

VS_GERICHTE A1 22 197 vom 3. März 2023

VS Kantonsgericht, 2023-03-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1 22 197](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_22_197)

FR: VS_GERICHTE A1 22 197 du 3 mars 2023

IT: VS_GERICHTE A1 22 197 del 3 marzo 2023

Regeste

A1 22 197 URTEIL VOM 3. MÄRZ 2023 Kantonsgericht Wallis Öffentlichrechtliche Abteilung Es wirken mit: Christophe Joris, Präsident, Jean-Bernard Fournier und Thomas Brunner, Richter, in Sachen X_____ AG, A_____, Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Thomas Frey gegen SPITAL B_____, D_____, Vorinstanz, Y_____ AG, E_____, Zuschlagsempfängerin, vertreten durch VOSER Rechtsanwälte KIG, Dr. Peter Heer (Arbeitsvergabe) Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Zuschlagsverfügung vom 18. November 2022.

Erwägungen

E. 1

Ausschluss- und Zuschlagsverfügungen von Vergabestellen sind Verfügungen im Sinne von Art. 15 Abs. 1bis der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 (IVöB; SGS/VS 726.1). Der Entscheid der Vergabestelle vom 7. August 2020 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 15 kGIVöB und damit auch gemäss Art. 5 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (VVRG; SGS 172.6) dar, gegen welche innert zehn Tagen beim Kantonsgericht Beschwerde eingereicht werden kann (Art. 16 kGIVöB; Art. 15 Abs. 2 und Abs. 2bis IVöB). Bei der Vergabestelle handelt es sich um ein Listenspital mit kantonalem Leistungsauftrag. Folglich ist die Vergabestelle als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB resp. als öffentliche Anstalt gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. a kGIVöB (BGE 145 II 49 E. 4.5.6) zu qualifizieren. Sie hat das offene Verfahren nach Art. 9 kGIVöB gewählt.

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 (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

- 10 - oder Änderung hat. Als Adressatin des angefochtenen Vergabeentscheids ist die Beschwerdeführerin durch diesen berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung, so dass sie gemäss Art. 80 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 44 Abs. 1 lit. a VVRG grundsätzlich zur Beschwerdeführung legitimiert ist. Gemäss bundes- und kantonsgerichtlicher Rechtsprechung ist die in einem Vergabeverfahren abgewiesene Anbieterin zur Anfechtung des Zuschlags nur legitimiert, wenn sie bei Gutheissung ihrer

Beschwerde eine realistische Chance hat, mit ihrem Angebot zum Zuge zu kommen oder wenn sie eine neue Ausschreibung der Submission herbeiführen kann, so dass sie die Möglichkeit erhält, ein neues Angebot einzureichen (BGE 141 II 14 E. 4.3 ff.; Urteil des Kantonsgerichts A1 19 83 vom 23. August 2019 E. 1.1; ZWR 2015 S. 72). Ist ihr Angebot hingegen bereits zum Voraus chancenlos und kommt auch keine neue Ausschreibung in Frage, kann ihr die Aufhebung des angefochtenen Entscheides keinen Vorteil verschaffen - sie ist demzufolge nicht zu dessen Anfechtung legitimiert. Vorliegend ist die Beschwerdeführerin als Adressatin des Vergabeentscheides durch diesen berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung. Sie liegt an zweiter Stelle, hat aber das preisgünstigste Angebot eingereicht. Mit ihrer Beschwerde verfolgt die Beschwerdeführerin eine Besserbewertung ihres Angebots, wonach sie eine realistische Chance auf den Zuschlag hätte, falls ihre Rügen begründet sind, weshalb ihre Legitimation zu bejahen ist (Art. 80 Abs. 1 lit. a und 44 VVRG).

E. 1.2

Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist deshalb einzutreten (Art. 80 Abs. 1 lit. b und c i.V.m. Art. 46 und Art. 48 VVRG).

E. 1.3

Die Beschwerdeführerin hat den Antrag gestellt, ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Mit Verfügung vom 6. Dezember 2022 hat das Kantonsgericht angeordnet, dass alle Vollziehungsvorkehren, insbesondere der Vertragsabschluss betreffend die Arbeitsvergabe, zu unterlassen sei. Mit dem vorliegenden materiellen Entscheid wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

E. 2

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 20 140 vom 16. Dezember 2020 E. 2). Zudem steht den Vergabebehörden bereits bei der Festlegung der für den Zuschlag massgeblichen Kriterien, dann aber auch bei deren Gewichtung und Bewertung,

- 11 - ein erheblicher Ermessensspielraum zu (BGE 143 I 377 E. 1.2, Urteil des Bundesgerichts 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 1.4; Urteil des Kantonsgerichts A1 16 87 vom 19. August 2016 E. 2). 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; Urteile des Bundesgerichts 2C_1021/2016, 2D_39/2016 vom 18. Juli 2017 E. 8.2 und 2P.85/2001 vom

