

A1 16 107

**URTEIL VOM 24. NOVEMBER 2016**

**Kantonsgericht Wallis  
Öffentlichrechtliche Abteilung**

Es wirken mit: Thomas Brunner, Präsident, Jean-Bernard Fournier und Christophe Joris, Richter, sowie Melanie Brunner, Gerichtsschreiberin ad hoc,

**in Sachen**

**X**\_\_\_\_\_ **AG**, vertreten durch Rechtsanwalt M\_\_\_\_\_

**gegen**

**EINWOHNERGEMEINDE N**\_\_\_\_\_

**Y**\_\_\_\_\_ **AG**

(Arbeitsvergabe)

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Zuschlagsverfügung vom 25. März 2016.

## Sachverhalt

**A.** Die Gemeinde N\_\_\_\_\_ (Gemeinde) beabsichtigt, den bestehenden Kunstrasen beim Sportplatz „A\_\_\_\_\_“ zu erneuern. Die Projektierung übte zuerst das Baubüro B\_\_\_\_\_, anschliessend die C\_\_\_\_\_ Landschaftsarchitektur aus, welche auch die Bauleitung innehatte. Vorgesehen ist der Abbruch des bestehenden Kunstrasenteppichs, die Anpassung der Spielfeldbewässerung und die Lieferung und Verlegung neuer Kunstrasenteppiche (ca. 5'000 m<sup>2</sup>) inkl. Markierung und Prüfungen. Die Gemeinde wählte das Einladungsverfahren und liess Offerten zu bestimmten Kunstrasenprodukten einholen, namentlich zum Produkt T-Turf S9 Revolution und T-Turf S6.09 Pro. Es wurden auch Alternativprodukte zugelassen, die den technischen Anforderungen in den Unterlagen entsprachen.

In der Folge reichten vier Unternehmen, unter anderem die X\_\_\_\_\_ AG und die Y\_\_\_\_\_ AG ihre Angebote ein.

**B.** Anlässlich der Sitzung vom 22. März 2016 hielt der Gemeinderat im Protokoll fest was folgt:

„Entscheid: Sportplatz A\_\_\_\_\_, Arbeitsvergebung Sanierung Kunstrasenplatz

Nach gründlichen Abklärungen schlägt die Kulturkommission die Vergabe des Kunstrasens an die Firma Y\_\_\_\_\_ AG / T-Turf S9 Revolution unerfüllt vor. Total Kosten CHF 396'267.61. Die Kultur- und Sportkommission ist der Meinung, dass man dem FC sowie für die Schüler das beste Produkt einbauen sollte. Die Detailanalyse der Datenblätter hat gezeigt, dass sich alle entscheidenden produktespezifischen Faktoren/Kriterien des Kunstrasentyps T-Turf S9 Revolution in Bezug auf die örtlichen Begebenheiten und deren Höhenlage als optimal, bzw. relevant erweisen.“

**C.** Mit Schreiben vom 25. März 2016 teilte C\_\_\_\_\_ - im Auftrag des Gemeinderates - der X\_\_\_\_\_ AG mit, dass der Auftrag für das neue Kunststoffrasensystem für Netto Fr. 396 267.60 inkl. MwSt an eine andere Unternehmung vergeben worden sei.

**D.** Die X\_\_\_\_\_ AG (fortan Beschwerdeführerin) reichte am 7. April 2016 beim Kantonsgericht gegen die Vergabe eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein und stellte folgende Rechtsbegehren:

**„In prozessualer Hinsicht:**

1. Der vorliegenden Beschwerde sei - zunächst superprovisorisch und alsdann definitiv - die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
2. Der Vergabebehörde seien jegliche Vorkehrungen, die den Ausgang des Verfahrens präjudizieren könnten, zu untersagen, insbesondere sei ihr zu untersagen, mit der Zuschlagsempfängerin einen Werkvertrag abzuschliessen.
3. Der Beschwerdeführerin sei im Rahmen des gesetzlich Zulässigen umfassende Akteneinsicht zu gewähren.

**In materieller Hinsicht:**

4. Es sei die Zuschlagsverfügung der Vorinstanz über den Zuschlag der streitgegenständlichen Arbeiten an eine Konkurrentin aufzuheben und der Zuschlag sei gerichtlich der Beschwerdeführerin zu erteilen.
5. Eventualiter sei die angefochtene Zuschlagsverfügung aufzuheben und die Angelegenheiten an die Vorinstanz zwecks Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin zurückzuweisen.
6. Subeventualiter sei für den Fall, dass bereits ein Werkvertrag abgeschlossen worden sein sollte, die Rechtswidrigkeit der Vergabe festzustellen.
7. Subsubeventualiter sei für den Fall, dass das angerufene Gericht auf die vorliegende Beschwerde mangels Anfechtungsobjekt nicht eintreten sollte, die Vorinstanz anzuweisen, das Beschaffungsverfahren durch eine gültige Verfügung abzuschliessen und damit eine Beschwerdefrist auszulösen.
8. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Vorinstanz.“

