

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



2D_46/2020

Urteil vom 8. März 2021

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichter Donzallaz,
Bundesrichterin Hänni,
Gerichtsschreiber Zollinger.

Verfahrensbeteiligte
A. _____ AG,
B. _____ AG,
Beschwerdeführerinnen,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Urban Carlen,

gegen

C. _____ AG,
Vergabebehörde,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Christoph Jäger,

ARGE D. _____,
Zuschlagsempfängerin.

Gegenstand
Arbeitsvergabe,

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Wallis, Öffentlichrechtliche Abteilung, vom 22. Oktober 2020 (A1 20 79, A1 20 110).

Sachverhalt:

A.
Die C. _____ AG schrieb am 17. Juli 2015 auf der Internetplattform E. _____ und im Amtsblatt des Kantons Wallis den Bauauftrag "F. _____, Neubau Trinkwasserdruckleitung" im selektiven Verfahren aus. Die ausgeschriebenen Arbeiten umfassten den Neubau von Trinkwasserdruckleitungen und von Fertigbrunnstuben. Am 6. August 2015 war der Schlusstermin für die Einreichung der Teilnahmeanträge. Gleichentags fand eine obligatorische Begehung statt, an deren Anschluss die teilnehmenden Unternehmen die Ausschreibungsunterlagen erhielten. Die Ausschreibung gewichtete das Zuschlagskriterium Preis mit 60 %. In der Folge gingen bis Ende August 2015 fünf Offerten fristgerecht ein. Die preisgünstigste Offerte in der Höhe von Fr. 487'153.20 stammte von der ARGE G. _____, bestehend aus der A. _____ AG und der B. _____ AG. Im Weiteren offerierten die einheimische ARGE D. _____ zum Preis von Fr. 842'887.95 sowie zwei andere Anbieterinnen mit drei Angeboten im Betrag von Fr. 899'680.85, Fr. 658'182.25 und Fr. 631'854.95.

B.
Mit Verfügung vom 28. April 2020 schloss die C. _____ AG die ARGE G. _____ mit der Begründung vom Vergabeverfahren aus, das Angebot würde die Selbstkosten nicht decken. Gegen den Ausschluss vom Vergabeverfahren erhoben die A. _____ AG und die B. _____ AG am 11. Mai 2020 Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Kantonsgericht Wallis (kantonales Verfahren A1 20 79). Sie beantragten die Aufhebung der Ausschlussverfügung vom 28. April 2020.
Die ARGE D. _____ erhielt mit Verfügung vom 28. April 2020 den Zuschlag für den Bauauftrag. Diese Zuschlagsverfügung wurde der ARGE G. _____ mit Schreiben vom 10. Juni 2020 zugestellt und im Amtsblatt des Kantons Wallis vom 19. Juni 2020 veröffentlicht. Auch gegen die Zuschlagsverfügung reichten die A. _____ AG und die B. _____ AG am 22. Juni 2020 Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Kantonsgericht Wallis ein (kantonales Verfahren A1 20 110). Sie begehrten die Aufhebung der Zuschlagsverfügung vom 28. April 2020 und beantragten, der Zuschlag sei ihnen zu erteilen.

Mit Urteil vom 22. Oktober 2020 vereinigte das Kantonsgericht Wallis die beiden kantonalen Verfahren A1 20 79 und A1 20 110 und wies die beiden Beschwerden der A. _____ AG und der B. _____ AG gegen die Ausschluss- und Zuschlagsverfügung ab.

C.

Mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde vom 4. November 2020 gelangen die A. _____ AG und die B. _____ AG an das Bundesgericht. Sie beantragen die Aufhebung des Kantonsgerichtsurteils vom 22. Oktober 2020. Der Zuschlag an die ARGE D. _____ sei aufzuheben und ihnen zu erteilen. Eventualiter sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Mit Verfügung vom 14. Januar 2021 hat der Abteilungspräsident den Antrag auf aufschiebende Wirkung abgewiesen. Während die Vorinstanz die Abweisung der subsidiären Verfassungsbeschwerde verlangt, beantragt die C. _____ AG (nachfolgend: Vergabebehörde), die subsidiäre Verfassungsbeschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werde. Die Zuschlagsempfängerin hat sich nicht vernehmen lassen.

