

A1 13 229

URTEIL VOM 22. NOVEMBER 2013

**Kantonsgericht Wallis
Öffentlichrechtliche Abteilung**

Es wirken mit: Jean-Pierre Zufferey, Präsident, Jean-Bernard Fournier und Thomas Brunner, Richter, sowie Dr. Nadja Schwery, Gerichtsschreiberin,

in Sachen

X _____ **AG**, vertreten durch Rechtsanwälte A _____, B _____ und C _____

gegen

EINWOHNERGEMEINDE D _____
Y _____ **AG**

(Arbeitsvergabe)

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid vom 14. Februar 2013.

Sachverhalt

A. Die Einwohnergemeinde D_____ (Gemeinde) schrieb im Amtsblatt Nr. xxx im offenen Verfahren diverse Belagsarbeiten für den Unterhalt der Gemeindestrassen für die Jahre 2013, 2014 und 2015 aus. Die Arbeiten umfassen insbesondere das Anpassen der Schachtdeckel und Rinnen, die Belagsarbeiten mit Feinplanie und das Auswechseln der Foundationsschicht. Angebote für das Beschaffungsobjekt waren bis am 25. Januar 2013 bei der Vergabestelle einzureichen. Es wurde darauf hingewiesen, dass nur „vollumfassende“ Angebote angenommen würden und das Leistungsverzeichnis vollständig abzugeben sei. Die Vergabestelle publizierte sodann als Zuschlagskriterien den Angebotspreis mit 50 % (tiefstes Angebot: 6 Punkte), die Qualität mit 30 % (Plausibilität der Preise, eingesetztes Personal [Schlüsselpersonal], Maschinen und Geräte, Transporte) und Termine mit 20 % (den Beilagen werde entnommen, „welche Ressourcen der Unternehmer für die Einhaltung der kurzen Bauzeiten ... einsetze“ [Personal, Maschinen und Geräte]). Bei den beiden letzten Kriterien war jeweils aufgeführt: „Zudem werden die in den vergangenen Jahren gemachten Erfahrungen berücksichtigt“ (NPK xxx).

B. Die Offertöffnung fand am 29. Januar 2013 statt und es wurden 3 Eingaben registriert. Die Bewertungstabelle des beigezogenen Ingenieurbüros ergab folgendes Bild:

		Auswahlkriterien									
		Preis	Qualität		Termine				Total		
			Erfahrung der vergangenen Jahre Plausibilität der Preise		Erfahrung der vergangenen Jahre Kenntnisse der Ausführungsbedingungen						
		Gewichtung 50 %	Gewichtung 30 %		Gewichtung 20 %						
Unternehmer	Offertsumme inkl. Rabatt und MWSt. ohne Skonto	%	Note	Punkte	Note	Punkte	Note	Punkte	Punkte	Rang	
X_____ AG	CHF 1'419'909.50	100 %	6.00	3.00	2.00	0.60	3.50	0.70	4.30	2	
Y_____ AG	CHF 1'494'487.80	105.25 %	3.45	1.73	5.00	1.50	5.50	1.10	4.33	1	
E_____ AG	CHF 1'521'080.90	107.13 %	2.55	1.27	5.50	1.65	5.50	1.10	4.02	3	
Mittelwert Angebote MP 1	CHF 1'478'492.73		4								
günstiges Angebot	CHF 1'419'909.50		6								

Auf Grund dieser Bewertung vergab die Gemeinde am 14. Februar 2013 die ausgeschriebenen Arbeiten an die Y_____ AG (Zuschlagsempfängerin) und eröffnete den Vergabeentscheid den Anbietern schriftlich am 22. Februar 2013 sowie im Amtsblatt Nr. xxx.

C. Gegen diesen Vergabeentscheid erhob die X_____AG (Beschwerdeführerin) am 11. März 2013 Verwaltungsgerichtsbeschwerde bei der öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts und stellte folgende Begehren:

5.1 Aufschiebende Wirkung

Der vorliegenden Beschwerde wird aufschiebende Wirkung erteilt.

5.2 Hauptbegehren

Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Zuschlag für Unterhalt/Erhaltung Gemeindestrassen D_____, Belagsarbeiten 2013-2015, wird im Sinne der rechtlichen Ausführungen der Beschwerdeführerin, der Firma X_____AG, Aktiengesellschaft mit Sitz in F_____ erteilt.

5.3 Eventualbegehren

In Aufhebung der Zuschlagsverfügung wird die Beschwerde gutgeheissen unter gleichzeitiger Rückweisung mit verbindlichen Weisungen an die Vergabestelle.

5.4 Kosten

Die Kosten von Verfahren und Entscheid gehen zu Lasten der Einwohnergemeinde D_____, allenfalls weiterer Verfahrensbeteiligter, welche gleichzeitig der Beschwerdeführerin eine durch das Gericht festzusetzende, angemessene Parteientschädigung zu entrichten haben.“

Die Beschwerdeführerin rügte, ihre Herabstufungen beim Kriterium „Qualität“ mit der Note 2.0 (gegenüber der Zuschlagsempfängerin mit 5) und beim Kriterium „Termine“ mit der Note 3.50 (gegenüber der Zuschlagsempfängerin mit 5.50) seien sachlich nicht nachvollziehbar und beruhten auf sachfremden Überlegungen. Die Gemeinde berufe sich auf zwei Ereignisse bei Belagsarbeiten ihrer Firma in den vergangenen Jahren, die weder auf die termingerechte noch auf die mangelfreie Arbeitsausführung einen Einfluss gehabt hätten. Bei den sich jährlich wiederholenden Belagsarbeiten handle es sich nicht um eine komplexe Ausschreibung, weshalb die Gewichtung beim Preiskriterium mindestens sechzig Prozent betragen müsste. Die Erfahrungen (in den letzten Jahren) könnten nur dem Vorliegen von Referenzen entsprechen. Bei den Unterkriterien würde sowohl bei der Ausschreibung als auch bei der Evaluation die Gewichtung fehlen. Zudem sei die Bewertung der einzelnen Unterkriterien nicht erfolgt und es sei ein neues Unterkriterium „Ausführungsbedingungen“ eingebracht worden. Die Bewertungen seien willkürlich und ausserhalb des Ermessens der Vergabestelle. Dies stehe in krassem Gegensatz zu den letzten acht Bewertungen der letzten Jahre, bei denen sie sieben Mal die Maximalnote erhalten habe. Ein Materialbewirtschaftungsareal stehe weiterhin zur Verfügung, obwohl für ein zugemietetes Grundstück zwischenzeitlich eine Drittverwendung erfolgt sei.

D. Die Beschwerde wurde am 12. März 2013 an die Gemeinde und die Zuschlagsempfängerin zur Vernehmlassung weitergeleitet, und zwar verbunden mit dem Hinweis, dass alle Vollziehungsvorkehren (insbesondere der Vertragsabschluss betreffend die Arbeitsvergabe) zu unterlassen seien. Die Gemeinde beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 3. April 2013 die Abweisung der Beschwerde. Die Vergabe sei im Rahmen ihres Ermessens erfolgt. Neben dem Preis werde die Qualität und die Erfahrung der vergangenen Jahre zunehmend bei der Bewertung einbezogen. Gegen die Vergabekriterien seien keine Einwände erhoben worden, weshalb die heutige Kritik gegen das Preiskriterium ins Leere laufe. Die eingereichten Angebote seien nach einer wissenschaftlichen Methode bewertet worden. Im Unterkriterium „Preisplausibilität“ sei

geprüft worden, wie gross die finanziellen Auswirkungen bei möglicher Änderung der prognostizierten Quantitäten seien. Bei einzelnen Positionen seien die Einheitspreise der Beschwerdeführerin teilweise drei- bis viermal höher als bei der Konkurrenz. Dies könne bei Mengenänderungen zu markanten Mehrkosten führen. Die Verfügbarkeit von Personen und Maschinen sei bei der Beschwerdeführerin limitierter als bei der Zuschlagsempfängerin. Die Zuschlagsempfängerin, welche für den maschinellen Belags-einbau auf einen Unterakkordanten zurückgreifen könne, habe grössere Personalresourcen in D_____. Die gemachten Erfahrungen mit der Beschwerdeführerin in den letzten Jahren seien „alles andere als zufriedenstellend“ gewesen und hätten für die Gemeindeangestellten einen Mehraufwand verursacht. Die Erfahrungen seien in die Gewichtung eingeflossen. Die Zuschlagsempfängerin und ihre Unterakkordantin hätten in D_____ eigene Werkhallen und Umschlagplätze, während der Umschlagplatz der Beschwerdeführerin nicht gesichert sei. Beim Terminkriterium sei berücksichtigt worden, dass die Beschwerdeführerin in den letzten Jahren die abgemachten Termine oftmals einseitig geändert habe, was zu unnötigen Schwierigkeiten beim Gemeindepersonal und den Anwohnern geführt habe. Demgegenüber sei die Einhaltung der Termine und Zeitvorgaben bei der Zuschlagsempfängerin in den letzten Jahren in keiner Hinsicht beanstandet worden.

