

A1 20 140

URTEIL VOM 16. DEZEMBER 2020

**Kantonsgericht Wallis
Öffentlichrechtliche Abteilung**

Es wirken mit: Christophe Joris, Präsident, Jean-Bernard Fournier und Thomas Brunner, Richter, sowie Carmen Mangisch, Gerichtsschreiberin,

in Sachen

X _____ **AG**, Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt M _____,

gegen

EINWOHNERGEMEINDE A _____, Vorinstanz,

Y _____ **AG**, Zuschlagsempfängerin,

(Arbeitsvergabe)

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid vom 6. August 2020.

Sachverhalt

A. Die Einwohnergemeinde A _____ (fortan Gemeinde oder Vergabestelle) beabsichtigte, die Trinkwasserversorgung auszubauen. Die Gemeinde lud mit den Ausschreibungsunterlagen vom 1. Juli 2020 fünf Unternehmungen im Einladungsverfahren gemäss Art. 11 des Gesetzes betreffend den Beitritt des Kantons Wallis zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 8. Mai 2003 (GIVöB; SGS/VS 726.1) ein, ein Angebot für den Ausbau der Trinkwasserversorgung A _____ abzugeben. Die Angebote waren gemäss Ausschreibung bis am 22. Juli 2020 bei der Gemeinde einzureichen. Die Ausschreibung sah als Zuschlagskriterien den Angebotspreis mit 60 %, die Qualität und Termine mit 15 %, den Kundendienst, Reaktionszeit und Erfahrungen mit 15 % und die Nachhaltigkeit und Ökologie mit 10 % Gewichtung vor. Bei der Offertöffnung vom 27. Juli 2020 wurden zwei Eingänge registriert, darunter das Angebot der Y _____ AG von Fr. 199 870.20 und das Angebot der X _____ AG von Fr. 192 625.70.

Die Bewertung der Gemeinde ergab dann für die Y _____ AG den ersten Rang mit 478.65 Punkten. Die Offerte der X _____ AG wurde mit 478.00 Punkten bewertet und belegte den zweiten Rang. Aufgrund dieser Bewertung vergab die Gemeinde am 6. August 2020 den ausgeschriebenen Auftrag an die Y _____ AG (Zuschlagsempfängerin) zum Preis von Fr. 199 870.20, was den Anbietern am 7. August 2020 schriftlich eröffnet wurde.

B. Gegen diesen Entscheid der Vergabestelle erhob die X _____ AG (Beschwerdeführerin) am 20. August 2020 Verwaltungsgerichtsbeschwerde bei der öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts und stellte folgende Rechtsbegehren:

- "1. Dieser Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
2. Die Beschwerde sei gutzuheissen.

PRIMÄR:

3. Der Vergabeentscheid der Gemeinde A _____ vom 07. August 2020 betreffend den Tiefbauftrag zum Ausbau der Trinkwasserversorgung in der Gemeinde A _____ sei aufzuheben und der Tiefbauftrag für den Ausbau der Trinkwasserversorgung in der Gemeinde A _____ sei direkt der X _____ AG als wirtschaftlich günstigste Anbieterin zu vergeben.

SUBSIDIÄR:

4. Die Angelegenheit sei an die Gemeinde A _____ zurückzuweisen, mit der Aufforderung, den Zuschlag an die X _____ AG zu erteilen.
5. Sämtlich Kosten von Verfahren und Entscheid gehen zulasten der Gemeinde A _____.
6. Der Beschwerdeführerin wird eine angemessene Parteientschädigung zugesprochen."