E. 2.1

Sowohl die Zuschlagsempfängerin als auch die Vergabestelle monieren, dass die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde nicht genügend begründet habe. Obwohl, wie nachfolgend aufgezeigt wird, die Rechtschriften der Beschwerdeführerin einerseits zu weiten Teilen effektiv appellatorischen Charakters sind, so bringt diese andererseits doch vor, inwiefern die angefochtene Verfügung ihr rechtliches Gehör verletzen soll. Darüber

hinaus ist in ausreichendem Masse erkennbar, inwiefern sie der Vergabestelle Ermessensmissbrauch vorwirft. Mit anderen Worten legt die Beschwerdeführerin in insgesamt rechtsgenügender Weise im Sinne von Art. 16 Abs. 2 kGIVöB dar, weshalb sie den angefochtenen Entscheid nicht akzeptiert. Dass sie sich im Rahmen ihrer Beschwerde mit der Argumentation der Vergabestelle nicht im gewöhnlichen Masse auseinanderzusetzen vermag, erscheint als Konsequenz der herabgestuften Begründungspflicht der Vergabestelle und liegt gewissermassen in der Natur der Sache. Würde die Zuschlagsempfängerin unter diesen Vorzeichen nicht zur Beschwerde zugelassen, würde ihr Anspruch auf richterliche Überprüfung des Vergabeentscheids (vgl. Art. 29a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]) verletzt. 3. Die Beschwerdeführerin beantragt nebst ihren eingereichten Urkunden die Edition der vollständigen Referenzen der Zuschlagsempfängerin sowie deren Ausführungen zur

- 12 - «Technischen Qualität» einschliesslich deren Benotung sowie Begründung durch die Vergabestelle. 3.1 Das Kantonsgericht hat die von der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin eingereichten Unterlagen zu den Akten genommen. Die Vergabestelle reichte am 23. Dezember 2022 die amtlichen Akten ein. 3.2 Das urteilende Gericht kann im Sinne einer vorweggenommenen (antizipierten) Beweiswürdigung von weiteren Beweisabnahmen absehen, wenn aufgrund der bereits abgenommenen Beweise der rechtlich erhebliche Sachverhalt für genügend geklärt erachtet wird und ohne Willkür vorweg die Annahme getroffen werden kann, die rechtliche Überzeugung würde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (vgl. Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. A., 2013, N.153, Urteil des Kantonsgerichts A1 19 147 vom 20. März 2020, E. 3.1, BGE 144 V 361 E. 6.5). Auf die Abnahme der weiteren von der Beschwerdeführerin beantragten Beweismittel, namentlich deren Editionsbegehren, kann vorliegend verzichtet werden, da die vorhandenen Akten bzw. die entscheiderelevanten Belege und Sachverhaltselemente zur Beurteilung der Sach- und Rechtslage genügen, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen. Im Übrigen könnte den von der Beschwerdeführerin angeforderten Editionen auch aus submissionsrechtlichen Gründen nicht entsprochen werden (vgl. Art. 11 lit. g IVöB). Namentlich hat das in anderen Bereichen geltende übliche allgemeine Akteneinsichtsrecht bei Submissionsverfahren gegenüber dem Interesse der Anbieter an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie dem in den Offerten zum Ausdruck kommenden unternehmerischen Fachwissen grundsätzlich zurückzutreten (Urteil des Bundesgerichts 2P.173/2003 vom 9. Dezember 2003 E. 2.5). Die von den Anbietern eingereichten Offerten geniessen folglich den Schutz als Geschäftsgeheimnisse und sind unter Verschluss zu halten. 4. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vergabestelle habe ihren Anspruch auf eine sachgerechte Begründung und damit ihr rechtliches Gehör verletzt, indem sie ihren Vergabeentscheid nicht ausreichend begründet habe. Die Anfertigung einer tabellarischen Multikriterienanalyse genüge ihrer Begründungspflicht nicht. Ihre Tabelle sage nichts darüber aus, wie die Benotung tatsächlich zustande gekommen sei. Die Vergabestelle stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, wonach besagte Tabelle die Begründung beinhalte, aus welcher ersichtlich sei, wie die verschiedenen Anbieterinnen die Zuschlagskriterien erfüllt hätten. Es wäre falsch, jetzt im Beschwerdeverfahren eine Begründung in Worten nachzuformulieren, nachdem sich die Begründung aus der Bewertungstabelle ergebe.

- 13 - 4.1 Die Begründungspflicht der Behörde als Bestandteil des rechtlichen Gehörs ist im Beschaffungswesen durch das positive Recht einschränkender als sonst im allgemeinen Verwaltungsrecht geregelt. Diese Einschränkung hält aber vor den minimalen Garantien, die die Bundesverfassung gewährleistet, stand (Urteil des Bundesgerichts vom 29. November 2006 E. 3.1, 2P.173/2003 vom 9. Dezember 2003 E. 2.5). Dies gilt insbesondere für den Umfang der Begründung. So verlangt die IVöB, dass die Kantone in ihren Ausführungsbestimmungen die Mitteilung und die kurze Begründung des Zuschlags regeln (Art. 13 lit. h IVöB). Nach Art. 34 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Juni 2003 (VöB; SGS/VS 726.100) 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 VöB). 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. 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 Vergabestelle soll der nicht berücksichtigte Bewerber nachvollziehen können, weshalb er den Zuschlag nicht erhalten hat (Urteile des Kantonsgerichts A1 17 105 vom 20. Dezember 2017 E. 6.1 und A1 13 287 vom 15. November 2013 E. 4.2). Gemäss Rechtsprechung des Kantonsgerichts genügt grundsätzlich die Zustellung der Gesamtübersicht aller Bewertungen mit allen einzelnen Kriterien, um der Begründungspflicht hinreichend Rechnung zu tragen (Urteil des Kantonsgerichts A1 13 351 vom 14. März 2014 E. 4.1). 4.2 Vorliegend wurde der Beschwerdeführerin die Zuschlagsverfügung mit dem Namen der Zuschlagsempfängerin und dem Zuschlagsbetrag am 18. November 2022 zugestellt. Der Verfügung beigelegt war ausserdem die Bewertungstabelle, aus welcher sich die unterschiedliche Benotung und Gewichtung der Zuschlagskriterien in Bezug auf die Erst- und Zweitplatzierte entnehmen lässt. Damit ist auch ersichtlich, inwiefern das Angebot der Beschwerdeführerin im Einzelnen gegenüber demjenigen der Zuschlagsempfängerin (schlechter) abschneidet. Sofern die Beschwerdeführerin eine ausführlichere Begründung gewünscht hätte, wäre es ihr überdies offen gestanden, ein entsprechendes Gesuch bei der Vergabestelle einzureichen.