Gleichentags reichte das von der Gemeinde beigezogene Ingenieurbüro die Original-Angebote der drei Unternehmungen und den Bewertungsbericht ein.

E. Nach der Akteneinsichtnahme vom 18. April 2013 reichte die Beschwerdeführerin am 3. Mai 2013 eine Replik ein und stellte die Anträge, es sei die Zuschlagsempfängerin in Gutheissung der Beschwerde vom Verfahren auszuschliessen und es sei ihr der Zuschlag der Arbeitsvergabe zu erteilen. Die Zuschlagsempfängerin habe die Ausschreibungsunterlagen eigenmächtig abgeändert, indem sie für Arbeitsunterbrüche eine Entschädigung verlange. Bei der Prüfung der Preisauswirkungen seien einzelne, willkürliche Positionen herausgegriffen und zu Lasten der Beschwerdeführerin negativ bewertet worden. Falsche Annahmen der Bauherrschaft könnten nicht über die Leistungseinheiten des Leistungsverzeichnisses im Rahmen der Bewertung zum Nachteil eines Anbieters aufgerechnet werden. Unklarheiten seien durch schriftliche Bestätigungen zu bereinigen. Einzig bei der Position Rissanierung habe die Vergabestelle die richtige Frage aufgeworfen, ob bei den sehr tiefen Anbietern die Arbeiten fachgerecht ausgeführt würden, selbst wenn die tiefen Einheitspreise nicht kostendeckend seien. Die Zuschlagsempfängerin sei nicht entsprechend den ISO-Richtlinien zertifiziert. Die für Grossbaustellen aufgeführten Geräte und Maschinen seien in den Bewertungsunterlagen nicht aufgeführt und dementsprechend bei der Bewertung auch nicht berücksichtigt worden. Die Bewertung sei deshalb nicht objektiv, transparent und nachvollziehbar. Der Schwarzdeckenfertiger der Zuschlagsempfängerin mit einer Breite von maximal 2.5 m sei bezüglich Qualität und Leistungsfähigkeit einer entsprechenden Maschine bis zu 6 m bei ihr eindeutig unterlegen. Die Bewertung sei falsch, da bei der Zuschlagsempfängerin zu viele Geräte angerechnet und bei ihr Geräte und Facharbeiter vergessen worden seien. Die behauptete schlechte Erfahrung sei objektiv durch keine einzige Beanstandung, Mängelrüge oder Reklamation belegt. Trotz einer umfassenden Referenzliste sei sie schlecht benotet worden. Bereits eine Benotung von 2.50 anstatt 2.0 hätte dazu geführt, dass sie den Zuschlag erhalten hätte. Auf Grund

der parallelen Ausschreibung der Baumeisterarbeiten sei es möglich, dass sowohl die Aushubarbeiten als auch das Einbringen von Kiesgemisch über die Baumeisterarbeiten und nicht über die Belagsarbeiten abgewickelt würden. Sie besitze eine „extreme Erfahrung“ für Belagsarbeiten, während die Zuschlagsempfängerin nur drei Einzelbaustellen des vergangenen Jahres aufgelistet habe. Zusammenfassend hält sie fest, dass die Gemeinde bei der Bewertung der „Qualität“ und „Termine“ die gesetzlichen Vorgaben des Vergaberechts, insbesondere in Bezug auf das Gebot der Transparenz und der Gleichbehandlung, verletzt habe. Zudem überschreite die Gemeinde ihr Ermessen in missbräuchlicher Weise, was eine Rechtsverletzung darstelle.

F. Die Gemeinde duplizierte innert der erstreckten Frist am 3. Juni 2013 und beantragte die Abweisung der weiteren Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin. Auf Grund der schlechten Erfahrungen im Jahre 2010 sowie des zerrütteten Vertrauensverhältnisses sei ein Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren in Erwägung gezogen worden. Die aufgeworfenen Ansprüche für Arbeitsunterbrüche seien gemäss den Bestimmungen der SIA-Norm 118 zu entschädigen. Im Angebot der Beschwerdeführerin seien mehrfach höhere Einheitspreise ausgemacht worden, so dass deren Auswirkungen bei möglichen Mengenänderungen überprüft worden seien. In den Submissionsunterlagen sei kein Qualitätsmanagement entsprechend der ISO-Richtlinien verlangt worden. Alle Anbieter seien aber in der ständigen Liste des Kantons eingetragen. Die Zuschlagsempfängerin habe im Angebot offen dargelegt, dass die Belagsarbeiten mit einem Subunternehmer ausgeführt würden, dessen Belageinbaumaschinen verfügbar und bei der Bewertung berücksichtigt worden seien. Der Einsatz vom Belagsfertiger von 6 m Breite und von Vibrowalzen sei fraglich in D_____. Die verschiedenen hinterlegten eingeschriebenen Briefe würden die schlechten Erfahrungen mit der Beschwerdeführerin belegen. Die Zuschlagsempfängerin habe für die Gemeinde in den beiden letzten Jahren bereits Belagsarbeiten „zur vollen Zufriedenheit“ ausgeführt. Bei den gleichzeitig mit den Belagsarbeiten ausgeschriebenen Baumeisterarbeiten seien teilweise identische Positionen zu finden, jedoch seien keine Belagsarbeiten vorgesehen. Die Arbeitsvorbereitung und die Terminplanung seien anspruchsvoll und von den beauftragten Firmen werde Flexibilität verlangt.

G. Darauf antwortete die Beschwerdeführerin mit Stellungnahme vom 21. Juni 2013 und hielt fest, die einseitige Änderung des Vertragsinhalts durch die Zuschlagsempfängerin sei weder mit der NPK-Position xxx noch mit Art. 58 der SIA-Norm 118 identisch. Das geänderte Zuschlagskriterium „Preis-Plausibilität“ sei in den Ausschreibungsunterlagen nicht angegeben. Bezüglich des Maschinenparks sei sie willkürlich tiefer eingestuft worden als die Zuschlagsempfängerin. Bei der Bewertung des Personal-Einsatzes ergebe sich, dass die von der Zuschlagsempfängerin beigezogene Unterakkordantin nicht dieselben Möglichkeiten und Mittel besitze wie sie. Die hinterlegten Korrespondenzen der Probleme bei den Abrechnungen seien für die Qualität der Werkausführung nicht relevant. In all den Jahren der Arbeitsausführung sei nie eine Mängelrüge erhoben oder die Ausführung von Nachbesserungsarbeiten geltend gemacht worden. Die Qualität und die Referenzen seien objektiv zu bewerten.