Die Beschwerdeführerin macht geltend, ihr rechtliches Gehör sei verletzt worden, da der angefochtene Entscheid der Vergabestelle keine Begründung enthalte. Die in der Verfügung eingeräumte Frist von 3 Tagen für die Anforderung der Begründung sei eine unübliche Vorgehensweise und entbehre jeglicher Rechtsgrundlage, was das rechtliche Gehör verletze. Zudem habe die Vergabestelle sie sowohl für das Zuschlagskriterium 3 (Kundendienst, Reaktionszeit, Erfahrungen) als auch für das Zuschlagskriterium 4 (Nachhaltigkeit, Ökologie) auf willkürliche Art und Weise offensichtlich zu tief bewertet. Sie gehöre der F _____ an, weshalb sie auf einen grosszügigen und modernen Maschinenpark sowie eine Vielzahl Mitarbeiter zurückgreifen könne. Der von ihr für den ausgeschriebenen Auftrag eingesetzte Polier sei oft in der Region A _____ im Einsatz und betreue nebenbei kleinere Baustellen, so dass er in Bezug auf Personal und Inventar schnell reagieren könne, da er deren Verfügbarkeit kenne. Sie selber habe von B _____ aufwärts 15 bis 25 Baustellenmitarbeiter ständig im Einsatz, so dass in dringenden Fällen schnell reagiert werden könne. Der Kundendienst und die Reaktionszeit seien damit maximal gewährleistet. Die tiefe Bewertung für das Zuschlagskriterium 3 fliesse wohl aus den gemachten Erfahrungen mit dem in der Vergangenheit an die Beschwerdeführerin erteilten Auftrag «G _____ strasse». Die dort unvorhergesehen aufgetretenen Probleme seien aber auf die Gemeinde zurückzuführen. Die Berücksichtigung dieser Erfahrung stelle ein sachfremdes Kriterium dar und stehe damit mit der tatsächlichen Situation klar im Widerspruch, was als missbräuchlich zu qualifizieren sei. Darüber hinaus sei sie seit dem Jahr 2018 für ihr Umweltmanagement ISO 14001:2015-zertifiziert. Folglich sei ihr Inventar als umwelttechnisch einwandfrei einzustufen und die Ressourcen würden umweltfreundlich und umweltbewusst eingesetzt. Zudem verfüge die F _____ über 2 Werkhöfe in C _____ und D _____ sowie über ein Kieswerk in E _____, was kürzere Transportwege und die Baustellennähe garantiere. Schliesslich stamme ein Teil der Baustellenmitarbeiter aus A _____, was die Transportwege ebenfalls verkürze. Die Vergabestelle habe sie bei den Zuschlagskriterien 3 und 4 auf willkürliche Art und Weise zu tief bewertet.

C. Die Beschwerde wurde am 24. August 2020 an die Vergabestelle und die Zuschlagsempfängerin zur Vernehmlassung weitergeleitet mit dem Hinweis, dass alle Vollziehungsvorkehren (insbesondere der Vertragsschluss betreffend die Arbeitsvergabe) zu unterlassen seien, bis über das Gesuch um aufschiebende Wirkung entschieden sei.

Die Zuschlagsempfängerin beantragte in ihrer Beschwerdeantwort vom 10. September 2020, die Akteneinsicht nur eingeschränkt zu gewähren und die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen. Zur Bewertung könne sie sich nicht äussern, da diese von der Vergabestelle vorgenommen worden sei und durch diese erläutert werden müsse. Zum Zuschlagskriterium 3 (Kundendienst, Reaktionszeit und Erfahrungen) führte sie aus, welche Schlüsselpersonen und Arbeitnehmer in ihrem Unternehmen für das Projekt verantwortlich seien. Was die Nachhaltigkeit und die Ökologie betreffe, verweise sie auf ihren technischen Bericht. Beton und Kies beziehe sie aus A _____, was zu kurzen Transportwegen führe. Sie verfüge über ein Mehr-Mulden-Konzept und aus dem Inventar könne entnommen werden, dass sie über neuwertige Maschinen verfüge, die dem Stand der Technik entsprechen würden. Damit sei nachgewiesen, dass sie die Anforderungen hinsichtlich Nachhaltigkeit und Ökologie erfülle.

Die Vergabestelle beantragte in ihrer Beschwerdeantwort vom 11. September 2020 die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werde. Die Bewertung sei mittels Multikriterienanalyse erfolgt. Dabei seien Bewertungsgrundlagen verwendet worden wie bereits bei der Bewertung einer früheren Ausschreibung, bei der die Beschwerdeführerin damals den Zuschlag erhalten habe. Gegen diese Bewertung habe die Beschwerdeführerin keine Einsprache erhoben. Die Vergabestelle bestreite, das Zuschlagskriterium 3 und 4 willkürlich bewertet zu haben. Hinsichtlich des Zuschlagskriteriums 3 brachte sie vor, sie habe bereits bei mehreren Projekten in der Wasserversorgung mit der Zuschlagsempfängerin zusammengearbeitet. Deren rasche Reaktionszeit habe sich positiv auf die Bewertung ausgewirkt. Bei einer Notsituation sei durch diese ein kurzfristiger Einsatz erfahrungsgemäss gewährleistet. Die Bewertung beim Zuschlagskriterium 4 gründe darauf, dass die Selbstdeklarationen bezüglich der Tourismusförderungstaxe 2018 und 2019 klar aufzeigen würden, dass die Beschwerdeführerin nur eine Vollzeitstelle in der Gemeinde A _____ beschäftige, wohingegen die Zuschlagsempfängerin eine Beschäftigung von 10 bis 15 Arbeitsplätzen deklariere. Sie habe das rechtliche Gehör insoweit nicht verletzt, als dass sie die Vorlagen des Kantons bezüglich des öffentlichen Beschaffungswesens verwendet habe. Es müsse davon ausgegangen werden, dass die in diesen Vorlagen enthaltenen Fristen den Rechtsgrundlagen entsprechen würden. Schliesslich sei der Ausbau der Wasserversorgung dringend notwendig und sollte noch im Jahr 2020 realisiert werden.