Die Beschwerdeführerin machte geltend, dass die Zuschlagsverfügung zusätzlich zum Namen des Zuschlagsempfängers und zum Zuschlagsbetrag die Tabelle der Angebotsbewertung enthalten müsse, wenn das Angebot des Zuschlagsempfängers nicht das preisgünstigste sei. Dies sei vorliegend der Fall gewesen, weshalb der Vergabeentscheid unklar und ungenügend sei. Daneben liege eine willkürliche Bewertung des Angebots vor, da die Gemeinde von Beginn an das bezeichnete Produkt habe beschaffen wollen. Die anderen Anbieter mit Produkten eines anderen Herstellers hätten gar keine reelle Chance auf den Zuschlag gehabt und seien diskriminiert worden.

**E.** Die Beschwerde wurde am 11. April 2016 an die Gemeinde und die Zuschlagsempfängerin zur Vernehmlassung mit dem Hinweis weitergeleitet, dass alle Vollziehungs-

vorkehren, insbesondere der Vertragsabschluss betreffend die Arbeitsvergabe, zu unterlassen seien.

Mit Eingabe vom 17. April 2016 schloss die Zuschlagsempfängerin auf die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde. Das Kunstrasenprodukt der Beschwerdeführerin habe überhaupt keinen vergleichbaren qualitativen Wert und keine vergleichbaren Garantieleistungen zu dem in der Ausschreibung geforderten Produkt. Die Gemeinde habe im Rahmen ihrer Wirtschaftlichkeitsberechnung richtigerweise das Verhältnis von Preis und Leistung analysiert. Der Anschaffungspreis des Produktes Sportisca T-Turf S9 Revolution sei höher, jedoch ergebe sich durch die längere und naturgetreuere Nutzbarkeit eine Vollkostenrechnung zu Gunsten dieses Produktes.

Die Gemeinde beantragte mit Eingabe vom 26. April 2016 ebenfalls die kosten- und entschädigungspflichtige Abweisung der Beschwerde sowie sinngemäss die Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung. Die Gemeinde habe ein bestimmtes Produkt ausgeschrieben, nämlich das Sportisca T-Turf S9 Revolution, aber auch andere zugelassen, sofern diese Produkte den technischen Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen entsprochen hätten. Die Beschwerdeführerin hätte dieses Vorgehen akzeptiert und nicht dagegen opponiert. Die Detailanalyse der Datenblätter habe gezeigt, dass sich alle entscheidenden produktspezifischen Faktoren/Kriterien des Kunstrasentypes T-Turf S9 Revolution in Bezug auf die örtlichen Begebenheiten und deren Höhenlage als optimal bzw. relevant erwiesen haben und somit sei der Zuschlag an das günstigste Angebot dieses Produktetyps gegangen.

**F.** Die Beschwerdeführerin reichte am 9. Mai 2016 eine Replik ein und hielt ihre Rechtsbegehren aufrecht. Des Weiteren machte sie geltend, dass eine beschaffungsrechtlich unzulässige Vorbefassung vorliege. Die Zuschlagsempfängerin habe einerseits durch die Besichtigung des Platzes und die engen Kontakte mit der Gemeinde einen Wissensvorsprung gegenüber der Konkurrenz erhalten. Andererseits habe sie die Ausgestaltung des Beschaffungsgeschäftes massgebend beeinflussen können. Zudem sehe sie sich in ihrer Befürchtung bestätigt, dass die Vorinstanz ohne Ausarbeitung einer Bewertungsmatrix und ohne entsprechende detaillierte Angebotswertung in willkürlicher Weise eine Produktwahl getroffen habe. So bestätige auch die Zuschlagsempfängerin, dass bereits von Beginn an festgestanden habe, welches Produkt den Zuschlag erhalten solle. Auch lege die Gemeinde keine Details zur Bewertung offen und die tabellarische Offertenübersicht von C.\_\_\_\_\_ enthalte bloss die Angebotspreise, jedoch keine Bewertung von weiteren Kriterien. Die Aussage der Gemeinde

und der Zuschlagsempfängerin, dass das Produkt Sportisca besser als alle anderen Produkte sei, bliebe unbewiesen und sei mit keinerlei Fakten belegt worden.

