

A1 21 19

**URTEIL VOM 10. JUNI 2021**

**Kantonsgericht Wallis  
Öffentlichrechtliche Abteilung**

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

**in Sachen**

**X** \_\_\_\_\_, Beschwerdeführerin, bestehend aus:

**A** \_\_\_\_\_ AG, und

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

**gegen**

**Y** \_\_\_\_\_, Beschwerdegegnerin/Zuschlagsempfängerin, bestehend aus:

**C** \_\_\_\_\_,

**D** \_\_\_\_\_ AG, und

**E** \_\_\_\_\_ AG,

**EINWOHNERGEMEINDE F** \_\_\_\_\_, Vergabebehörde, vertreten durch

**N** \_\_\_\_\_ und Rechtsanwältin **O** \_\_\_\_\_,

(Arbeitsvergabe)

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verfügung vom 21. Januar 2021.

## Sachverhalt

**A.** Die Gemeinde F \_\_\_\_\_ (fortan Gemeinde oder Vergabebehörde) beabsichtigt, das bestehende Schulhaus X \_\_\_\_\_ durch einen Neubau zu ersetzen. Die Bauarbeiten sollen in verschiedenen Bauphasen durchgeführt werden, der Unterricht soll währenddessen teilweise in provisorischen Klassenzimmern stattfinden. Am 25. September 2020 wurden die Baumeisterarbeiten für den Neubau des Schulhauses X \_\_\_\_\_ im Amtsblatt Nr. xxx des Kantons Wallis und auf Simap im offenen Verfahren ausgeschrieben. Für den Auftrag gingen zwei Offerten ein: Die Y \_\_\_\_\_ (bestehend aus der C \_\_\_\_\_ AG, der D \_\_\_\_\_ AG und der E \_\_\_\_\_ AG) offerierte für Fr. 10 049 009.15, die X \_\_\_\_\_ (bestehend aus der A \_\_\_\_\_ AG und der B \_\_\_\_\_ AG) für Fr. 11 625 378.20. Am 21. Januar 2021 erteilte die Gemeinde den Zuschlag für den Neubau des Schulhauses X \_\_\_\_\_ der Y \_\_\_\_\_ für Fr. 10 049 009.15.

**B.** Gegen diesen Entscheid der Gemeinde erhob die X \_\_\_\_\_ (Beschwerdeführerin) am 29. Januar 2021 Verwaltungsgerichtsbeschwerde bei der öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts und stellte folgende Rechtsbegehren:

- "1. Der vorliegenden Beschwerde wird die aufschiebende Wirkung erteilt.
  2. Der Beschwerdeführerin wird Akteneinsicht gewährt.
  3. Der Beschwerdeführerin wird nach gewährter Akteneinsicht eine Nachfrist zur Ergänzung der Beschwerde gewährt.
  4. Die Vergabebehörde wird umgehend nach Eingang dieser Beschwerde darauf hingewiesen, dass sie mit jeglichem Vertragsschluss bis zum rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache zuzuwarten hat.
  5. Die Beschwerde wird gutgeheissen, die angefochtene Zuschlagsverfügung wird aufgehoben und die Zuschlagsempfängerin wird vom Verfahren ausgeschlossen.
  6. Die Beschwerde wird gutgeheissen, die angefochtene Zuschlagsverfügung wird aufgehoben und das Kantonsgericht entscheidet in der Sache selber, indem es anstelle der Vorinstanz den Vergabeentscheid unmittelbar gestützt auf die Akten des Beschwerdeverfahrens fällt und dabei die Arbeiten an die Beschwerdeführerin vergibt.
- Subsidiär:
- a. Die Beschwerde wird gutgeheissen, die angefochtene Zuschlagsverfügung wird aufgehoben und die Sache wird zur neuen Vergabe der Arbeiten an den Auftraggeber zurückgewiesen.
  - b. Die Beschwerde wird gutgeheissen, die angefochtene Zuschlagsverfügung wird aufgehoben und es wird festgestellt, dass die Vergabe rechtswidrig erfolgt ist.
  7. Die Kosten von Verfahren und Urteil trägt wer rechtens.
  8. Der Beschwerdeführerin ist eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen."

Die Beschwerdeführerin machte eine Verletzung der Begründungspflicht geltend. Sie sei bis auf den Preis besser bewertet worden als die Zuschlagsempfängerin. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb sie beim Kriterium Referenzen nicht die Maximalnote erhalten

habe. Bei der Bewertung der Infrastruktur werde bestritten, dass die Zuschlagsempfängerin über die nötige Infrastruktur verfüge; sie könne keinen Beton vor Ort produzieren oder recyceln. Auch die Beurteilung der Preisglaubwürdigkeit sei nicht begründet worden.

Zudem stellte die Beschwerdeführerin die Eignung der Zuschlagsempfängerin in Frage: Gemäss Pflichtenheft müssten die Anbieter den Nachweis erbringen, dass sie in der Lage seien, die für die Bauzeit erforderlichen Transportkapazitäten zur Verfügung zu stellen. Die Beschwerdegegnerin verfüge nicht über die nötigen Depots und Betonwerke, um die erforderlichen Transportkapazitäten einzuhalten. Sie hätte aufgrund der genügenden Infrastruktur und Transportkapazität ausgeschlossen werden müssen. Ein nachhaltiges Bauen sei bei so langen Transportwegen nicht möglich.

Weiter kritisierte die Beschwerdeführerin das für das Kriterium Preis gewählte Bewertungssystem der Vergabebehörde: Das quadratische Benotungssystem führe vorliegend zu einer zu starken Preisgewichtung und benachteilige ihr Angebot, welches bei den übrigen Kriterien bessere Noten erzielt habe. Verstärkt werde dieser Umstand dadurch, dass die Vergabebehörde ihr bei der Preisgestaltung höhere Glaubwürdigkeit zugestehe als der Zuschlagsempfängerin. Schliesslich bezweifelte die Beschwerdeführerin die Referenzen der Zuschlagsempfängerin.

**C.** Die Vergabebehörde reichte am 12. Februar 2021 eine Vernehmlassung ein und beantragte die Abweisung der Beschwerde und des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin. Sie führte aus, eine Verletzung der Begründungspflicht sei nicht ersichtlich. Der Name der Zuschlagsempfängerin und der Betrag seien bekanntgegeben worden. Auch der Angebotsvergleich sei beigelegt worden, obwohl dies nicht notwendig gewesen wäre.

Die Vergabebehörde erwiderte, die Offerte der Zuschlagsempfängerin erfülle alle im Pflichtenheft genannten Kriterien und weise die erforderlichen Transportkapazitäten und eine genügende Infrastruktur nach. Fragen zum Güterumschlag, zur Sichtbetonqualität, zum Recycling-Beton und zum Terminprogramm seien anlässlich einer Sitzung erläutert und geklärt worden. Die Betonumschlagplätze seien vorhanden und die Einhaltung der Umweltschutzgesetzgebung gewährleistet. Die Zuschlagsempfängerin verfüge über für die Herstellung von Recyclingbeton notwendigen Anlagen. Materialanlieferung und Einhaltung der Termine und Kosten seien gewährleistet. Es lägen keine Gründe für einen

Ausschluss vor. Im Übrigen sähen die Vergabeunterlagen das Bewertungskriterium Ökologie oder umweltschonende Ausführung nicht vor.

Die Wahl des quadratischen Benotungssystems sowie die Gewichtung des Preises mit 60 % seien im Pflichtenheft festgehalten. Weshalb dieses Benotungssystem vorliegend zu einem unzulässigen Ergebnis führen sollte, lege die Beschwerdeführerin nicht substantiiert dar. Bei der Überprüfung der Bewertung habe sich inzwischen herausgestellt, dass bei der Berechnung der Benotung der Beschwerdeführerin ein Fehler unterlaufen sei. Die Beschwerdeführerin habe tatsächlich die Note von 3.74 statt 4.32 erzielt. Die Differenz der Angebote zugunsten der Zuschlagsempfängerin betrage 54.24 statt 19.08 Punkte. Die Beschwerdeführerin habe beim Kriterium Preisglaubwürdigkeit die Höchstpunktzahl erhalten und die Berechnung sei gemäss Westschweizer Leitfaden erfolgt. Die positiven und negativen Punkte der Referenzauskünfte seien im Bewertungsprotokoll klar und transparent festgehalten und die Beschwerdeführerin habe für dieses Kriterium mehr Punkte als die Zuschlagsempfängerin erhalten.

**D.** Die Y \_\_\_\_\_ (fortan Zuschlagsempfängerin oder Beschwerdegegnerin) reichte am 23. Februar 2021 eine Beschwerdeantwort ein und beantragte die Abweisung der Beschwerde und des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie die Auflegung der Kosten an die Beschwerdeführerin und eine angemessene Parteientschädigung. Zudem beantragte sie, es sei keine Einsicht in ihre Offerte zu gewähren, da diese Geschäftsgeheimnisse beinhalten würde. Sie führte aus, aufgrund der Multikriterienanalyse könne ohne Weiteres nachvollzogen werden, weshalb sie und nicht die Beschwerdeführerin den Zuschlag erhalten habe; sie habe beim Hauptkriterium Preis entscheidend besser abgeschnitten. Bei den übrigen Kriterien habe die Beschwerdeführerin viermal die Maximalnote erhalten und habe auch beim Kriterium Referenzen besser abgeschnitten. Eine rechtswidrige Beurteilung des Kriteriums Referenzen weise die Beschwerdeführerin nicht nach, sie stelle blosser Behauptungen auf. Selbst wenn die Beschwerdeführerin hier die Maximalnote erhalten hätte, würde sie insgesamt auf dem zweiten Rang liegen. Das Kriterium Preisglaubwürdigkeit habe nichts mit Vertrauen zu tun, sondern einzig mit der sogenannten Pyramidenmethode, was dem Pflichtenheft auf Seite 6 entnommen werden könne.