H. Die Gemeinde reichte alsdann am 19. August 2013 eine ergänzende Vernehmlassung ein und gab zu den einzelnen Problemkreisen eine weitere Stellungnahme ab. Abschliessend hielt sie fest, dass nicht die Qualität des Endproduktes der Beschwerdeführerin in Frage gestellt werde, sondern die zeitaufwendigen Massnahmen der Bauabteilung für die Arbeiten der Beschwerdeführerin berücksichtigt worden seien. Hierzu antwortete die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 20. August 2013, dass damit die Gemeinde zugebe, dass die Herabstufung weder mit der Qualität noch mit den Terminen der Arbeitsausführung zu tun habe, sondern sich einzig in unzulässiger Weise auf die eigenen Erfahrungen der Gemeinde während den vergangenen Jahren stütze.

Es wurden keine weiteren Rechtsschriften eingereicht. Die Zuschlagsempfängerin liess sich im gesamten Verfahren nicht vernehmen. Weitere Sachverhaltsdarstellungen, Parteibehauptungen sowie Begründungen sind, soweit rechtlich von Bedeutung, in den nachfolgenden Erwägungen aufgeführt.

Erwägungen

1. Der Entscheid der Gemeinde ist 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 (GIVöB; 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), gegen die innert 10 Tagen beim Kantonsgericht Beschwerde eingereicht werden kann (Art. 16 GIVöB; Art. 15 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 [IVöB; SGS/VS 726.1]). Die Vergabestelle ist eine Auftraggeberin im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. b GIVöB und sie hat das offene Verfahren nach Art. 9 GIVöB gewählt. Das GIVöB und die kantonale Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Juni 2003 (VöB; GS/VS 726.100) sind vorliegend anwendbar.

1.1 Die Beschwerdeführerin liegt preislich an erster Stelle und ist als Adressatin der Verfügung vom 14. Februar 2013 in ihrer Rechtsstellung betroffen. Sie ist somit durch die angefochtenen Anordnungen berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung, so dass sie nach Art. 80 Abs. 1 lit. a und 44 VVRG zur Beschwerdeführung legitimiert ist. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 16 Abs. 2 GIVöB, Art. 80 Abs. 1 lit. b und c und 48 VVRG).

1.2 Dem Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung wurde provisorisch am 12. März 2013 stattgegeben und es wird mit dem vorliegenden materiellen Entscheid gegenstandslos.

1.3 Aus Art. 16 IVöB bzw. Art. 16 GIVöB leitet das Kantonsgericht in ständiger Rechtsprechung ab, dass die Beschwerdeinstanz nicht von Amtes wegen eine angefochtene

Verfügung auf allfällige Sachverhaltsmängel oder Rechtswidrigkeiten überprüft, sondern dass der Beschwerdeführer darlegen muss, inwiefern die Verfügung mangelhaft sein soll. Den Vergabebehörden kommt bei der Festlegung der für den Zuschlag massgeblichen Kriterien, dann aber auch bei deren Gewichtung und Bewertung ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu (ZBI 2000, S. 267; Urteile des Bundesgerichts 2P.230/2006 vom 5. März 2007 E. 3.2 und 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 1.4; Urteile des Kantonsgerichts A1 09 107 vom 31. Juli 2009 und A1 08 164 vom 28. November 2008). 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. Praktisch ist die Kognition des Gerichts insoweit auf Willkür beschränkt (vgl. BGE 125 II 86 E. 6; Urteile des Bundesgerichts 2D_2/2013 vom 18. Juni 2013 E. 3.2; 2D_34/2010 vom 23. Februar 2011 E. 2.1 und 2P.85/2001 vom 6. Mai 2002 E. 3.2).

2. Die Beschwerdeführerin macht der Zuschlagsempfängerin zunächst zum Vorwurf, dass sie im Rahmen ihrer Offerte eklatant von den Ausschreibungsunterlagen abgewichen sei (Replik der Beschwerdeführerin vom 3. Mai 2013 Ziff. 19 S. 3). Die Gemeinde stellt dies jedoch in Abrede und will den Zuschlagsentscheid aufrecht erhalten (Duplik der Gemeinde vom 3. Juni 2013 Ziff. 20 S. 2). Im Einzelnen:

2.1 Die Gemeinde bestimmt in ihren Ausschreibungsunterlagen was folgt:

NPK xxx:

„Sämtliche im Kapitel 102 aufgeführten Leistungen, welche in die Einheitspreise einzurechnen sind, gelten auch in den Angebotspreisen für Regiearbeiten als eingerechnet. Es werden keine zusätzlichen Entschädigungen bezahlt.“

NPK xxx:

„Bauzeiten: Durch eingeschränkte Bau- und Aushubzeiten. Lärm und Einsatz von Baumaschinen, sowie das kommunale Lärmbekämpfungsreglement (Beilage 2). Behinderungen und Mehraufwendungen sind in die Angebotspreise einzurechnen. Es werden keine Wartezeiten entschädigt.“

2.2 Die Zuschlagsempfängerin hält ihrerseits unter Ziff. 6.1 ihres Technischen Berichts fest:

Allgemeines

„Bei Arbeitsunterbrüchen, Verzögerungen und Umänderungen, die nicht auf das Verschulden des Unternehmers zurückzuführen sind, wird die Miete für die Installationen und alle übrigen Mehraufwendungen nach den Ansätzen des Schweizerischen Baumeisterverbandes dem Bauherrn in Rechnung gestellt. Dies kann nach Ausmass oder in Regie erfolgen.“

2.3 Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Zuschlagsempfängerin damit den Vertragsinhalt einseitig abgeändert habe. Dies sei ein gesetzlicher Ausschliessungsgrund, zumal es sich bei der Formulierung nicht um eine Variante handle (Vernehmlassung der Beschwerdeführerin vom 3. Mai 2013 S. 3 Ziff. 21 und 4.2). Der Vorbehalt habe vertragsrechtlich wesentliche Auswirkungen auf die Werklohnforderung in Zusammenhang mit dem Vorhalten von Installationen und allen übrigen Mehraufwendungen (Vernehmlassung der Beschwerdeführerin vom 3. Mai 2013 Ziff. 4.2). Deshalb sei die Zuschlagsempfängerin aus dem Verfahren auszuschliessen

und der Beschwerdeführerin als Zweitplatzierte der Zuschlag zu erteilen. Die Gemeinde rechtfertigt den Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin damit, dass die von der Beschwerdeführerin angesprochenen Punkte des Technischen Berichts den Art. 58 ff. der SIA-Norm 118 entsprechen (dazu und zum Folgenden vgl. die Vernehmlassung der Gemeinde vom 3. Juni 2013 S. 2 zu Ziff. 20). Arbeitsunterbrüche, Verzögerungen und Umänderungen, die nicht auf das Verschulden des Unternehmers zurückgeführt werden könnten, seien gemäss SIA-Norm 118 zu entschädigen. Darunter würden Massnahmen für den G_____ -Marathon, die H_____, Überflutung bei Hochwasser etc. fallen. Als Unternehmen seien solche Massnahmen weder vorausseh- noch kalkulierbar. Es sei deshalb korrekt, dass gemäss der geltenden SIA-Norm 118 solche Leistungen entschädigt würden. Im Gegensatz zu den unter Ziff. 20 erwähnten Ereignissen würden keine zusätzlichen Entschädigungen wegen schlechtem Wetter, Aufrechterhaltung des Verkehrs, Erschwernisse wegen Personendurchgang, Wartezeiten wegen der Durchfahrt des Ortsbusses etc. entrichtet (Vernehmlassung der Gemeinde vom 3. Juni 2013 S. 2 zu Ziff. 21). Die Beschwerdeführerin hielt in ihrer Beschwerde vom 21. Juni 2013 (S. 2 Ziff. 2.2) daran fest, dass die Ausführungen der Gemeinde unbehelflich seien und die Zuschlagsempfängerin den Vertragsinhalt einseitig abgeändert habe. Die Gemeinde ihrerseits führte in ihrer Stellungnahme vom 19. August 2013 (S. 2) aus, dass die SIA-Norm 118 integrierender Bestandteil des Leistungsverzeichnisses sei - die Zuschlagsempfängerin habe den Vertragsinhalt nicht abgeändert.