Erwägungen:

1.

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG) und mit freier Kognition (vgl. **BGE 146 II 276 E. 1**; **141 II 113 E. 1**).

1.1. Mangels Erreichens des Schwellenwerts gemäss Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht offen (vgl. Art. 52 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB; SR 172.056.1] i.V.m. Anhang 4 Ziff. 2 BöB). Die Beschwerdeführerinnen reichen frist- und formgerecht eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde ein (Art. 42 BGG; Art. 113 BGG; Art. 114 BGG i.V.m. Art. 100 Abs. 1 BGG). Das Rechtsmittel richtet sich gegen das kantonal letztinstanzliche, verfahrensabschliessende Urteil eines oberen Gerichts und ist insoweit zulässig (Art. 114 BGG i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 BGG; Art. 117 BGG i.V.m. Art. 90 BGG).

1.2. Nach Art. 115 BGG ist zur Verfassungsbeschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a) und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat (lit. b). Letzteres ist im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens gegeben, wenn die nicht berücksichtigte Anbieterin eine reelle Chance hat, im Falle der Gutheissung ihres Rechtsmittels den Zuschlag zu erhalten. Das rechtlich geschützte Interesse im Sinne von Art. 115 lit. b BGG ist anhand der Anträge und den vorgebrachten Rügen zu beurteilen (vgl. **BGE 141 II 14 E. 4.1**; Urteil 2C_698/2019 vom 24. April 2020 E. 1.3).

1.3. Die Voraussetzung der Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren im Sinne von Art. 115 lit. a BGG ist vorliegend unbestrittenermassen erfüllt. Überdies beantragen die Beschwerdeführerinnen mit ihrem Hauptbegehren die Aufhebung des Zuschlags an die Zuschlagsempfängerin. Es sei ihnen der Zuschlag zu erteilen. Sie machen geltend, sie seien zu Unrecht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden. Das Zuschlagskriterium Preis sei zu 60 % gewichtet. Sie hätten eindeutig die preisgünstigste Offerte eingereicht. Wären sie nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden, hätte die Vergabebehörde ihnen den Zuschlag erteilen müssen. Im Lichte der von den Beschwerdeführerinnen gestellten Rechtsbegehren und der vorgebrachten Rügen bestünde im Falle einer Gutheissung des Rechtsmittels eine reelle Chance für einen Zuschlag an sie. Deshalb verfügen sie über das notwendige, rechtlich geschützte Interesse an der Beschwerdeführung im Sinne von Art. 115 lit. b BGG. Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist einzutreten.

2.

Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 116 BGG).

2.1. Ausgeschlossen ist die Rüge der Missachtung von einfachem Gesetzes- und Konkordatsrecht. Deshalb kann unter anderem die Verletzung des den Submissionserlassen zugrunde liegenden Transparenz- und Wirtschaftlichkeitsgebots und des beschaffungsrechtlichen Diskriminierungsverbots nicht selbständig gerügt werden. Diesen Grundsätzen kommt nicht der Rang selbständiger Verfassungsgarantien zu (vgl. Urteile 2C_994/2016 vom 9. März 2018 E. 2, nicht publ. in: **BGE 144 II 177**; 2C_384/2016 vom 6. März 2017 E. 1.3.4). Hingegen ist die Rüge einer willkürlichen Anwendung der massgebenden Submissionsgesetzgebung zulässig, da die Anbieterinnen im öffentlichen Beschaffungsrecht ein rechtlich geschütztes Interesse an der Einhaltung der entsprechenden Gesetzgebung haben (vgl. **BGE 125 II 86 E. 4**; Urteil 2C_698/2019 vom 24. April 2020 E. 2.1; zum Begriff der Willkür in der Rechtsanwendung vgl. **BGE 144 I 113 E. 7.1**; **142 II 369 E. 4.3**).

