einem «gut erfüllt», drei Punkte einem «zufriedenstellend erfüllt», zwei Punkte einem «ansatzweise erfüllt» und ein Punkt einem

«keine Angaben». 9.2 Aus den Ausschreibungsunterlagen ist folglich klar erkennbar, wie die Punktzahl ermittelt wird. Die Vergabestelle verletzte demnach das Transparenzgebot nicht. Die Rüge zielt somit ins Leere und ist abzuweisen. 10. Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Gültigkeitsdauer des Angebots der Zuschlagsempfängerin längst abgelaufen sei. Damit liege kein gültiges Angebot der Zuschlagsempfängerin vor. Diese habe auch nie erklärt, dass ihr Angebot noch gültig sei. Art. 35 KVÖB sehe vor, dass dies ein Grund für den Abbruch des Verfahrens sei. 10.1 Im Vergabeverfahren müssen Angebote verbindlich erklärt werden. Sie müssen es dem Auftraggeber ermöglichen, den Bieter ohne weiteres auf dem Erklärten zu behaften und den Erklärungsgehalt durch einseitige Annahmeerklärung (des Auftraggebers) zum verpflichtenden Geschäftsinhalt zu erheben. Da ein Vergabeverfahren eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt, insbesondere aufgrund der Durchführung der Eignungs- und Wirtschaftlichkeitsprüfung, muss auch die Verbindlichkeit der Angebote von gewisser Dauer sein, da es dem Auftraggeber nicht möglich ist, die Angebote sofort zu bewerten und umgehend das beste Angebot davon anzunehmen. Der Auftraggeber braucht Zeit, bis er sich entscheiden kann. Zumindest braucht er verbindliche und annehmbar bleibende Offerten. Aus diesem Grund müssen die Anbieter nicht nur ein überhaupt verbindliches

- 17 - Angebot erklären, sondern auch versprechen, dass die Verbindlichkeit während einer gewissen Frist aufrechterhalten bleibt. Diese Dauer, während der der Anbieter an sein Angebot gebunden ist, wird Bindefrist genannt. Mit Ablauf dieser Bindefrist wird der Anbieter wieder frei. Ab diesem Zeitpunkt ist es dem Auftraggeber vertragsrechtlich nicht mehr möglich, einen Vertrag durch einseitige Willenserklärung zustande kommen zu lassen. Der Bieter kann allerdings nach Ablauf der Bindefrist ein neues, vertragsrechtlich ohne weiteres gültiges Angebot erklären, doch kann dieses nur dann vergaberechtlich zulässig sein, wenn es in allen Punkten exakt dem vorherigen entspricht, denn diesfalls unterscheidet es sich materiell nicht von jenem, dessen Bindefrist verlängert wurde. Ohne verlängerte oder erneuerte Verbindlichkeit ist eine Zuschlagserteilung an den ungebundenen Bieter nicht zulässig (vgl. Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, N. 1880 ff.). Die Bindung der Bieter an deren Offerten hoheitlich oder sonstwie einseitig über die erklärte Frist hinaus zu erstrecken, steht nicht in der Macht der Vergabestelle. Die Verlängerung der Bindung kann sich wie die Verbindlichkeit und deren ursprüngliche Dauer selber nur aus einer entsprechenden Willenserklärung des Bieters ergeben. Strikte vorausgesetzt wird jedoch, dass die neue Offerte - abgesehen vom Endtermin der Bindung - inhaltlich vollumfänglich der alten entspricht, d.h. keine unerlaubte Angebotsänderung darstellt. Der Bieter darf also keine zusätzlichen Bedingungen aufstellen und muss alles bereits Erklärte, insbesondere die Preise, unberührt stehen lassen. Nur unter diesen Voraussetzungen bleibt das Angebot materiell dasselbe und die Erklärung einer verlängerten Bindefrist kann sich nicht ungleichbehandelnd auswirken (Martin Beyeler, a.a.O., und N. 1902 ff., vgl. Urteil des Kantonsgerichts A1 12 103 vom 23. Oktober 2012 E. 4.3.1). 10.2 Gemäss der Ziffer 1.2 der besonderen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen ist das eingereichte Angebot für den Unternehmer sechs Monate verbindlich. Die Offerte der Zuschlagsempfängerin datiert vom 31. August 2015. Die Zuschlagsverfugung erging knapp sechs Jahre später, sprich am 21. April 2021. Dass die Zuschlagsempfängerin eine Bindungsverlängerung aussprach, ist weder aus den Akten ersichtlich, noch wurde dies von der Vergabestelle oder der Zuschlagsempfängerin vorgebracht. Demzufolge lag kein gültiges Angebot mehr vor und die Zuschlagserteilung an die Zuschlagsempfängerin war nicht zulässig. Auch aus diesem Grund muss die