- 14 - 4.3 Nach dem Gesagten gelangt das Kantonsgericht zum Schluss, dass die Vergabestelle ihre Begründungspflicht bzw. den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör nicht verletzt hat. Vielmehr genügt sie durch ihr Vorgehen der gesetzlichen Pflicht, die wesentlichen Gründe für ihren Vergabeentscheid anzugeben. 5. Die Beschwerdeführerin zweifelt an der Unparteilichkeit der Vergabestelle und verlangt eine entsprechende Abklärung. Ihr Verdacht gründet dabei auf der Auffassung, wonach das von der Vergabestelle in ihrem Leistungsbeschreibung verwendete «Bild-Print 2 Bett MVE» der Skizze entspreche, wie sie im Prospekt der Zuschlagsempfängerin «TLV Health Care» abgebildet sei. Zudem falle auf, dass der Anhang 2.5 der Ausschreibungsunterlagen in einer Form vorgelegt werde, welche von der sonst üblichen Darstellung in den Ausschreibungsunterlagen gänzlich abweiche, indessen besagtem Prospekt nahekomme, wenn nicht gar entspreche. 5.1 Wenngleich der Anspruch auf Beurteilung durch eine gesetzlich geschaffene, zuständige, unabhängige und unparteiische Behörde explizit nur für Gerichtsverhandlungen gewährleistet wird (vgl. Art. 30 Abs. 1 BV), leitet das

Bundesgericht aus dem in Art. 29 Abs. 1 BV verankerten Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung einen weitgehend analogen Anspruch für alle staatlichen Rechtsanwendungsverfahren ab (vgl. BGE 140 I 326 E. 6.2). Demzufolge haben auch die Parteien im Rahmen eines erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens Anspruch auf Beurteilung durch die zuständige und rechtmässig zusammengesetzte Behörde, welche die Streitsache unparteiisch und unvoreingenommen zu beurteilen hat (vgl. auch BGE 127 I 196 E. 2b). An die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Verwaltungsbehörden ist jedoch ein we- niger strenger Massstab anzulegen, als an mit richterlichen Aufgaben betraute Ad- ministrativbehörden oder gar Gerichte (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1P.289/2001 vom 4. Dezember 2001 E. 2d). Der Anspruch auf Unparteilichkeit wird verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befan- genheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Dies gilt gleichermassen im Vergabeverfahren, wobei sich die Pflicht zur Unparteilichkeit aus den interkantonal sowie kantonal einschlägigen vergaberechtlichen (Einfüh- rungs-)Erlässen ergibt. Demnach hält Art. 1 Abs. 3 lit. b IVöB als Zielvorschrift fest, dass sowohl die Gleichbehandlung aller Anbieter als auch eine unparteiische Vergabe zu gewährleisten ist. Die Pflicht zur Beachtung der Ausstandsregeln wird zudem als allgemeiner Verfahrensgrundsatz in Art. 11 Abs. 1 lit. d IVöB verankert. Mithin hat die Bewertung der Angebote durch eine unabhängige Person zu erfolgen, wobei die Verletzung von Ausstandsvorschriften grundsätzlich zur Aufhebung des