2.2. Die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten prüft das Bundesgericht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und ausreichend begründet worden ist (Art. 117 BGG i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. **BGE 143 II 283 E. 1.2.2**; **139 I 229 E. 2.2**). Diese qualifizierte Rüge- und Begründungsobliegenheit nach Art. 106 Abs. 2 BGG verlangt, dass in der Beschwerde klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids dargelegt wird, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (vgl. **BGE 143 I 1 E. 1.4**; **133 II 249 E. 1.4.2**). Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 118 Abs. 1 BGG).

3.

Die Beschwerdeführerinnen rügen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Dieses Recht ist formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der subsidiären Verfassungsbeschwerde sowie zur Aufhebung des angefochtenen Urteils (vgl. **BGE 144 I 11 E. 5.3**; **137 I 195 E. 2.2**). Deshalb ist die Rüge vorweg zu behandeln.

3.1. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, eine Anbieterin mit einem Angebot, das ungewöhnlich tiefe Preise enthalte, sei vor dem Ausschluss aus dem Vergabeverfahren anzuhören. Dieses Vorgehen entspreche der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Das Gleiche sehe das kantonale Recht vor. Erhalte die Vergabebehörde ein

Angebot, das im Preis ungewöhnlich vorteilhafter sei als die anderen, ziehe sie bei der Anbieterin Erkundigungen ein, um zu prüfen, dass diese die Teilnahmebedingungen einhalte und die Auftragsbedingungen erfüllen könne. Solche Erkundigungen sowie eine Anhörung, damit die Beschwerdeführerinnen ihre Offerte hätten erläutern können, seien nicht erfolgt.

3.2. Nach Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser Anspruch gilt grundsätzlich auch im Beschaffungsrecht (vgl. **BGE 139 II 489** E. 3.3).

3.2.1. Es gilt der beschaffungsrechtliche Grundsatz, dass die blosser Tatsache eines ungewöhnlich tiefen, gegebenenfalls sogar nicht kostendeckenden Angebotspreises für sich allein den Ausschluss eines Angebots im Allgemeinen noch nicht zu rechtfertigen vermag. Ein Ausschluss aus diesem Grund fällt vielmehr erst dann in Betracht, wenn eine Veranlassung besteht, an der Fähigkeit der Anbieterin zur Erfüllung des ausgeschriebenen Auftrags zu den angebotenen Konditionen und damit im Ergebnis an der Seriosität des Angebots zu zweifeln (vgl. **BGE 143 II 425** E. 5.2; Urteil 2D_34/2010 vom 23. Februar 2011 E. 2.4). Solche Angebote, die unter den Gestehungskosten liegen - sogenannte Unterangebote -, sind als solche daher zulässig, solange die Anbieterin die Eignungskriterien und Zuschlagsbedingungen erfüllt. Die Vergabebehörde kann ergänzende Erkundigungen vornehmen, wenn sie daran Zweifel hat (vgl. **BGE 141 II 14** E. 10.3; Urteile 2C_838/2019 vom 17. September 2020 E. 2.2.1; 2P.254/2004 vom 15. März 2005 E. 2.2; vgl. auch **BGE 143 II 425** E. 5). Zeigt sich aufgrund der zusätzlichen Abklärungen, dass das besonders preisgünstige Angebot tatsächlich Mängel aufweist, wird es wegen dieser Mängel ausgeschlossen oder schlechter bewertet, nicht wegen des tiefen Preises (vgl. **BGE 143 II 553** E. 7.1).