Zuschlags- verfügung aufgehoben werden und das Verfahren neu durchgeführt werden. 11. Die Beschwerdeführerin moniert weiter, dass die Offertöffnung mangelhaft gewesen sei. Zum einen sei sie nicht zur Offertöffnung eingeladen worden und seien gemäss Of-

- 18 - fertöffnungsprotokoll nicht zwei Vertreter der Auftraggeberin bei der Offertöffnung anwe- send gewesen. Andererseits sei auch das Offertöffnungsprotokoll mangelhaft, da nur vier Angebote aufgeführt, aber fünf Angebot eingereicht worden seien. Damit werde Art.

E. 13

VVRG verletzt. Auch wenn die Eingaben verspätet erfolgten, wäre die Vergabestelle auch aufgrund von Art. 23 Abs. 2 VVRG gehalten gewesen, die Eingaben zu berücksich- tigen. Denn gemäss Art. 23 Abs. 2 VVRG hat die Behörde auch verspätete Parteivor-

- 15 - bringen zu würdigen, die ausschlaggebend sind. Die eingereichten Angaben sowie Do- kumente, insbesondere die Preisanalysen, sind klarerweise für die Beurteilung des An- gebots ausschlaggebend und hätten berücksichtigt und gewürdigt werden müssen.

E. 13.1

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 auftre- ten, werden in der Regel keine Kosten auferlegt (Art. 89 Abs. 4 VVRG). Vorliegend be- stehen keine Gründe, von dieser Regel abzuweichen, weshalb keine Gerichtskosten er- hoben werden. Die Zuschlagsempfängerin hat sich am Verfahren nicht beteiligt, weshalb auch ihr keine Gerichtskosten auferlegt werden können.

E. 13.2

Die Beschwerdeinstanz gewährt der ganz oder teilweise obsiegenden Partei auf Begehren die Rückerstattung der notwendigen Kosten, die ihr entstanden sind (Art. 91 Abs. 1 VVRG). Die Entschädigung wird im Dispositiv beziffert und der Staats- oder Ge- meindekasse auferlegt, soweit sie aus Billigkeitsgründen nicht der unterliegenden Partei - 21 - auferlegt werden kann (Art. 91 Abs. 2 VVRG). Sie ist global festzusetzen und umfasst die Entschädigung an die berechtigte Partei sowie ihre Anwaltskosten (Art. 4 des Geset- zes betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigungen vor Gerichts- oder Verwal- tungsbehörden vom 11. Februar 2009 [GTar; SGS/VS 173.8]), die in Anwendung der Art.27 ff. GTar festzusetzen sind und im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren zwi- schen Fr. 1 100.-- und Fr. 11 000.-- betragen (Art. 39 GTar). Aufgrund des Umfangs, des geschätzten Aufwands, der Bedeutung und der Schwierigkeit des Falles wird der anwalt- lich vertretenen Beschwerdeführerin für die Verfahren vor dem Kantonsgericht eine Par- teientschädigung in der Höhe von Fr. 2 000.-- zugesprochen (Auslagen und Mehrwert- steuer inklusive), die von der Vergabestelle zu tragen ist.