Die Zuschlagsempfängerin bestritt die Behauptung der Beschwerdeführerin, dass ihre Eignung fehle und entgegnete, sie sei aufgrund ihrer personellen, finanziellen und maschinellen Kapazitäten in der Lage, den Auftrag zu erfüllen. Würden die Behauptungen der Beschwerdeführerin zutreffen, könnten Bauaufträge der Gemeinde nur noch der Be-

schwerdeführerin zugeschlagen werden. Die Beschwerdeführerin beanspruche mit dieser Argumentation ein faktisches Monopol, was nicht Sinn der Gesetzgebung zum öffentlichen Beschaffungswesen sei. An der Abklärungssitzung vom 8. Januar 2021 habe sie nachgewiesen, dass ihre Offerte alle laut Pflichtenheft verlangten Voraussetzungen erfülle und sie über die notwendige Infrastruktur und Kapazitäten verfüge. Die von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Fragen betreffend Umschlagplatz, Betonumschlag, Recyclingbeton, Transportkapazitäten, Termingarantie, Infrastruktur, Elektrofahrzeuge etc. seien besprochen worden. Das Pflichtenheft verlange keinen bestimmten Umschlagplatz vor Ort und auch nicht, dass der Beton in der Gemeinde produziert werden müsse oder dass die Transportwege kurz sein müssten.

Es sei laut Praxis des Kantons ohne weiteres zulässig, den Preis mit 60 % zu gewichten. Der Vergabebehörde komme bei der Festlegung der Preiskurve ein grosses Ermessen zu. Das von der Beschwerdeführerin zitierte Urteil des Bundesgerichts sei nicht einschlägig, weil der Preis dort nur mit 20 % gewichtet worden sei. Das Preisangebot der Beschwerdeführerin sei 15.7% höher, unter Berücksichtigung dieser Preisdifferenz habe die Beschwerdeführerin beim Kriterium 1 nicht zu wenige, sondern zu viele Punkte erhalten. Abgesehen davon hätte die Beschwerdeführerin die Ausschreibungsunterlagen anfechten müssen, wenn sei mit der Gewichtung der Kriterien oder der Preisbewertungskurve nicht einverstanden gewesen sei; der Einwand sei verspätet.

**E.** Am 25. Februar 2021 wies das Kantonsgericht das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ab (Verfahren A2 21 15). Der Rechtsanwalt der Beschwerdeführerin nahm am 9. März 2021 Einsicht in die Akten (ausgenommen die Offerte der Beschwerdegegnerin sowie das Protokoll der Abklärungssitzung vom 8. Januar 2021).

**F.** Die Beschwerdeführerin replizierte am 22. März 2021 und änderte ihre Rechtsbegehren wie folgt:

- "1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, die angefochtene Zuschlagsverfügung wird aufgehoben und die Zuschlagsempfängerin wird vom Verfahren ausgeschlossen.
2. Die Beschwerde wird gutgeheissen, die angefochtene Zuschlagsverfügung wird aufgehoben und das Kantonsgericht entscheidet in der Sache selber, indem es anstelle der Vorinstanz den Vergabeentscheid unmittelbar gestützt auf die Akten des Beschwerdeverfahrens fällt und dabei die Arbeiten an die Beschwerdeführerin vergibt.
3. Die Beschwerde wird gutgeheissen, die angefochtene Zuschlagsverfügung wird aufgehoben und die Sache wird zur neuen Vergabe der Arbeiten an den Auftraggeber zurückgewiesen.
4. Die Beschwerde wird gutgeheissen, die angefochtene Zuschlagsverfügung wird aufgehoben und es wird festgestellt, dass die Vergabe rechtswidrig erfolgt ist.
5. Die Kosten von Verfahren und Urteil trägt wer rechtens.
6. Der Beschwerdeführerin ist eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen."

Die Beschwerdeführerin kritisierte, die Vergabebehörde habe in ihrer Stellungnahme auf die Multikriterienanalyse verwiesen, ohne sich inhaltlich zur Vergabe zu äussern. Eine tabellarische Multikriterienanalyse genüge der Begründungspflicht mitnichten. Der Schlussbewertung sei zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin bis auf den Preis jeweils besser bewertet worden sei als die Zuschlagsempfängerin. Insbesondere die Bewertung der Referenzen sei nicht nachvollziehbar. Zudem werde bei der Bewertung der Infrastruktur bestritten, dass die Zuschlagsempfängerin über die Infrastruktur zur Produktion oder zum Recycling von Beton vor Ort verfüge. Auch bei der Beurteilung der Preisglaubwürdigkeit fehle eine Begründung. Eine Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs sei nicht mehr möglich, der Vergabeentscheid müsse bereits aus diesem Grund aufgehoben werden.

Die Beschwerdeführerin hielt weiter an ihrer Auffassung fest, die Eignung der Zuschlagsempfängerin sei nicht gegeben, was zum Ausschluss hätte führen müssen: Sie sei davon ausgegangen, dass die ausgeschriebenen Kriterien entsprechend gewichtet und ungeeignete Angebote ausgeschlossen würden. Die erwähnte Abklärungssitzung zeuge von einem wenig aussagekräftigen Angebot und die Fragen der Beschwerdeführerin würden nur vage und unverbindlich beantwortet. Der Nachweis einer genügenden Infrastruktur sowie der erforderlichen Transportkapazität sei nicht erbracht worden. Die Baustelle sei nur mit Elektrofahrzeugen erreichbar, die Bauleitung sehe bei den gemieteten Elektrofahrzeugen ein Risiko und es sei nicht nachvollziehbar, wie mit den angegebenen Fahrzeugen die Baustelle bewältigt werden könne. Des Weiteren müsse ein Umschlagplatz und ein Zwischenlager bestehen, was nicht gegeben sei: Die Zuschlagsempfängerin verweise auf den offiziellen Umschlagplatz der Gemeinde, welcher auch von anderen Unternehmern beansprucht werde, eine Detailplanung fehle. Auf die genannten Lager könne nicht abgestellt werden, diese seien nicht zonenkonform und müssten geräumt werden, was seit 2016 bekannt sei. Die Zufahrt zur Parzelle Nr. xxx, welche vermutlich als Umschlag- und Lagerplatz diene, sei auf 20 Tonnen limitiert; ein Abtransport mit Lastwagen sei folglich nicht möglich. Zudem gelte für das erwähnte Depot der Quartierplan "G \_\_\_\_\_", wonach im Perimeter nichts gelagert werden dürfe. Betreffend die von der Zuschlagsempfängerin genannte Deponie H \_\_\_\_\_ würden grosse Transportwege anfallen. Ausserdem habe die Zuschlagsempfängerin keine verbindliche Antwort auf die Frage gegeben, ob sie das gesamte Abbruchmaterial recycle und habe den vorgesehen Polier nicht benennen können.

Schliesslich sei es fraglich, ob das Preisangebot der Zuschlagsempfängerin die Selbstkosten zu decken vermöge. Die Vergabebehörde habe Bestätigungen eingeholt, weil

einzelne Preise "unglaublich tief" gewesen seien. Mangels Einsicht in die Offerte sei nicht ersichtlich, um welche Positionen es sich handle. Aus der Bestätigung Einheitspreise Baumeisterarbeiten (S. 1098) sei ersichtlich, dass die angegebenen Rappen-Beträge mitnichten die Selbstkosten decken würden. Es ergäben sich zu den jeweiligen Positionen der Beschwerdeführerin Differenzen von über 1 000 %. Dies sei mittels externer Expertise zu überprüfen.

Die Beschwerdeführerin hielt schliesslich an ihrer Kritik betreffend die Preisbewertung und die Bewertung der Referenzen fest: Die Vergabebehörde habe entgegen den Ausschreibungsunterlagen nicht auf den Kostenvoranschlag, sondern auf den Durchschnittspreis aller Angebote abgestellt (S. 1059). Die Zuschlagsempfängerin habe den Kostenvoranschlag (unter Berücksichtigung der Spanne von - 10%) um rund Fr. 700 000.-- unterboten, was bei der Benotung des Preisangebots hätte berücksichtigt werden müssen. Vor diesem Hintergrund sei auch der "Berechnungsfehler" der Vergabebehörde irrelevant. Die Zuschlagsempfängerin habe erst auf Nachfrage drei Referenzobjekte genannt (S. 1043 A). Keines davon sei in der Gemeinde und mit vergleichbaren Parametern erstellt worden. Die Objekte hätten nicht berücksichtigt werden dürfen. Die Unerfahrenheit der Zuschlagsempfängerin sei zwar angesprochen worden (S. 1067 f.), jedoch sei keine die Benotung rechtfertigende Antwort erfolgt.