**G.** Darauf antwortete die Zuschlagsempfängerin am 18. Mai 2016 und führte aus, dass sie den Sportplatz bereits am 1. Mai 2015 besichtigt habe, um der Gemeinde aufzuzeigen, wie eine kostengünstige und optimale Lösung erzielt werden könne. Die Thematik habe sich auf Tiefbauprobleme und auf die Erweiterung des bestehenden Platzes bezogen. Der FC N\_\_\_\_\_ habe sich bereits im März 2015 anlässlich einer Besichtigung auf einem Kunstrasenplatz im Kanton Zürich für den Kunstrasen S9 Revolution entschieden. Der Fussballplatz sei allen öffentlich zugänglich und sie habe durch die Besichtigung keinen Vorteil erlangt. Auch habe die Beschwerdeführerin den bestehenden Kunstrasen erstellt, weshalb sie ebenfalls über die entsprechenden Kenntnisse verfüge. Die Gleichwertigkeit der beiden Kunstrasenprodukte werde bestritten und könne auch mit dem erteilten Patent für das Produkt T-Turf S9 Revolution sowie durch die verwendeten Materialien belegt werden.

Die Gemeinde erwiderte mit Schreiben vom 24. Mai 2016, dass für die Vergabe ein neutraler Experte und Landschaftsarchitekt beigezogen worden sei und die Vorwürfe einer willkürlichen Vergabe zurückgewiesen würden. Eine vorgeworfene Vorbefassung werde bestritten - die Gemeinde habe sich vorgängig lediglich nach den vorhandenen Produkten auf dem Markt erkundigt.

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

## **Erwägungen**

1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass das Schreiben des Landschaftsarchitekten C\_\_\_\_\_ keine direkte Verfügung der Gemeinde im verwaltungsrechtlichen Sinne darstelle. So gesehen liege kein Anfechtungsobjekt vor. Da die Beschwerdeführerin bis heute keine direkte Verfügung der Gemeinde erhalten habe, müsse davon ausgegangen werden, dass die Gemeinde den erwähnten Planer als ihren Stellvertreter betrachte und das Schreiben des Landschaftsarchitekten als Verfügung zu werten sei.

**1.1** Insofern stellt sich zunächst die Frage, ob das Schreiben vom 25. März 2016 von C\_\_\_\_\_ Landschaftsarchitektur/Projektleitung, 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; GS/VS 726.1) darstellt.

Nach Art. 13 lit. g IVöB ist der Zuschlag zwingend als Verfügung des öffentlichen Rechts auszugestalten, also als individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den ein konkretes verwaltungsrechtliches Rechtsverhältnis geregelt wird. Nach Lehre und Rechtsprechung ist die Mitteilung des Zuschlags durch den Auftraggeber als Vergabebehörde den Beteiligten schriftlich zu eröffnen. Eine bloss indirekte Mitteilung des Zuschlagsentscheids durch ein beauftragtes Architekturbüro geht grundsätzlich nicht an, selbst wenn zwischen Behörde und Architekturbüro ein Vertrag abgeschlossen bzw. ein entsprechender Auftrag erteilt worden ist. Die mangelhafte Eröffnung führt aber weder zur Aufhebung des Verwaltungsentscheides noch zu einer Rückweisung, sofern den Betroffenen durch den Mangel kein Rechtsnachteil erwachsen ist (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., 2013, N. 1265 ff.).

**1.2** Mithin wurde die Zuschlagsverfügung mangelhaft eröffnet, indem nicht die Gemeinde als Auftraggeberin den Beteiligten die Verfügung schriftlich eröffnet hat. Für die Beschwerdeführerin war hingegen das Schreiben des beauftragten Architekten vom 25. März 2016 als behördlicher Akt erkennbar - wie sie auch in ihrer Beschwerde darlegt - und ihr ist durch den Mangel kein Rechtsnachteil erwachsen. Dessen ungeachtet ist bei künftigen Arbeitsvergaben die Verfügung durch den Auftraggeber als Vergabebehörde den Beteiligten schriftlich zu eröffnen und eine korrekte Rechtsmittelbelehrung anzubringen, was auch ein formelles Gültigkeitserfordernis einer behördlichen Anordnung ist (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 1253).

Daher kommt dem Schreiben von C\_\_\_\_\_ Verfügungscharakter im Sinne von Art. 15 GIVöB und damit auch von Art. 5 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (VVRG; GS/VS 172.6) zu und dagegen konnte innert 10 Tagen beim Kantonsgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 16 Abs. 2 GIVöB).

**1.3** Bei der Gemeinde handelt es sich um einen Auftraggeber im Sinne von Art. 6 GIVöB und sie hat das Einladungsverfahren nach Art. 11 GIVöB gewählt. Es finden

das GIVöB und die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Juni 2003 (VöB; GS/VS 726.100) darauf Anwendung.

