

A1 17 10

URTEIL VOM 12. MAI 2017

**Kantonsgericht Wallis
Öffentlichrechtliche Abteilung**

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

in Sachen

P _____, bestehend aus **Q** _____ AG, **R** _____ AG, **S** _____ SA,
T _____ SA, **U** _____ SA und **V** _____ SA, vertreten durch Rechtsanwalt
M _____

gegen

STAATSRAT DES KANTONS WALLIS

W _____, bestehend aus **X** _____ AG, **Y** _____ AG und **Z** _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. **N** _____

(Arbeitsvergabe)

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid vom 21. Dezember 2016.

Sachverhalt

A. Der Kanton Wallis, vertreten durch das Amt für Nationalstrassenbau, schrieb am xxx 2016 im Amtsblatt des Kantons Wallis und unter Simap den Bauauftrag xxx1 „GV W_____“ im offenen Verfahren aus. Das Projekt umfasst den Neubau der Autobahn A9, Abschnitt B_____ - C_____, Teilstrecke D_____ - E_____ zwischen km 136 100 und km 137 560 innerhalb der Ortschaft A_____. Die Ausschreibungsunterlagen gaben folgende Zuschlagskriterien und Unterkriterien sowie Gewichtungen bekannt: Z1 Preis (60 %), Z1.1 Angebotspreis (80 %), Z1.2 Einhaltung der Preisbildungsregeln (20 %), Z2 Technische Lösung und Organisation (20 %), Z2.1 Auftrags- und Risikoanalyse (25 %), Z2.2 Organisation der Baustelle und Bietergemeinschaft (20 %), Z2.3 Qualifikation und Referenzen (10 %), Z2.4 Qualitätssicherungsplan (20 %), Z2.5 Technischer Bericht (25 %), Z3 Bauablauf und Termine (20 %), Z3.1 Bauprogramm (70 %) und Z3.2 Einhaltung der Termine (30 %).

B. Bei der Offertenöffnung am 21. Juli 2016 wurden sechs Angebote registriert, wobei das Angebot der W_____, bestehend aus der X_____ AG, der Y_____ AG und der Z_____ AG, mit Fr. 126 769 645.10 das preislich günstigste war. Das Angebot der P_____, bestehend aus der Q_____ AG, der V_____ AG, der R_____ AG, der U_____ SA, der S_____ SA und der T_____ SA, lag mit Fr. 171 159 444.85 preislich an fünfter Stelle.

Nach der Bewertung aller Kriterien lag das Angebot der W_____ p.A. X_____ AG auf dem ersten Platz und das Angebot der P_____ auf dem fünften Platz. Der Staatsrat erteilte am 21. Dezember 2016 den Zuschlag an die W_____ p.A. X_____ AG. Allen sechs Anbieterinnen wurde die Zuschlagsverfügung jeweils mit Einschreiben vom 22./23. Dezember 2016 eröffnet.

C. Dagegen erhob die P_____ (Beschwerdeführerin) am 16. Januar 2017 Verwaltungsgerichtsbeschwerde bei der öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts und stellte folgende Rechtsbegehren:

"In der Sache:

1. In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde der P_____ (bestehend aus der Q_____ AG mit Sitz in F_____, der V_____ SA mit Sitz in H_____, der R_____ AG mit Sitz in E_____, der S_____ SA mit Sitz in H_____, der T_____ SA in I_____ und der U_____ S.A. mit Sitz in J_____) sei die Zuschlagsverfügung des Staatsrates des Kantons Wallis vom 21. Dezember 2016 i.S. „Rhoneautobahn A9, Abschnitt B_____ — C_____, Teilstrecke D_____ — E_____, Bau- los xxx1, GV W_____ (W_____)" aufzuheben.