3.2.2. Da ein Angebot mit einem tiefen Preis als solches im Grundsatz zulässig ist und nicht ohne Weiteres Veranlassung dazu gibt, an der Eignung der Anbieterin zu zweifeln, können sich bei ungewöhnlich vorteilhaften Preisofferten nach dem Gesagten ergänzende Erkundigungen durch die Vergabebehörde aufdrängen. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör folgt zwar keine eigentliche Nachforschungspflicht der Vergabebehörde (vgl. **BGE 143 II 425** E. 5.2). Hingegen fliesst aus Art. 29 Abs. 2 BV eine (vorgängige) Anhörungspflicht der Vergabebehörde, wenn sie erwägt, eine Anbieterin wegen eines ungewöhnlich tiefen Preises vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Der Anbieterin eines Unterangebots muss es möglich sein, den von ihr offerierten vorteilhaften Preis zu erläutern und zu rechtfertigen. Folglich muss eine Anbieterin die Gelegenheit erhalten, sich zu äussern, bevor ihr Angebot wegen einem ungewöhnlich tiefen Preis ausgeschlossen wird (vgl. **BGE 141 II 353** E. 8.3.2; **139 II 489** E. 3.3; **130 I 241** E. 7.3; vgl. auch Urteile 2D_34/2010 vom 23. Februar 2011 E. 2.5; 2P.70/2006 vom 23. Februar 2007 E. 4.5).

3.3. Das Bundesgericht prüft die Ansprüche, die sich aus Art. 29 Abs. 2 BV ergeben, mit freier Kognition (vgl. Art. 95 lit. a BGG). Das kantonale Recht enthält zwar für die vorliegende Angelegenheit in der Verordnung des Kantons Wallis vom 11. Juni 2003 über das öffentliche Beschaffungswesen (kVöB VS; SGS 726.100) seinerseits eine einschlägige Bestimmung: Erhält ein Auftraggeber ein Angebot, das ungewöhnlich niedriger ist als die anderen, zieht er beim Anbieter Erkundigungen ein, um zu prüfen, dass dieser die Teilnahmebedingungen einhält und die Auftragsbedingungen erfüllen kann. Er kann eine Expertise sowie spezielle Garantien anfordern (vgl. Art. 22 kVöB VS; E. 5.4 des angefochtenen Urteils; vgl. auch **BGE 130 I 241** E. 7.3). Diese kantonale Bestimmung wäre in der vorliegenden Angelegenheit jedoch erst massgebend, falls sich aus Art. 22 kVöB VS weitergehende Ansprüche als aus Art. 29 Abs. 2 BV ableiten liessen. Die allenfalls über die bundesverfassungsrechtlichen Mindestgarantien hinausgehenden kantonalen Ansprüche würde das Bundesgericht mit eingeschränkter Kognition prüfen, soweit es sich dabei nicht um kantonale verfassungsmässige Rechte handelt (vgl. Art. 95 lit. c BGG; **BGE 142 II 369** E. 2.1; **138 I 143** E. 2).

3.4. In der vorliegenden Angelegenheit ist unbestritten, dass die Vergabebehörde die Beschwerdeführerinnen vor deren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren nicht angehört hat.

3.4.1. Die Vorinstanz erwägt, in Art. 22 kVöB VS werde eine kantonalgesetzliche Pflicht zur Abklärung ungewöhnlich niedriger Preise festgeschrieben. Von dieser gesetzlichen Pflicht dürfe aber dann abgesehen werden, wenn ein Angebot die Selbstkosten in einem Masse unterschreite, dass es zu Recht als unseriös gewertet werden könne. Sei dies der Fall, brauche es nach Auffassung der Vorinstanz keine weiteren Abklärungen, um die Zweifel der Vergabestelle an der Leistungswilligkeit und Seriosität der Anbieterin als begründet zu werten (vgl. E. 5.4 des angefochtenen Urteils).