D. Am 12. Oktober 2020 reichte die Beschwerdeführerin eine Replik ein und hielt ihre Rechtsbegehren aufrecht. Aus der Tatsache, dass beim damaligen Ausschreibungsprojekt «G _____strasse» die gleichen Bewertungsgrundlagen verwendet worden

seien und sie keine Einsprache erhoben habe, könnten keine rechtlich relevanten Schlüsse gezogen werden. Die Vergabestelle begründe nicht, warum die erfahrungsgemäss rasche Reaktionszeit der Zuschlagsempfängerin für diese eine höhere Bewertung des Zuschlagskriteriums 3 rechtfertige, zumal sie ein gleichwertiges Reaktionsverhalten garantieren könne. Sie verfüge aktuell über zwölf Baustellen in der Region A _____, auf denen zurzeit 34 Baustellenmitarbeiter beschäftigt seien. Des Weiteren würden 20 Arbeitnehmer der F _____, die jederzeit für sie eingesetzt werden könnten, ihren Wohnsitz im Bezirk A _____ haben. Dazu reichte sie im Rahmen der Replik eine Mitarbeiterliste ein. Ebenso begründe die Vergabestelle die Punktevergabe beim Zuschlagskriterium 4 nicht ausreichend. Die Vergabestelle schliesse aus einer vermeintlich höheren durch die Zuschlagsempfängerin im A _____ beschäftigten Arbeitnehmerzahl auf eine nachhaltigere und ökologischere Arbeitsweise des betreffenden Unternehmens, ohne ihre ISO 14001:2015-Zertifizierung zu berücksichtigen. Bei der Punktevergabe einzig auf die in der Region A _____ wohnhaften Angestellten eines Unternehmens abzustellen, diene der ungerechtfertigten Bevorzugung des Mitbewerbers, was eine willkürliche Bewertung darstelle. Sie bestritt die von der Vergabestelle geltend gemachte Dringlichkeit der Ausbauarbeiten. Schliesslich ändere der Umstand, dass die Vergabestelle die Vorlagen des Kantons bezüglich des öffentlichen Beschaffungswesens verwendet habe, nichts an der Tatsache, dass diese ihr rechtliches Gehör verletzt habe. Die Anfertigung einer tabellarischen Multikriterienanalyse genüge der Begründungspflicht nicht.

E. Die Zuschlagsempfängerin reichte am 20. Oktober 2020 eine Duplik ein und bestritt die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Aussagen.

Die Vergabestelle duplizierte am 30. Oktober 2020 und hielt ihre Rechtsbegehren aufrecht. Die Übersicht der Baustellen der Beschwerdeführerin zeige, dass nur 5 Baustellen in ihrem Gemeindegebiet seien und es sich meistens um befristete Baustellen handle. Gemäss Deklarationen der Tourismusförderungstaxe 2020 habe die Beschwerdeführerin bis Februar 2020 eine Vollzeitstelle und ab März 2020 nur noch eine 50 % Stelle angegeben. Die Zuschlagsempfängerin verfüge über 23 anrechenbare Arbeitsplätze. Die von der Beschwerdeführerin eingereichte Mitarbeiterliste sei überprüft worden und bedürfe einiger Anmerkungen. Beim Zuschlagskriterium 3 sei der Punkt «Erfahrungen» wohl am stärksten gewichtet. Die gemachten Erfahrungen aus der jahrelangen Zusammenarbeit mit der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin hätten den Vergleich zugelassen. Die Bewertung sei nicht willkürlich erfolgt.

F. Am 6. November 2020 reichte die Beschwerdeführerin eine Triplik ein.

Erwägungen

1. Ausschluss- und Zuschlagsverfügungen von Vergabestellen sind Verfügungen im Sinne von Art. 15 Abs. 1^{bis} der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 (IVöB; SGS/VS 726.1-1). Der Entscheid der Vergabestelle vom 7. August 2020 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 (kGIVöB; SGS/VS 726.1) und damit auch gemäss Art. 5 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (VVRG; SGS 172.6), gegen den innert 10 Tagen beim Kantonsgericht Beschwerde eingereicht werden kann (Art. 16 kGIVöB; Art. 15 Abs. 2 und Abs. 2^{bis} IVöB). Die Vergabestelle ist eine Auftraggeberin im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. b kGIVöB und hat das Einladungsverfahren nach Art. 11 kGIVöB gewählt.

