

A1 20 68

URTEIL VOM 9. JULI 2020

**Kantonsgericht Wallis
Öffentlichrechtliche Abteilung**

Es wirken mit: Christophe Joris, Präsident, Dr. Thierry Schnyder und Thomas Brunner,
Richter,

in Sachen

X _____ AG

gegen

EINWOHNERGEMEINDE A _____, vertreten durch Rechtsanwalt M _____

Y _____

(Arbeitsvergabe)

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid vom 7. April 2020.

Sachverhalt

A. Mit E-Mail vom 8. April 2020 teilte B _____ im Auftrag der Gemeinde A _____ (fortan: Gemeinde) dem Vertreter der X _____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin), C _____, mit, dass der Zuschlag für die Sanierungsarbeiten der Curlinghalle des Sportzentrums A _____ an das Unternehmen Y _____ (fortan: Zuschlagsempfängerin) vergeben worden war. Dabei wurde das Angebot der Y _____ im Betrag von Fr. 15 334.35 (inkl. MwSt.) mit 100/100 Punkten gewertet und dasjenige der X _____ AG im Betrag von Fr. 16 047.31 (inkl. MwSt.) mit 95.35/100 Punkten.

B. Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin am 4. April 2019 Verwaltungsgerichtsbeschwerde bei der öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts und stellte folgende Rechtsbegehren:

- "1. Ich verlange vollständige Akteneinsicht der Einwohnergemeinde A _____, insbesondere Einsicht in das Angebot der Firma Y _____.
2. Das Kantonsgericht Wallis erteilt vorliegender Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung und weist die Einwohnergemeinde A _____ umgehend darauf hin, dass sie jeglichen Vertragsschluss bis zum rechtskräftigen Entscheid in vorliegender Angelegenheit zu unterlassen hat.
3. Primär: Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen, die angefochtene Zuschlagsverfügung aufgehoben und das Kantonsgericht Wallis vergibt die angefochtenen Arbeiten an die X _____ AG.
4. Subsidiär: Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen, die angefochtene Zuschlagsverfügung aufgehoben und die Sache zurück an die Gemeinde A _____ zur neuen Vergabe der Arbeiten gewiesen.
5. Die Kosten des Verfahrens und des Entscheids trägt die Einwohnergemeinde A _____.
6. Die Einwohnergemeinde A _____ bezahlt der X _____ AG eine angemessene Parteientschädigung."

Dabei kritisierte die Beschwerdeführerin, dass das Vergabeverfahren in mehrfacher Hinsicht mangelhaft erfolgt sei. Sie sei davon ausgegangen, dass aufgrund des geringen Auftragswerts das freihändige Verfahren durchgeführt werde, zumal auch keine Einladungsunterlagen im Sinne von Art. 6 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Juni 2003 (kVöB; SGS/VS 726.100) an sie zugestellt worden seien. Deshalb überrasche es umso mehr, dass in der Zuschlagsverfügung vom Einladungsverfahren gesprochen werde und die Zuschlagsempfängerin ebenfalls eingeladen worden sei. Wenn schon das Einladungsverfahren durchgeführt werde, so hätte die Gemeinde zumindest fünf Angebote von qualifizierten Unternehmen verlangen müssen (Art. 11 des Gesetzes betreffend den Beitritt des Kantons Wallis zur Interkantonalen Vereinbarung

über das öffentliche Beschaffungswesen [kGIVöB; SGS/VS 726.1]), was sie jedoch unterlassen habe. Ausserdem seien keine Zuschlagskriterien bekannt gegeben worden, weshalb davon ausgegangen werden müsse, dass einzig der Preis entscheidend gewesen sei, was einen Widerspruch zu Art. 31 Abs. 3 kVöB darstelle, da eine Bausanierung per se kein standardisiertes Gut darstelle. Aufgrund dessen sei auch die Gewichtung der Punkte nicht nachvollziehbar. Schlussendlich habe die Gemeinde auch gegen die Ausstandsregeln gemäss Art. 11 der Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SGS/VS 726.1-1) verstossen: Der Inhaber der Zuschlagsempfängerin, D _____, sei ein enger Freund von B _____, weshalb die Wahrscheinlichkeit gross sei, dass B _____ D _____ über das Angebot der Beschwerdeführerin informiert habe, so dass dieser eine billigere Offerte erstellen konnte, um sodann den Zuschlag zu erhalten. Es sei nämlich unwahrscheinlich, dass zwei Konkurrenzofferten lediglich Fr. 712.96 voneinander abweichen.