**G.** Die Vergabebehörde reichte am 28. April 2021 eine Duplik ein und beantragte die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin. Sie entgegnete, es liege keine Verletzung der Begründungspflicht vor, die Zuschlagsverfügung erfülle die Anforderungen von Art. 34 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Juni 2003 (SGS/VS 726.100; fortan: kVöB). Die Eignung der Zuschlagsempfängerin sei gegeben; wie bereits dargelegt worden sei, erfülle sie alle Vorgaben des Pflichtenhefts.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung vermöge ein ungewöhnlich tiefes, gegebenenfalls sogar nicht kostendeckendes Angebot für sich allein den Ausschluss des Angebots nicht zu rechtfertigen. Erst wenn Veranlassung bestehe, an der Fähigkeit der Anbieterin zur Erfüllung des Auftrags zu den angebotenen Konditionen und damit an der Seriosität des Angebots zu zweifeln, komme ein Ausschluss in Betracht. Sogenannte Unterangebote seien zulässig, solange die Anbieterin die Eignungskriterien und Zuschlagsbedingungen erfülle. Eine allfällige Querfinanzierung von einzelnen Positionen innerhalb des Angebots vermöge den Gesamtpreis nicht von vornherein in Frage zu stellen. Die Vergabebehörde sei ihrer Obliegenheit nachgekommen und habe zusätzliche Erkundigungen bei der Zuschlagsempfängerin eingeholt, welche gezeigt hätten,

dass diese in der Lage sei, den Auftrag zu erfüllen, was auch die Referenzen der Zuschlagsempfängerin zeigen würden.

## **Erwägungen**

1. Der Entscheid der Gemeinde vom 21. Januar 2021 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 15 des Gesetzes betreffend den Beitritt des Kantons Wallis zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 8. Mai 2003 (kGIVöB; SGS/VS 726.1) und damit auch gemäss Art. 5 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (VVRG; SGS/VS 172.6) dar, gegen die innert 10 Tagen beim Kantonsgericht Beschwerde eingereicht werden kann (Art. 16 kGIVöB; Art. 15 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 [IVöB; SGS/VS 726.1-1]). Die Vergabebehörde ist eine Auftraggeberin im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. b kGIVöB und sie hat das offene Verfahren nach Art. 9 kGIVöB gewählt. Das kGIVöB und die kantonale Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Juni 2003 sind vorliegend anwendbar.

1.1 Die anwendbaren Vorschriften des Submissionsrechts enthalten keine Regeln über die Legitimation zur Anfechtung von vergaberechtlichen Entscheiden. Gemäss Art. 15 f. kGIVöB sind die Bestimmungen des VVRG über die Legitimation ergänzend anzuwenden (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., 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. Dabei ist die formelle Beschwer gegeben, wenn der Partei nicht zugesprochen worden ist, was sie beantragt hat. Zudem muss auch eine materielle Beschwer vorliegen, d. h. der angefochtene Entscheid muss die Partei in ihrer Rechtstellung unmittelbar treffen und in ihrer Wirkung für sie direkt nachteilig sein. Die Gutheissung muss ihr einen direkten und aktuellen Vorteil bringen. Die Partei muss in diesem Sinne an der Abänderung interessiert sein (Urteil des Kantonsgerichts A1 17 67 vom 25. Oktober 2017 E. 1.3). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht, um die Legitimation zu bejahen. Zur Beschwerde ist die unterliegende Anbieterin nur legitimiert, wenn sie eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff.).

**1.2** Die Beschwerdeführerin liegt nach der Bewertung der Zuschlagskriterien an zweiter Stelle und macht geltend, dass die Zuschlagsempfängerin vom Verfahren hätte ausgeschlossen werden müssen sowie dass der Zuschlag nach einer korrekten Bewertung ihr hätte erteilt werden müssen. Da das Kantonsgericht vorliegend das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde abgewiesen hat, kann die Vergabebehörde den Vertrag mit der Beschwerdegegnerin abschliessen (vgl. Art. 17 und 18 IVöB; Urteil A1 17 67 des Kantonsgerichts vom 25. Oktober 2017). Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin von vornherein nicht mehr erreichen kann, dass ihr der Auftrag erteilt wird, schliesst nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung die Anfechtung des Zuschlags nicht aus (vgl. im Rahmen der alten staatsrechtlichen Beschwerde bzw. der subsidiären Verfassungsbeschwerde: BGE 137 II 313 E. 1.2.2; 131 I 153 E. 1.2; 125 II 86 E. 5b.; Urteile des Bundesgerichts 2D\_50/2009 vom 25. Februar 2010 E. 1.2 und 2C\_634/2008 vom 11. März 2009 E. 2.2; je mit Hinweis auf Art. 9 Abs. 3 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 [Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02]). Wird die Beschwerde gutgeheissen, so stellt das Gericht fest, dass die angefochtene Verfügung rechtswidrig ist (Art. 18 Abs. 2 IVöB). Dieses Feststellungsurteil öffnet der Beschwerdeführerin die Tür zum sekundären Vergaberechtsschutz, in dessen Rahmen sie Schadenersatz fordern kann (Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Diss. Fribourg 2004, N. 552 f.). Die Beschwerdeführerin ist folglich als nicht berücksichtigte Bewerberin durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung, so dass sie nach Art. 80 Abs. 1 lit. a und Art. 44 VVRG zur Beschwerdeführung legitimiert ist. Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist deshalb einzutreten (Art. 80 Abs. 1 lit. b und c i.V.m. Art. 46 und Art. 48 VVRG).

**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 (Art. 16 Abs. 1 IVöB). Die Unangemessenheit der Verfügung kann jedoch nicht geltend gemacht werden (Art. 16 Abs. 2 IVöB).

**2.1** Aus Art. 16 IVöB resp. Art. 16 kGIVöB 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). Zudem steht den Vergabebehörden bereits bei der Festlegung der für den Zuschlag massgeblichen Kriterien, dann aber auch bei deren Gewichtung und Bewertung, ein erheblicher Ermessensspielraum zu (ZBI 99/2000 S. 267; Urteil des Bundesgerichts 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 1.4; Urteil des Kantonsgerichts A1 02 168 vom 26. März 2003). Solange ihre Überlegungen mit den zu beachtenden Vorschriften in Einklang stehen und objektiv nachvollziehbar erscheinen, greift das Gericht nicht ein, da es lediglich eine Kontrolle von Rechtsverletzungen vornehmen kann, die sich beim Ermessen auf die Überschreitung oder den Missbrauch beschränken muss und die Angemessenheit nicht einbeziehen kann (BGE 125 II 86 E. 6; Urteil des Bundesgerichts 2P.85/2001 vom 6. Mai 2002 E. 3.2). Bei reinen Fragen der Bewertung der in einem Vergabeverfahren eingereichten Offerten nach den jeweils massgebenden Zuschlagskriterien tritt das Gericht aus diesem Grund nicht als Obernotengeber auf. Es kann nur dort eingreifen, wo eine Bewertung erwiesenermassen falsch und sachlich nicht haltbar ist. Rein appellatorische Kritik an der Notengebung kann das Gericht nicht zum Eingreifen und zur Korrektur veranlassen. Voraussetzung für ein Eingreifen und eine Korrektur ist vielmehr der Nachweis einer willkürlichen, sachlich nicht zu rechtfertigenden Bewertung eines Kriteriums (Urteil des Kantonsgerichts A1 19 107 vom 24. September 2019 E. 2).

**3.** Die Beschwerdeführerin beantragt als Beweismittel die Edition sämtlicher Vergabeakten und Dossiers, eine Expertise betreffend Preis bzw. Preisglaubwürdigkeit und die Edition des Dossiers betreffend Wiederherstellung und mangelnder Zonenkonformität des Baudepots der E \_\_\_\_\_ AG.

**3.1** Das Recht, Beweise zu beantragen, ist ein Teilgehalt des rechtlichen Gehörs und die Parteien haben das Recht, die Abnahme relevanter Beweise zu verlangen (BGE 145 I 167 E. 4.1; 140 I 99 E. 3.4; 137 III 324 E. 3.2.2). Das Beweisverfahren kann nach der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre geschlossen werden, ohne damit das rechtliche Gehör zu verletzen, wenn die entscheidende Instanz sich ihre Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, der rechtsrelevante Sachverhalt würde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (BGE 144 V 361 E. 6.5; 136 I 229 E. 5.3; 134 I 140 E. 5.3; 131 I 153 E. 3; ZWR 2009 S. 46 E. 3b; Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. A., 2013, N. 153 und N. 537). Dies trifft u. a. zu, wenn eine Beweisführung über einen nicht rechtlich relevanten Sachverhalt verlangt wird (Art. 80 Abs. 1 lit. d, Art. 56 und Art. 17 Abs. 2 VVRG; BGE 131 I 153 E. 3; 130 II 425 E. 2.1).

Führen die von Amtes wegen vorzunehmenden Abklärungen die Verwaltung oder den Richter bei pflichtgemässer Beweismässigkeit zur Überzeugung, ein bestimmter Sachverhalt sei als überwiegend wahrscheinlich zu betrachten und es könnten weitere Beweismassnahmen an diesem feststehenden Ergebnis nichts mehr ändern, ist auf die Abnahme weiterer Beweise zu verzichten (BGE 144 V 361 E. 6.5; 136 I 229 E. 5.3; 131 I 153 E. 3; Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, a.a.O., N. 153, 154 und 537).

**3.2** Das Kantonsgericht hat die von der Beschwerdeführerin eingereichten Belege zu den Akten genommen. Am 12. Februar 2021 hat die Gemeinde die Akten des Vergabeverfahrens hinterlegt (S. 1 - 1066). Am 25. Februar 2021 hat die Gemeinde zusätzliche Dokumente eingereicht (S. 1067 - 1100). Die vorhandenen Akten enthalten mithin die entscheidungsrelevanten Sachverhaltselemente und genügen, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, zur Beurteilung der rechtserheblichen Fragen. Das urteilende Gericht nimmt unter Berücksichtigung der vorliegenden Umstände in antizipierter Beweismässigkeit an, weitere Beweismittel würden nichts an der zu beurteilenden Sach- und Rechtslage ändern. Deshalb wird auf zusätzliche Beweisabnahmen - insbesondere die Erstellung einer Expertise und die Edition weiterer Unterlagen (siehe unten E. 5.8 und E. 6.2) - verzichtet.