**1.4** Die Beschwerdeführerin liegt bezüglich der Offerte preislich unter der Zuschlagsempfängerin und sie fordert, der Zuschlag sei ihr zu erteilen. Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen Vergabeentscheide legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen kann. Mit ihrer Beschwerde verfolgt die Beschwerdeführerin den Zuschlag an das von ihr preisgünstigere Angebot. Falls ihre Rügen begründet sind, hat sie eine realistische Chance auf den Zuschlag, weshalb ihre Legitimation zu bejahen ist (Art. 80 Abs. 1 lit. a und Art. 44 VVRG; Urteil des Kantonsgerichts A1 13 287 vom 15. November 2013 E. 1.1). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist deshalb einzutreten (Art. 80 Abs. 1 lit. b und c, Art. 46 und 48 VVRG; Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide - Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in: ZBI 2003, S. 11 f.).

**1.5** Die Beschwerdeführerin stellte den Antrag, dass ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen sei. In der Verfügung vom 11. April 2016 bestimmte das Kantonsgericht, dass bis zu seinem Entscheid alle Vollziehungsvorkehren, insbesondere der Vertragsabschluss betreffend die Arbeitsvergabe, zu unterlassen seien. Durch den Entscheid in der Sache wird das Begehren um die definitive Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nun gegenstandslos und kann abgeschrieben werden.

**2.** Das Kantonsgericht hat die Unterlagen der Gemeinde beigezogen sowie alle eingereichten Belege zu den Akten genommen. Die Parteien hatten im Verlaufe des Verfahrens wiederholt Gelegenheit, sich ausführlich zu äussern. Die vorhandenen Akten enthalten mithin die entscheidrelevanten Sachverhaltselemente und genügen, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, zur Beurteilung der rechtserheblichen Fragen. Die urteilende Instanz nimmt unter Berücksichtigung der vorliegenden Umstände in antizipierter Beweiswürdigung an, weitere Beweismittel würden nichts an der zu beurteilenden Sach- und Rechtslage ändern (Art. 80 Abs. 1 lit. d, Art. 56 und 17 Abs. 2 VVRG; ZWR 2009 S. 46 E. 3b; BGE 140 I 285 E. 6.3.1; BGE 130 II 425 E. 2.1). Deshalb wird auf zusätzliche Beweisabnahmen, wie die beantragten Partei- und Zeugeneinvernahme sowie die Expertise, verzichtet.

**3.** 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 11 155 vom 15. März 2012 E. 2; A1 13 287 vom 15. November 2013 E. 2). Das Gericht kann nur Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts prüfen, nicht jedoch die Unangemessenheit oder die Zweckmässigkeit der Verfügung (Art. 16 IVöB).

**4.** Die Beschwerdeführerin macht vorab geltend, dass die Zuschlagsverfügung zusätzlich zum Namen des Zuschlagsempfängers und zum Zuschlagsbetrag die Tabelle der Angebotsbewertung enthalten müsse, wenn das Angebot des Zuschlagsempfängers nicht das preisgünstigste sei. Dies sei vorliegend der Fall gewesen, weshalb der Vergabeentscheid unklar und ungenügend sei. Durch die ungenügende Begründung der Zuschlagsverfügung sei ihr rechtliches Gehör verletzt worden, weil sie gar nicht genau wisse, wieso ihr Angebot in der Endauswertung nicht den Zuschlag erhalten habe, obwohl es das preisgünstigste gewesen sei. Die Zuschlagsverfügung sei bereits deshalb aufzuheben.

**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 VöB ist der Zuschlag eine Verfügung, welche mindestens den Namen des Zuschlagsempfängers und den Zuschlagsbetrag enthalten muss (Art. 34 Abs. 1 und Abs. 3 VöB). 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). 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). 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.

**4.2** Vorliegend hat die Beschwerdeführerin zu einem Preis von Fr. 253 789.50 für das Produkt Profoot MXSi 4G und zu einem Preis von Fr. 275 169.18 für das Produkt Soccer Next Gen. offeriert. Die Zuschlagsempfängerin hat ein (höheres) Angebot von Fr. 396 267.61 für das Produkt T-Turf S9 Revolution eingereicht. Art. 34 Abs. 3 VöB führt für diesen Fall weiter aus, dass die Tabelle der Angebotsbewertung mindestens die Zuschlagskriterien und eventuellen Unterkriterien, deren Gewichtung sowie die Noten des Zuschlagsempfängers und des Verfügungsadressaten bzw. die Klassierung des Verfügungsadressaten zu enthalten habe. Der Beschwerdeführerin ist dahingehend Recht zu geben, dass der Zuschlag der Vergabestelle vom 25. März 2016 diese gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllt (vgl. Urteil des Kantonsgerichts A1 13 287 vom 15. November 2013 E. 4.2).