C. Am 23. April 2020 nahm die Gemeinde dazu Stellung und beantragte die Abweisung der Beschwerde, sofern darauf eingetreten werden könne. Gegenstand der Vergabe seien die Betonsanierungsarbeiten für die Curlinghalle des Sportzentrums A _____, welche unumstritten Arbeiten im Baunebengewerbe darstellen würden. Gestützt auf den Anhang des IVöB könnten Arbeiten unter Fr. 150 000.-- freihändig vergeben werden, was vorliegend auch geschehen sei. Die Bezeichnung als «Einladungsverfahren unter Konkurrenz» sei irrtümlich erfolgt, richtigerweise hätte «freihändiges Verfahren unter Konkurrenz» verwendet werden sollen, zumal ein «Einladungsverfahren unter Konkurrenz» gar nicht existiere. Obwohl die Durchführung eines Einladungsverfahrens möglich gewesen wäre, habe es sich vorliegend, wie von der Beschwerdeführerin richtig angenommen, um ein freihändiges Verfahren gehandelt, wofür sowohl die Kommunikation per E-Mail und die formlose Einladung als auch das Auftragsvolumen sprechen würde. Entsprechend sei eine Anfechtung der Zuschlagsverfügung gemäss Art. 12 Abs. 2 kGIVöB gar nicht möglich.

D. Mit Replik vom 3. Juni 2020 hielt die Beschwerdeführerin ihre Rechtsbegehren aufrecht.

E. Mit Schreiben vom 18. Juni 2020 verzichtete die Gemeinde auf die Hinterlegung einer Duplik.

Weitere Sachverhaltsdarstellungen, Parteibehauptungen sowie Begründungen sind, soweit rechtlich von Bedeutung, in den nachfolgenden Erwägungen aufgeführt.

Erwägungen

1. Es stellt sich primär die Frage, ob auf die vorliegende Beschwerde überhaupt eingetreten werden kann.

1.1 Gegenstand der strittigen Arbeitsvergabe bilden Sanierungsarbeiten für die Curlinghalle Sportzentrum A _____, namentlich die Instandsetzung und Beschichtung der Konsolenköpfe / Betonträger. Dabei handelt es sich um einen Bauauftrag im Bauneben-gewerbe, für den gemäss Art. 8 kGIVöB je nach Schwellenwert ein anderes Verfahren durchgeführt wird: Bei einem Auftragswert unter Fr. 150 000.-- kommt das freihändige Verfahren zur Anwendung, ab Fr. 150 000.-- bis Fr. 250 000.-- das Einladungsverfahren und ab Fr. 250 000.-- das offene oder selektive Verfahren. Entsprechend dem vorliegen-den Auftragswert von rund Fr. 16 000.-- konnte die Gemeinde die fraglichen Arbeiten somit freihändig vergeben, wovon die Beschwerdeführerin auch ausgegangen ist.

1.2 Das Problem liegt in casu darin, dass in der Zuschlagsverfügung vom 8. April 2020 das Vergabeverfahren als «Einladungsverfahren unter Konkurrenz» bezeichnet worden ist. Während die Gemeinde darauf abstellt, dass es sich dabei um eine fehlerhafte Be-zeichnung gehandelt habe und ihrerseits sehr wohl das freihändige Verfahren durchge-führt worden sei, stellt sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, dass die Ge-meinde entsprechend der Bezeichnung in der Zuschlagsverfügung die verschiedenen Verfahrensvorschriften des Einladungsverfahrens hätte einhalten müssen, was sie offen-sichtlich unterlassen habe. Es ist folglich zu überprüfen, welches Verfahren vorliegend zur Anwendung gekommen ist.