- 15 - Zuschlags und zur Durchführung eines neuen Verfahrens führt (Hans Rudolf Trüb, Beschaffungsrecht, in: Giovanni Biaggini/ Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, N. 25.105). 5.2 Vorab muss man sich hinsichtlich des diesbezüglichen Vorbringens der Beschwer- deführerin fragen, ob vorliegend überhaupt von einer genügend substantiierten Rüge ausgegangen werden kann. Dies zumal die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde lediglich vorbringt, dass sich die Frage stelle, ob es in casu nicht zu unzulässigen Ab- sprachen zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin gekommen sei. Ein ernsthafter Verdacht scheint der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht wirklich inhä- rent zu sein. Ob der Vorwurf der Beschwerdeführerin bereits unter diesem Aspekt den Anforderungen an einen rechtlich relevanten Vorhalt zu genügen vermag, scheint somit bereits zum Vornherein fraglich, kann jedoch aus folgenden Gründen offenbleiben: Das von der Beschwerdeführerin erwähnte und von der Vergabestelle in ihrem Leis- tungsbeschrieb verwendete «Bild – Prinzip 2 Bett MVE» zeigt die Frontansicht einer me- dizinischen Wandversorgungseinheit. Dabei sind verschiedene Anschlüsse von teil- weise unterschiedlicher Grösse und Form erkennbar. Gleiches gilt für die Skizze, wie sie auf dem Prospekt von «TLV Health Care» verwendet wird. Dementsprechend ist auch auf der von «TLV Health Care» in ihren Prospekt integrierten Darstellung eine medizini- sche Wandversorgungseinheit abgebildet. Letztere stimmt allerdings weder in ihren Di- mensionen noch in der Anzahl der Anschlüsse mit derjenigen der Vergabestelle überein. Zudem werden in den jeweiligen Abbildungen ganz andere Formen von Anschlüssen von «TLV Health Care» visualisiert. Von einer Ähnlichkeit der beiden Musterbilder kann nicht die Rede sein. Zu demselben Resultat gelangt man bei einer Gegenüberstellung des Anhangs 2.5 der Ausschreibungsunterlagen mit dem Prospekt der Zuschlagsemp- fängerin. Inwiefern die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang eine Ähnlichkeit oder gar Identität zwischen den erwähnten Dokumenten erkennen will, ist unklar. Die Unterlagen weichen vielmehr in verschiedenster Hinsicht voneinander ab. 5.3 Die Einwände der Beschwerdeführerin sind nach dem Gesagten als

unbegründet zurückzuweisen. Weder kann vorliegend von einer unzulässigen Absprache die Rede sein, noch liegen sonstige Anhaltspunkte vor, welche für eine allfällige Befangenheit der Vergabestelle sprechen würden.

E. 6

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass die Angebotsbewertung insbesondere in Bezug auf die Kriterien «Referenzen Schlüsselperson» sowie «Technische Qualität» fehlerhaft sei. Soweit die Rügen hinsichtlich der Punktevergaben lediglich auf der ihres

- 16 - Erachtens vorliegenden fehlenden Begründung beruht und sie bloss pauschal eine Bes- serbewertung verlangt, kann die Beschwerdeführerin bereits zum Vornherein nicht ge- hört werden. Dies gilt insbesondere für einen Grossteil ihrer Ausführungen im Rahmen ihrer Beschwerdeschrift, wobei sie in diesem Zusammenhang wiederholt in unspezifi- scher Art und Weise vorbringt, dass sie eine höhere Benotung verdient habe bzw. man- gels genügender Begründung nicht nachvollziehbar sei, weshalb sie statt der Note 3 bei den Kriterien «Referenzen Schlüsselperson» sowie «Technische Qualität» nicht die Note 4 oder gar 5 erhalten habe. Insofern ist der Vergabestelle beizupflichten, wenn sie vorbringt, dass die Beschwerdeführerin lediglich sich selbst besser bewertet hätte, was nicht als Vorwurf einer Rechtsverletzung zu qualifizieren sei. Im Rahmen ihrer Replik bringt die Beschwerdeführerin alsdann jedoch vor, dass von einer sachgerechten Er- messensausübung keine Rede sein könne. Vielmehr sei aus verschiedenen Gründen von einem Ermessensmissbrauch auszugehen. Ob ein solcher in casu vorliegt, ist nach- folgend, unter Berücksichtigung der gebotenen richterlichen Zurückhaltung, zu prüfen.

E. 6.1

Gemäss Art. 31 VöB erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Es wird ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, namentlich Qualität, Termine, Wirtschaftlichkeit, Fähigkeit, Erfahrung, Referenzen, Bildung, Betriebskosten, Kundendienst, Ökologie, Zweckmässigkeit der Leistung, technischer Wert, Ästhetik, Kre- ativität und Infrastruktur (Art. 31 Abs. 1 VöB). Die Aufzählung ist nicht abschliessend, wie der Begriff «namentlich» zum Ausdruck bringt. Dem Auftraggeber wird dadurch ein weiter Ermessensspielraum gewährt. Die Gewichtung der einzelnen Kriterien ist einer Rechtskontrolle nur beschränkt zugänglich. Wie beispielsweise die Ästhetik eines Bau- werkes oder die Erfahrung einer Unternehmung gewichtet und in Relation zu einer be- stimmten Preisdifferenz gesetzt wird, ist weitgehend eine Ermessensfrage, in die der Richter nicht eingreifen darf und soll. Er kann lediglich einschreiten, wenn einzelne Kri- terien in unzulässiger Weise ausser Acht gelassen bzw. fehlerhaft angewendet wurden oder der Entscheid nicht auf einer objektiven und sachlich nachvollziehbaren Grundlage steht (statt vieler ZBI 2000 S. 271 mit Verweisen).

E. 6.2

Das Zuschlagskriterium 2 («Referenzen Schlüsselperson») wurde mit 20 % gewich- tet. Referenzen über bisherige Leistungen eines Anbieters sind ein geeignetes und rechtmässiges Mittel, um die Qualität einer künftig zu erbringenden Leistung einzuschät- zen und sie werden oftmals für diesen Zweck herangezogen (Peter Galli/André Mo- ser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, a.a.O., N. 368; BR 2005, S. 75 [17]; Martin Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2008, N. 173). Dabei wird

- 17 - die Schlussfolgerung gezogen, die durch die Realisierung der Referenzobjekte erworbene Erfahrung wirke sich bei der Ausführung des zu vergebenden Auftrags aus und die bisherige Qualität der gelieferten Produkte des Anbieters bleibe in Zukunft gleich. Diese Schlussfolgerung ist zwar hypothetisch, basiert aber auf der allgemeinen Lebenserfahrung. Referenzen können mittels einer Liste von Objekten, die der Bewerber bereits realisiert hat oder über Erklärungen bisheriger Besteller über die Zufriedenheit mit den erbrachten Leistungen beschafft werden (Urteil des Kantonsgerichts A1 07 183 vom 18. Januar 2008 E. 5.1).