**4.** Die Beschwerdeführerin rügt vorab eine Verletzung der Begründungspflicht.

**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. 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 Vergabebehörde soll der nicht berücksichtigte Bewerber nachvollziehen können, weshalb er den Zuschlag nicht erhalten hat (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau WBE.2011.246 vom 25. Juni 2012 E. 6.3.2; vgl. Urteil des Kantonsgerichts A1 17 105 vom 17. Mai 2017 E. 6.1). 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** Der Beschwerdeführerin wurde mit Schreiben vom 21. Januar 2021 mitgeteilt, dass der Auftrag zum Betrag von Fr. 10 049 009.15 an die Beschwerdegegnerin vergeben werde (S. 1062). Zudem war dem Schreiben die Angebotsbewertung in Tabellenform beigelegt (S. 1063 "Multikriterienanalyse"), was gemäss Art. 34 Abs. 3 VöB nicht zwingend gewesen wäre, da das preisgünstigste Angebot den Zuschlag erhalten hat. Der Rechtsanwalt der Beschwerdeführerin hat am 9. März 2021 Einsicht in die Akten des Vergabeverfahrens erhalten (S. 1149 Dossier Kantonsgericht), ausgenommen waren einzig die Offerte der Beschwerdegegnerin und das Protokoll der Abklärungssitzung vom 8. Januar 2021 (S. 1148). Die Akten enthalten unter anderem ein Protokoll der Bewertung, die Preisbenotungstabelle und die Auswertung der Preisglaubwürdigkeit, welche es der Beschwerdeführerin ermöglicht haben, die Begründung der Benotung der einzelnen Zuschlagskriterien einzusehen und in ihrer Replik darauf zu antworten. Die Vergabebehörde hat sich zudem im vorliegenden Verfahren zweimal zu den von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen betreffend die Eignung der Zuschlagsempfängerin und die Bewertung der Zuschlagskriterien geäussert. Die Beschwerdeführerin hat nachvollziehen können, weshalb sie den Zuschlag nicht erhalten hat. Ihr Anspruch auf rechtliches Gehör ist nach dem Gesagten gewahrt worden.

**5.** Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Eignung der Zuschlagsempfängerin sei nicht gegeben, da sie nicht über die für die Ausführung des Auftrags notwendige Infrastruktur und Transportkapazität verfüge. Zudem müsse jedes Mitglied der Bietergemeinschaft die Eignungskriterien erfüllen.

**5.1** Die Auftraggeber legen gemäss Art. 12 Abs. 1 kVöB objektive Kriterien und die zu erbringenden Nachweise zur Beurteilung der Eignung der Anbieter fest. Diese Eignungskriterien betreffen insbesondere die technische, organisatorische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Gemäss Art. 16 Abs. 2 lit. a kVöB stellt jedes Mitglied der Arbeitsgemeinschaft sicher oder garantiert vertraglich, dass es die Eignungskriterien gemäss Artikel 12 dieser Verordnung erfüllt.

**5.2** Eignungskriterien sind im Normalfall Ausschlusskriterien, die entweder erfüllt oder nicht erfüllt sind. Erfüllt ein Bewerber die bei einem Eignungskriterium geforderten (Mindest-) Anforderungen nicht, so muss er als ungeeignet ausgeschlossen werden. Eine Kompensation durch eine Mehreignung bei einem anderen Eignungskriterium ist nicht möglich (Peter Galli et al., a.a.O., N. 603). Die Vergabestelle verfügt bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen - im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle - nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (Art. 16 IVöB;

BGE 141 II 14 E. 7.1 mit Hinweisen; Peter Galli et al., a.a.O., N. 608). Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten; auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (Urteil 2C\_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1 mit Hinweisen). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken. Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (BGE 141 II 14 E. 7.1).

**5.3** Das Pflichtenheft (S. 2 ff.) führt in Ziffer 1 betreffend die Eignungskriterien aus, dass die Anbieter mit dem Einreichen eines Angebots bestätigen, das Pflichtenheft und die projektspezifischen Rahmenbedingungen zu akzeptieren und die Zulassungsvoraussetzungen zu erfüllen. Die Vergabebehörde kann nach Eingang des Angebots zusätzliche Auskünfte und Belege verlangen. Zur Kontrolle der sozialen, wirtschaftlichen und fachlichen Anforderungen müssen in der Beilage 1 (NPK 102 / Artikel 991.200/300/) die entsprechenden Angaben gemacht werden. Das Angebot wird als ungeeignet ausgeschlossen, wenn die Fachkompetenzen nicht bestätigt werden. Die Anforderungen an Struktur und Organisation des Anbieters sind gemäss Anhang zu bestätigen. Nur Anbieter, welche die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen sowie die Lohngleichheit für Mann und Frau gewährleisten, werden berücksichtigt. Das Pflichtenheft führt als Eignungskriterium auch die Gewährleistung der Infrastruktur auf: Die Anbieter müssen in geeigneter Form den Nachweis erbringen, dass sie in der Lage sind, die für die Bauzeit erforderlichen Transportkapazitäten ab Bekanntgabe der Zuschlagsverfügung bis Baustart zur Verfügung zu stellen. Zudem wird verlangt, dass der Anbieter mit einem provisorischen Ausführungsprogramm seiner Arbeiten den Nachweis der Termingarantie erbringt. Das Pflichtenheft weist die Anbieter zudem darauf hin, dass falsche und unvollständige Auskünfte sowie das Fehlen der verlangten Unterlagen als Ausschlussgründe gelten. Schliesslich werden die abzugebenden Unterlagen genannt (Beilage B1, Beilagen B2.1 – B2.6 und Beilagen B3.1 – B3.3).

**5.4** Die Offerte der Zuschlagsempfängerin enthält unter Beilage B2.3 (Transportkapazitäten) eine Lastwagenliste der Subunternehmerin und Fahrzeugausweise diverser Elektrofahrzeuge der E \_\_\_\_\_ AG (S. 629 ff.). Die Beschwerdegegnerin geht davon aus, dass für die Ausführung des Auftrags 10 Lastwagen und 5 Elektrofahrzeuge benötigt werden und gibt an, dass sie über 12 Lastwagen und 7 Elektrofahrzeuge verfügt (S.

629). Zudem enthält die Offerte ein Abbruchkonzept, welches unter anderem die Baustelleninstallation behandelt (S. 700 ff.) und einen technischen Bericht, welcher sich ebenfalls mit der Organisation der Baustelle auseinandersetzt (S. 654 ff.).

**5.5** Am 8. Januar 2021 hat zwischen Vertretern der Vergabebehörde und Vertreten der Zuschlagsempfängerin eine Abklärungssitzung stattgefunden, an welcher offene Fragen besprochen worden sind. In den Akten befindet sich eine Frageliste mit Antworten der Zuschlagsempfängerin (S. 1067 ff.) sowie das Protokoll der Abklärungssitzung (S. 1039 ff.), welches zusätzliche Angaben enthält.

**5.5.1** Die Zuschlagsempfängerin hat anlässlich der Sitzung vom 8. Januar 2021 zur ersten Frage, wo das Baumaterial für den Güterumschlag auf die Elektrofahrzeuge gelagert werden solle und wie sich die Zuschlagsempfängerin den Güterumschlag im Detail vorstelle, ausgeführt, der Güterumschlag sei sichergestellt (S. 1067): Sie wolle von der offiziellen Umschlagzone Gebrauch machen und zudem ihre eigenen Umschlagplätze zwischen I \_\_\_\_\_ und F \_\_\_\_\_ nutzen. Schliesslich habe sie einen Werkhof im G \_\_\_\_\_, der mit den nötigen Ressourcen für den Umschlag ausgestattet sei. Ein Teil des Materials könne vor Ort gelagert werden und grössere Elemente würden zum K \_\_\_\_\_ mit dem Baustellenkran abgeladen und bei Bedarf weitertransportiert oder beim öffentlichen Umschlagplatz direkt umgeladen und weitertransportiert. Es würden genügend Hebegeräte aus dem gemeinsamen Inventarpark der ARGE für den Umschlag zur Verfügung stehen. In Einzelfällen werde der Transport per Bahn geprüft, was den Umschlagplatz im G \_\_\_\_\_ entlasten würde. Da das Baumaterial auf das ganze Jahr verteilt benötigt werde, würden keine zusätzlichen Zwischenlager und Stauräume benötigt. Zu den Fragen betreffend Betonherstellung führte die Zuschlagsempfängerin unter anderem aus, der Umschlag und die Standzeiten des Frischbetons würden auf ein Minimum reduziert, damit die bestmögliche Qualität des Sichtbetons gewährleistet sei (S. 1068). Weiter hat die Vergabebehörde Bedenken geäussert, da ein Teil der von der Zuschlagsempfängerin gemieteten Elektrofahrzeuge keine gewohnten Bau-Elektrofahrzeuge seien und bittet diesbezüglich um mehr Sicherheit (Frage 8). Die Zuschlagsempfängerin antwortet, sie verfüge total über 8 Elektrofahrzeuge für den Transport, nämlich 6 mit Kippbrücke (ein zusätzliches sei nach der Offerten-Eingabe organisiert worden) und zwei mit normaler Brücke. Das sei nach ihrer Erfahrung mit Bauaufträgen in der Gemeinde in den letzten Jahren mindestens die doppelte Kapazität, als für den Auftrag nötig sei, auch Spitzenbelastungen könnten mit den Reservefahrzeugen abgedeckt werden. Ausserdem sei die Bietergemeinschaft jederzeit in der Lage, bei Bedarf zusätzliche Fahrzeuge und Ressourcen zu organisieren (S. 1069 f.).