2.4 Die Ausschreibungsunterlagen bestimmen auf S. 16 (NPK xxx):

NPK xxx:

„Als vereinbart gilt die am Vertragsdatum in Kraft stehende Ausgabe (Norm SIA 118, Art. 19).“

2.5 Die SIA-Norm 118 normiert die Bestandteile und Rangordnung der Ausschreibungsunterlagen in Art. 7, das Verhältnis des Angebots des Unternehmers zu den Ausschreibungsunterlagen in Art. 16 und die Rangordnung der Vertragsbestandteile in Art. 21. Zur Vergütung nach den vorliegend interessierenden Einheitspreisen hält die SIA-Norm 118 Folgendes fest:

Art. 38

„Einheits-, Global- und Pauschalpreise Allgemeines

- 1 Für die Vergütung der Leistungen des Unternehmers sollen nach Möglichkeit entweder Einheitspreise, Globalpreise oder Pauschalpreise vereinbart werden. Diese Preise sind unter Vorbehalt von Abs. 3 feste Preise.
- 2 Sind Arbeitsaufwand oder Kosten grösser als beim Vertragsabschluss vorgesehen, so hat der Unternehmer kein Recht auf Erhöhung des vereinbarten Einheits-, Global- oder Pauschalpreises; andererseits kann er diesen Preis auch verlangen, wenn seine Leistung weniger Arbeit oder weniger Kosten erfordert als vorgesehen (Art. 373 Abs. 1 und 3 OR).
- 3 Eine zusätzliche Vergütung steht dem Unternehmer jedoch bei besonderen Verhältnissen zu, so weit dies die Art. 58-61 vorsehen. Für Einheits- und Globalpreise gelten ausserdem die Bestimmungen über die Teuerungsabrechnung (Art. 39 Abs. 3, Art. 40 Abs. 3, Art. 64-68).
- 4 Der Bauherr hat nur dann Anspruch auf einen Preisnachlass (Rabatt) oder einen Abzug für fristgerechte Bezahlung (Skonto), wenn dies vereinbart ist.

- ⁵ Wenn nichts anderes vereinbart ist, gilt eine allfällige Mehrwertsteuer (MWST) als nicht eingerechnet.

Art. 58
„Besondere Verhältnisse
Im Allgemeinen

- ¹ „Wird die Ausführung einer zu festen Preisen (Art. 38 Abs. 1) übernommenen Bauleistung durch besondere Verhältnisse erschwert, die ohne Verschulden des Bauherrn erst nach Vertragsabschluss eintreten oder zutage treten, so hat der Unternehmer die geschuldete Leistung gleichwohl zum vereinbarten Preis zu erbringen, ohne Anspruch auf zusätzliche Vergütung. Vorbehalten bleiben die Sonderfälle der Art. 59-61.
- ² Bei Verschulden des Bauherrn hat der Unternehmer Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung, die sich nach Massgabe der sinngemäss anzuwendenden Art. 86-91 bestimmt. Als Verschulden sind dem Bauherrn insbesondere mangelhafte Angaben in den Ausschreibungsunterlagen über den Baugrund und die bestehende Bausubstanz (Art. 5) anzurechnen, vorausgesetzt, dass der Bauherr durch eine Bauleitung vertreten oder selbst sachverständig oder durch einen beigezogenen Sachverständigen beraten war.

Art. 59
„Sonderfälle
Ausserordentliche Umstände

- ¹ Der Unternehmer hat Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung, falls ausserordentliche Umstände, welche nicht vorausgesehen werden konnten oder welche nach den von beiden Vertragsparteien angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren, die Fertigstellung hindern oder übermässig erschweren. Solche Umstände können z.B. sein: Wassereinbrüche, Erdbeben, Sturm, Gasaustritte, hohe unterirdische Temperatur, Radioaktivität, einschneidende behördliche Massnahmen, Störung des Arbeitsfriedens.
- ² Über die Höhe der zusätzlichen Vergütung verständigen sich die Vertragsparteien von Fall zu Fall. Zu vergüten sind aber höchstens die nachgewiesenen tatsächlichen Mehraufwendungen. Kommt es zu keiner Verständigung, so setzt der Richter auf Klage des Unternehmers die zusätzliche Vergütung fest oder bewilligt die Auflösung des Vertrages (Art. 373 Abs. 2 OR).
- ³ Für die Anzeigepflicht des Unternehmers gilt Art. 25.“

2.6 Das Kantonsgericht vertritt - entgegen der Gemeinde und mit der Beschwerdeführerin - die Auffassung, dass Ziff. 6.1 des Technischen Berichts der Zuschlagsempfängerin (wonach Arbeitsunterbrüche, Verzögerungen und Umänderungen, die nicht auf das Verschulden des Unternehmers zurückzuführen seien, dem Bauherrn in Rechnung gestellt würden), weder den Ausschreibungsunterlagen (NPK-Position xxx) noch Art. 58 ff. der SIA-Norm 118 entspricht. Die Ausschreibungsunterlagen halten unmissverständlich fest, dass Behinderungen und Mehraufwendungen in die Angebotspreise einzurechnen sind und dass keine Wartezeiten entschädigt werden. Damit verlangen die Ausschreibungsunterlagen Einheitspreise, die Festpreischarakter haben (BGE 113 II 516; Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Zürich 2011, N 7 zu Art. 373 OR). Ist die Herstellung eines Werkes zu einem festen Preis vereinbart, so darf der Unternehmer „keine Erhöhung fordern, selbst wenn er mehr Arbeit oder grössere Auslagen gehabt hat, als vorgesehen war“ (Art. 373 Abs. 1 OR; Gau-

denz G. Zindel/Urs Pulver, Basler Kommentar, a.a.O., N 10 zu Art. 373 OR). Davon weicht die Offertstellung der Zuschlagsempfängerin ganz klar ab, weil sie daselbst festhält, dass bei Arbeitsunterbrüchen, Verzögerungen und Umänderungen, die nicht auf das Verschulden des Unternehmers zurückzuführen seien, die Miete für die Installationen und alle übrigen Mehraufwendungen nach den Ansätzen des Schweizerischen Baumeisterverbandes in Rechnung gestellt würden. Auch der Verweis der Gemeinde auf Art. 58 ff. der SIA-Norm 118 greift ins Leere. Denn Art. 58 Abs. 1 der SIA-Norm 118 hält klar fest, dass der Unternehmer bei einer Bauleistung zu einem festen Preis die Leistung zum vereinbarten Preis zu erbringen hat, ohne Anspruch auf zusätzliche Vergütung. Vorbehalten bleiben erschwerende Umstände, die auf das Verschulden des Bauherrn zurückzuführen sind. Die Zuschlagsempfängerin geht in ihrer Offerte jedoch von der gegenteiligen Prämisse aus: Sie will die Risiken für sämtliche Arbeitsunterbrüche, Verzögerungen und Umänderungen, die nicht auf ihr eigenes Verschulden zurückzuführen sind, auf die Gemeinde überwälzen. Damit unterbreitet sie eine Offerte, die sich eindeutig nicht mit den Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen in Einklang bringen lässt. Denn die Gemeinde wollte ursprünglich gemäss ihren Ausschreibungsunterlagen eben gerade ausschliessen, das Risiko für Behinderungen, Mehraufwendungen und Wartezeiten tragen zu müssen.