2. Die W_____ (X_____ AG / Y_____ AG / Z_____ AG) sei vom Submissionsverfahren „Rhoneautobahn A9, Abschnitt B_____ — C_____, Teilstrecke D_____ — E_____, Baulos xxx1, GV W_____ (W_____)" auszuschliessen und die Vorinstanz sei durch das Kantonsgericht anzuweisen, die Bewertung der verbleibenden Angebot zu wiederholen.
3. Die Kosten von Verfahren und Entscheid seien dem Kanton Wallis aufzuerlegen.
4. Den Beschwerdeführerinnen sei zu Lasten des Kantons Wallis eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.“

Die Beschwerdeführerin machte geltend, das Angebot der W_____ p.A. X_____ AG hätte gemäss Art. 23 Abs. 1 lit. c der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Juni 2003 (VöB; SGS/VS 726.100) ausgeschlossen werden müssen, da es die Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen nicht erfülle: Die Bauzeit sei im Vergleich zum vorgegebenen Bauprogramm massiv verkürzt worden. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin vermöge zudem die Selbstkosten nicht zu decken, was ebenfalls einen Ausschlussgrund darstelle (Art. 23 Abs. 1 lit. g VöB). Das Angebot der Zuschlagsempfängerin habe abgesehen vom Preis bei den übrigen Bewertungskriterien schlecht abgeschnitten; die Beschwerdeführerin habe diesbezüglich eine fast doppelt so hohe Punktezahl erzielt.

D. Der Staatsrat nahm am 1. Februar 2017 Stellung und beantragte, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, soweit darauf eingetreten werde, sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen und die Kosten von Verfahren und Entscheid seien der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Die Vergabebehörde führte aus, die Beschwerdeführerin habe die Beschwerdefrist verpasst. Ausserdem fehle es an einem schützenswerten Interesse: Das Angebot der Beschwerdeführerin liege auf dem zweitletzten Gesamtrang und weise im Vergleich zu den zweit- und drittplatzierten Preisangeboten eine Differenz im zweistelligen Millionenbereich auf; die Beschwerdeführerin könne auch bei einer Neubewertung nicht mit dem Zuschlag rechnen. Im Übrigen entspreche das Angebot der Zuschlagsempfängerin den Ausschreibungsunterlagen, welche lediglich die zwingend einzuhaltenden Ausschalfrieten für die Tunneldecke vorschreiben würden. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin nicht selbstkostendeckend wäre. Die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung entsprächen den gesetzlichen Vorgaben, auch wenn sich der Preis in der Bewertung dominant abbilde.

E. Die W_____ p.A. X_____ AG (Zuschlagsempfängerin) liess sich am 3. Februar 2017 vernehmen und beantragte die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei, dies unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Auch die Zuschlagsempfängerin erachtete die Beschwerde als verspätet: Der Beschwerdeführerin

sei die Verfügung der Vergabestelle ins Postfach zur Abholung am Schalter avisiert worden, sie habe die Verfügung aber erst nach Ablauf der siebentägigen Frist abgeholt. Die Beschwerdeführerin habe mit der Zustellung der Verfügung rechnen müssen, weshalb diese am siebten Tag als erfolgt gelte. Die Publikation des Zuschlags im Amtsblatt sei für den Fristbeginn nicht massgebend. Zudem sei die Beschwerdeführerin nicht zur Beschwerde legitimiert, da sie selbst bei Gutheissung ihrer Anträge keine Chance auf die Erteilung des Zuschlags habe: Die Beschwerdeführerin rüge einzig die Zulässigkeit des Angebots der Zuschlagsempfängerin in Bezug auf den Preis und das Bauprogramm und beantrage dessen Ausschluss sowie eine Wiederholung der Bewertung, jedoch keine Wiederholung der Ausschreibung. Das Angebot der Beschwerdeführerin liege bei der Bewertung auf dem fünften bzw. zweitletzten Platz, es sei kaum vorstellbar, dass sie bei einer erneuten Bewertung auf den ersten Platz vorstossen könnte. Die Beschwerdeführerin behaupte nicht, sie sei zu schlecht bewertet worden und habe auch nicht den Ausschluss der drei weiteren vor ihr platzierten Bewerberinnen verlangt.