E. 6.3

Vorliegend wurde das Zuschlagskriterium «Referenzen Schlüsselperson» in den Ausschreibungsunterlagen unter dem Abschnitt «Nachweis Zuschlagskriterium» genauer umschrieben. Damit soll der (potentielle) Anbieter genauer Auskunft darüber erhalten, wie er dem Kriterium bestmöglich entsprechen kann. Eine solche Umschreibung findet sich indessen auch bei den übrigen Kriterien. Das Zuschlagskriterium «Referenzen Schlüsselperson» hält konkretisierend Folgendes fest: «Referenzen der Schlüsselperson über die Ausführung von zwei mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren Projekten (insbesondere bezüglich Anlagengrösse ≥ 100 Betten) in den letzten 5 Jahren. Es können auch Referenzobjekte angegeben werden, welche durch die Schlüsselperson bei einem früheren Arbeitgeber massgebend bearbeitet wurden oder aber bereits in den Referenzen der Unternehmung angeführt sind.»

E. 6.4

Die Beschwerdeführerin reichte mit dem Kantonsspital F_____ und dem Kantonsspital A_____ zwei Referenzobjekte ein. Beim Vorhaben des Kantonsspitals F_____ handle es sich um ein Spital mit über 100 Betten. Die diesbezüglichen Arbeiten seien teilweise bereits fertiggestellt und in Betrieb, teilweise in Fertigstellung, wobei die Arbeiten noch bis ins 2026 andauern würden. Beim Kantonsspital A_____ handle es sich ebenfalls um ein Spital mit über 100 Betten. Die Beschwerdeführerin wies die Vergabestelle schliesslich auf weitere von ihr realisierte Grossprojekte hin. Die Zuschlagempfängerin reichte drei Referenzobjekte ein. Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass sie beim Zuschlagskriterium «Referenzen Schlüsselperson» mindestens mit der Note 4 hätte bewertet werden müssen. Aufgrund ihrer hervorragenden Referenzen sei nicht nachvollziehbar, weshalb sie lediglich die Note 3 und nicht mindestens die Note 4 erhalten habe. Dies umso mehr, als dass sie fraglos ein Minimum an Vorteilen gegenüber den anderen Kandidaten aufweise. Im Übrigen könne eine Beurteilung der Referenzen gar nicht vorgenommen werden, wenn mit den bekannt gegebenen Referenzpersonen keine Rücksprache genommen werde. Die von der Beschwerdeführerin bezeichnete Schlüsselperson verfüge jedenfalls über ein

- 18 - einschlägiges «Know-How», das wohl kaum übertroffen werden könne. Diese persönlichen Voraussetzungen sowie der von ihr erbrachte Zertifizierungsnachweis hätten allerdings in der Benotung offenkundig keine Berücksichtigung gefunden.

E. 6.5

Stellt man die Referenzen der Beschwerdeführerin denjenigen der Zuschlagempfängerin gegenüber, ergeben sich hinsichtlich der Auftragssumme und des Umfangs der anvertrauten Arbeiten gewisse Diskrepanzen. Während die Zuschlagempfängerin drei Referenzobjekte angegeben hat, bezeichnete die Beschwerdeführerin deren zwei. Lediglich am Rande sei

erwähnt, dass die Einreichung von mehr als zwei Referenzobjekten dem Offerenten zwar keinen Vorteil verschafft, andererseits diesem aber auch nicht zum Nachteil gelangt. Beide Anbieter haben schliesslich jeweils ein Referenzobjekt mit gleich hoher Auftragssumme bezeichnet. Die Zuschlagsempfängerin hat darüber hinaus noch zwei weitere Projekte eingereicht, wobei eines davon hinsichtlich des Auftragspreises das zweite Angebot der Beschwerdeführerin deutlich übersteigt. Was die im Rahmen der angegebenen Referenzobjekte ausgeführten Arbeiten anbelangt, erhellt aus den Projekten der Beschwerdeführerin schliesslich nicht, wie viele Betten sie tatsächlich realisiert hat. Dies im Gegensatz zur Zuschlagsempfängerin und trotz des Umstands, dass gemäss «Nachweis Zuschlagskriterium» eine Bettenanzahl von ≥ 100 gefordert wurde. Mithin ist unklar, ob die ausgeführten Arbeiten im Rahmen der Referenzprojekte den verlangten Leistungsumfang tatsächlich erreicht haben und damit überhaupt von vergleichbaren Projekten ausgegangen werden kann. Diese Umstände genügen bereits für eine unterschiedliche Behandlung der Anbieter hinsichtlich des massgeblichen Kriteriums. Mit anderen Worten hat die Vergabestelle mit der Vergabe von 5 Punkten an die Zuschlagsempfängerin resp. 3 Punkten an die Beschwerdeführerin betreffend das Kriterium «Referenzen Schlüsselpersonen» im Rahmen ihres Ermessens und damit rechtmässig gehandelt. Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle noch erwähnt, dass entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin eine eigentliche Verifikation der Referenzen, wie von ihr gefordert, nicht erforderlich ist. Die Überprüfung von Nachweisen liegt im pflichtgemässen Ermessen des Auftraggebers. Mithin ist dieser nicht verpflichtet, jeden Nachweis zu verifizieren oder jede Referenz zu kontaktieren. Soweit sich aus den Unterlagen weder Fragen noch Zweifel an der Korrektheit der hinterlegten Nachweise vernünftigerweise aufdrängen, muss diesen auch nicht nachgegangen werden. Vielmehr kann sich der Auftraggeber diesfalls auf die Selbstdeklarationen der Anbieter verlassen. Vorliegend sind keine Anzeichen ersichtlich, aufgrund welcher die Vergabestelle an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Offertunterlagen hätte zweifeln müssen. Vielmehr durfte und