**5.5.2** Gemäss Protokoll der Abklärungssitzung kommt die Vergabebehörde betreffend Frage 1 zum Schluss, die Zuschlagsempfängerin könne den Umschlag sowie den Zu- und Abtransport des Materials gewährleisten: Sie werde von verschiedenen eigenen Umschlagplätzen zwischen I \_\_\_\_\_ und F \_\_\_\_\_, vom Platz im "K \_\_\_\_\_" und falls nötig von der Bahn Gebrauch machen. Aus den Antworten zu den Fragen 2 - 4 zum Sicht- und Recyclingbeton gehe unter anderem die Zusicherung hervor, dass es keinen Einfluss auf Kosten und Termine haben werde, falls Arbeiten in der Anlage "H \_\_\_\_\_" durchgeführt werden. Zudem hat die Zuschlagsempfängerin auf Bitte der Vergabebehörde ihr Terminprogramm näher erläutert (Frage 7). Die Zuschlagsempfängerin hat versichert, sie könne die Materialanlieferung mit den eigenen Elektrofahrzeugen und falls nötig mit gemieteten Fahrzeugen gewährleisten; die kritische Grösse sei das Hebegerät/der Kran und nicht die Anzahl der Elektrofahrzeuge (Frage 8). Auf die Frage 9 nach dem vorgesehenen Polier hat die Zuschlagsempfängerin diesen namentlich genannt (S. 1042).

**5.6** Im vorliegenden Fall wäre es widersprüchlich, auf der einen Seite Bietergemeinschaften zuzulassen und andererseits zu verlangen, dass jedes Mitglied der Bietergemeinschaft für sich alleine die für den Auftrag erforderlichen Transportkapazitäten zur Verfügung stellen muss. Das Eignungskriterium des Nachweises der Transportkapazität haben die Anbieter gemäss der im Pflichtenheft vorzufindenden Formulierung so verstehen können, dass dieser Nachweis nicht durch jedes einzelne Mitglied der Bietergemeinschaft alleine, sondern unter Berücksichtigung der gesamthaft bei der Bietergemeinschaft vorhandenen Transportkapazitäten zu erfüllen ist. Dass die Vergabebehörde dieses Eignungskriterium aufgrund der in der Offerte enthaltenen Dokumente und der an der Sitzung vom 8. Januar 2021 von der Beschwerdegegnerin erhaltenen Antworten als erfüllt betrachtet hat, kann nicht als Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens angesehen werden. Dass die einzelnen Mitglieder der Bietergemeinschaft der Beschwerdegegnerin die generellen sozialen, wirtschaftlichen und fachlichen Anforderungen zur Ausführung des Auftrags nicht erfüllen würden, geht aus den Akten nicht hervor.

**5.7** Die Beschwerdeführerin beruft sich zudem auf Erwägung 4a des Urteils des Bundesgerichts 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000, wonach die Unterschiede beim Anfahrtsweg - um eine unzulässige Benachteiligung auswärtiger Anbieter zu vermeiden - wohl kaum berücksichtigt werden dürften, wenn der Transportvorgang insgesamt nur eine nebensächliche (bzw. einmalige) Rolle spiele. Wirke sich dagegen die Länge der Fahrstrecke von der Niederlassung des Anbieters bis zum Ort, an dem die Dienstleistung erbracht wird, über eine längere Zeitspanne in einer Vielzahl von Fahrten aus, erscheine

es nicht unzulässig, sondern allenfalls sogar sachlich geboten, die Differenz der zu fahrenden Kilometer bei der Evaluation der Offerten in einem gewissen Masse mit zu berücksichtigen. Das Bundesgericht ist im genannten Urteil (vgl. E. 5b) zum Schluss gelangt, dass die Art und Weise, in der die Gemeinde über die im Streit liegenden Offerten befunden habe, sich als offensichtlich unsachgemäss erweise und zu einer Bevorzugung ortsansässiger Bewerber führe, welche gegen das Diskriminierungsverbot des Binnenmarktgesetzes verstosse. Aus diesem Urteil kann die Beschwerdeführerin vorliegend nichts zu ihren Gunsten ableiten:

**5.7.1** Einerseits unterscheidet sich der vom Bundesgericht beurteilte Auftrag in wesentlichen Punkten vom vorliegend umstrittenen Auftrag. Im zitierten Urteil ging es nicht um Baumaterialtransporte; es wurde eine kommunale Kehrriechtabfuhr öffentlich vergeben, wobei während einer Vertragsdauer von drei Jahren ungefähr 250 "Touren" zu fahren waren (Urteil des Bundesgerichts 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000 E. 4b). Andererseits wurde für die Vergabe der Kehrriechtabfuhr neben dem Preis (40 Punkte) die Umwelt als eigenes Zuschlagskriterium mit 25 Punkten am zweitstärksten gewichtet, wobei das Unterkriterium Anfahrtsweg bereits 20 Punkte ausmachte (E. 3a). Überdies hat das Bundesgericht erwogen, dass der Fahrzeugwahl für die Beurteilung der Umweltverträglichkeit der Offerte grosse Bedeutung zukomme und das Bewertungsschema dem Kriterium "Fahrzeuge" (5 Punkte) im Vergleich zum "Anfahrtsweg" (20 Punkte) wohl zu wenig Gewicht beimesse (E. 4c). Im vorliegenden Fall hingegen hat die Vergabebehörde kein Zuschlagskriterium "Ökologie" oder "Umwelt" festgelegt, welches es erlauben würde, die Länge der Fahrstrecke für die Baumaterialtransporte von der Niederlassung der Anbieterin bis zum Ort, an dem die Dienstleistung erbracht wird, (oder die Fahrzeuge selbst) unter ökologischen Gesichtspunkten zu betrachten und in die Bewertung der Offerten einfließen zu lassen (siehe unten E. 7.2).

**5.7.2** Des Weiteren verfügt die Beschwerdegegnerin wie die Beschwerdeführerin auch über eine Niederlassung in der Gemeinde; jeweils ein Mitglied der beiden Bietergemeinschaften hat seinen Sitz in F \_\_\_\_\_, nämlich die E \_\_\_\_\_ AG für die Beschwerdegegnerin und die B \_\_\_\_\_ AG für die Beschwerdeführerin. Die übrigen Mitglieder der beiden Bietergemeinschaften befinden sich in P \_\_\_\_\_ und Q \_\_\_\_\_ (Beschwerdegegnerin) bzw. in P \_\_\_\_\_ (Beschwerdeführerin). Weshalb bei dieser Sachlage die Differenz der zu fahrenden Kilometer derart gross ausfallen sollte, dass es sich aufdrängt, dies bei der Evaluation der Offerten zu berücksichtigen, ist nicht ersichtlich. Erst recht erschliesst sich dem Gericht nicht, weshalb ein allenfalls längerer Trans-

portweg die Eignung der Beschwerdegegnerin ausschliessen sollte; es handelt sich vorliegend nicht um ein Zuschlagskriterium, sondern um ein Eignungskriterium, welches sicherstellen soll, dass die Anbieter die für die Ausführung des Auftrags notwendige Transportkapazität gewährleisten können; nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Eignungs- und Zuschlagskriterium grundsätzlich auseinanderzuhalten (BGE 139 II 489 E. 2.2.1).

**5.8** Auch der Einwand der Beschwerdeführerin, dass die Baudepots im Gebiet "Zum K \_\_\_\_\_" zu räumen seien, da sie nicht zonenkonform seien und dem Quartierplan "G \_\_\_\_\_" nicht entsprechen würden (S. 1162 ff.), lässt vorliegend nicht darauf schliessen, dass die Vergabebehörde ihr Ermessen bei der Anwendung der Eignungskriterien missbraucht oder überschritten hat: Dass betreffend die Parzelle Nr. xx1 der E \_\_\_\_\_ AG ein baupolizeiliches Verfahren eingeleitet worden ist oder eine Wiederherstellungsverfügung vorliegt, kann dem von der Beschwerdeführerin genannten Pressebericht, welcher sich auf alle Lagerplätze/Depots im Gebiet "zum K \_\_\_\_\_" bezieht, nicht entnommen werden. Die Darstellung der Beschwerdeführerin, die genannte Parzelle sei der einzige Umschlag- und Lagerplatz, welcher der Beschwerdegegnerin zur Verfügung stehe, ist gemäss dem Protokoll der Sitzung vom 8. Januar 2021 unzutreffend (siehe oben E. 5.5) und die Behauptung, diese Parzelle sei als Umschlagplatz ungeeignet, ist spekulativ.

**6.** Die Beschwerdeführerin bringt ausserdem vor, die Beschwerdegegnerin hätte gemäss Art. 23 Abs. 1 lit. g KVöB ausgeschlossen werden müssen, da ihr Angebot die Selbstkosten nicht decken würde.