1.2 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 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 im 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 Vergabeentscheids 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).

1.3 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).

1.4 Die Beschwerdeführerin hat den Antrag gestellt, ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Mit Verfügung vom 24. August 2020 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.

2. Aus Art. 16 IVöB resp. 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 vom Beschwerdeführer im Einzelnen darzulegen ist, inwiefern die Verfügung mangelhaft sein soll (Urteil des Kantonsgerichts A1 19 83 vom 23. August 2019 E. 2.). Zudem steht den Vergabebehörden bereits bei der Festlegung der für den Zuschlag massgeblichen Kriterien, dann aber auch bei deren Gewichtung und Bewertung, ein erheblicher Ermessensspielraum zu (ZBI 99/2000 S. 267; 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 Urteile des Bundesgerichts 2C_1021/2016, 2D_39/2016 vom 18. Juli 2017 E. 8.2 und 2P.85/2001 vom 6. Mai 2002 E. 3.2). Bei reinen Fragen der Bewertung der in einem Vergabeverfahren eingereichten Offerten nach den jeweils massgebenden Zuschlagskriterien tritt das Gericht aus diesem Grund nicht als Obernotengeber auf. Es kann nur dort eingreifen, wo eine Bewertung erwiesenermassen falsch und sachlich nicht haltbar ist. Rein appellatorische Kritik an der Notengebung kann das Gericht nicht zum Eingreifen und zur Korrektur veranlassen. Voraussetzung für ein Eingreifen und eine

Korrektur ist vielmehr der Nachweis einer willkürlichen, sachlich nicht zu rechtfertigenden Bewertung eines Kriteriums (Urteil des Kantonsgerichts A1 18 82 vom 21. September 2018 E. 2).

3. Die Beschwerdeführerin beantragt nebst ihren eingereichten Urkunden die Edition sämtlicher Akten des Vergabeverfahrens «Ausbau Trinkwasserversorgung A _____» und des Vergabeverfahrens «G _____strasse» durch die Vergabestelle sowie Partei- und Zeugeneinvernahmen.

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

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 beantragten Beweismittel der Beschwerdeführerin, namentlich die Partei- und Zeugeneinvernahmen sowie die Edition sämtlicher Akten des Vergabeverfahrens «G _____strasse», 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.

4. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vergabestelle habe ihr rechtliches Gehör verletzt, indem sie ihren Vergabeentscheid nicht schriftlich begründet habe. Die Anfertigung einer tabellarischen Multikriterienanalyse genüge der Begründungspflicht nicht. Die von der Gemeinde im Vergabeentscheid eingeräumte Frist von drei Tagen für die Anforderung der Begründung sei eine unübliche Vorgehensweise und entbehre jeglicher Rechtsgrundlage. In ihrer Beschwerde forderte sie, die Vergabestelle sei aufzufordern, in ihrer Stellungnahme die wesentlichen Gründe für den Verfügungsentscheid nachzuzeichnen, damit sie in ihrer Replik darauf eingehen könne.

4.1 Gemäss Art. 13 lit. h IVöB haben die Kantone in ihren Ausführungsbestimmungen die Mitteilung und eine kurze Begründung des Zuschlags zu regeln. Nach Art. 34 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 (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau WBE.2011.246 vom 25. Juni 2012 E. 6.3.2; vgl. 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 Kantongerichts genügt grundsätzlich die Zustellung der Gesamtübersicht aller Bewertungen mit allen einzelnen Kriterien, um der Begründungspflicht hinreichend Rechnung zu tragen (Urteile des Kantonsgerichts A1 13 351 vom 14. März 2014 E. 4.1 und A1 11 128 vom 18. November 2011 E. 3.2). Dieses Transparenzgebot findet sich auch in Art. 34 Abs. 3 VöB wieder, wonach für den Fall, dass das Angebot des Zuschlagsempfängers nicht das preisgünstigste ist, die Vergabeverfügung neben dem Namen des Zuschlagsempfängers und dem Zuschlagsbetrag auch zwingend die Tabelle der Angebotsbewertung enthalten muss, die mindestens die Zuschlagskriterien und eventuellen Unterkriterien, deren Gewichtung sowie die Noten des Zuschlagsempfängers und des Verfügungsadressaten bzw. die Klassierung des Verfügungsadressaten beinhalten muss.