Demnach erkennt das Kantonsgericht:

1. Die Verfahren A1 21 88 und A1 21 134 werden vereinigt.
2. Die Beschwerden werden gutgeheissen, die Ausschlussverfügung sowie die Zu- schlagsverfügung vom 21. April 2021 werden aufgehoben und das Verfahren ist neu durchzuführen.
3. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
4. Der Beschwerdeführerin zu Lasten der Vergabestelle eine

Parteientschädigung von Fr. 2 000.-- zugesprochen. 5. Das Urteil wird der Beschwerdeführerin, der Vergabestelle und der Beschwerdeführerin schriftlich mitgeteilt.

Sitten, 23. September 2021

E. 18

Abs. 2 kVöB. Gemäss der kVöB haben die Anbieter das Recht beim offenen Verfahren, dem selektiven Verfahren und dem Einladungsverfahren der Öffnung beizuwohnen. Die Vergabestelle ist nicht befugt, sich über diese Bestimmung hinwegzusetzen. Da die Zuschlagsverfügung bereits aus den vorgenannten Gründen aufgehoben werden muss, kann es offenbleiben, ob die Beschwerdeführerin diese Rüge nicht bereits mit der Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen hätte vorbringen müssen. 12. Zum Verfahren der Vergabestelle ist noch Folgendes anzufügen: Gemäss der Ausschreibung wurde der Auftrag im selektiven Verfahren ausgeschrieben. Schlusstermin für die Einreichung der Teilnahmeanträge war der 5. August 2015. Gemäss Amtsblatt-Ausschreibung erfolgte am 6. August 2015 (gemäss Simap-Ausschreibung am 5. August 2015) eine obligatorische Begehung. Anlässlich dieser erhielten die Teilnehmer die Ausschreibungsunterlagen. In den Ausschreibungsunterlagen wurde als Verfahrensart das freihändige Verfahren genannt. Der Eingabetermin für die Offerten wurde auf den

- 20 - 31. August 2015 datiert. Mit Verfügung vom 28. April 2020 wurden die Beschwerdeführerinnen erstmals vom Verfahren ausgeschlossen. Gleichentags wurde der Zuschlag mit Verfügung an die Zuschlagsempfängerin erteilt. Aufgrund des Bundesgerichtsurteils 2D_46/2020 vom 8. März 2021 wurde die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vergabestelle zurückgewiesen. Diese schloss die Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 21. April 2021 erneut aus und verfügte den Zuschlag gleichentags. Das Kantonsgericht macht erneut auf Folgendes aufmerksam: Die Vergabestelle ist grundsätzlich an die von Gesetz und Verordnung vorgesehenen Verfahrensarten gebunden. Es steht nicht in ihrem Belieben, Elemente verschiedener Verfahren miteinander zu vermischen oder neue, in den Bestimmungen nicht vorgesehene Verfahren einzuführen. Solange allerdings die Anforderungen einer gesetzlichen Verfahrensart erfüllt werden, spricht nichts dagegen, zusätzliche Massnahmen zu treffen, welche die Zielsetzungen des Vergabeverfahrens unterstützen. Wesentlich ist jedoch, dass in allen Fällen stets klar erkennbar bleibt, welche der gesetzlichen Verfahrensarten zur Anwendung gelangt (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2002.00044 vom 9. Juli 2003 E. 2b, Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 320). 13. Nach dem Gesagten werden die Verwaltungsgerichtsbeschwerden der Beschwerdeführerin gutgeheissen, die angefochtenen Entscheide aufgehoben und das Vergabeverfahren ist erneut durchzuführen. Dieser Ausgang des Verfahrens bestimmt nach Art. 89 VVRG die Kostentragung und ist nach Art. 91 VVRG für den Entscheid über die Zusage einer Parteientschädigung massgebend.

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