- 19 - musste die Vergabestelle auf die entsprechenden Referenzen vertrauen. Der diesbezügliche Einwand der Beschwerdeführerin erweist sich daher als unbegründet.

E. 6.6

Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich eine zu tiefe Benotung resp. einen Ermessensmissbrauch unter dem Zuschlagskriterium «Technische Qualität».

E. 6.7

Das Zuschlagskriterium «Technische Qualität (Einhalten der funktionalen Anforderungen)» wurde mit 30 % gewichtet. Dass es sich bei der technischen Qualität um ein durchaus geeignetes, in der Praxis häufig anzutreffendes und ohne Weiteres zulässiges Zuschlagskriterium handelt, versteht sich von selbst und bedarf keiner weiteren Erklärung. Unter dem Abschnitt «Nachweis Zuschlagskriterium» wird das Kriterium wie folgt näher umschrieben: «Bewertung der Einhaltung der funktionalen Anforderungen gemäss Leistungsverzeichnis. Abweichungen sind hinsichtlich Gleichwertigkeit nachvollziehbar zu beschreiben. Das offerierte System ist detailliert zu dokumentieren.»

Die Vergabestelle verweist in ihrer Umschreibung auf das Leistungsverzeichnis in den Ausschreibungsunterlagen. Dies mit der Konsequenz, dass der Leistungsbeschrieb nicht bloss für sich genommen von Bedeutung ist, sondern die darin enthaltenen Anforderungen auch als Zuschlagskriterium zu gewichten sind. Mit anderen Worten sind die von der

Vergabestelle in ihrem «Leistungsverzeichnis – Medizinische Wandversorgungseinheiten» aufgeführten technischen Spezifikationen als Minimalanforderungen an die offerierte Leistung zu betrachten, wobei eine «Übererfüllung» dieser Kriterien im Rahmen der Angebotsbewertung berücksichtigt wird. Diese (erneute) Berücksichtigung im Sinne einer Mehreignung als Zuschlagskriterium wird in der Praxis als zulässig erachtet (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5452/2015 vom 19. Juni 2018 E. 5.3.2.2).

E. 6.8

Die Beschwerdeführerin vertritt den Standpunkt, dass ihre angebotene Leistung sowohl den funktionalen Anforderungen gemäss Leistungsverzeichnis entspreche und ihr offeriertes System detailliert dokumentiert sei. In den Ausschreibungsunterlagen sei nicht mehr (aber auch nicht weniger) verlangt. Mehr als bestätigen sei einerseits gar nicht möglich, weil die medizinischen Wandversorgungseinheiten noch erst hergestellt werden müssten, andererseits sei dies auch gar nicht notwendig. Hätte man Anderes verlangen wollen, hätte die Vergabestelle Muster einholen und diese vergleichen müssen. Dies habe sie jedoch nicht getan. Die Beschwerdeführerin habe derweil die Einhaltung aller Kriterien unterschriftlich bestätigt, womit sie in der technischen Qualität fraglos nicht nur mit der Note 3 «abzufertigen» sei. Vielmehr müsse ihr das Punktemaximum