4.2 Vorliegend hat die Beschwerdeführerin zu einem Preis von Fr. 192 625.70 offeriert und die Zuschlagsempfängerin zu einem Preis von Fr. 199 870.20. Demzufolge hat die Beschwerdeführerin das preisgünstigere Angebot eingereicht. Der Vergabeentscheid enthielt den Namen des Zuschlagsempfängers, den Zuschlagsbetrag und die Tabelle der Angebotsbewertung. Weiter enthielt der Vergabeentscheid den Hinweis, dass die Möglichkeit besteht, die wesentlichen Gründe für den Verfügungsentscheid innert drei Tagen einzufordern. Insofern entspricht dies den Anforderungen in Art. 34 Abs. 3 VöB. Von der genannten Möglichkeit, eine Begründung anzufordern, hat die Beschwerdefüh-

rerin keinen Gebrauch gemacht. Der Beschwerdeführerin ist dahingehend Recht zu geben, dass der Vergabeentscheid selber keine kurze Begründung enthielt. Die Frage, ob die Behörde ihrer Begründungspflicht genügend nachgekommen ist und die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs grundsätzlich begründet ist, kann aus nachstehenden Gründen aber offen bleiben.

4.3 Nach der bundesgerichtlichen Praxis kann eine Gehörsverweigerung geheilt werden, wenn die unterlassene Anhörung, Akteneinsicht oder Begründung in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, das eine Prüfung im gleichen Umfang wie durch die Vorinstanz erlaubt. Begründet wird dies mit prozessökonomischen Gründen. Eine «Heilung» allerdings lässt das Bundesgericht bei besonders schwerwiegender Verletzung von Parteirechten zu und es muss die Ausnahme bleiben (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., 2020 N. 1175 mit weiteren Hinweisen; BGE 142 II 218 E. 2.8.1, 137 I 197 E. 2.3.2; Urteile des Bundesgerichts 5A_561/2018 vom 14. Dezember 2018 E. 2.3, 5A_120/2019 vom 21. August 2019 E. 2.3 und 8C_449/2019 vom 18. Dezember 2019 E. 4.2). Verfahrensmässig ist nach Rechtsprechung und Lehre ferner darauf abzustellen, welche Folge aufgrund der konkreten Umstände die Heilung für die Partei hat, deren rechtliches Gehör verletzt worden ist, unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie und der Möglichkeit, vor zwei Instanzen ihre Rügen vorzubringen (Urteil des Bundesgerichts 1P.43/2005 vom 12. April 2005 E. 3.1; Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 467; Lorenz Kneubühler, Gehörsverletzung und Heilung, ZBI 99/1998 S. 97 ff.; René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, N 332, S. 66; kritisch Hansjörg Seiler, Abschied von der formellen Natur des rechtlichen Gehörs, SJZ 100/2004, S. 377, insbes. S. 381).

4.4 Auch wenn man im vorliegenden Fall eine Verletzung des rechtlichen Gehörs bejahen würde, fällt eine Rückweisung angesichts prozessökonomischer Gründe ohnehin ausser Betracht. Zudem hat sich die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde die Möglichkeit der Beschwerdeergänzung vorbehalten, was ihr im Rahmen des Replikrechts offen stand. Zugleich hat die Vergabestelle im Rechtsmittelverfahren eine Begründung in ihrer Beschwerdeantwort vom 11. September 2020 geliefert, zu welcher die Beschwerdeführerin Stellung nehmen konnte und dies auch getan hat. Dadurch kann eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt angesehen werden (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 1246, 1250 mit Hinweisen). Eine Aufhebung des Vergabeentscheids rechtfertigt sich aus diesen Gründen nicht.