**6.1** Die Anbieter sind bei der Kalkulation ihrer Offertpreise grundsätzlich frei; Angebote, die unter den Gestehungskosten liegen (sogenannte "Unterangebote"), sind deshalb als solche nicht unzulässig, solange der Anbieter die Eignungskriterien und Zuschlagsbedingungen erfüllt. Bestehen daran Zweifel, etwa weil das (Unter-)Angebot ungewöhnlich niedrig ist, kann die Vergabestelle ergänzende Erkundigungen einholen. Zeigt sich aufgrund der zusätzlichen Abklärungen, dass das besonders niedrige Angebot tatsächlich Mängel aufweist, wird es wegen dieser Mängel ausgeschlossen oder schlechter bewertet, nicht wegen des niedrigen Preises (zum Ganzen BGE 143 II 553 E. 7.1 mit Hinweisen). Die Anbieter sind daher nicht verpflichtet, die „wahren Kosten“ zu offerieren. Es steht ihnen auch frei, welche Marge sie bei den einzelnen Positionen berechnen (Martin Beyeler/Hubert Stöckli, Rechtsprechung aus den Jahren 2010-2012, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli [Hrsg.] Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich etc. 2012, S. 65 ff. N. 90). Selbst Angebote, die unter Kalkulation eines Verlusts zustande kommen, stehen

nicht zwingend im Widerspruch zur Zielsetzung einer wettbewerbsorientierten Auftragsvergabe (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2012.00257 vom 8. August 2012 E. 3.5 mit Hinweisen). Ein Angebot ist nur auszuschliessen, wenn Anlass besteht, an der Fähigkeit des Anbieters zur Auftragserfüllung zu den angebotenen Konditionen und damit an der Seriosität des Angebots zu zweifeln (Urteil des Bundesgerichts 2D\_34/2010 vom 23. Februar 2011 E. 2.4). Ein Angebot stellt eine verbindliche Vertragsofferte dar, der Anbieter verpflichtet sich damit - sofern der Vertrag zustande kommt - die verlangte Leistung zu erbringen. Sollte sich erweisen, dass die Leistung nicht dem Angebotenen bzw. vertraglich Vereinbarten entspricht, stehen der Vergabestelle die kauf- oder werkvertraglichen Rechtsbehelfe sowie die vorgesehenen Sanktionen des öffentlichen Beschaffungsrechts zur Verfügung. Die Vergabestelle darf sich deshalb bis zu einem gewissen Grad darauf verlassen, dass der Anbieter seinen Vertragspflichten nachkommt, solange keine konkreten Hinweise darauf bestehen, dass dies nicht der Fall ist (zum Ganzen BGE 141 II 14 E. 10.3 mit Hinweis).

**6.2** Erhält ein Auftraggeber ein Angebot, das ungewöhnlich niedriger ist als die anderen, zieht er gemäss Art. 22 kVöB beim Anbieter Erkundigungen ein, um zu prüfen, dass dieser die Teilnahmebedingungen einhält und die Auftragsbedingungen erfüllen kann. Er kann eine Expertise sowie spezielle Garantien anfordern (Art. 22 Satz 2 kVöB). Die Vergabebehörde hat im Protokoll der Bewertung betreffend den Angebotspreis der Zuschlagsempfängerin bemerkt, dass sie betreffend einzelne Preise eine Bestätigung eingeholt hat, da diese unglaublich tief gewesen seien (S. 1049). In den Akten befinden sich eine Reihe von Preisanalysen der E \_\_\_\_\_ AG zu einzelnen Positionen (S. 1071 ff.) und eine "Bestätigung Einheitspreise Baumeisterarbeiten" der C \_\_\_\_\_ AG (S. 1098 ff.). Damit ist die Vergabebehörde ihrer Verpflichtung gemäss Art. 22 kVöB nachgekommen. Weder die Vergabebehörde noch das Kantonsgericht als Rechtsmittelbehörde sind nach der Kann-Formulierung in Art. 22 Satz 2 kVöB gehalten, aufgrund einzelner sehr tiefer Positionen bzw. Einheitspreise eine Expertise oder spezielle Garantien anzufordern.

**6.3** Einzelne sehr tiefe Positionen bzw. Einheitspreise stellen entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin keinen Ausschlussgrund i.S.v. Art. 23 Abs. 1 lit. g kVöB dar. Eine Anbieterin kann die Preise in den einzelnen Positionen frei kalkulieren und die Vergabebehörde kann des Preises wegen nur dann einen Ausschluss vornehmen, wenn das Angebot derart niedrig ist, dass es, nachdem bei der Anbieterin verlangte Erklärungen sich als unzureichend erwiesen haben, als Unterangebot ausgeschlossen werden muss. Die Kalkulation der Angebotspreise ist Sache der Anbieterin und die Art und Weise, wie

diese ihren Aufwand in Einheitspreise umrechnet, steht ihr grundsätzlich frei (zum Ganzen Urteil des Kantonsgerichts A1 17 105 vom 20. Dezember 2017 E. 8.3). Vorliegend ist die Vergabebehörde nach Einholung von Preisanalysen und Preisbestätigungen zum Schluss gelangt, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin keine derartigen Mängel aufweist, aufgrund derer es ausgeschlossen werden müsste, was nicht zu beanstanden ist: Ein Ausschluss würde sich nur rechtfertigen, wenn der Gesamtpreis derart tief wäre, dass an der Fähigkeit der Anbieterin zur Auftrags Erfüllung zu den angebotenen Konditionen zu zweifeln wäre, worauf es beim Angebot der Beschwerdegegnerin, welches ca. 15.7 % unter dem Angebot der Beschwerdeführerin liegt, keine Hinweise gibt.

**7.** Die Beschwerdeführerin kritisiert schliesslich, dass mehrere Zuschlagskriterien falsch bewertet worden seien, was nachfolgend zu prüfen ist.

**7.1** Der Zuschlag erfolgt gemäss Art. 31 Abs. 1 kVöB an das wirtschaftlich günstigste Angebot. Bei der Bewertung ist das Preis-/Leistungsverhältnis zu beachten. Dabei können neben dem Preis je nach Natur des Auftrags differenzierte Kriterien berücksichtigt werden, namentlich: Qualität, Termine, Wirtschaftlichkeit, Fähigkeit, Erfahrung, Referenzen, Bildung, Betriebskosten, Kundendienst, Ökologie, Zweckmässigkeit der Leistung, technischer Wert, Ästhetik, Kreativität und Infrastruktur. Die Gewichtung des Preises sollte für anspruchsvolle Leistungen in der Regel sechzig Prozent nicht übersteigen (Art. 31 Abs. 2 kVöB).

**7.2** Die Vergabebehörde hat im Pflichtenheft folgende Gewichtung der Zuschlagskriterien bekanntgegeben (S. 6 ff.):

1. Preis 70 %
  - Betrag Preisangebot 60 %
  - Preisglaubwürdigkeit 10 %
2. Qualität 20 %
  - Kapazität 8%
  - Infrastruktur 8 %
  - Qualifikation der Projektverantwortlichen 4 %
3. Referenzen 10 %
  - 3 vergleichbare Objekte während der letzten 5 Jahre

Ausserdem wird im Pflichtenheft festgehalten, dass die Benotung der Angebote nach dem quadratischen Benotungssystem auf einer Notenskala von 0 bis 5 erfolgt, wobei die Benotung des Preises hundertstelgenau erfolgt und für die Qualitätskriterien nur ganze Noten vergeben werden. Es wird betreffend die Berechnung der "quadratischen Preis-kurve" auf den Westschweizer Leitfaden für die Vergabe öffentlicher Aufträge verwiesen. Das Pflichtenheft führt weiter aus, dass die Benotung der Preisglaubwürdigkeit nach der

Pyramidenmethode auf einer Skala von 0 bis 5 erfolgt (S. 7): Ist die Zahl der eingereichten Angebote grösser oder gleich fünf, wird als Durchschnittspreis das Mittel aller Angebote angenommen. Ist die Zahl der eingereichten Angebote kleiner als fünf, gilt als Durchschnittspreis der vor der Ausschreibung kalkulierte Preis. Je grösser der Abstand eines Preisangebots zum Durchschnitt, desto schlechter die Note. Beidseits des Durchschnitts hat der Auftraggeber eine Spanne von + 20% bis - 10% festgelegt, ab welcher das Preisangebot einen Notenabzug erhält. Mit 0 wird ein Preis benotet, der beim Doppelten oder unter der Hälfte des Durchschnittspreises liegt.

**7.3** Die Beschwerdeführerin kritisiert, die Wahl des quadratischen Benotungssystems für das Preiskriterium benachteilige sie und führe zu einer zu starken Preisgewichtung. Verstärkt werde dies dadurch, dass die Vergabebehörde ihr beim Kriterium Preisglaubwürdigkeit höhere Glaubwürdigkeit zugestehe als der Zuschlagsempfängerin.

**7.3.1** Die Ausschreibung ist am 25. September 2020 im Amtsblatt Nr. xxx sowie auf Simap publiziert worden (S. 438 ff.). Unter Ziffer 2.10 der Publikation wird für die Zuschlagskriterien auf die Ausschreibungsunterlagen verwiesen, welche gleichentags und kostenlos unter [www.simap.ch](http://www.simap.ch) bezogen werden konnten (Ziffer 3.9 und 3.12 der Publikation; vgl. auch S. 3). Die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung sowie das Benotungssystem und die Notenskala werden unter Ziffer 3 des Pflichtenhefts genannt, welches in den Ausschreibungsunterlagen enthalten ist.