F. Am 27. Februar 2017 replizierte die Beschwerdeführerin und hielt an ihren Rechtsbegehren fest. Sie führte aus, es könne offen bleiben, ob die Zustellungsfiktion im vorliegenden Fall gelte oder nicht, da die Zustellung der Verfügung der Vergabestelle nicht korrekt erfolgt sei. Im Postfach habe sich keine offizielle Abholungseinladung mit Angabe der Abholungsfrist befunden, sondern bloss ein rosa Zettel ohne Fristangabe. Die Verfügung sei der Beschwerdeführerin mangelhaft eröffnet worden, woraus ihr gemäss Art. 31 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (VVRG; SGS/VS 172.6) kein Nachteil erwachsen dürfe. Unter diesen Umständen eine Zustellfiktion anzunehmen, sei willkürlich, die Beschwerdefrist sei gewahrt. Die Vergabestelle habe die Verfügung erst am 23. Dezember 2016 bei der Post abgegeben, im Wissen, dass die Bauunternehmungen im Kanton in den nachfolgenden zwei Wochen über Weihnachten/Neujahr den Betrieb eingestellt hätten, was gegen Treu und Glauben verstosse. Die Publikation des Zuschlags im Amtsblatt Nr. xxx vom xxx 2017 gelte als Eröffnung der Verfügung. Die Beschwerdeführerin hielt an ihrer Ansicht fest, dass die Zuschlagsempfängerin bei den Kriterien Preisbildung sowie Bauablauf und Termine sehr schlecht abgeschnitten habe und ihr Angebot den Ausschreibungskriterien nicht genüge. Für die zweitplatzierte Anbieterin gelte dasselbe; auch sie hätte wegen Verletzung der Preisbildungsregeln und der Nichteinhaltung der Vorgaben betreffend Bauablauf und Termine ausgeschlossen werden müssen. Das Angebot der Beschwerdeführerin könnte deshalb bei einer Neubewertung an erster Stelle stehen. Im Übrigen sei alleine aufgrund der vorhandenen spärlichen Informatio-

nen offenkundig, dass die richterliche Überprüfung des Zuschlags derart schwerwiegende Mängel des Verfahrens aufzeigen werde, dass dieses vollständig wiederholt werden müsse.

G. Der Staatsrat duplizierte am 8. März 2017 und hielt an seinen Rechtsbegehren fest. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin würden nichts daran ändern, dass die Beschwerdefrist am Freitag 13. Januar 2017 abgelaufen sei und ihre Eingabe am 16. Januar 2017 verspätet sei. Die siebentägige Abholfrist werde vom Bundesgericht als allgemein bekannt vorausgesetzt und gelte auch in Kantonen, welche nach der Aufhebung der Postverordnung keine entsprechenden Bestimmungen erlassen hätten. Die elektronische Rückverfolgung der Zustellung halte fest, dass am 27. Dezember 2016 eine Abholungseinladung im Postfach lag mit der Abholungsfrist bis zum 3. Januar 2017. Die von der Beschwerdeführerin eingereichte Abholungsmeldung sei nicht abgestempelt, datiert oder mit einem Hinweis auf die Sendung oder das Postfach versehen und daher nicht beweiskräftig. Zudem verbleibe die Abholungseinladung nach der Abholung der Sendung als Zustellbeleg bei der Post, sie könne gar nicht mehr im Besitz der Beschwerdeführerin sein. Der Vergabebehörde seien keine allgemein üblichen Daten für die Betriebsferien von Bauunternehmungen bekannt und im öffentlichen Beschaffungswesen würden keine Gerichtsferien gelten. Wer als Anbieterin an einem Submissionsverfahren teilnehme, müsse jederzeit mit einer Postzustellung rechnen. Die Publikation im Amtsblatt löse keine Frist aus, sie diene einzig der allgemeinen Information über den Zuschlag. Die Behauptungen der Beschwerdeführerin, das Vergabeverfahren sei nicht korrekt durchgeführt worden, seien spekulativ und unbegründet. Die Vergabebehörde dürfe und müsse die Bewertungsskala im Rahmen ihres Ermessens voll ausschöpfen. Ausserdem seien auch das dritt- und viertplatzierte Angebot unabhängig vom Preis jeweils besser bewertet worden als dasjenige der Beschwerdeführerin.

H. Am 17. März 2017 duplizierte die Zuschlagsempfängerin und hielt an ihren Rechtsbegehren fest. Die Beschwerdeführerin habe noch im Jahr 2016 mit der Zustellung eines Vergabeentscheids rechnen müssen. Sie hätte sicherstellen müssen, dass auch während der Betriebsferien das Postfach kontrolliert wird und die Sendungen abgeholt werden. Die von der Beschwerdeführerin hinterlegte Abholungseinladung enthalte weder einen Hinweis auf das Postfach, die Sendung oder das Datum und könne nicht als Beweisgrundlage für eine Abweichung von der üblichen Postzustellung gelten. Art. 81 VVRG verweise auf die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272), welche die Zustellfiktion vorsehe: Die siebentägi-