5. Die Beschwerdeführerin rügt, sie habe beim Zuschlagskriterium 3 «Kundendienst, Reaktionszeit und Erfahrungen» (zu 15 % gewichtet) eine zu tiefe Benotung erhalten. Sie gehöre der F _____ an, weshalb sie auf einen grosszügigen und modernen Maschinenpark sowie eine Vielzahl qualifizierter Mitarbeiter zurückgreifen könne. Der von ihr für die Ausbauarbeiten der Trinkwasserversorgung eingesetzte Polier sei ständig in der Region A _____ im Einsatz und kenne die geografischen Gegebenheiten und die Bevölkerung. Da dieser mehrere Baustellen betreue, könne er in Bezug auf Inventar und Personal schnell reagieren, da er deren Verfügbarkeiten kenne. Sie habe von B _____ aufwärts 15 bis 25 Baustellenmitarbeiter ständig im Einsatz, was eine Reaktion innert Stundenfrist bedeute. Die Verfügbarkeit von Personal und damit der Kundendienst und die Reaktionszeit seien maximal und zumindest gleichwertig wie bei der Zuschlagsempfängerin gewährleistet, so dass sie mit der Maximalpunktzahl von 5 Punkten hätte bewertet werden müssen. Dazu reichte sie im Rahmen ihrer Replik eine Mitarbeiterliste ein, die ebenfalls die Wohnorte der Mitarbeiter aufführte. Zudem stehe sie kurz vor dem Abschluss einer Pikettdiensterweiterung mit einem regionalen Netzbetreiber, um die bereits kurzen Interventionszeiten weiterhin zu gewährleisten, wenn nicht sogar weiter zu verkürzen. Die von der Vergabestelle tiefe Bewertung stamme aber wohl aus den gemachten Erfahrungen mit dem in der Vergangenheit an sie erteilten Auftrag «G _____strasse», bei dem es zu unvorhergesehenen Problemen gekommen sei. Diese seien aber von der Vergabestelle verschuldet gewesen und nicht von ihr. Diese Erfahrung sei offensichtlich in die Bewertung miteingeflossen, was zu einer Berücksichtigung eines sachfremden Kriteriums führe und damit mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehe und als missbräuchlich zu qualifizieren sei.

5.1 Die Vergabestelle verneinte die Umstände, wonach die Arbeitsausführung bei den Projekten «G _____strasse» und «Revitalisierung H _____» nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprochen und einen Mehraufwand bedeutet hätten, bei der Bewertung berücksichtigt zu haben. Sie habe bereits bei mehreren Projekten in der Wasserversorgung mit der Zuschlagsempfängerin zusammengearbeitet. Diese habe eine rasche Reaktionszeit, die sich positiv auf die Bewertung ausgewirkt habe. Erfahrungsgemäss sei bei Notsituationen seitens der Zuschlagsempfängerin ein kurzfristiger Einsatz gewährleistet. Zu der von der Beschwerdeführerin eingereichten Mitarbeiterliste machte die Vergabestelle einige Bemerkungen, wonach gewisse Mitarbeiter nicht im Bezirk A _____ wohnhaft und andere nur in einem Teilpensum angestellt seien. Der Punkt Erfahrung sei wohl am stärksten gewichtet worden. Aufgrund jahrelanger Zusammenarbeit mit der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin hätten betreffend Kundendienst, Reaktionszeit und Erfahrungen entsprechende Vergleiche gezogen werden

können. Die Bewertung sei nicht willkürlich vorgenommen worden. Die Zuschlagsempfängerin ihrerseits äusserte sich dahingehend, dass die Bewertung von der Vergabestelle vorgenommen worden sei und diese erläutern müsse, wie bewertet worden sei.

5.2 Nach der Rechtsprechung darf eine Auftraggeberin die eigenen Erfahrungen, die sie mit einem Anbieter gemacht hat, wie externe Referenzen in die Bewertung einbeziehen (BGE 139 II 489 E. 3.2; Urteile des Bundesgerichts 2C_42/2020 vom 23. Oktober 2020 E. 1.5, 2C_91/2013 vom 23. Juli 2013 E. 3.2; Urteil des Kantonsgerichts A1 13 351 vom 14. März 2014 E. 6.1; Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2007.00503 vom 18. November 2009 E. 6.4 mit Verweisen). Dies trägt zur Objektivierbarkeit, Transparenz 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). Die Gewichtung der eigenen Erfahrung der Vergabestelle muss nachvollziehbar begründet und verhältnismässig sein (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 923).

5.3 Das Zuschlagskriterium 3 «Kundendienst, Reaktionszeit und Erfahrungen» wurde mit 15 % gewichtet. Wie aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgeht, spielen diesbezüglich bei der Bewertung die Organisation, die Leute vor Ort und die Reaktionszeit eine Rolle. Die Vergabestelle erteilte der Beschwerdeführerin für dieses Kriterium 4.2 von 5 Punkten. Die Zuschlagsempfängerin erhielt demgegenüber die Maximalpunktzahl. Zur Beurteilung der Reaktionszeit reichte die Zuschlagsempfängerin im Rahmen ihres Angebots auch eine Mitarbeiterliste ein, die zeigte, wo die angestellten Mitarbeiter ihren Wohnsitz haben. Eine solche wurde von der Beschwerdeführerin aber erst, und folglich zu spät, im Rechtsmittelverfahren eingereicht. Die Vergabestelle konnte damit die Reaktionszeit der Zuschlagsempfängerin besser einschätzen und beurteilen. Dies vermag die höhere Punktzahl der Zuschlagsempfängerin gegenüber derjenigen der Beschwerdeführerin zu rechtfertigen. Wie in der vorangehenden Erwägung bereits erläutert, durfte die Vergabestelle ihre bereits gemachten Erfahrungen in die Bewertung miteinbeziehen, zumal sie sowohl mit der Beschwerdeführerin als auch mit der Zuschlagsempfängerin bereits mehrfach zusammengearbeitet hat. Demnach hat sie mit Letzterer bis dato gute Erfahrungen gemacht, die sich positiv auf die Bewertung ausgewirkt haben. Nach An-