**7.3.2** Die Ausschreibung eines Auftrags ist eine selbstständig anfechtbare Verfügung (Art. 15 Abs. 1<sup>bis</sup> lit. a IVöB), gegen die innert 10 Tagen beim Kantonsgericht Beschwerde eingereicht werden kann (Art. 15 und 16 kGIVöB). Die Ausschreibungsunterlagen sind grundsätzlich als integrierender Bestandteil der Ausschreibung zu betrachten, weshalb allfällige Mängel der Ausschreibungsunterlagen mit einer Beschwerde gegen die Ausschreibung zu rügen sind (ZWR 2012 S. 59 E. 3.1; Urteil des Kantonsgerichts A1 20 196 vom 25. Februar 2021 E. 1). Sind die Mängel der Ausschreibung auf Anhieb und nicht erst im Zeitpunkt des Zuschlags erkennbar gewesen, so sind sie innert der Frist von 10 Tagen mit Beschwerde geltend zu machen (Urteil des Bundesgerichts 2P.294/2005 vom 14. März 2006 E. 4.1; Urteile des Kantonsgerichts A1 20 122 vom 6. Oktober 2020 E. 2.2 und A1 12 359 vom 21. Juni 2013 E. 5.1).

**7.3.3** Die Beschwerdeführerin hat am 25. September 2020 von den Ausschreibungsunterlagen und den darin formulierten Zuschlagskriterien und deren Gewichtung sowie dem Benotungssystem und der Notenskala Kenntnis erhalten. Es sind keine Gründe ersicht-

lich, weshalb sie die Gewichtung des Preiskriteriums oder das gewählte Benotungssystem nicht unmittelbar nach der Ausschreibung bei der Vergabebehörde hätte beanstanden können, wenn sie damit nicht einverstanden gewesen ist. Soweit die vorgebrachten Rügen die Ausschreibungsunterlagen als solche betreffen, kann darauf nach dem Gesagten grundsätzlich nicht mehr eingetreten werden.

**7.3.4** Beim Zuschlagskriterium Preis besteht nur dann Transparenz, wenn die Vergabebehörde nicht nur die Gewichtung des Kriteriums, sondern zusätzlich im Voraus angibt, wie sie die Preisdifferenz der Angebote zu bewerten gedenkt (Peter Galli et al., a.a.O., N. 884). Die konkrete Ausgestaltung der Preiskurve fällt in das (weite) Ermessen der Vergabebehörde (Urteile des Bundesgerichts 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 3.3 und 2P.172/2002 vom 10. März 2003, E. 3.2). Es besteht eine Vielzahl von Möglichkeiten zur punktemässigen Bewertung der offerierten Preise (vgl. Jacques Pictet/Dominique Bollinger, Aide multicritère à la décision: Aspects mathématiques du droit suisse des marchés publics, BR 2/2000 S. 63 ff.). Dass im Rechtsmittelstadium die Angemessenheit der Bewertung nicht zu überprüfen ist, gilt auch für die Wahl der Preiskurve, bei der der Vergabebehörde ein grosser Ermessensspielraum zukommt (Urteil des Bundesgerichts 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 3.3).

**7.3.5** Die Beschwerdeführerin begründet ihre Kritik an der Gewichtung des Kriteriums Preis und der Preiskurve mit BGE 129 I 131. Das Bundesgericht hat in der genannten Entscheidung ausgeführt, dass die Gewichtung des Preiskriteriums mit 20 % auch für komplexe Aufträge an der unteren Grenze des Zulässigen liege, ansonsten werde der Grundsatz, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalte, seines Gehalts entleert (BGE 129 I 313 E. 9.2; vgl. auch Galli et al., a.a.O., N. 906). Weiter wird in der genannten Entscheidung dargelegt, dass die von der Vergabebehörde angewandte Benotungsmethode "règle de trois", welche im Westschweizer Leitfaden für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Ausgabe vom Dezember 1999) vorgesehen war, die Gewichtung des Preises in bedeutendem Masse abgeschwächt hat. Die Autoren des Westschweizer Leitfadens seien inzwischen auf das Problem aufmerksam geworden und würden von der Anwendung der "règle de trois", abraten. Das Bundesgericht hat die genannte Formel zwar kritisch beleuchtet, aber - für sich allein genommen - ausdrücklich als zulässig erklärt; erst in Kumulation mit einer äusserst schwachen Gewichtung des Preises von lediglich 20 Prozent wurden die Ergebnisse als inakzeptabel erachtet (BGE 129 I 313 E. 9.2; Urteil des Bundesgerichts 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 3.3; Urteil des Kantonsgerichts A1 02 144 vom 27. Dezember 2002).

**7.3.6** Aus der zitierten Rechtsprechung kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten: Die Vergabebehörde hat vorliegend eine Preisgewichtung von 60 % gewählt, was nicht annähernd vergleichbar ist mit der im zitierten Entscheid als an der unteren Grenze des Zulässigen bezeichneten Gewichtung von 20 %. Im Übrigen würde eine Abschwächung der Gewichtung des Preiskriteriums im vorliegenden Fall der Beschwerdeführerin sogar entgegenkommen, da sie einen höheren Preis offeriert hat als die Zuschlagsempfängerin. Ausserdem hat sich die Vergabebehörde auch nicht der vom Bundesgericht kritisch beleuchtete Benotungsmethode "règle de trois" bedient, welche in der inzwischen nicht mehr aktuellen Version 1999 des Westschweizer Leitfadens für die Vergabe öffentlicher Aufträge enthalten war. Willkürlich ist ein Benotungssystem nicht bereits dann, wenn ein anderes Benotungssystem ebenfalls möglich oder gar zu bevorzugen gewesen wäre, sondern erst, wenn es zu einem unhaltbaren Ergebnis führt, welches den Grundsatz des Zuschlags an das wirtschaftlich günstigste Angebot verletzt (Urteil des Kantonsgerichts A1 14 134 vom 24. Oktober 2014 E. 2.2 mit Hinweisen). Weder kann vorliegend von einer nicht mehr akzeptablen, äusserst schwachen Gewichtung des Preises gesprochen werden noch legt die Beschwerdeführerin substantiiert dar, weshalb die Wahl des quadratischen Benotungssystems verfassungswidrig sein sollte oder den Grundsatz des Zuschlags an das wirtschaftlich günstigste Angebot verletzt. Das quadratische Benotungssystem ist in der Ausgabe vom 1. Mai 2020 des Westschweizer Leitfadens für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Anhang T2) vorgesehen und es ist nicht ersichtlich, weshalb die Vergabebehörde es im vorliegenden Fall nicht hätte anwenden dürfen.

**7.3.7** Die Bewertung des Kriteriums 5 "Preisglaubwürdigkeit" ist nach der im Pflichtenheft beschriebenen Pyramidenmethode erfolgt (S. 1054). Die Vergabebehörde ist dabei - ebenfalls wie im Pflichtenheft vorgesehen - von den von ihr geschätzten Kosten in der Höhe von Fr. 11 895 978.-- ausgegangen. Die von der Beschwerdeführerin genannte Tabelle (S. 1059), welche den Durchschnittspreis der Angebote nur zur Information nennt, bezieht sich auf das Kriterium 1 "Angebot" bzw. "Preis", was der Vergleich mit der Multikriterienanalyse zeigt (vgl. S. 1055 und 1058), wonach die Beschwerdeführerin für das Kriterium 1 die Note 4.32 und die Zuschlagsempfängerin die Note 5 erhalten hat. Beim Kriterium 5 "Preisglaubwürdigkeit" hingegen hat die Beschwerdeführerin die Bestnote 5 erzielt, die Zuschlagsempfängerin hingegen nur die Note 4.31, da ihr Preisangebot mehr als 10 % unter den von der Vergabebehörde geschätzten Kosten liegt (vgl. S. 1054). Wie und weshalb bei der Bewertung des Kriteriums 5 oder bei der Bewertung des Kriteriums 1 zusätzlich hätte berücksichtigt werden sollen, dass die Zuschlagsempfän-

gerin den Kostenvoranschlag um rund Fr. 700 000.-- unterboten habe, wie es die Beschwerdeführerin in ihrer Replik ausführt (vgl. S. 1172), erschliesst sich dem Gericht nicht. Es handelt sich sowohl beim quadratischen System zur Benotung des Kriteriums 1 (Preis bzw. Angebot) wie auch beim Pyramidensystem zur Benotung des Kriteriums 5 (Preisglaubwürdigkeit) um mathematische Modelle, die sich einzig auf die Höhe des Angebotspreises beziehen, und nicht um qualitative Zuschlagskriterien.

**7.3.8** Der Beschwerdeführerin ist immerhin zuzustimmen, wenn sie ausführt, dass der "Berechnungsfehler" der Vergabebehörde irrelevant sei (vgl. S. 1172 f.): Die Vergabebehörde hat in ihrer Vernehmlassung vom 12. Februar 2021 (N. 28 der Vernehmlassung, S. 1118) ausgeführt, sie habe bei der Überprüfung der Bewertung festgestellt, dass ihr bei der Berechnung ein Fehler unterlaufen sei. Die Preisbenotung sei bei der Beschwerdeführerin linear vorgenommen worden statt mit der gemäss Pflichtenheft vorgesehenen quadratischen Methode. Nach dem quadratischen Benotungssystem ergebe sich für die Beschwerdeführerin eine Note von 3.74 anstelle von 4.32. Die effektive Differenz zwischen den beiden Angeboten betrage nicht 19.08 Punkte zu Gunsten der Zuschlagsempfängerin, wie ursprünglich ausgewiesen, sondern 54.24 Punkte. Ein Vergleich der ursprünglichen Multikriterienanalyse (S. 1055) mit der korrigierten Multikriterienanalyse (S. 1138) zeigt auf, dass die Beschwerdeführerin in beiden Fällen auf dem 2. Rang hinter der Beschwerdegegnerin liegt. Ihre Rüge, die Vergabebehörde habe eine für sie ungünstige bzw. unzulässige Preiskurve gewählt, ist auch vor diesem Hintergrund unbegründet; sowohl bei der Anwendung des linearen als auch bei der Anwendung der quadratischen Benotungssystems liegt die Beschwerdeführerin trotz ihrer besseren Noten bei den übrigen Kriterien nur auf dem 2. Rang (vgl. auch Urteil des Kantonsgerichts A1 16 264 vom 31. März 2017 E. 5).