1.2.1 Es steht dem Auftraggeber frei, ein höherstufiges Verfahren durchzuführen, als es im jeweiligen Fall erforderlich wäre. Er kann folglich ein Vergabeverfahren mit öffentlicher Ausschreibung anordnen, wo der Auftrag auch ohne eine solche vergeben werden durfte resp. ein Einladungsverfahren durchführen, anstatt den Auftrag direkt zu vergeben. Ge-stützt auf den Vertrauensgrundsatz ist jedoch klar, dass die Bestimmungen des höher-rangigen Verfahrens zur Anwendung kommen, sobald sich der Auftraggeber für diesen Prozess entschieden hat. Der Auftraggeber muss sich somit bei der gewählten Verfah-rensart behaften lassen und hat die dafür geltenden Grundsätze und Verfahrensvor-schriften einzuhalten (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., 2013, N 283). Sofern sich die Gemeinde folglich für das Einladungsverfahren entschieden hat, kann keine freihändige Vergabe mehr

durchgeführt werden, auch wenn eine solche aufgrund der Schwellenwerte möglich gewesen wäre (Dominik Kuonen, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungswesen, Diss. 2005, S. 41; Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 20. Mai 2009, VB.2008.00555, E. 1.4; Urteil des Verwaltungsgerichts Thurgau vom 20. Oktober 2010, E. 2 in: TVR 2010 Nr. 15).

1.2.2 Das Einladungsverfahren zeichnet sich im Gegensatz zum freihändigen Verfahren dadurch aus, dass der Auftraggeber ohne öffentliche Ausschreibung mindestens fünf qualifizierte Anbieter bestimmt, die er dazu einladen möchte, ein Angebot einzureichen (Art. 12 Abs. 1 b^{bis} IVöB und Art. 11 kGIVöB). Dabei müssen der Einladung die in Art. 6 kVöB aufgeführten Einladungsunterlagen beigelegt werden. Beim freihändigen Verfahren hingegen wird der Auftrag direkt und ohne öffentliche Ausschreibung an einen Anbieter vergeben (Art. 12 kGIVöB). Die Anwendung dieses Verfahrens dient für sog. Bagatellvergaben, für die die Durchführung eines Wettbewerbsverfahrens mit entsprechendem Verwaltungsaufwand unverhältnismässig wäre. Konkrete Verfahrensvorschriften für das freihändige Verfahren gibt es nicht, es kann daher formlos (bspw. telefonisch) erfolgen. Trotzdem gelten auch hier die allgemeinen Vergabegrundsätze der Transparenz, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieter gemäss Art. 11 IVöB (vgl. Dominik Kuonen, a.a.O., S. 46 ff.).

1.2.3 In casu spricht die Bezeichnung des Vergabeverfahrens als «Einladungsverfahren unter Konkurrenz» sowie die Rechtsmittelbelehrung in der Zuschlagsverfügung vom 8. April 2020 unbestritten für die Annahme, dass vorliegend der Auftrag im Einladungsverfahren vergeben worden ist. Dabei handelt es sich letztendlich jedoch um die einzigen Elemente, die darauf schliessen lassen. Wie von der Gemeinde zurecht vorgebracht wurde, sprechen sowohl der (geringe) Schwellenwert als auch die formlose Einladung via Telefon und E-Mail als auch die übrige Kommunikation unter den Parteien dafür, dass der Auftrag freihändig vergeben werden sollte.

1.3 Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass sie nichts davon gewusst habe, dass die Zuschlagsempfängerin ebenfalls eine Offerte eingereicht habe. In der Literatur ist die Zulässigkeit der Einholung von Konkurrenzofferten im freihändigen Verfahren umstritten. Einerseits wird argumentiert, dass die Vergabebehörde beim Wunsch nach Wettbewerb eines der anderen Verfahren wählen sollte. Andererseits wird vorgebracht, dass auch im freihändigen Verfahren die Möglichkeit der Einholung von Konkurrenzofferten bestehen soll, ohne gleich ein Einladungsverfahren durchführen zu müssen. Dem Wortlaut von Art. 12 kGIVöB kann immerhin nicht entnommen werden, dass die Einholung von Konkurrenzofferten unzulässig wäre (vgl. Dominik Kuonen, a.a.O., S. 48 f.).