ge Frist gelte gemäss Art. 138 Abs. 3 ZPO von Gesetzes wegen, unabhängig davon, ob diese auf der Abholungseinladung vermerkt war oder der Beschwerdeführerin bekannt war. Die Zustellfiktion würde aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch ohne ausdrückliche Regelung gelten. Einer anwaltlich vertretenen Partei müsse bekannt sein, dass bei Postfachzustellungen eine eingeschriebene Sendung am siebten Tag nach Eingang der Abholungseinladung als zugestellt gelte. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin sei ausschreibungskonform, auch hinsichtlich der verlangten Termine, es seien weder Preisbildungsregeln noch andere Vorgaben missachtet worden. Im Übrigen würde das fünftplatzierte Angebot der Beschwerdeführerin selbst bei einem Ausschluss der ersten beiden Anbieterinnen nicht obsiegen.

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

Erwägungen

1. 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). Der Entscheid des Staatsrats vom 21. Dezember 2016, welchen das Amt für Nationalstrassenbau am 22./23. Dezember 2016 eröffnete, 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 VVRG, gegen die innert 10 Tagen beim Kantonsgericht Beschwerde eingereicht werden kann (Art. 16 GIVöB; Art. 15 IVöB). Die Vergabebehörde ist eine Auftraggeberin im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. a GIVöB und sie hat das offene Verfahren nach Art. 9 GIVöB gewählt.

1.1 Die anwendbaren Vorschriften des Submissionsrechts enthalten keine Regeln über die Legitimation zur Anfechtung von vergaberechtlichen Entscheiden. Gemäss Art. 15 f. GIVöB 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.

1.2 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.; ZWR 2015 S. 72; Urteile des Kantonsgerichts A1 16 103 vom 24. November 2016 E. 1.3, A1 16 82 vom 23. Juni 2016 E. 1.3, A1 12 60 vom 4. Oktober 2012 E. 1.3, A1 10 226 vom 6. Mai 2011, E. 1.2.1 und A1 10 6 vom 30. April 2010 E. 2). 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.

1.2.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Zuschlagsempfängerin und die zweitplatzierte Anbieterin hätten vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Sie beantragt, dass die Zuschlagsverfügung des Staatsrates aufgehoben und die Bewertung der verbleibenden Angebote wiederholt wird.

1.2.2 Bei der Bewertung der Angebote hat die Beschwerdeführerin Platz fünf von sechs erreicht. Sie behauptet nicht, dass ihr Angebot falsch bzw. zu schlecht bewertet worden wäre. Auch die Bewertung der Angebote der dritt- und viertplatzierten Anbieterinnen, welche bei der Bewertung besser abgeschnitten haben, kritisiert sie nicht. Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, weshalb ihr Angebot bei einer Neubewertung eine höhere Gesamtpunktzahl erreichen sollte als die Angebote auf dem dritten und vierten Platz.

1.2.3 In ihrer Replik macht die Beschwerdeführerin schwerwiegende Mängel des Verfahrens geltend, welche zu dessen Wiederholung führen müssten. Sie führt jedoch nicht aus, welche Fehler die Vergabebehörde bei der Durchführung des Verfahrens begangen haben soll, sondern ist der Ansicht, um die Mängel des Verfahrens aufzeigen, sei eine richterliche Überprüfung notwendig. Diesem Begehren kann nicht stattgegeben werden: Das Kantonsgericht leitet in ständiger Rechtsprechung aus Art. 16 IVöB resp. Art. 16 GIVöB 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 (Urteile des Kantonsgerichts A1 16 234 vom 9. Februar 2017 E. 2, A1 16 189 vom 26. Januar 2017 E. 2, A1 13 351 vom 14. März 2014 E. 2 und A1 11 155 vom 15. März 2012 E. 2).

1.2.4 Die Beschwerdeführerin hat selbst bei Ausschluss der Zuschlagsempfängerin und der zweitplatzierten Anbieterin keine Chance, mit ihrem auf dem fünften Platz liegenden Angebot den Zuschlag zu erhalten und vermag keine Gründe für eine neue Ausschreibung vorzubringen. Sie hat kein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Zuschlagsverfügung und ist folglich nicht zur Beschwerde legitimiert.