Nunmehr will die Gemeinde den Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin dennoch aufrecht erhalten, und zwar mit dem Argument, dass die Mehraufwendungen, welche die Zuschlagsempfängerin gesondert in Rechnung stellen wolle, den ausserordentlichen Umständen von Art. 59 der SIA-Norm 118 entsprechen würden (Stellungnahme der Gemeinde vom 3. Juni 2013 Kommentar zu Ziff. 20 S. 2). Auch hier kann der Gemeinde nicht beigeplichtet werden: Art. 59 Abs. 1 der SIA-Norm 118 spricht von ausserordentlichen Umständen, welche nicht vorausgesehen werden konnten oder welche nach den von beiden Vertragsparteien angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren, und welche die Fertigstellung hindern oder übermässig erschweren. Beispielfhaft zählt die SIA-Norm 118 hierbei auf: Wassereinbrüche, Erdbeben, Sturm, Gasaustritte, hohe unterirdische Temperatur, Radioaktivität, einschneidende behördliche Massnahmen sowie Störung des Arbeitsfriedens. Damit umschreibt Art. 59 Abs. 1 der SIA-Norm 118 die ausserordentlichen Umstände - die bezeichnenderweise mit „Sonderfälle“ übertitelt sind - sehr restriktiv. Sie sind nach einem strengen Massstab zu beurteilen, da der Unternehmer als Fachmann im Normalfall die Umstände kennen sollte, welche seine Arbeit beeinflussen (BGE 109 II 336; 104 II 317; Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver, Basler Kommentar, a.a.O., N 16 zu Art. 373 OR). Unter Art. 59 Abs. 1 der SIA-Norm 118 sind nicht jedwelche Störungen zu subsumieren, sondern bloss wirklich aussergewöhnliche Umstände wie ein Erdbeben oder die Störung des Arbeitsfriedens. Die Zuschlagsempfängerin hingegen hat die Bauleistungen, welche sie der Gemeinde gesondert in Rechnung stellen möchte, viel weiter und allgemeiner umschrieben - die Rede ist dort von allen Arbeitsunterbrüchen, Verzögerungen und Umänderungen, die nicht auf das Verschulden des Unternehmers zurückzuführen sind. Das geht selbstredend viel weiter als die SIA-Norm 118. Wollte man Ziff. 6.1 der Offerte der Zuschlagsempfängerin unter Art. 59 Abs. 1 der SIA-Norm 118 subsumieren, so würde der Anwendungsbereich von Art. 59 Abs. 1 der SIA-Norm 118 auf sämtliche Arbeitsunterbrüche, Verzögerungen und Umänderungen ausgeweitet, die nicht auf das Verschulden

des Unternehmers respektive der Zuschlagsempfängerin zurückzuführen sind, was klarerweise weder dem Wortlaut noch der Systematik der Art. 58 ff. der SIA-Norm 118 entspricht.

Auch ein Blick in das Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR) vom 30. März 1911 [SR 220] - insbesondere Art. 373 OR zur Höhe der Vergütung bei fester Übernahme - zeigt auf, dass die Interpretation der Gemeinde nicht mit der werkvertraglichen Risiko- und Haftungsverteilung in Einklang zu bringen ist. Das OR schreibt ebenfalls vor, dass der Unternehmer das Werk bei einer festen Übernahme um die vereinbarte Summe fertig zu stellen hat. Er darf keine Vergütung fordern, selbst wenn er mehr Arbeit oder grössere Auslagen gehabt hat, als vorgesehen war (Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver, Basler Kommentar, a.a.O., N 5 ff. zu Art. 373 OR; vgl. auch Max Walter, Mehrkosten infolge Verzögerung in der Bauabwicklung, in: SIA-Norm 118, St. Galler Baurechtstagung 2000, Tagungsbeiträge, Alfred Koller (Hrsg.), St. Gallen 2000, S. 126 f. zur alten Fassung der SIA-Norm 118). Auch hier bewilligt der Richter eine Erhöhung des Preises nur bei ausserordentlichen Umständen, die nicht vorhergesehen werden konnten. Die Haftung anders verteilen hiesse, den grössten Teil des unternehmerischen Risikos vom Unternehmer auf den Bauherrn zu überwälzen, was weder Sinn und Zweck der SIA-Norm 118 noch des OR ist. Die entschädigungsrelevanten Umstände, welche die Gemeinde in diesem Zusammenhang aufführt, beweisen, dass sie Art. 59 der SIA-Norm 118 missversteht: Bei Massnahmen für den G_____ -Marathon oder für die H_____ handelt es sich keineswegs um ausserordentliche Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten - im Gegenteil: Es sind Grossanlässe, die seit Jahren regelmässig in der Gemeinde durchgeführt werden und deshalb für die Gemeinde ohne Weiteres vorausseh- und überschaubar sind. Unvorhersehbar hingegen sind Ereignisse höherer Gewalt (BGE 41 II 365), Wassereinbrüche, Radioaktivität oder sehr grosse Steigerung von Lohn- oder Materialkosten (Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver, Basler Kommentar, a.a.O., N 18 ff. zu Art. 373 OR).

2.7 Art. 14 Abs. 1 VöB mit dem Randtitel "Einreichung" bestimmt unter anderem, das Angebot müsse schriftlich und vollständig, innerhalb der Frist, eingeschrieben per Post, an die in der Ausschreibung erwähnte Adresse zugestellt werden. Den Formvorschriften im Submissionsrecht kommt zur Gewährleistung der Vergabeprinzipien gemäss Art. 1 Abs. 3 IVöB ein hoher Stellenwert zu (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., Rz. 456). Die Entgegennahme eines Angebotes, das den Vorschriften der Ausschreibung nicht entspricht, würde das Gebot der Gleichbehandlung der Anbietenden verletzen. Ein solches Angebot ist grundsätzlich auszuschliessen (Art. 23 Abs. 1 lit. c VöB; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., Rz. 457). Dabei bleibt jedoch das Verbot des überspitzten Formalismus vorbehalten (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., Rz. 446 ff. und Rz. 457). Dieses aus Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) fliessende Verbot wendet sich gegen rigorose Formvorschriften, die als exzessiv erscheinen, durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt sind, zum blossen Selbstzweck werden und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschweren oder gar verhindern (BGE 127 I 34 E. 2a/bb; 115 Ia 17 E. 3b; 114 Ia 40 E. 3 je mit Hinweisen; Ulrich Häfelin/Georg Müller,

Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 1661). Davon kann in casu keine Rede sein. Denn: Offeriert die Zuschlagsempfängerin Leistungen, deren Mehrkosten (die nicht von der Zuschlagsempfängerin verschuldet sind) der Gemeinde separat in Rechnung gestellt werden, so divergiert sie damit grundlegend von den Ausschreibungsunterlagen, die ausdrücklich festhalten, dass Behinderungen und Mehraufwendungen in die Angebotspreise einzurechnen sind und dass keine Wartezeiten entschädigt werden. Dies fällt umso schwerer ins Gewicht, als die Zuschlagsempfängerin mit Einreichung ihres Angebots die folgenden Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich bestätigt hat:

NPK xxx:

„Bestätigung des Anbieters.

Mit seiner Unterschrift auf dem Titelblatt bestätigt der Unternehmer, dass:

- er die bevorstehenden besonderen Bestimmungen zur Kenntnis genommen hat und auf Grund derselben das Angebot einreicht. Diese Bestimmungen bilden bei der Vergabe einen integrierenden Bestandteil des Werkvertrages.
- [...]
- er sich ausdrücklich verpflichtet, in dieser Beziehung keinerlei Nachforderungen zu stellen.“

Damit ist erstellt, dass die Zuschlagsempfängerin in einem eminent wichtigen Punkt (Vergütung der Gemeinde für Mehraufwendungen des Unternehmers) grundlegend von den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen abgewichen ist.