sicht des Kantonsgerichts ist damit die Bewertung der Vergabestelle betreffend das Zuschlagskriteriums 3 vertretbar und es sind keine Gründe ersichtlich, die eine willkürliche und nicht objektiv nachvollziehbare Bewertung belegen würden.

6. Bezüglich des Zuschlagskriteriums 4 «Nachhaltigkeit, Ökologie» (zu 10 % gewichtet) rügt die Beschwerdeführerin ebenfalls eine zu tiefe Bewertung. Sie sei seit dem Jahre 2018, nebst anderen Zertifikaten, für ihr Umweltmanagementsystem ISO 14001:2015-zertifiziert. Der betriebliche Umweltschutz sei dadurch in allen umweltrelevanten Unternehmensprozessen garantiert. Ihr Inventar sei als umwelttechnisch einwandfrei einzustufen und ihre Ressourcen würden umweltfreundlich und umweltbewusst eingesetzt. Darüber hinaus verfüge die F _____, der sie angehöre, nebst einem Werkhof in I _____ ebenfalls über einen solchen in C _____ und D _____ sowie über ein Kieswerk in E _____, was kürzere Transportwege in die Region A _____ und damit die Baustellennähe garantiere. Zudem sei es willkürlich, bei der Punktevergabe einzig auf die in der Region A _____ wohnhaften Angestellten abzustellen, da dies einzig der Bevorzugung des Mitbewerbers diene. Ihr Angebot hätte beim Zuschlagskriterium 4 mit der Maximalpunktzahl von 5 Punkten statt nur mit 4 Punkten bewertet werden müssen. Die Bewertung der Vergabestelle müsse als willkürlich eingestuft werden.

6.1 Die Vergabestelle weist den Vorwurf der willkürlichen Bewertung zurück. Sie begründete die Bewertung damit, dass die Selbstdeklarationen der Tourismusförderungstaxe 2018 und 2019 klar aufzeigen würden, dass die Beschwerdeführerin im Depot C _____ und damit in der Gemeinde A _____ nur eine Vollzeitstelle beschäftigt habe. Die Selbstdeklaration der Tourismusförderungstaxe 2020 zeige sogar, dass die Beschwerdeführerin ab März 2020 nur noch eine 50 % Stelle beschäftige. Demgegenüber deklariere die Zuschlagsempfängerin gemäss den Selbstdeklarationen der Tourismusförderungstaxe 2018 und 2019 10 bis 15 Arbeitsplätze. Die Selbstdeklaration der Tourismusförderungstaxe 2020 zeige bei der Zuschlagsempfängerin 32 anrechenbare Arbeitsplätze, obwohl hier angemerkt werden müsse, dass es sich dabei nicht um die effektive Anzahl Mitarbeitende handle, sich jedoch eine hohe Differenz zu jener der Beschwerdeführerin ablesen lasse. Die Zuschlagsempfängerin ihrerseits äusserte sich dahingehend, dass die Bewertung von der Vergabestelle vorgenommen worden sei und diese erläutern müsse, wie bewertet worden sei.

6.2 Das Zuschlagskriterium 4 «Nachhaltigkeit, Ökologie» wurde mit 10 % gewichtet. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen spielen diesbezüglich bei der Bewertung die Transportwege (Umweltdistanzen Personal, Material) und das Inventar eine Rolle. Die

Vergabestelle erteilte der Beschwerdeführerin für dieses Kriterium 4 von 5 Punkten. Die Zuschlagsempfängerin erhielt demgegenüber die Maximalpunktzahl.