1.3 Die Zuschlagsempfängerin und die Vergabebehörde machen überdies geltend, die Beschwerde sei nicht fristgerecht eingereicht worden. Die Beschwerdeführerin hält dagegen, die Eröffnung der Verfügung mittels eingeschriebener Postsendung sei mangelhaft gewesen, massgebend sei die Publikation des Zuschlags im Amtsblatt Nr. xxx vom xxx 2017.

1.3.1 Der Zuschlag in einem offenen Verfahren ist gemäss Art. 34 Abs. 1 VöB eine Verfügung, welche allen Anbietern eröffnet wird. Art. 16 Abs. 2 GIVöB sieht vor, dass die Beschwerde mit ausreichender Begründung innert 10 Tagen seit der Eröffnung der Verfügung eingereicht werden muss.

1.3.2 Mit Schreiben vom 22. Dezember 2016 hat das Amt für Nationalstrassenbau den durch den Staatsrat am 21. Dezember 2016 beschlossenen Zuschlag den Anbieterinnen mitgeteilt. Die Verfügung ist mit eingeschriebenem Brief an die von der Beschwerdeführerin angegebene Adresse der Q_____ AG, zugestellt worden: Gemäss der elektronischen Sendungsverfolgung der Post „Track & Trace“ wurde das Einschreiben am 23. Dezember 2016 in C_____ der Post übergeben. Am 27. Dezember 2016 wurde die Sendung ins Postfach zur Abholung am Schalter der Poststelle Steg avisiert. Die Abholungsfrist dauerte gemäss Sendungsverfolgung bis am 3. Januar 2017 und die Zustellung erfolgte am 4. Januar 2017 am Schalter der Poststelle Steg.

Der Beschwerdeführerin wurde der Zuschlag persönlich eröffnet, wie es die VöB vorsieht, und sie hat davon nachweislich spätestens am 4. Januar 2017 Kenntnis genommen. Sie kann sich nicht auf die später erfolgte Publikation im Amtsblatt stützen (vgl. auch Urteil des Kantonsgerichts A1 15 116 vom 23. Oktober 2015 E. 1.2).

1.3.3 Gemäss Art 16 Abs. 4 GIVöB findet Art. 79a VVRG, wonach gesetzlich oder richterlich bestimmte Fristen unter anderem vom 18. Dezember bis und mit dem 5. Januar still stehen, im öffentlichen Beschaffungsrecht keine Anwendung. Abgesehen von dieser Bestimmung enthält das GIVöB keine Regeln zum Beginn der 10-tägigen Beschwerdefrist und zum Fristenlauf, die Bestimmungen des VVRG sind ergänzend anzuwenden (siehe oben E. 1.1). Gemäss Art. 15 Abs. 1 VVRG wird bei der Berechnung

der Frist der Tag, an dem sie zu laufen beginnt, nicht mitgezählt. Die Frist endet um Mitternacht des letzten Tages. Art. 15 Abs. 2 VVRG verweist auf die geltenden gesetzlichen Feiertage. Eingaben, die den Poststempel des letzten Tages der Frist tragen, gelten als fristgerecht eingereicht (Art. 15 Abs. 3 VVRG). Art. 15 Abs. 4 VVRG verweist im Übrigen für die Fristberechnung auf Art. 77 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (Fünfter Teil: Obligationenrecht [OR; SR 220]). Schliesslich finden im Verwaltungsgerichtsverfahren die Bestimmungen der Zivilprozessordnung subsidiäre Anwendung (Art. 81 VVRG).

1.3.4 Enthält das kantonale Recht keine Regelung für die Zustellung von eingeschriebenen Postsendungen, gilt die Sendung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als am letzten Tag der siebentägigen Frist zugestellt, sofern der Adressat mit der Zustellung rechnen muss. Die siebentägige Abholfrist für eingeschriebene Sendungen war früher in der Verordnung 1 zum Postverkehrsgesetz vom 1. September 1967 vorgesehen. Das Bundesgericht hat diese Frist auch nach der Aufhebung der genannten Verordnung weiterhin angewandt; die siebentägige Abholungsfrist sei in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Post vorgesehen und damit allgemein bekannt (vgl. zum Ganzen BGE 134 V 49 E. 4, 127 I 31 E. 2 a aa, je mit Hinweisen).