1.3.1 In der Praxis ist das Einholen von Konkurrenzofferten im freihändigen Verfahren durchaus verbreitet, zumal dies für die Vergabebehörde vielerlei Vorteile mit sich bringt: Zum einen erhält die Vergabebehörde mit dem Einholen verschiedener Offerten verschiedene Lösungsmöglichkeiten und die Konkurrenzsituation verschafft ihr regelmässig günstigere Preise, woraus ein Preisvorteil für die öffentliche Hand resultiert. Es darf nicht sein, dass Anbieter im freihändigen Verfahren eine Möglichkeit sehen, überhöhte Offerten einzureichen, ohne dass die Vergabebehörde die Möglichkeit hat, diese zu überprüfen. Das Gebot der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel nach Art. 1 Abs. 3 lit. d IVöB legt somit nahe, das Mittel der Konkurrenzofferten auch im freihändigen Verfahren zu nutzen (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 20. Mai 2009, VB.2008.00555, E. 1.3; Dominik Kuonen, a.a.O., S. 50). So entschied auch das Bundesgericht in einem Fall, in welchem eine Gemeinde mehrere Offerten eingeholt und diese miteinander verglichen hat, dass ein solches Vorgehen auch bei einer freihändigen Vergabe durchaus zweckmässig sein könne (BGE 131 I 137 E. 2.7).

1.3.2 Vorliegend wurden sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Zuschlagsempfängerin formlos angefragt, eine Offerte einzureichen. Dieser Offerteinladung wurden aktenkundig keine Ausschreibungsunterlagen im Sinne von Art. 6 kVöB beigelegt. Ausserdem wurden auch keine Zuschlagskriterien formuliert und es fehlt an der Nennung der in Art. 6 Abs. 2 kVöB erwähnten Dienststelle für Arbeitnehmerschutz und Dienstverhältnisse sowie den festgelegten Arbeitsbedingungen in den Gesamtarbeitsverträgen resp. den branchenüblichen Vorschriften am Ausführungsort der Arbeit und am Öffnungsprotokoll im Sinne von Art. 18 kVöB. Weiter ist der Zuschlagsverfügung zu entnehmen, dass der Zuschlag einzig gestützt auf den Preis erfolgt ist und die Kommunikation verlief während des gesamten Verfahrens, soweit aus den Akten ersichtlich, über E-Mail oder Telefon. Ausserdem führt die Beschwerdeführerin selber aus, bis zum Erhalt der Zuschlagsverfügung von einem freihändigen Verfahren ausgegangen zu sein. Aus dem gesamten Ablauf des Verfahrens muss somit darauf geschlossen werden, dass die Gemeinde gar nie die Durchführung eines Einladungsverfahrens beabsichtigt, sondern einzig in der Zuschlagsverfügung die falsche Bezeichnung und Rechtmittelbelehrung verwendet hat. Da darüber hinaus auch die Einholung von Konkurrenzofferten innerhalb des freihändigen Verfahrens als zulässig zu erachten ist, muss davon ausgegangen werden, dass die Gemeinde nie die Absicht hatte, ein Einladungsverfahren durchzuführen, weshalb sie auch nicht darauf behaftet werden kann und somit dazu berechtigt war, den Auftrag der Sanierung der Curlinghalle des Sportzentrums A _____ unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze in Art. 11 IVöB freihändig zu vergeben.

1.4 Gestützt auf diese Ausführungen ist sodann die Legitimation der Beschwerdeführerin zu prüfen. Gemäss Art. 12 Abs. 2 kGIVöB kann der Zuschlag im freihändigen Verfahren nicht angefochten werden. Da sich die Beschwerdeführerin jedoch in einer vergleichbaren Situation wie andere Bewerber befindet, die sich um die Vergabe eines öffentlichen Auftrags beworben haben, rechtfertigt es sich gemäss der Rechtsprechung, trotzdem auf die Beschwerde einzutreten (vgl. Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 23. September 2016, A1 16 183, E. 2 in: ZWR 2017 S. 32). Es wäre nicht nachvollziehbar, diese Ausnahmebestimmung gemäss Art. 12 Abs. 2 kGIVöB auch auf Bieter auszudehnen, die tatsächlich am Vergabeverfahren teilgenommen haben. Eine solche Verweigerung wäre sowohl unlogisch als auch unvereinbar mit dem Gebot der Gleichbehandlung (vgl. Art. 8 und 9 der Schweizerischen Bundesverfassung [BV; SR 101]). Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist deshalb einzutreten (Art. 16 kGIVöB sowie Art. 80 Abs. 1 c i.V.m. Art. 48 VVRG).