6.3 Zu der Qualitätszertifizierung, aus der die Beschwerdeführerin eine höhere Bewertung für sich ableiten will, ist Folgendes festzuhalten: Ein Managementsystem des Unternehmens bezweckt, in einem Unternehmen die wertschöpfenden Prozesse zu optimieren und die nicht-wertschöpfenden Prozesse effizienter zu gestalten. Dazu werden die bestehenden Prozesse in einem ersten Schritt analysiert und abgebildet. Notwendige Massnahmen zur Verbesserung der Prozesse sind in einem zweiten Schritt zu planen und umzusetzen (Schweizerischer Ingenieur- und Architekturverein SIA [Hrsg.], Merkblatt 2007: Qualität im Bauwesen, Aufbau und Anwendung von Managementsystemen, Ausgabe 2001 [SIA-Merkblatt], S. 13; Urteile des Kantonsgerichts A1 19 83 vom 23. August 2019 E. 3.11.2 und A1 10 235 vom 27. Mai 2011 E. 4.4). Ein Managementsystem des Unternehmens gibt damit allgemein Auskunft darüber, ob in einer Unternehmung die Prozessabläufe optimiert wurden. Aus einer Qualitätszertifizierung lässt sich nicht zwangsläufig ein unmittelbarer Qualitätsvorsprung gegenüber nicht-zertifizierten Unternehmungen ableiten; die Zertifizierung ist lediglich ein Indiz für Qualität, nicht mehr; ebenso gut kann z. B. auch eine Referenzliste Auskunft über die Qualifikation einer Unternehmung geben (vgl. Peter Gauch/Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, 1999, N. 10.4, S. 20 f.). Daraus darf aber nicht geschlossen werden, die Vergabestelle dürfe nicht auf eine solche Zertifizierung abstellen. Letztlich ist es Sache der Vergabestelle, auf welche Weise sie die Qualität eines Angebots berücksichtigen und beurteilen will, und in ihrem Ermessen liegt es grundsätzlich auch, welches Gewicht sie solchen Zertifikaten beimessen will.

Die von der Vergabestelle im vorliegenden Fall vorgenommene Bewertungsabstufung und vor allem die Tatsache, dass sie ein Unternehmen mit "offiziell" anerkannter ISO-Zertifizierung nicht höher bewertet als ein nicht zertifiziertes Unternehmen, ist nicht zu beanstanden. Eine sachlich nicht haltbare, willkürliche Bewertung der Beschwerdeführerin liegt nicht vor.

6.4 Schliesslich ist auch noch zu berücksichtigen, dass die Vergabestelle gemäss Ausschreibungsunterlagen dem Inventar eine gewisse Beachtung bei der Beurteilung des Kriteriums 4 beigemessen hat. Diesbezüglich reichte die Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot eine Inventarliste ihrer Maschinen ein. Die Beschwerdeführerin behauptet zwar im technischen Bericht, auf einen modernen und grosszügigen Maschinenpark zurückgreifen zu können, hat es aber unterlassen oder versäumt, eine dementsprechende In-

ventarliste im Rahmen ihres Angebots einzureichen. Die Vergabestelle konnte sich demnach bei der Beurteilung des Inventars hinsichtlich der Umweltverträglichkeit und Ökologie nur ein Bild darüberschicken, welche Maschinen die Zuschlagsempfängerin besass, nicht aber über welche die Beschwerdeführerin verfügte. Aus den genannten Gründen ist demnach vertretbar, dass die Vergabestelle der Beschwerdeführerin beim Zuschlagskriterium 4, in dem auch das Inventar beurteilt wurde, nur 4 statt 5 Punkte erteilte. In Bezug auf die Bewertung der Zuschlagskriteriums 4 lässt sich somit ebenfalls keine Ermessenüberschreitung feststellen.

7. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Vergabe des Auftrags an die Zuschlagsempfängerin unter Berücksichtigung des der Vergabehörde zukommenden Ermessens vertretbar ist. Die Beschwerde ist mithin abzuweisen.

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

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 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. 1 800.-- festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt.

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 Behörden, welche obsiegen, in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen. Es bestehen vorliegend keine Gründe, von der Grundregel abzuweichen, weshalb der Gemeinde keine Parteientschädigung zugesprochen wird. Die der nicht anwaltlich vertretenen Zuschlagsempfängerin zuzusprechende Parteientschädigung wird aufgrund der Bedeutung des Falles, seines Umfangs und seines

Schwierigkeitsgrades für die im Verfahren vor dem Kantonsgericht ausgeführten Arbeiten, welche in der Einreichung einer Beschwerdeantwort (3 Seiten) und einer Duplik (1 Seiten) bestanden haben, auf Fr. 250.-- festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt.

Demnach erkennt das Kantonsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung wird als gegenstandslos abgeschrieben.
3. Die Gerichtskosten von Fr. 1 800.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Der Zuschlagsempfängerin wird eine Parteientschädigung von Fr. 250.-- zu Lasten der Beschwerdeführerin zugesprochen.
5. Das Urteil wird der Beschwerdeführerin, der Zuschlagsempfängerin und der Einwohnergemeinde A _____ schriftlich mitgeteilt.

Sitten, 16. Dezember 2020