1.3.5 Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Zustellfiktion ist in die ZPO aufgenommen worden (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBI 2006 7307): Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt die Zustellung bei einer eingeschriebenen Postsendung, die nicht abgeholt worden ist am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste. Die Bestimmungen der eidgenössischen Zivilprozessordnung finden gemäss Art. 81 VVRG subsidiär Anwendung, wenn die Frage nicht geregelt ist (Urteil des Kantonsgerichts S1 16 85 vom 16. Juni 2016 E. 1.4.4, bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 8C_455/2016 vom 10. Februar 2017 E. 2.5 und 3.2; Urteile des Kantonsgerichts A1 15 176/182 vom 24. März 2016 E. 3 und A1 13 284 vom 31. Januar 2014 S. 6).

1.3.6 Das VVRG enthält keine Regelung für die Zustellung von eingeschriebenen Postsendungen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt bei fehlender kantonaler Regelung eine siebentägige Abholungsfrist mit Zustellungsfiktion am siebten Tag, sofern der Empfänger mit der Zustellung rechnen musste (siehe oben E. 1.3.4). Vorliegend können diese durch das Bundesgericht aufgestellten Regeln herangezogen werden, eine subsidiäre Anwendung von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO auf-

grund von Art. 81 VVRG - welche schliesslich zum selben Ergebnis führen würde - erübrigt sich deshalb.

1.4 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Bauunternehmungen im Oberwallis hätten ab Freitagabend 23. Dezember 2016 für zwei Wochen den Betrieb eingestellt. Es verstosse gegen Treu und Glauben, dass das Amt für Nationalstrassenbau die Verfügung vom 22. Dezember 2016 erst am 23. Dezember 2016 bei der Post abgegeben habe. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden: Im öffentlichen Beschaffungswesen gelten keine Gerichtsferien (siehe oben E. 1.3.1), die Zustellung einer Zuschlagsverfügung zwischen Weihnachten und Neujahr ist deshalb zulässig. Die Beschwerdeführerin behauptet nicht, dies sei ihr unbekannt gewesen. Im Übrigen hat die Q_____ AG, welche nicht zum ersten Mal an einem Submissionsverfahren teilnimmt (vgl. Urteile des Kantonsgerichts A1 16 86 vom 19. August 2016, A1 11 127 vom 25. November 2011), einen Anwalt mit der Einreichung der Beschwerde beauftragt. Die Beschwerdeführerin bringt auch nicht vor, dass sie das Amt für Nationalstrassenbau über eine Abwesenheit oder Nichterreichbarkeit während den Weihnachtsferien informiert hätte. In den Akten finden sich keine Belege, dass sich die Beschwerdeführerin und das Amt für Nationalstrassenbau über den möglichen Zeitpunkt der Zustellung der Verfügung ausgetauscht hätten. Ein treuwidriges Verhalten des Amtes ist nicht erkennbar. Die Beschwerdeführerin hat ein Angebot in einem Submissionsverfahren eingereicht und im Verlaufe des Verfahrens mehrfach eingeschriebene Postsendungen vom Amt für Nationalstrassenbau erhalten. Sie hat mit der Zustellung der Zuschlagsverfügung, auch zwischen Weihnachten und Neujahr, rechnen müssen.

1.4.1 Die Beschwerdeführerin kritisiert weiter, auf der Abholungseinladung im Postfach sei keine Abholungsfrist vermerkt gewesen. Dies stelle eine mangelhafte Eröffnung der Verfügung dar, woraus ihr kein Nachteil erwachsen dürfe. Die Abholung der Sendung am 4. Januar 2017 sei nicht verspätet erfolgt und die Beschwerdefrist von 10 Tagen sei mit der Einreichung der Beschwerde am 16. Januar 2017 gewahrt. Die Beschwerdeführerin reicht eine Kopie der im Postfach vorgefundenen Abholungseinladung ein: Es handelt sich um eine rote Abholungsmeldung ohne Datum oder Fristangabe und ohne Sendungsnummer, auf welcher handschriftlich ein „R“ vermerkt worden ist.

1.4.2 Bei eingeschriebenen Postsendungen gilt gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes eine widerlegbare Vermutung, dass der oder die Postangestellte die Abholungseinladung ordnungsgemäss in den Briefkasten oder in das Postfach des Empfängers gelegt hat und das Zustellungsdatum korrekt registriert worden ist. Es findet in diesem Fall eine Umkehr der Beweislast in dem Sinne statt, als bei Beweislosig-

keit der Entscheid zu Ungunsten des Empfängers ausfällt, der den Erhalt der Abholungseinladung bestreitet. Diese Vermutung kann durch den Gegenbeweis umgestossen werden. Sie gilt so lange, als der Empfänger nicht den Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung erbringt. Da der Nichtzugang einer Abholungseinladung eine negative Tatsache ist, verlangt das Bundesgericht dafür keinen vollen Beweis, es müssen jedoch konkrete Anzeichen für einen Fehler vorhanden sein. Die immer bestehende Möglichkeit von Fehlern bei der Poststelle genügt nicht, um die Vermutung zu widerlegen (vgl. statt vieler BGE 142 IV 201 E. 2.3).