- 20 - zugestanden werden. Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin (wiederholt) vor, dass sie nach ISO 11197 zertifiziert sei und eine Zertifizierung nach ISO 13485 für die Benotung der technischen Qualität des Herstellers der medizinischen Wandversorgungseinheiten gar nicht relevant sein konnte. Nichtsdestotrotz könne sie mindestens bezüglich der Medizinalgasanschlüsse auch das Zertifikat nach ISO 13485 vorlegen. Dagegen sei unklar, ob die Produkte der Zuschlagsempfängerin überhaupt nach ISO 11197 sowie ISO 13485 zertifiziert seien. Auch unter diesem Aspekt zeige sich, dass die unterschiedliche Bewertung der technischen Qualität zwischen der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin nicht nachvollziehbar sei. Die Zuschlagsempfängerin bringt demgegenüber vor, dass sich das Angebot der Beschwerdeführerin nicht von demjenigen der übrigen Anbieter abhebe. Stattdessen seien ihre Ausführungen bereits zum Vornherein nicht geeignet, eine bessere Benotung zu begründen. Die Beschwerdeführerin sei in der Elektrobranche tätig. Sie habe offensichtlich wenig Kenntnisse im medizinischen Bereich und verfüge nicht einmal über die geringste Zertifizierung. Die technische Qualität eines Produkts bemesse sich insbesondere nach dem QMS-Zertifikat ISO 13485, über welches die Beschwerdeführerin nicht verfüge. Dies führe wiederum dazu, dass der Beschwerdeführerin ein Eignungskriterium fehle und sie daher vom Vergabeverfahren notwendigerweise hätte ausgeschlossen werden müssen. Die Vergabestelle führt derweil aus, dass hinsichtlich des Kriteriums der «Technischen Qualität» im Quervergleich mit den übrigen Angeboten schnell einmal klar werde, dass vier der Mitbewerberinnen besser und deutlich besser als die Beschwerdeführerin seien und eine Mitbewerberin in ihrer Offerte schlechter erscheint als die Beschwerdeführerin. Letztere gehe in ihrer spezifischen Vermutung fehl, wonach sie bei der technischen Qualität vor allem deshalb nur die Note 3 erreicht habe, weil sie selber das Zertifikat ISO 13485 nicht vorgelegt habe. Demgegenüber müsse sie aber auch anerkennen, dass bei der Gegenüberstellung von Angeboten und bei deren Bewertung selbstverständlich ein Angebot besser bewertet werden solle, das einen höheren oder besseren Grad an Zertifizierungen vorlegen könne, als das die Beschwerdeführerin gemacht habe. Es handle sich dabei allerdings nur um ein Element der Angebotsbewertung, ein Element aber, das eine

Besserbewertung ausschliessen würde.

E. 6.9

Vorab ist festzuhalten, dass entgegen der Ansicht der Zuschlagsempfängerin die Zertifizierung mit der angeführten ISO 13485 vorliegend nicht als Eignungskriterium, sondern als technische Spezifikation zu qualifizieren ist. Technische Spezifikationen sind allerdings (wie Eignungskriterien) in der Regel ebenfalls absoluter Natur, wobei deren

- 21 - Nichterfüllung grundsätzlich zum Ausschluss des entsprechenden Anbieters führt (Hans Rudolf Trüeb, Beschaffungsrecht, in: Giovanni Biaggini/ Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, N. 25.89). Demgegenüber handelt es sich beim «Qualitätsmanagement» um ein Eignungskriterium. Dieses verlangt zwar ein «unternehmensbezogenes Qualitätsmanagementsystem». Ein solches muss jedoch nicht zwingend mittels einem entsprechenden ISO-Zertifikat nachgewiesen werden, sondern kann sich ohne Weiteres auch auf andere Umstände stützen. Ungeachtet dessen hat die Beschwerdeführerin die entsprechenden Zertifikate offensichtlich beigebracht. Dass sie selbst nach der ISO 13485 zertifiziert sein müsste, ergibt sich aus dem Leistungsverzeichnis der Vergabestelle gerade nicht. Stattdessen hat diese bestätigt, dass die ISO 13485 lediglich für den Hersteller der in die medizinischen Wandversorgungseinheiten einzubauenden medizinisch genutzten Produkte gefordert werde und nicht für den Hersteller der medizinischen Wandversorgungseinheiten als solche, welche aber nach ISO 11197 zu zertifizieren seien. Die Zuschlagsempfängerin verkennt, dass der Anbieter nicht mit dem Hersteller der Medizinalgasanschlüsse identisch sein muss. Daher genügt es, wenn die Beschwerdeführerin nachweisen kann, dass ihre Zulieferin über die entsprechende Zertifizierung ISO 13485 verfügt. Die Forderung nach einem Ausschluss der Beschwerdeführerin vermag damit nicht zu überzeugen. Dasselbe gilt im Übrigen für den von der Beschwerdeführerin geforderten Ausschluss der Zuschlagsempfängerin. Namentlich ist nicht ersichtlich, inwiefern das offerierte System der Zuschlagsempfängerin als technisch mangelhaft betrachtet werden müsste. Die diesbezüglich aufgestellten Behauptungen der Beschwerdeführerin vermögen jedenfalls nicht zu überzeugen resp. gelingt es der Zuschlagsempfängerin demgegenüber die technische Konformität ihres Produkts glaubhaft darzulegen. Was die Bewertung des Kriteriums der technischen Qualität anbelangt, ist festzuhalten, dass nicht ersichtlich ist, inwiefern die Beschwerdeführerin in Bezug auf die von ihr offerierte Leistung von der Vergabestelle «abgefertigt» worden sein soll. Die an sie verbundene Note 3 entspricht einem genügenden Angebot gemäss der von der Vergabestelle verwendeten Notenskala. Gemäss dieser tabellarischen Einteilung erhält die Note 3, wer die Informationen oder Dokumente für das festgelegte Kriterium geliefert hat, deren Inhalt zwar die Mindestanforderungen erfüllt, jedoch keine Vorteile gegenüber den anderen Kandidaten aufweist. Die Note 4 erhält dagegen derjenige Kandidat, der Informationen oder Dokumente für das festgelegte Kriterium geliefert hat, deren Inhalt die Mindestanforderungen erfüllt und ein Minimum an Vorteilen gegenüber den anderen Kandidaten aufweist, ohne dabei in Bezug auf Qualität oder Qualifikation zu übertreiben. Note 5 ist schliesslich vorgesehen für den Kandidaten, der Informationen oder Dokumente für das