3.4.2. Der vorinstanzlichen Auffassung ist nicht zu folgen. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Anbieterin, die bloss wegen eines ungewöhnlich tiefen Preises vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wird, vor dem Ausschluss anzuhören (vgl. E. 3.2.2 hiervor). Es dürfte für die Vergabebehörden immer wieder unmöglich sein, gestützt auf das eingereichte Angebot und den offerierten Gesamtpreis die Selbstkosten einer Anbieterin abschliessend einzuschätzen. Eine allfällige Querfinanzierung von einzelnen Positionen innerhalb eines Angebots vermag denn auch den angebotenen Gesamtpreis nicht von vornherein infrage zu stellen (vgl. Urteil 2D_34/2010 vom 23. Februar 2011 E. 2.4). Insofern lässt sich auch nicht ohne Weiteres bestimmen, ab wann ein Angebot die Selbstkosten derart unterschreitet, dass es als unseriös gewertet werden kann. Eine vorgängige Anhörung soll der betroffenen Anbieterin gerade deshalb die Möglichkeit einräumen, den von ihr offerierten vorteilhaften Preis zu erläutern und zu rechtfertigen. Das rechtliche Gehör ist den Beschwerdeführerinnen vor dem Verfahrensausschluss unbestrittenermassen nicht gewährt worden. Dieses Versäumnis wiegt besonders schwer, weshalb der Mangel auch nicht im Rechtsmittelverfahren geheilt werden kann (vgl. **BGE 130 I 241** E. 7.3 i.f.). Der Verzicht auf eine vorgängige Anhörung der Beschwerdeführerinnen im Vergabeverfahren sowie die vorinstanzliche Auslegung und Anwendung von Art. 22 kVöB VS verletzen folglich Art. 29 Abs. 2 BV.

3.4.3. Insoweit sich die Vorinstanz und die Vergabebehörde im Rahmen der Vernehmlassung auf das Bundesgerichtsurteil 2D_34/2010 vom 23. Februar 2010 berufen, stossen ihre Erwägungen und Vorbringen ferner ins Leere. Das Bundesgericht beurteilte in jenem Urteil zwar eine kantonale Ausschlusspraxis wegen unrealistischer Preise als "nicht schlechterdings unhaltbar" (vgl. Urteil 2D_34/2010 vom 23. Februar 2010 E. 2.4 i.f.). Allerdings wurde die betroffene Anbieterin im Vorfeld des Verfahrensausschlusses angehört, indem sie "unstreitig um Erläuterung ersucht worden ist" (vgl. Urteil 2D_34/2010 vom 23. Februar 2010 E. 2.5). Die Vergabebehörde hielt die massgebenden Verfahrensgarantien demzufolge ein.

3.5. Nach dem Dargelegten verletzte die Vergabebehörde den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV, indem sie die Beschwerdeführerinnen nicht angehört hatte, bevor sie deren Angebot vom Verfahren ausschloss.

Sowohl der Ausschluss der Beschwerdeführerinnen als auch der Zuschlag an die einheimische Zuschlagsempfängerin am 28. April 2020 verletzen demnach Bundesrecht. Es rechtfertigt sich vorliegend die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vergabebehörde zurückzuweisen, zumal sich die beiden weiteren Offerten zu den Preisen von Fr. 658'182.25 und Fr. 631'854.95 von zwei anderen Anbieterinnen mit dem Vermerk "pro memoria/nicht mehr vorhanden" nicht mehr in den Akten der Vergabebehörden befinden (vgl. E. 4.2 des angefochtenen Urteils). Auch diese beiden Angebote seien vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden, da sie die Selbstkosten nicht decken würden. Die Vergabebehörde hat ein rechtmässiges Vergabeverfahren durchzuführen.

4.
Im Ergebnis erweist sich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde als begründet, weshalb sie gutzuheissen ist. Das Urteil vom 22. Oktober 2020 ist aufzuheben. Die Angelegenheit ist zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vergabebehörde (Art. 107 Abs. 2 BGG) und zur Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens an die Vorinstanz (Art. 67 BGG) zurückzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 66 Abs. 4 BGG). Die Vergabebehörde hat den Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung für das bundesgerichtliche Verfahren auszurichten (Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wird gutgeheissen. Das Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 22. Oktober 2020 wird aufgehoben.

2.
Die Angelegenheit wird zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vergabebehörde zurückgewiesen.

3.
Die Angelegenheit wird zur Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens an das Kantonsgericht Wallis zurückgewiesen.

4.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

5.
Die Vergabebehörde hat den Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- zu entrichten.

6.
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Kantonsgericht Wallis, Öffentlichrechtliche Abteilung, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 8. März 2021

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Der Gerichtsschreiber: Zollinger