**4.3** Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird eine allfällige Verweigerung des rechtlichen Gehörs geheilt, wenn die unterbliebene Beweiswürdigung oder Beweiserhebung in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in welchem die obere Instanz mit der gleichen Prüfungsbefugnis entscheidet wie die untere Instanz (BGE 133 I 201 E. 2.2; 127 V 431 E. 3d/aa; 126 I 68 E. 2; 126 V 130 E. 2b; 124 II 132 E. 2; 118 Ib 111 E. 4b; 116 Ia 94 E. 1; Arthur Häfliger, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, Bern 1985, S. 132 f.). Sie ist bei besonders schwerwiegender Verletzung von Parteirechten ausgeschlossen und muss die Ausnahme bleiben (BGE 126 I 68 E. 2; 126 V 130 E. 2b; 124 V 180 E. 4a). 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 durch die teilweise fehlenden Angaben das rechtliche Gehör verletzt worden ist, fällt eine Rückweisung angesichts des Beschleunigungsgebots und der nicht ausgeschlossenen Heilungsmöglichkeiten im Rechtsmittelverfahren ausser Betracht. Denn die Beschwerdeführerin hat sich in ihrer Beschwerde die Möglichkeit der Beschwerdeergänzung vorbehalten, was ihr im Rahmen des Replikrechts offen stand.

Zugleich hat die Gemeinde in ihrer Beschwerdeantwort vom 26. April 2016 eine Begründung nachgeliefert und die Beschwerdeführerin hat das Protokoll der Gemeinderatssitzung vom 22. März 2016 sowie die Offertenübersicht erhalten. Dazu konnte die Beschwerdeführerin Stellung nehmen, was sie auch getan hat. Dadurch kann eine allfällige Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör als geheilt angesehen werden (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 1246, 1250 mit Hinweisen) und eine Aufhebung der Zuschlagsverfügung rechtfertigt sich nicht aus diesen Gründen.

**5.** Die Beschwerdeführerin macht des Weiteren geltend, dass die Zuschlagsempfängerin bereits vor der Durchführung der Submission für die Gemeinde beratend tätig gewesen sei und sich vor Ort ein genaues Bild der Situation habe machen können. Damit liege eine beschaffungsrechtlich unzulässige Vorbefassung vor, weil die Zuschlagsempfängerin einerseits durch die Besichtigung des Platzes und die engen Kontakte mit der Gemeinde einen Wissensvorsprung gegenüber der Konkurrenz erhalten habe und andererseits die Ausgestaltung des Beschaffungsgeschäftes massgebend habe beeinflussen können. Letzteres zeige sich u.a. darin, dass die Gemeinde nach der Beratung durch die Zuschlagsempfängerin genau dasjenige Produkt habe beschaffen wollen, welches die Zuschlagsempfängerin anbiete.

**5.1** Nach Art. 23 Abs. 1 lit. k VöB wird ein Anbieter vom Zuschlagsverfahren insbesondere ausgeschlossen, wenn er bereits im Rahmen desselben Projektes ein oder mehrere Planungs- oder Bauleitungsaufträge ausgeführt hat und diese Leistungen ihm für das gegenwärtige Angebot einen privilegierten Informations- und Wissensstand verschafft, welche die Chancengleichheit verfälscht. Gemäss Bundesgericht liegt eine ausschlussbegründende Vorbefassung dann vor, wenn ein Anbieter bei der Vorbereitung eines Submissionsverfahrens mitgewirkt hat, sei es durch das Verfassen von Projektunterlagen, durch das Erstellen von Ausschreibungsunterlagen oder durch das Informieren der Beschaffungsstelle über bestimmte technische Spezifikationen des zu beschaffenden Gutes (Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E. 3.1).

Eine solche Vorbefassung kann sich, wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht wurde, auch in Form eines Wissensvorsprungs manifestieren, indem der vorbefasste Anbieter Kenntnisse, die er im Rahmen der Vorbereitung des Submissionsverfahrens gewonnen hat, bei der Erstellung der Offerte einsetzt (Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E. 3.1). Eine Vorbefassung hat grundsätzlich den Ausschluss aus dem Submissionsverfahren zur Folge. Dabei ist zu berücksichtigen,

dass eine Beteiligung am Submissionsverfahren trotz Vorbefassung zulässig sein kann, beispielsweise wenn der bestehende Wissensvorsprung gegenüber den anderen Anbietern nur geringfügig oder wenn die Mitwirkung des vorberefassten Anbieters bei der Vorbereitung des Submissionsverfahrens nur untergeordneter Natur ist. Ferner auch dann, wenn die ausgeschriebene Leistung nur von wenigen Anbietern erbracht werden kann oder wenn die Mitwirkung des vorberefassten Anbieters sowie dessen Wissensvorsprung gegenüber den übrigen Anbietern offen gelegt wird (Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E. 3.3).