1.4.3 Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hatte im Jahr 1982 einen ähnlichen Fall zu beurteilen (BVR 1982 S. 72): Die Empfängerin holte die eingeschriebene Sendung erst 12 Tage nach dem eine rote Abholungsmeldung ohne Frist mit dem Vermerk „R“ ins Postfach gelegt wurde ab. Das Verwaltungsgericht Bern führte aus, die Poststelle habe die Sendung kommentarlos nach 12 Tagen ausgehändigt, obwohl sie diese als unzustellbar hätte zurückschicken müssen und ausserdem auf dem Zustellcouvert kein Eingangsdatum angebracht. Das Verwaltungsgericht Bern kam zum Schluss, aufgrund dieser besonderen Umstände habe die Empfängerin darauf vertrauen dürfen, dass die Sendung erst mit Unterzeichnung der Empfangsbestätigung als zugestellt gelte. Das Obergericht des Kantons Zürich führte hingegen im Jahr 1983 aus, bei Postfächern sei die Avisierung mit roten Abholungsmeldungen ohne Angabe der Abholungsfrist ein übliches Vorgehen. Der Vermerk „R“ auf der Abholungsmeldung weise den Postfachinhaber klar ersichtlich darauf hin, dass es sich um eine eingeschriebene Sendung handle. Auch wenn bei Inhabern von Briefkästen i.d.R. eine gelbe Abholungseinladung verwendet werde, müssten Postfachinhaber sich auf die für sie geltenden Regeln einstellen (ZR 83/1984 S. 290). Das Bundesgericht hat zu dieser Frage ausgeführt, dass bei den roten Abholungsmeldungen die Gefahr von fehlerhaften Ablagen bestehe, da diese keine näheren Angaben über die Sendung und ihren Empfänger enthalten würden (Urteil des Bundesgerichts 2C_38/2009 vom 5. Juni 2009 E. 5.3).

1.4.4 Gemäss Ziffer 6 der allgemeinen Geschäftsbedingungen „Postfach“ vom Juni 2015 der Post hat der Kunde das Postfach regelmässig, im Normalfall mindestens einmal wöchentlich zu leeren. Nicht rechtzeitig aus dem Postfach entfernte Sendungen werden gleich behandelt wie Sendungen, deren Annahme durch den Empfänger verweigert wurde. Es gelten die ordentlichen Abholfristen für avisierte Sendungen. Die Allgemeine Geschäftsbedingungen „Postdienstleistungen“ vom Januar 2017 führen unter Ziffer 2.5.7 b aus, dass der Inhaber einer Abholungseinladung während einer Frist von 7 Tagen, für Paketsendungen aus dem Ausland während 15 Tagen, zum Be-

zug der darauf vermerkten Sendungen berechtigt ist. Ausserdem weist die Post ihre Kunden darauf hin, dass die rechtlichen Wirkungen einer Zustellung sich unabhängig vom postalischen Angebot nach den gesetzlichen Vorschriften beurteilen.

1.4.5 Die Post verwendet die vorgedruckten roten Abholungsmeldungen ohne Abholungsfrist für Postfächer seit Jahrzehnten. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin kann alleine aufgrund der Verwendung dieser Abholungsmeldung nicht auf eine fehlerhafte Zustellung geschlossen werden; es müssen gemäss Rechtsprechung konkrete Hinweise auf einen Fehler bei der Zustellung bestehen.