2.8. Zusammenfassend hält das Kantonsgericht fest, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin dermassen grundlegend von den Ausschreibungsunterlagen der Gemeinde abweicht, dass es sich nicht mehr mit den Offerten der übrigen Unternehmen vergleichen lässt. Dennoch hat die Gemeinde der Zuschlagsempfängerin den Zuschlag erteilt. Dadurch hat sie das Gebot der Gleichbehandlung der Anbietenden sowie der unparteiischen Vergabe verletzt (Urteil des Kantonsgerichts A1 10 152 vom 25. Februar 2010 E. 3.6; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., Rz. 457). Da die Abweichung der Offerte der Zuschlagsempfängerin von den Ausschreibungsunterlagen der Gemeinde nicht als geringfügig angesehen werden kann, wäre die Gemeinde verpflichtet gewesen, die Zuschlagsempfängerin vom Verfahren auszuschliessen (Urteil des Kantonsgerichts A1 10 152 vom 25. Februar 2010 E. 3.6). Das hat sie nicht getan, weshalb die Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Beschwerdeführerin gutzuheissen ist. Gemäss dem Hauptbegehren der Beschwerdeführerin (Ziff. 5.1 S. 11 der Vernehmlassung vom 3. Mai 2013) ist die Zuschlagsempfängerin vom Verfahren auszuschliessen. Da die Offerte der Zuschlagsempfängerin wesentlich und grundsätzlich von den Ausschreibungsunterlagen divergiert, verstösst der Ausschluss nicht gegen das Verbot des überspitzten Formalismus und gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Urteil des Kantonsgerichts A1 10 152 vom 25. Februar 2010 E. 3.6).

3. Bei dieser Sach- und Rechtslage wäre es an und für sich nicht mehr notwendig, die weiteren aufgeworfenen Fragen betreffend die Preisplausibilität, das Qualitätsma-

nagement, den Maschinenpark, den Personaleinsatz, den Korrespondenzwechsel, die Werkqualität und die Bewertung der Zuschlagsempfängerin zu überprüfen, da die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wegen Ausschlusses der Zuschlagsempfängerin gutzuheissen ist. Der Vollständigkeit halber hält das Kantonsgericht jedoch fest, dass die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ohnehin gutzuheissen wäre, selbst wenn die Zuschlagsempfängerin nicht ausgeschlossen werden müsste. Denn die Beschwerdeführerin hält fest, dass sie die günstigste Offerte eingereicht habe (Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 11. März 2013 Ziff. 2.5 S. 4). Dennoch rangiere sie in der Gesamtbewertung bloss auf dem zweiten Platz. Diese massive Herabstufung sei für sie sachlich nicht nachvollziehbar (Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 11. März 2013 Ziff. 2.13 S. 5). Die Gemeinde macht hierzu geltend, die Erfahrungen mit der Beschwerdeführerin in den letzten Jahren seien laut Auskunft der Bauabteilung „alles andere als zufriedenstellend“ gewesen und die Auftragsabwicklung habe für die Gemeindeangestellten einen grossen personellen Mehraufwand verursacht. Gegenüber der Zuschlagsempfängerin seien beträchtliche Unterschiede auszumachen. Diese Erfahrungen seien in die Gewichtung eingeflossen (Vernehmlassung der Gemeinde vom 3. April 2013 S. 6 f.). Zur Berücksichtigung eigener Erfahrungen durch die Gemeinde im Rahmen der Bewertung der eingereichten Offerten ist festzuhalten was folgt:

3.1 Die Gemeinde hat in ihren Ausschreibungsunterlagen offengelegt, dass sie die Erfahrungen, die sie mit den offerierenden Unternehmen bereits gemacht habe, in die Bewertung der Angebote einfliessen lassen werde. Zu den Zuschlagskriterien hielt sie Folgendes fest:

NPK xxx:

„Bewertung der Angebote

Angebotspreis	50%
Qualität	30%
Termine	20%

Bewertung: max. 6 Punkte

- a) **Angebotspreis**
Tiefstes Angebot: 6 Punkte Durchschnittlicher Preis aller gültigen Angebote: 4 Punkte
- b) **Qualität**
Plausibilität der Preise
Die dem Angebot beigelegten verbindlichen Unterlagen werden auf Angaben zur Sicherstellung einer einwandfreien Qualität durchgesehen (eingesetztes Personal [Schlüsselpersonal], Maschinen und Geräte, Transporte usw.). Zudem werden die in den vergangenen Jahren gemachten Erfahrungen berücksichtigt.
- c) **Termine**
Den verbindlichen Beilagen wird entnommen, welche Ressourcen der Unternehmer für die Einhaltung der kurzen Bauzeiten sowie der Sicherstellung von möglichst kleinen Behinderungen einsetzt (Personal, Maschinen und Geräte usw.). Zudem werden die in den vergangenen Jahren gemachten Erfahrungen berücksichtigt.“

3.2 Hierbei fällt zunächst einmal die geringe Gewichtung des Preises (bloss 50 %) auf. Die Beschwerdeführerin rügt denn auch, dass die Gemeinde damit versuche, die einheimischen Anbieter unrechtmässig zu bevorteilen. Bei den sich jährlich wiederho-

lenden Belagsarbeiten handle es sich nicht um eine komplexe Ausschreibung, weshalb die Gewichtung des Preises mindestens sechzig Prozent betragen müsste (Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 11. März 2013 S. 7). Der Beschwerdeführerin ist dahingehend Recht zu geben, dass die Gewichtung des Preises üblicherweise mit der Komplexität der zu vergebenden Arbeiten interagiert (Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 11. März 2013 Ziff. 4.1 S. 7): Bei der Beschaffung von (weitgehend) standardisierten Gütern bildet der Preis das ausschlaggebende Kriterium. Je komplexer und technisch anspruchsvoller die zu vergebenden Arbeiten sind, desto eher rechtfertigt es sich, anderen Kriterien (abgesehen vom Preis) mehr Gewicht zu geben (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., Rz. 854 und Rz. 879). Einerseits fällt es in den Ermessensspielraum der Vergabebehörde, die zur Anwendung gelangenden Zuschlagskriterien zu gewichten. Andererseits geht das Kantonsgericht mit der Beschwerdeführerin dahingehend einher, dass es bei den ausgeschriebenen Belagsarbeiten nicht um technisch hochkomplexe, sondern vielmehr um übliche und repetitive Bauarbeiten handelt. Überdies fällt auf, dass die Gemeinde bei der Ausschreibung von Belagsarbeiten in der Vergangenheit den Preis jeweils mit 60 % (und nicht bloss mit 50 %) gewichtet hat (Beilagen 2 bis 6 der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 11. März 2013). Vor diesem Hintergrund mag die Gewichtung des Preises mit 50 % tatsächlich als eher tief erscheinen. Zu Gunsten der Gemeinde ist jedoch festzuhalten, dass sie die Gewichtung des Preises mit 50 % in ihren Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich festgehalten hat. Die Ausschreibung stellt eine selbständig anfechtbare Verfügung dar (Art. 15 Abs.1^{bis} lit. a IVöB). Das Bundesgericht betrachtet die Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich als integrierenden Bestandteil der Ausschreibung - allfällige Mängel der Ausschreibungsunterlagen sind deshalb, wie bei einer Beschwerde gegen die Ausschreibung selbst, innert zehn Tagen seit der Zustellung zu rügen, andernfalls das Beschwerderecht verwirkt ist (BGE 130 I 241 E. 4.2; 129 I 313 E. 6.2; 125 I 203 E. 3a; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-738/2012 vom 14. Juni 2012 E. 4.1). Da die Beschwerdeführerin dies nicht getan hat, vermag sie aus der tatsächlich ungewöhnlich tiefen Gewichtung des Preises nichts mehr zu ihren Gunsten abzuleiten.