2. Das Gericht hat die Angelegenheit nicht unter allen Gesichtspunkten zu überprüfen, sondern kann sich im Wesentlichen auf die gerügten Punkte beschränken (Art. 48 Abs. 2 i.V.m. Art. 80 Abs. 1 lit. c VVRG). Es können zudem nur Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitungen oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts geltend gemacht werden. Die Unzweckmässigkeit der Verfügung kann jedoch nur in Fällen, die hier nicht zutreffen (Art. 78 VVRG), überprüft werden.

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin hat den Antrag gestellt, ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. In Ziffer 5 des Schreibens vom 16. April 2020 hat das Kantonsgericht verfügt, dass alle Vollziehungsvorkehren, insbesondere der Vertragsabschluss betreffend die Arbeitsvergabe, zu unterlassen sind. Mit dem vorliegenden materiellen Entscheid wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

3.2 Die Beschwerdeführerin beantragt in Ziffer 1 ihrer Rechtsbegehren vollständige Akteneinsicht.

3.2.1 Die Parteien sind berechtigt, am Beweisverfahren teilzunehmen und Beweismittel anzubieten. Diese werden berücksichtigt, soweit sie zur Abklärung des Sachverhalts geeignet erscheinen (Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 56 Abs. 1 sowie Art. 80 Abs. 1 lit. d VVRG). Sie haben grundsätzlichen Anspruch auf vollständige Akteneinsicht (Art. 25 i.V.m. Art. 56 Abs. 1 sowie Art. 80 Abs. 1 lit. d VVRG), wobei aus öffentlichen oder privaten Gründen

der Geheimhaltung die Einsicht in ein Aktenstück verweigert werden kann (Art. 26 i.V.m. Art. 56 Abs. 1 sowie Art. 80 Abs. 1 lit. d VVRG).

Bei der Vergabe von Aufträgen gilt der Grundsatz der Vertraulichkeit von Informationen (Art. 11 lit. g IVöB), weshalb im Submissionsverfahren gemäss Lehre und Rechtsprechung nur ein eingeschränktes Akteneinsichtsrecht besteht. Das in anderen Bereichen übliche allgemeine Akteneinsichtsrecht muss bei Submissionsverfahren gegenüber dem Interesse der Anbieter an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie des in den Offerten zum Ausdruck kommenden unternehmerischen Know-how grundsätzlich zurücktreten. Aufgrund des Interesses an der vertraulichen Behandlung der Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse besteht ohne Zustimmung der Betroffenen kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in die Konkurrenzofferten. Diese Regelung gilt auch im Rechtsmittelverfahren. Regelmässig enthalten auch Protokolle über Unternehmengespräche, Verhandlungsprotokolle und die technische Auswertung der Offerte vertrauliche Informationen, welche einer Einsichtnahme in diese Dokumente entgegenstehen (vgl. zum Ganzen Urteile des Bundesgerichts 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 3.1, 2P.173/2003 vom 9. Dezember 2003 E. 2.5 und 2P.226/2002 vom 20 Februar 2003 E. 2.1; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 1185 mit Hinweisen).

3.2.2 Die Offerte gilt gemäss Art. 11 lit. g IVöB sowie der oben zitierten Rechtsprechung und Lehre als Geschäftsgeheimnis und darf ohne Zustimmung der Anbieterin grundsätzlich nicht den Konkurrenten bekannt gegeben werden. Die Beschwerdeführerin begründet ihr Interesse an der Bekanntgabe der genannten Informationen mit einer unhaltbaren Ungleichbehandlung: Sie bringt vor, dass ihre Offerte der Zuschlagsempfängerin zur Einsicht zugestellt worden sei, damit diese ein billigeres Angebot als das ihre unterbreiten konnte. Diese Argumentation hat, wie nachfolgend erläutert, durchaus ihre Berechtigung. Gestützt auf die nachfolgenden Erwägungen kann jedoch auf die Gewährung der vollständigen Akteneinsicht verzichtet werden.

4. Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung der Zuschlagsverfügung sowie die Vergabe der Sanierungsarbeiten der Curlinghalle des Sportzentrums A _____ an sie.