Die Beweislast obliegt im Streitfall nach allgemeinen Grundsätzen nicht dem vorberefassten Anbieter (der immerhin im Rahmen der prozessualen Mitwirkungspflicht zur Abklärung beizutragen hat), sondern dem Konkurrenten, der sich vom Ausschluss des vorberefassten Anbieters bessere Aussichten für den Zuschlag verspricht (Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E. 5.7.3; Peter Galli/André Mosser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 1049 m.w.H.).

**5.2** Sowohl die Ausschlussgründe nach Art. 23 Abs. 1 lit. k VöB als auch die eingangs dargelegte Rechtsprechung und Doktrin zur Vorbefassung knüpfen an konkrete Vorarbeiten einer Anbieterin im Rahmen des ausgeschriebenen Projekts an. Die Rüge der Beschwerdeführerin knüpft jedoch an Vorkenntnisse an, die sich die Zuschlagsempfängerin im Rahmen einer Besichtigung des Platzes angeeignet haben soll. Wie die Zuschlagsempfängerin ausführt, habe sich die Thematik auf Tiefbauprobleme und auf die Erweiterung des bestehenden Platzes bezogen. Tatsächlich hat die Zuschlagsempfängerin weder an der Projektierung noch an der Vorbereitung der Ausschreibung in Sachen Sanierung Kunstrasen beim Sportplatz „A\_\_\_\_\_“ mitgewirkt; diese oblag zuerst dem Baubüro B\_\_\_\_\_ und anschliessend dem Büro C\_\_\_\_\_ Landschaftsarchitektur, welches auch die Bauleitung innehatte. Der Beweis, dass die Zuschlagsempfängerin einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil gehabt hat, vermochte die Beschwerdeführerin nicht zu erbringen.

Die Gemeinde liess zwar Offerten zu bestimmten Kunstrasenprodukte einholen, jedoch wurden auch Alternativprodukte zugelassen. Insofern ist die Rüge der Beschwerdeführerin, dass die Gemeinde lediglich ein bestimmtes Produkt habe beschaffen wollen, was auf die Beeinflussung der Zuschlagsempfängerin zurückzuführen sei, nicht zu hören.

**6.** Ferner macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Gemeinde ohne Ausarbeitung einer Bewertungsmatrix und ohne entsprechende detaillierte Angebotswertung in

willkürlicher Weise eine Produktwahl getroffen habe. Sie habe von Beginn an das bezeichnete Produkt beschaffen wollen. Die von ihr offerierten unverfüllten Kunstrasensysteme würden beide die technischen Vorgaben erfüllen und seien beide deutlich günstiger als dasjenige der Zuschlagsempfängerin, weshalb sie den Zuschlag zu erhalten habe.

**6.1** Nach Art. 12bis Abs. 3 IVöB können die Kantone im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich für die Verfahren tiefere Schwellenwerte ansetzen. Daraus dürfen keine Gegenrechtsvorbehalte abgeleitet werden. Nach Art. 8 Abs. 2 GIVöB können Aufträge des Bauhauptgewerbes, deren Auftragswert zwischen Fr. 300 000.-- bis Fr. 500 000.-- liegt, im Einladungsverfahren vergeben werden.

Im Unterschied zum freihändigen Verfahren, bei dem die Einladung in der Regel formlos erfolgt, sind im Einladungsverfahren bestimmte Formvorschriften vorgesehen. So hat der Auftraggeber ohne Ausschreibung mindestens fünf Angebote von qualifizierten Unternehmen oder Leistungserbringer zu verlangen (Art. 11 GIVöB). Daneben sind die in Art. 6 VöB genannten Unterlagen der Einladung beizulegen, beispielsweise alle Zuschlagskriterien mit Angabe ihrer Gewichtung (Art. 6 lit. m VöB). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung müssten Mängel der Ausschreibung, sofern sie auf Anhieb und nicht erst im Zeitpunkt des Zuschlags erkennbar seien, innert der gemäss kantonalem Recht für die Anfechtung der Ausschreibung des Auftrags festgelegten Frist gerügt oder gegenüber der Vergabestelle beanstandet werden (BGE 130 I 241 E. 4.3; Urteil des Bundesgerichts 2P.294/2005 vom 14. März 2006 E. 4.1). In Lehre und Rechtsprechung wird auch die Meinung vertreten, dass die Einladung zur Offertstellung - dies im Gegensatz zur öffentlichen Ausschreibung im offenen/selektiven Verfahren - nicht als selbständig anfechtbare Verfügung gelte. Da der Anbieter gar keine Möglichkeit zur frühzeitigen selbständigen Anfechtung habe, könne er den Mangel der Einladungsunterlagen erst im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags geltend machen (Dominik Kuonen, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, in: Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Bern 2005, S. 55, S. 103 und S. 197 f.; Urteil des Obergerichts Uri vom 14. Juli 2000 in BR 2/2001 S. 67 f.; vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern 2000 II Nr. 13 vom 25. August 2000 E. 4d).