1.4.6 Die Beschwerdeführerin behauptet nicht, am 27. Dezember 2016 habe sich keine Abholungsmeldung im Postfach befunden: Ihren eigenen Angaben zufolge hat die Q_____ AG das Postfach zwischen dem 23. Dezember 2016 und dem 4. Januar 2017 nicht geleert. Die Beschwerdeführerin hat zwar eine Kopie der Abholungsmeldung eingereicht, jedoch nicht den Briefumschlag des Einschreibens, auf dem die Poststelle in der Regel die Abholungsfrist vermerkt. Ausserdem enthält der Briefumschlag eines Einschreibens die Sendungsnummer. Letztere ermöglicht auch dem Empfänger einer Sendung den Zugang zur elektronischen Sendungsverfolgung der Post. Die Beschwerdeführerin äussert sich überdies nicht dazu, ob sie bei der Abholung der Sendung bei der Poststelle Steg am 4. Januar 2017 darauf hingewiesen wurde, dass die siebentägige Abholungsfrist bereits am Tag zuvor abgelaufen war.

1.4.7 Die Beschwerdeführerin vermag die Vermutung, dass die Abholungsmeldung gemäss der elektronischen Registrierung der Post am 27. Dezember 2016 ins Postfach gelegt wurde, nicht umzustossen. Es wäre der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin ohne weiteres zumutbar und möglich gewesen, das Datum des Zustellungsversuchs am Postschalter oder mittels des Briefumschlags der eingeschriebenen Sendung bzw. durch die elektronische Sendungsverfolgung in Erfahrung zu bringen und die Beschwerdefrist korrekt zu berechnen, dies insbesondere nachdem sie das Postfach seit mehr als sieben Tagen nicht geleert hatte.

1.4.8 Nach dem Gesagten gilt die Verfügung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, vorliegend am 3. Januar 2017. Die 10-tägige Beschwerdefrist hat am Tage nach der Zustellung, also am 4. Januar 2017, zu laufen begonnen und am Freitag 13. Januar 2017 geendet (Art. 15 Abs. 1 i.V.m. Art. 56 Abs. 1 und Art. 80 Abs. 1 lit. d VVRG, Art. 16 Abs. 2 GIVöB). Die Beschwerdeeinreichung am 16. Januar 2017 ist folglich verspätet erfolgt.

2. Die Beschwerdeführerin hat den Antrag gestellt, ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Mit Verfügung vom 17. Januar 2017 hat das Kantonsgericht angeordnet, dass alle Vollziehungsvorkehren, insbesondere der Vertragsabschluss betreffend die Arbeitsvergabe, zu unterlassen seien. Mit dem vorliegenden Entscheid wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

3. Nach dem Gesagten wird auf die Beschwerde aufgrund der fehlenden Beschwerdelegitimation und der verpassten Beschwerdefrist nicht eingetreten. Die Beschwerdeführerin gilt bei diesem Verfahrensausgang als unterliegende Partei (Urteil des Kantonsgerichts A1 14 307 vom 23. Oktober 2015 S. 4).

3.1 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. 3 000.-- festgesetzt.

3.2 Die Beschwerdeführerin hat als unterliegende Partei keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 91 Abs. 1 VVRG e contrario). Abgesehen von hier nicht interessierenden Ausnahmen gewährt die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei auf Begehren die Rückerstattung der notwendigen Kosten, die ihr entstanden sind (Art. 91 Abs. 1 VVRG). 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). Diese ist global festzusetzen und umfasst die Entschädigung an die berechnete Partei sowie ihre Anwaltskosten (Art. 4 GTar), die in Anwendung der Art. 27 ff. GTar festzusetzen sind und im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren zwischen Fr. 1 100.-- und Fr. 11 000.-- betragen (Art. 39 GTar). Aufgrund des Umfangs, des geschätzten Aufwands, der Bedeutung und der Schwierigkeit des Falles wird die der anwaltlich vertretenen Zuschlagsempfängerin für das Verfahren vor dem Kantonsgericht zuzuspre-

chende Parteientschädigung vorliegend auf Fr. 3 000.-- festgesetzt und, unter solidarischer Haftbarkeit der beteiligten Gesellschaften, der Beschwerdeführerin auferlegt.

Demnach erkennt das Kantonsgericht:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Der Zuschlagsempfängerin wird eine Parteientschädigung von Fr. 3 000.-- zu Lasten der Beschwerdeführerin zugesprochen.
4. Die Gerichtskosten von Fr. 3 000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
5. Das Urteil wird der Beschwerdeführerin, dem Staatsrat des Kantons Valis, dem Departement für Verkehr, Bau und Umwelt, Amt für Nationalstrassenbau und der Zuschlagsempfängerin schriftlich mitgeteilt.

Sitten, 12. Mai 2017