4.1 Gemäss Art. 34 Abs. 1 KVöB wird der Zuschlag als Verfügung im offenen Verfahren, im selektiven Verfahren, im Einladungsverfahren und im freihändigen Verfahren in Ausnahmefällen an alle Anbieter eröffnet. Insofern ist für das freihändige Verfahren, wie es vorliegend zur Anwendung gekommen ist, gar keine Zuschlagsverfügung vorgesehen.

Da die Zuschlagsverfügung vom 8. April 2020 darüber hinaus fehlerhaft bezeichnet wurde und eine falsche Rechtsmittelbelehrung enthielt, entbehrt sie jeder rechtlichen Grundlage, womit sie rechtswidrig ist und aufgehoben werden muss (Urteil des Verwaltungsgerichts Obwalden vom 30. November 2005, E. 3c, in: VVGE 2005/2006, Nr. 49, S. 196 f.). Dies gilt umso mehr, als dass den Akten auch nicht entnommen werden kann, ob die der Gemeinde zustehende Kompetenz zur Vergabe des Auftrags gültig an die F _____ gmbh delegiert wurde, weshalb die Zuschlagsverfügung unter Umständen auch durch eine unzuständige Behörde resp. Person erlassen wurde (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau vom 19. September 2007, E. 2, in: AGVE 2007, S. 167 f.).

4.2 Die Aufhebung der Zuschlagsverfügung ergibt sich ausserdem auch hinsichtlich der begründeten Rüge der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Zustellung ihrer Offerte an die Zuschlagsempfängerin.

4.2.1 Wie den Akten entnommen werden kann und von der Gemeinde auch nicht bestritten wird, wurde die Beschwerdeführerin am 18. September 2019 telefonisch darum ersucht, eine Offerte für die geplanten Sanierungsarbeiten der Curlinghalle im Sportzentrum in A _____ einzureichen. Dabei wurden ihr nebst den telefonischen Auskünften und den Fotos im E-Mail vom 18. September 2019, soweit aus den Akten ersichtlich, keine weiteren Informationen erteilt. Die Beschwerdeführerin reichte daraufhin am 24. Oktober 2019 per E-Mail eine Offerte im Betrag von Fr. 16 047.30 netto ein. Die Zuschlagsempfängerin ihrerseits reichte ihre Offerte erst am 27. Februar 2020 und damit fast vier Monate später ein. Auffallend ist dabei zum einen, dass die Offerte nur Fr. 712.95 billiger ist als diejenige der Beschwerdeführerin und zum anderen, die der Offerte vorangegangene Kommunikation zwischen E _____, B _____ und D _____. So fragte E _____ am 15. Februar 2020 via WhatsApp nach (vgl. Beleg Nr. 6 Dossier Gemeinde), ob die Offerte bitte an D _____ gesendet werden könne und mit E-Mail vom 17. Februar 2020 wurde D _____ von B _____ Folgendes mitgeteilt: «Hallo D _____. Wie seit längerem besprochen sende ich dir die Offertunterlagen für die oben genannten Arbeiten. Kannst du es so bearbeiten, oder soll ich dir noch etwas anpassen? Gruss B _____». Angesichts dieser Kommunikation besteht bereits der begründete Verdacht, dass der Zuschlagsempfängerin die Offerte der Beschwerdeführerin weitergeleitet wurde.

Dieser Verdacht erhärtet sich mit Blick in die beiden Offerten: Beide Offerten sind praktisch identisch aufgebaut und beinhalten in derselben Reihenfolge die jeweiligen Angebote für die Bauplatzinstallation, den Bauschutt, die Gerüstung, die Vorbereitungsarbeiten, die Untergrundvorbereitung, die Betonsanierung resp. -instandsetzung sowie das

Oberflächenschutzsystem. Hinzu kommt, dass die jeweiligen Preise nur minimal divergieren und zum Teil sogar deckungsgleich sind (bspw. Fr. 350.-- für den Bauschutt). So ist die Offerte der Zuschlagsempfängerin im Vergleich zu derjenigen der Beschwerdeführerin bei den notwendigen Installationen um Fr. 100.--, bei den Vorbereitungsarbeiten um Fr. 50.--, bei der Untergrundvorbereitung um Fr. 70.-- und im Bereich der Oberflächenschutzsysteme nur um Fr. 150.-- preiswerter. Obwohl es sich in casu um einen eher kleineren Auftrag handelt, sind die offerierten Angebote der beiden angefragten Unternehmen auffallend nah beieinander, so dass der Beschwerdeführerin zugestimmt werden muss, wenn sie vorbringt, dass der begründete Verdacht bestehe, dass ihre Offerte an die Konkurrenz zur Einsicht weitergeleitet wurde.