Ob die Gemeinde vorliegend mindestens fünf Angebote von qualifizierten Unternehmen verlangt hat, jedoch nur vier Angebote eingereicht wurden, kann den Akten nicht entnommen werden. Da die Beschwerdeführerin dies nicht gerügt hat und ihr dadurch auch kein Nachteil entstanden ist, ist es vorliegend rechtlich irrelevant, dass nicht die verlangten fünf Angebote eingegangen sind. Dessen ungeachtet ist bei künftigen Ar-

beitsvergaben dieser Formvorschrift vollends Rechnung zu tragen. In casu kann auch offen bleiben, ob die Beschwerdeführerin die Einladung an sich hätte anfechten müssen, da die Vergabe ohnehin aufzuheben ist, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

**6.2** Nach Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB bezweckt die Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen die Sicherstellung der Transparenz der Vergabeverfahren. Um Missbrauch und Willkür beim Zuschlag zu verhindern, ist es wichtig, vollständige Transparenz zu schaffen und die Zuschlagskriterien mit allfälligen Unterkriterien und der jeweiligen Gewichtung im Voraus bekannt zu geben, auch im Einladungsverfahren (Dominik Kuonen, a.a.O., S. 186 ff.; Urteil des Kantonsgerichts A1 11 256 vom 15. März 2012 E. E ff.; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 956; Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern 2000 II Nr. 13 vom 25. August 2000 E. 4b).

Die Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe aller massgebenden Kriterien samt Gewichtung ist formeller Natur: Eine Verletzung des Transparenzgebots führt zur Aufhebung des Zuschlags, auch wenn kein Kausalzusammenhang zwischen Verfahrensfehler und Vergabeentscheid vorliegt (Dominik Kuonen, a.a.O., S. 189 f.; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für öffentliches Beschaffungswesen (fortan BRK) VPB 65.11 vom 1. September 2000 E. 4; BRK VPB 65.94 vom 5. Juli 2001 E. 6c; Urteile des Bundesgerichts 2P.172/2002 vom 10. März 2003 E. 2.3 und 2C\_549/2011 vom 27. März 2012 E. 2.4).

**6.3** Auf der Offertenübersicht wurde unter Bemerkungen aufgeführt, dass für die oberste Fussballliga aus sporttechnischer Sicht verfüllte Kunstrasen empfohlen werden. Ab 1. Liga und in Höhenlagen empfehle sich aufgrund des extensiveren Unterhaltes ein unverfüllter Rasenteppich. Den Offertunterlagen sei jeweils ein technisches Datenblatt beigelegt worden, welches zum Preisangebot ebenfalls ausgefüllt und an den Auftraggeber habe retourniert werden müssen. Die Offerten mit dem ausgeschriebenen Kunstrasenprodukt, sowie die Alternativprodukte würden grundsätzlich in den Richtlinien der FIFA/UEFA-Vorgaben liegen. Die Detailanalyse der Datenblätter habe gezeigt, dass sich alle entscheidenden produktspezifischen Faktoren/Kriterien des Kunstrasentypes T-Turf S9 Revolution in Bezug auf die örtlichen Begebenheiten und deren Höhenlage als optimal, bzw. relevant erweisen und somit der Zuschlag an das günstigste Angebot dieses Produktetyps gehe.

**6.4** Die von der Gemeinde eingereichten Unterlagen enthalten keine Zuschlagskriterien mit Angabe ihrer Gewichtung. Mithin wurden im vorliegenden Verfahren keine Zuschlagskriterien mit allfälligen Unterkriterien und der jeweiligen Gewichtung bekannt

gegeben. Auch liegt keine Bewertungstabelle vor, aus welcher ersichtlich wäre, welche Zuschlagskriterien herangezogen und inwiefern diese gewichtet wurden. Ohne Zuschlagskriterien und deren Gewichtung ist nicht nachvollziehbar, ob der Zuschlag zu recht an die Zuschlagsempfängerin erfolgte. Die Gemeinde hat neben der Verletzung der Formvorschrift in Art. 6 Abs. 1 lit. m VöB auch in klarer Weise gegen das im Vergabebereich zwingend geltende Gebot der Transparenz verstossen (Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB; vgl. Urteil des Kantonsgerichts A1 11 256 vom 15. März 2012 E. E; Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern 2000 II Nr. 13 vom 25. August 2000 E. 4b ff.).