3.3 Darüber hinaus sticht anlässlich der Lektüre der Ausschreibungsunterlagen die starke Gewichtung der eigenen Erfahrungen ins Auge. Der Einbezug der eigenen Erfahrungen der Auftraggeberin mit den offerierenden Unternehmen ist zwar grundsätzlich zulässig (vgl. auch das Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2007.00503 vom 18. November 2009 E. 6.4; Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 26. Oktober 1999 E. d, in: GVP 1999 Nr. 37 S. 107 ff.), aber nicht gänzlich unproblematisch, weil dies zwangsläufig zur Versubjektivierung des Zuschlags führt (vgl. Matthias Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in: AJP 2001, S. 1405 ff., insbes. S. 1415). Üblicherweise berücksichtigt die Vergabebehörde ihre eigenen Erfahrungen, indem sie sie wie Referenzen externer Auftraggeber in Anschlag bringt (Urteile des Bundesgerichts 2C_91/2013 vom 23. Juli 2013 E. 3.2 und 2C_549/2011 vom 27. März 2012 E. 2.4; Urteile des Verwaltungsgerichts Zürich VB.1999.00217 vom 17. Februar 2000 E. 4b/cc; VB.2007.00503 vom 18. November 2009 E. 6.4 mit Verweisen; VB.2006.00359 vom 20. Dezember 2006 E. 6.2.2; VG.2005.00136 vom 22. Juli 2005 E. 4.3.3; VB.2004.00499 vom 23. Februar 2005 E. 6.2). Dies trägt zur Objektivierbarkeit, Trans-

parenz und Nachvollziehbarkeit des Kriteriums der eigenen Erfahrungen bei. Überdies darf die Vergabestelle die eigene Erfahrung nicht von vornherein höher bewerten, sondern muss einem Anbieter, der noch nie für sie tätig war, die gleichen Chancen einräumen, indem sie seine Referenzen gleichberechtigt in die Evaluation einbezieht (Urteile des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2007.00503 vom 18. November 2009 E. 6.4 sowie VB.2004.00499 vom 23. Februar 2005 E. 6.2).

3.4 In casu stellt sich die besondere Problematik, dass die Gemeinde keine Referenzen früherer Auftraggeber in ihren Ausschreibungsunterlagen verlangt hat. Sie hält in ihren Ausschreibungsunterlagen fest, sich im Rahmen der Offert-Evaluierung allein auf ihre eigenen Erfahrungen abstützen zu wollen. Damit gibt die Gemeinde ihren eigenen Erfahrungen ein Gewicht, das weit über die Berücksichtigung eigener Erfahrungen als Referenzen externer Auftraggeber hinausgeht. In diesem Fall ist keine Verobjektivierung durch Vergleichbarkeit mehr möglich. Um dennoch eine Nachvollziehbarkeit des Zuschlags sicherzustellen, ist von der Gemeinde eine möglichst konkrete und detaillierte Umschreibung ihrer eigenen Erfahrungen zu verlangen. Erst eine konkrete Beschreibung ermöglicht eine objektive Beurteilung der Erfahrungen der Vergabestelle mit den verschiedenen offerierenden Unternehmungen sowie eine Vergleichbarkeit der eingereichten Offerten (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2006.00359 vom 20. Dezember 2012 E. 6.2.2). Die Gewichtung der eigenen Erfahrung der Vergabestelle muss nachvollziehbar begründet und verhältnismässig sein (Peter Galli/André Mosser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., Rz. 923).

Die Gemeinde hat mit ihrer Duplik vom 3. Juni 2013 verschiedene Briefe eingereicht, die sie der Beschwerdeführerin in der Vergangenheit hat zukommen lassen. Mit dieser Korrespondenz will die Gemeinde die schlechten Erfahrungen dokumentieren, die sie mit der Beschwerdeführerin gemacht hat. Die Lektüre und Bewertung der eingereichten Briefe führt das Kantonsgericht zum Schluss, dass diese nicht genügen, um einen dermassen massiven Punkteabzug in Sachen Qualität (nämlich die Note 2.00 von 6.00) und Termine (die Note 3.5 von 6.00) zu rechtfertigen, wie die Gemeinde ihn vorgenommen hat. Im Gegenteil: Das Einverlangen von Diplomen (Briefe vom 18. Mai 2010 und vom 31. Mai 2010) erscheint angesichts der Tatsache, dass die Bauarbeiten an der Bahnhofstrasse der Gemeinde zu jenem Zeitpunkt bereits in vollem Gange waren, nicht wirklich vordringlich. Auch die Abmahnung vom 8. Juni 2010 betreffend Einhaltung der Termine scheint dem Kantonsgericht wenig stichhaltig, da sie vor Ablauf der für die Beendigung der Arbeiten vereinbarten Frist ausgesprochen worden ist. Schliesslich vermag die Rüge, dass die Bauarbeiter auf der Baustelle laut und grob miteinander gesprochen hätten, nicht zu überzeugen (Brief vom 14. Juni 2010): Es ist allgemein bekannt, dass Arbeiter auf Baustellen grossen physischen Belastungen und starkem Zeitdruck ausgesetzt sind und dass sich die Tonlage - mitunter auch wegen der Arbeit mit schweren und lärmintensiven Maschinen - rasch einmal erhöht und verschärft. Ein sachlicher und objektiv haltbarer Kritikpunkt wegen qualitativ schlechter Arbeitsleistung vermag das Kantonsgericht darin nicht zu erkennen. Genau dies wäre aber notwendig, damit die Gemeinde die massiven Abzüge punkto Qualität (die Beschwerdeführerin erhielt die Note 2.00 von 6.00) und Termine (die Beschwerdeführerin wurde mit der Note 3.5 von 6.00 bewertet) zu Lasten der Beschwerdeführerin objektiv nachvollziehbar machen und legitimieren kann. Für die Mängelrüge im Werkvertrags-

recht (Art. 367 Abs. 1 OR) verlangt das Bundesgericht eine sachgerechte Substanziierung (BGE 107 II 172 E. 1a;). Die bloss allgemeine Erklärung, dass das Werk mangelhaft sei, nicht dem Vertrag entspreche oder unbefriedigend sei, genügt für eine Mängelrüge grundsätzlich nicht (Entscheid des Bundesgerichts 4C.395/2001 vom 28. Mai 2001 E. 2.1.1; vgl. auch Peter Gauch, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 2130 mit vielen weiteren Hinweisen). Die Gemeinde ging punkto Substanziierung ihrer Rügen sogar noch viel weniger weit: Sie hat es nicht bloss versäumt, ihre Rügen konkret und spezifiziert vorzutragen - sie hat sogar verschiedenenorts festgehalten, dass sie mit der Arbeitsleistung zufrieden sei und an der Qualität der Arbeit der Beschwerdeführerin nichts zu bemängeln habe (Schreiben der Gemeinde an die Beschwerdeführerin vom 28. Juni 2010; Stellungnahme der Gemeinde zu Händen des Kantonsgerichts vom 19. August 2013). Angesichts dieser Tatsache ist der massive Punkteabzug, den die Beschwerdeführerin im Rahmen der Bewertung ihrer Offerte unter dem Kriterium Qualität zu gewärtigen hatte (nämlich die Note 2.00 von 6.00), objektiv nicht nachvollziehbar und deshalb willkürlich. Die Gemeinde hat damit das - im Vergaberecht notabene grundlegende - Gebot der Transparenz verletzt (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., Rz. 955).