4.2.2 Art. 11 lit. g IVöB bestimmt als Verfahrensgrundsatz, dass sämtliche Angaben eines Anbieters von Seiten der Auftraggeberin vertraulich zu behandeln sind. Entsprechend schliesst dies auch die Weitergabe von Offerten an die Konkurrenten aus, damit diese ein Angebot auf Basis dieser Unterlagen einreichen können (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O, N 1186; Peter Rechtsteiner, Baurecht [BR], 2001, S. 60). Folglich ist die Zuschlagsverfügung vom 8. April 2020 auch aus diesem Grund aufzuheben und das Vergabeverfahren seitens der Gemeinde entsprechend den gesetzlichen Vorschriften zu wiederholen.

4.3 Die Beschwerdeführerin beantragt weiter, die Gemeinde zur Vergabe des Auftrags an sie zu verpflichten. Dieser Antrag muss abgewiesen werden: Gemäss Art. 18 kGIVöB kann die Beschwerdeinstanz die Aufhebung der Verfügung beschliessen und in der Sache selbst entscheiden oder sie an die Vergabebehörde mit oder ohne verbindliche Anweisungen zurückweisen, solange der Vertrag noch nicht abgeschlossen ist. In casu drängt sich aufgrund der wesentlichen Verfahrensmängel eine erneute Durchführung des Verfahrens unter Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen auf. Es rechtfertigt sich deshalb nicht, den Zuschlag direkt an die Beschwerdeführerin zu erteilen.

5. Zusammenfassend ist der Zuschlag folglich bereits aus formellen Gründen aufzuheben, weshalb es sich erübrigt, auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin einzugehen. Die Beschwerde ist im Sinne der Erwägungen gutzuheissen und es bleibt über die Kosten zu befinden.

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). Vorliegend bestehen keine Gründe, von dieser Regel abzuweichen. Da sich die Zuschlagsempfängerin im vorliegenden Verfahren nicht vernehmen liess und damit faktisch auch nicht daran teilgenommen hat, rechtfertigt sich auch keine Kostenaufgabe an sie, weshalb keine Gerichtskosten erhoben werden.

5.2 Die Gemeinde hat als unterliegende Partei keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 91 Abs. 1 VVRG e contrario). Die Beschwerdeführerin hat eine Parteientschädigung beantragt. Die Entschädigung wird im Dispositiv beziffert und der Staats- oder der 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 (Urteil des Bundesgerichts 1P.69/2003 vom 16. Mai 2003). Sie umfasst die Entschädigung an die berechnete Partei sowie ihre Anwaltskosten (Art. 4 Abs. 1 des Gesetzes betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigungen vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden [GTar; SGS/VS 173.8]). Die einer Partei gewährte Entschädigung umfasst die Rückerstattung ihrer Auslagen und, falls es die besonderen Umstände rechtfertigen, eine Abgeltung für Zeitverlust und entgangener Gewinn (Art. 4 Abs. 2 GTar). Die Parteientschädigung ist aufgrund des Schwierigkeitsgrades des Falles sowie des geschätzten Aufwandes festzusetzen. Der obsiegenden, nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin ist für das Verfahren vor dem Kantonsgericht zu Lasten der Gemeinde somit eine Parteientschädigung von Fr. 200.-- zuzusprechen.

Demnach erkennt das Kantonsgericht:

1. Die Beschwerde ist im Sinne der Erwägungen gutzuheissen und die Gemeinde angehalten, dass Vergabeverfahren erneut durchzuführen.
2. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung fällt als gegenstandslos dahin.
3. Es werde keine Kosten erhoben.
4. Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung von Fr. 200.-- zu Lasten der Einwohnergemeinde A _____ zugesprochen.
5. Das Urteil wird der Beschwerdeführerin, der Einwohnergemeinde A _____ und der Zuschlagsempfängerin schriftlich mitgeteilt.

Sitten, 9. Juli 2020