- 22 - festgelegte Kriterium geliefert hat, deren Inhalt die Mindestanforderungen erfüllt und zahlreiche Vorteile gegenüber den anderen Kandidaten aufweist, ohne dabei in Bezug auf Qualität oder Qualifikation zu übertreiben. Die Beschwerdeführerin irrt derweil in ihrer Auffassung, wonach die blossige Bestätigung der Einhaltung der funktionalen Anforderun-

gen der Offerte (für eine Besserbewertung) weder erforderlich noch vonnöten sei. Diese Schlussfolgerung verkennt, dass für die Note 4 («gut, vorteilhaft») oder 5 («sehr interessant») eben mehr erforderlich ist als die bloss formale Einhaltung der Grundfunktionen des offerierten Systems. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus dem Wortlaut des Beschriebs des Zuschlagskriteriums, wonach eine «Bewertung der Einhaltung der funktionalen Anforderungen» vorgenommen werde. Damit wird ersichtlich, dass es ganz zentral um die Frage geht, wie die funktionalen Anforderungen (bestmöglich) eingehalten werden können. Dass dabei nicht jede Offerte in Bezug auf die (technischen) Qualitätsstufen, die Leistungsfähigkeit, Sicherheit, Innovation usw. gleichermassen zu überzeugen vermag, scheint naheliegend. In casu genügt jedenfalls bereits eine Konsultation der jeweiligen Leistungsverzeichnisse, um zu einer Besserbewertung der Zuschlagsempfängerin zu gelangen. Ihr Leistungsbeschrieb erscheint «prima vista» umfassender, professioneller und innovativer und damit als detailliertere und überzeugendere Dokumentation des offerierten Systems im Sinne der Ausschreibungsunterlagen. Mithin ist kein Ermessensmissbrauch darin zu sehen, wenn die Vergabestelle das Angebot der Zuschlagsempfängerin auch unter diesem Aspekt mit der Note 5 und dasjenige der Beschwerdeführerin mit der Note 3 beurteilt hat.

E. 7

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vergabe des Bauauftrags an die Zuschlagsempfängerin unter Berücksichtigung des den Vergabebehörden zukommenden Ermessens vertretbar ist und weder der Anspruch auf rechtliches Gehör noch die beschaffungsrechtlichen Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung verletzt sind. Die Beschwerde ist mithin abzuweisen.

E. 8

Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei mit den entsprechenden Folgen für die Tragung der Kosten und der Zusprechung einer Parteientschädigung.

E. 8.1

Im Beschwerdeverfahren hat in der Regel die unterliegende Partei die Kosten zu tragen (Art. 89 Abs. 1 VVRG). Ausnahmsweise können die Kosten ganz oder teilweise erlassen werden (Art. 89 Abs. 2 VVRG). Vorliegend bestehen keine Gründe, von der Grundregel abzuweichen, weshalb die Beschwerdeführerin die Gerichtsgebühr bezahlen muss.

Gemäss Art. 3 des Gesetzes betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigungen vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden vom 11. Februar 2009 (GTar; GS/VS

- 23 - 173.8) setzen sich die Kosten aus den Auslagen der Entscheidbehörde sowie der Gerichtsgebühr zusammen. Die Gerichtsgebühr für Beschwerdeverfahren vor der öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts beträgt in der Regel zwischen Fr. 280.-- und Fr. 5 000.-- (Art. 25 GTar). Aufgrund der Bedeutung des Falles sowie seines Umfangs und Schwierigkeitsgrads wird die Gerichtsgebühr vorliegend auf Fr. 2 000.-- festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt.

E. 8.2

Als unterliegende Partei hat die Beschwerdeführerin gemäss Art. 91 Abs. 1 VVRG (e contrario) keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Gemäss Art. 91 Abs. 3 VVRG wird u. a. den mit öffentlichen Aufgaben betrauten Organisationen, welche obsie- gen, in

der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen. Es bestehen vorliegend keine Gründe, von dieser Grundregel abzuweichen, weshalb dem Spital Wallis keine Parteientschädigung zugesprochen wird. Das Honorar des Rechtsbeistands im Bereich des öffentlichen Rechts beträgt für das Verfahren bei einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde zwischen Fr. 1 100.-- und Fr. 11 000.-- (Art. 39 GTar). Die der anwaltlich vertretenen Zuschlagsempfängerin zuzusprechende Parteientschädigung wird aufgrund der Bedeutung des Falles, seines Umfangs und seines Schwierigkeitsgrades für die im Verfahren vor dem Kantonsgericht ausgeführten Arbeit, welche in der Einreichung einer Beschwerdeantwort (10 Seiten) sowie einer Duplik (5 Seiten) bestanden haben, auf Fr. 2 200.-- festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt.

- 24 - Demnach erkennt das Kantonsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung wird als gegenstandslos abgeschrieben. 3. Die Gerichtskosten von Fr. 2 000.-- werden der X_____ AG auferlegt. 4. Der Y_____ AG wird eine Parteientschädigung von Fr. 2 200.-- zu Lasten der X_____ AG zugesprochen. 5. Das Urteil wird der X_____ AG, der Y_____ AG und dem Spital B_____ schriftlich mitgeteilt.

Sitten, 3. März 2023

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