Durch die Verletzung einer elementaren Regel, wonach die Einladungsunterlagen mindestens alle Zuschlagskriterien mit Angabe ihrer Gewichtung enthalten müssen, hat die Gemeinde das Verfahren völlig intransparent gestaltet. Das Verfahren litt von Anfang an einem fundamentalen Mangel, weshalb das ganze Verfahren zu wiederholen ist (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern vom 25. August 2000 E. 4b in: BR 2/2001 S. 66). In Gutheissung der Beschwerde ist der angefochtene Zuschlagsentscheid vom 25. März 2016 demnach aufzuheben.

**7.** Da der Zuschlag bereits aus formellen Gründen aufzuheben ist, erübrigt es sich, auf die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin einzugehen. Die Beschwerde erweist sich als begründet und ist gutzuheissen. Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als obsiegende Partei mit den entsprechenden Folgen für die Tragung der Kosten und für die Zusprechung einer Parteientschädigung.

**7.1** 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). Es bestehen keine Gründe, vorliegend von dieser Regel abzuweichen, so dass die Zuschlagsempfängerin bei diesem Ausgang des Verfahrens die Kosten zu tragen hat. Gemäss Art. 3 des Gesetzes betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigungen vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden vom 11. Februar 2009 (GTar; SGS/VS 173.8) setzen sich die Kosten aus den Auslagen der Entscheidbehörde sowie der Gerichtsgebühr zusammen. Die Gerichtsgebühr für Beschwerdeverfahren vor der öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts beträgt in der Regel zwischen Fr. 280.-- und Fr. 5 000.-- (Art. 25 GTar). Aufgrund der Bedeutung des Falles sowie seines Umfangs und Schwierigkeitsgrads wird die Gerichtsgebühr auf Fr. 1 500.-- festgesetzt und der Zuschlagsempfängerin auferlegt.

**7.2** Als obsiegende Partei hat die Beschwerdeführerin gemäss Art. 91 Abs. 1 VVRG Anspruch auf eine Parteientschädigung. Die Entschädigung wird im Dispositiv beziffert

und der Staats- oder Gemeindekasse auferlegt, soweit sie aus Billigkeitsgründen nicht der unterliegenden Partei auferlegt werden kann (Art. 91 Abs. 2 VVRG). Das Gericht ist bei der Festlegung der Parteientschädigung nicht an die gestellten Begehren gebunden, die Parteientschädigung kann global festgesetzt werden (vom Bundesgericht bestätigt im Urteil 1P.69/2003 vom 16. Mai 2003). Sie umfasst die Entschädigung an die berechnete Partei sowie ihre Anwaltskosten (Art. 4 Abs. 1 GTar). Letztere sind in Anwendung der Art. 27 ff. GTar festzusetzen und betragen im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren zwischen Fr. 1 100.-- und Fr. 11 000.-- (Art. 39 GTar). Die Parteientschädigung ist aufgrund der Bedeutung, der Schwierigkeit und des Umfangs des Falls sowie der vom Anwalt nützlich aufgewandten Zeit und der finanziellen Situation der Partei festzusetzen. Bei der Beurteilung des Arbeits- und des Zeitaufwands darf beachtet werden, dass das Verwaltungsverfahren im Unterschied zum Zivilprozess von der Untersuchungsmaxime beherrscht wird, wodurch in zahlreichen Fällen die Tätigkeit des Anwalts erleichtert wird. Ferner wird die Tätigkeit des Rechtsvertreters nur insoweit berücksichtigt, als sie sich bei der Erfüllung ihrer Aufgabe an einen vernünftigen Rahmen hält, unter Ausschluss nutzloser oder sonst wie überflüssiger Schritte. Unter Berücksichtigung der für die Festsetzung der Entschädigung geltenden Regeln sowie des notwendigen und der Schwierigkeit der Streitsache angemessenen Aufwandes ist die Entschädigung auf insgesamt Fr. 1 800.-- (inkl. Auslagen) festzulegen (Art. 91 Abs. 2 VVRG). Die an die Beschwerdeführerin zu leistende Parteientschädigung wird der unterliegenden Zuschlagsempfängerin auferlegt.

### **Demnach erkennt das Kantonsgericht**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, der angefochtene Vergabeentscheid aufgehoben und die Angelegenheit an die Gemeinde zur erneuten Durchführung des Verfahrens zurückgewiesen.
2. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung fällt als gegenstandslos geworden dahin.
3. Die Gerichtsgebühr von Fr. 1 500.-- wird der Zuschlagsempfängerin auferlegt.

4. Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Zuschlagsempfängerin eine Parteient-schädigung in der Höhe von Fr. 1 800.-- zugesprochen.
5. Das Urteil wird der Beschwerdeführerin, der Einwohnergemeinde N\_\_\_\_\_ und der Zuschlagsempfängerin schriftlich mitgeteilt.

Sitten, 24. November 2016