3.5. Das Vorgenannte schlägt sich im Ergebnis wie folgt nieder: Die Beschwerdeführerin rügt wie bereits erwähnt, beim Kriterium Qualität die Note 2.00 (von 6.00) erhalten zu haben, was mit der Gewichtung von 30 % 0.60 Punkte ergebe, während die Zuschlagsempfängerin die Note 5.00 erzielt habe, was 1.50 Punkte ergebe. Der Anhang T1 des Westschweizer Leitfadens für die Vergabe öffentlicher Aufträge empfiehlt eine Notenskala von 1 bis 5 (und nicht bis 6, vgl. http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/dinf/sg-dinf/guide_romand/t1_be-notung-0-5.ppt). Die Note 2 wird daselbst beschrieben als „teilweise genügend“: „Kandidat, der Informationen oder Dokumente für das festgelegte Kriterium geliefert hat, deren Inhalt die Erwartungen jedoch nur teilweise zu erfüllen vermag.“ Angesichts der Tatsache, dass die von der Gemeinde benutzte Notenskala nicht nur von 1 bis 5, sondern von 1 bis 6 reicht, hat die Gemeinde die Beschwerdeführerin also noch schlechter qualifiziert als mit der hiervor beschriebenen Note 2. Auf einer Notenskala von 1 bis 6 gilt gemeinhin die Note 4 als genügend. Gemäss der Notentabelle T1 des Westschweizer Leitfadens für die Vergabe öffentlicher Aufträge wird „genügend“ wie folgt umschrieben: „Kandidat, der Informationen oder Dokumente für das festgelegte Kriterium geliefert hat, deren Inhalt die Mindesterwartungen erfüllt, jedoch keine Vorteile gegenüber den andern Kandidaten aufweist.“ Nach Ansicht des Kantonsgerichts ist es der Gemeinde (wie in E. 3 erörtert) nicht gelungen, die Note 2 für die Beschwerdeführerin unter dem Kriterium „Qualität“ nachvollziehbar zu erklären. Die Beschwerdeführerin gilt unbestrittenermassen als Expertin im Bereich der ausgeschriebenen Belagsarbeiten (Replik der Beschwerdeführerin vom 3. Mai 2013 Ziff. 42 S. 6; Stellungnahme der Gemeinde vom 3. Juni 2013 2. zu Ziff. 42 S. 4). Unbestritten ist ebenfalls, dass die Beschwerdeführerin im ausgeschriebenen Arbeitsbereich klar mehr Referenzen nachweisen konnte als die Zuschlagsempfängerin (Replik der Beschwerdeführerin vom 3. Mai 2013 Ziff. 42 S. 6; Stellungnahme der Gemeinde vom 3. Juni 2013 2. zu Ziff. 42 S. 4). Die Gemeinde hat die Beschwerdeführerin überdies in früheren Bewertungen (bei den Angeboten für die Strassenbelagsarbeiten 2007, 2008, 2009 sowie 2010-2012) jeweils viel besser be-

notet als im Rahmen der vorliegenden Vergabe. Unter dem Kriterium Termine einerseits und Qualität/Erfahrung andererseits hat die Beschwerdeführerin auf insgesamt acht Bewertungen jeweils sieben Mal die Note 6 und einmal die Note 5.5 erhalten (Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 11. März 2013 Ziff. 4.2 S. 10). Die Gemeinde bestreitet dies nicht (weder in ihrer Stellungnahme vom 3. April 2013 noch in ihrer Duplik vom 3. Juni 2013; ebenso wenig in ihrer Stellungnahme vom 20. August 2013). Überdies hat die Gemeinde selbst mehrfach eingestanden, dass sie mit der Qualität der geleisteten Arbeit der Beschwerdeführerin zufrieden sei. In ihrer ergänzenden Vernehmlassung vom 19. August 2013 (S. 3) führte sie aus: „Es wird nochmals ausdrücklich festgehalten, dass nicht die Qualität des Endproduktes der Firma X_____ AG in Frage gestellt wurde, sondern laut der Bauabteilung der Einwohnergemeinde D_____ die Massnahmen sehr zeitaufwendig waren, um ein gutes Endprodukt zu erhalten.“ Vor diesem Hintergrund scheinen die massiven Punkteabzüge bei den Kriterien Qualität und Termine umso unverständlicher. In Anbetracht all dieser Umstände hätte die Gemeinde der Beschwerdeführerin für das Kriterium Qualität mindestens die Note „genügend“ (mithin eine 4) erteilen müssen. Diesfalls hätte die Beschwerdeführerin unter dem Kriterium Qualität die Punktezahl 1.2 (gewichtet mit 30 %) erhalten. Die Beschwerdeführerin hätte also eine Gesamtpunktzahl von 4.9 (3.00 + 1.2 + 0.70) erhalten und wäre damit in der Bewertung vom zweiten auf den ersten Rang vorgerückt (mit einer Differenz von 0.57 Punkten zu ihren Gunsten).

4. Gemäss Art. 18 Abs. 1 GIVöB kann die Beschwerdeinstanz die Aufhebung der Verfügung beschliessen und in der Sache selbst entscheiden oder sie an die Auftraggeberin oder den Auftraggeber mit oder ohne verbindliche Anweisungen zurückweisen, solange der Vertrag noch nicht abgeschlossen ist. Dies ist vorliegend der Fall: Der Vertrag zwischen der Gemeinde und der Zuschlagsempfängerin ist noch nicht abgeschlossen worden. In casu drängt sich keine Ergänzung der Instruktion auf; der Sachverhalt ist vollständig. Überdies kommt nur noch die Beschwerdeführerin für den Zuschlag in Frage, da nur sie Beschwerde gegen den Zuschlag eingereicht hat. Aus prozessökonomischen Gründen rechtfertigt es sich deshalb, den Zuschlag direkt der zweitplatzierten Beschwerdeführerin zu erteilen.

5. Deshalb ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gutzuheissen, der angefochtene Zuschlagsentscheid aufzuheben, die Zuschlagsempfängerin vom Verfahren auszuschliessen und der Beschwerdeführerin der Zuschlag zu erteilen. Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als obsiegende Partei mit den entsprechenden Folgen für die Tragung der Kosten und für die Zusprechung der Parteientschädigung. Im Einzelnen:

5.1 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 auftreten, werden in der Regel keine Kosten auferlegt (Art. 89 Abs. 4 VVRG). Die Beschwerdeführerin obsiegt in casu, da ihr Antrag, die Zuschlagsempfängerin vom Ver-

fahren auszuschliessen und der Beschwerdeführerin den Zuschlag zu erteilen, gutgeheissen wird. Gemäss Art. 3 des Gesetzes betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigungen vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden vom 11. Februar 2009 (GTar; SGS/VS 173.8), setzen sich die Kosten aus den Auslagen der Entscheidbehörde sowie der Gerichtsgebühr zusammen. Die Gerichtsgebühr für Beschwerdeverfahren vor der öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts beträgt in der Regel zwischen Fr. 280.-- und Fr. 4 000.-- (Art. 25 GTar). Da die Zuschlagsempfängerin im vorliegenden Verfahren keine Anträge gestellt hat und der Gemeinde - wie hiavor aufgeführt - keine Kosten auferlegt werden können, wird vorliegend auf die Erhebung von Gerichtskosten verzichtet.

5.2 Als obsiegende Partei hat die Beschwerdeführerin gemäss Art. 91 Abs. 1 VVRG Anspruch auf eine Parteientschädigung. Die Entschädigung wird im Dispositiv beziffert und der Staats- oder Gemeindekasse auferlegt, soweit sie aus Billigkeitsgründen nicht der unterliegenden Partei auferlegt werden kann (Art. 91 Abs. 2 VVRG). Das Gericht ist bei der Festlegung der Parteientschädigung nicht an die gestellten Begehren gebunden, die Parteientschädigung kann global festgesetzt werden (vom Bundesgericht bestätigt im Urteil 1P.69/2003 vom 16. Mai 2003). 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). Bei der Beurteilung des Arbeits- und des Zeitaufwands darf beachtet werden, dass das Verwaltungsverfahren im Unterschied zum Zivilprozess von der Untersuchungsmaxime beherrscht wird. Überdies ist vor Augen zu halten, dass die Beschwerdeführerin mehrere Stellungnahmen eingereicht hat. Die Parteientschädigung wird aufgrund der Bedeutung, der Schwierigkeit und des Umfangs des Falls auf Fr. 1 500.-- festgesetzt und der unterliegenden Gemeinde auferlegt.

erkennt:

1. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen und der angefochtene Vergabeentscheid wird aufgehoben. Die Zuschlagsempfängerin wird aus dem Verfahren ausgeschlossen und der Zuschlag wird der Beschwerdeführerin erteilt.
2. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung fällt als gegenstandslos geworden dahin.
3. Es wird keine Gerichtsgebühr erhoben.
4. Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Gemeinde eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1 500.-- zugesprochen.
5. Dieses Urteil ist der Beschwerdeführerin, der Zuschlagsempfängerin und der Einwohnergemeinde schriftlich mitzuteilen.

Sitten, 22. November 2013