**7.4** Die Beschwerdeführerin führt weiter ins Feld, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb sie nicht die Maximalnote beim Kriterium Referenzen erhalten habe. Die Referenzobjekte der Zuschlagsempfängerin seien erst auf Nachfrage eingereicht worden. Sie hätten nicht berücksichtigt werden dürfen. Zudem seien die Referenzobjekte der Zuschlagsempfängerin nicht vergleichbar mit dem ausgeschriebenen Auftrag und die Benotung sei nicht gerechtfertigt.

**7.4.1** Bei der Beurteilung von Offerten besteht ein grosser Ermessensspielraum der Vergabebehörde, den das selber technisch nicht fachkompetente Gericht zu respektieren hat, soweit nicht frei zu prüfende Rechtsfragen zur Diskussion stehen. Das gilt insbesondere auch in Bezug auf die Bewertung von Referenzen (BGE 141 II 14 E. 8.3). Im Rechtsmittelstadium ist die Angemessenheit der Bewertung nicht zu überprüfen (Urteil

des Bundesgerichts 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 3.3). Jedoch hat die Vergabebehörde die Bewertung der qualitativen Zuschlagskriterien zu begründen, die blosser Angabe von Punkten oder Noten genügt nicht (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2012.00001 vom 27. Juni 2012 E. 5). Weiter hat die Vergabebehörde aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der Überprüfung der Referenzobjekte und -auskünfte bei allen Anbietern den selben Massstab anzuwenden; sie hat pro Anbieter die gleiche Anzahl von Referenzobjekten und -auskünften nach denselben formalen und inhaltlichen Aspekten zu prüfen und zu dokumentieren (Claudia Schneider Heusi, Referenzen, Labels, Zertifikate, Aktuelles Vergaberecht 2016, N. 37; vgl. das Urteil des Kantonsgerichts A1 18 238 vom 28. Mai 2019 E. 6.1).

**7.4.2** Gemäss den Ausschreibungsunterlagen ist die Angabe von drei Referenzobjekten verlangt, die vor weniger als 5 Jahren projektiert und realisiert worden sind, wenn möglich aus dem Bereich öffentliche Bauten, wobei die Objekte aussagekräftig sein sollen bezüglich vergleichbare Komplexität, ähnlicher Kostenrahmen, Terminvorgaben und deren Einhaltung, Bauplatz und Organisation sowie Qualität und Ausführung (S. 304). Die Anbieter haben unterem anderem Bau- und Auftragssumme, die erbrachten Leistungen sowie Bauzeit und Bauvolumen anzugeben und kurz zu begründen, weshalb die gewählte Referenz aussagekräftig für den Auftrag ist. Die Offerten der beiden Anbieterinnen zeigen, dass sowohl die Zuschlagsempfängerin (S. 671 ff. Beilagen B3.1 - B3.3) als auch die Beschwerdeführerin (S. 1028 ff. Beilagen B3.1 - B3.3) jeweils mehr als drei Referenzobjekte angegeben hat. In der Folge hat das von der Vergabebehörde beauftragte Architekturbüro nicht nur die Zuschlagsempfängerin, sondern auch die Beschwerdeführerin aufgefordert, drei aussagekräftige Objekte auszuwählen, welche als Referenzobjekte bewertet werden sollen (S. 1043A und 1043C). Weder hat eine nachträgliche Abänderung der Offerte der Zuschlagsempfängerin stattgefunden noch ist in diesem Vorgehen eine Ungleichbehandlung der beiden Anbieterinnen zu erkennen.

**7.4.3** Die Benotung der Referenzen geht aus dem Protokoll der Bewertung der Vergabebehörde hervor (S. 1044 ff.). Die Zuschlagsempfängerin hat für ihre 1. Referenz " R \_\_\_\_\_", welche als nachvollziehbar und in weiten Teilen überzeugend beurteilt wird, die Teilbewertung 4 erhalten (S. 1049). Positive Bewertungselemente sind das grosse Volumen und der hohe Anteil an Sichtbeton und vorgespannten Betondecken, dass es sich um einen Auftrag des öffentlichen Beschaffungsrechts gehandelt hat, sowie die erschwerte Zugänglichkeit und der enge Terminplan. Negativ bewertet wird, dass sich das Projekt nicht in F \_\_\_\_\_ befindet und dafür kein zusätzlicher Materialumschlag notwendig war. Für die 2. Referenz "S \_\_\_\_\_" hat die Zuschlagsempfängerin

die Teilbewertung 3 erhalten, da sich die erbrachten Leistungen teilweise nicht mit der Aufgabe decken (S. 1049 f.). Die vergleichbare Komplexität bei der Hangsicherung, der hohe Sichtbetonanteil und die vergleichbaren Platzverhältnisse werden als positive Elemente berücksichtigt. Negativ bewertet werden das vergleichsweise kleine Bauvolumen und dass sich das Projekt nicht in F \_\_\_\_\_ befindet. Die 3. Referenz der Zuschlagsempfängerin "Abbruch und Ersatzneubau T \_\_\_\_\_ P \_\_\_\_\_" hat die Teilbewertung 4 erzielt, da sie als nachvollziehbar und in weiten Teilen überzeugend beurteilt wird (S. 1050). Als positive Elemente werden die vergleichbare Komplexität des Teilabbruchs während laufendem Heimbetrieb, dass es sich um einen Auftrag des öffentlichen Beschaffungsrechts gehandelt hat, der hohe Anteil an Beton und Betonelemente (hohe Erfahrung), vergleichbare Terminvorgaben und der sehr schwer zugängliche Standort mitten im Wohnquartier berücksichtigt. Negativ Elemente sind das kleine Volumen, die nicht vergleichbare logistische Herausforderung ohne Mehrfachumladung, dass sich das Projekt nicht in F \_\_\_\_\_ befindet und die fehlende Hanglage. Es ergibt sich für das Zuschlagskriterium 3 "Referenzen" eine Gesamtnote von 3.66.

**7.4.4** Die Beschwerdeführerin hat beim Kriterium Referenzen deutlich besser abgeschnitten: Für ihre drei Referenzobjekte hat sie die Teilbewertungen 4, 5 und 4 erhalten, die Gesamtnote beträgt 4.33 (S. 1046 f.). Die erste Referenz "U \_\_\_\_\_" (Teilbewertung 4) wird als nachvollziehbar und in weiten Teilen überzeugend beurteilt. Positive Aspekte sind der hohe Termindruck, das grosse Volumen, der Abbruch und die Baugrundsicherung mit hoher Komplexität, dass sich das Objekt in F \_\_\_\_\_ befindet und alle ausgeschriebenen Bautätigkeiten nach Baukostenplan ausgeführt wurden. Negativ ins Gewicht fällt der fehlende Felsaushub, dass die Zugänglichkeit einfacher und die Bewirtschaftung mit LKWs möglich war sowie dass der Auftrag nicht dem öffentlichen Beschaffungswesen unterlag. Die zweite Referenz "V \_\_\_\_\_" (Teilbewertung 5) wird als vollständig überzeugend bezüglich aller Parameter beurteilt. Positiv ausgewirkt haben sich der hohe Termindruck, das vergleichbar grosse Volumen, dass die Hangsicherung und der Felsaushub nahezu identisch waren, die grosse Herausforderung betreffend Erschliessung und Installation der Baustelle sowie die schlechteren Platzverhältnisse und der Abbruch des bestehenden Hauses. Als negativ vermerkt wird, dass der Auftrag nicht dem öffentlichen Beschaffungswesen unterlag; dies hat jedoch zu keinem Punktabzug geführt. Das dritte Referenzobjekt der Beschwerdeführerin "W \_\_\_\_\_" (Teilbewertung 4) wird als nachvollziehbar und in weiten Teilen überzeugend beurteilt (S. 1047). Das Volumen (mehr als das Doppelte), der Sichtbetonanteil und die Koordination beim Einsatz von mehreren Kränen zur gleichen Zeit werden als positive Elemente genannt. Die negativen Elemente sind der fehlende Abbruch und die

andere logistische Herausforderung ohne Umschlag auf Elektrofahrzeuge und Mehrfachumladung, da der Beton ab Betonpumpe eingesetzt wurde und das Objekt nicht in F \_\_\_\_\_ liegt sowie dass es sich nicht um einen Auftrag des öffentlichen Beschaffungswesens gehandelt hat.

**7.4.5** Die Vergabebehörde hat die Benotung der Referenzobjekte der beiden Anbieterinnen in nachvollziehbarer Weise begründet. Dass sie dabei wesentliche Punkte ausseracht gelassen hat oder sich von unsachlichen Überlegungen hat leiten lassen, ist nicht erkennbar. So ist berücksichtigt worden, dass sich alle drei Referenzobjekte der Zuschlagsempfängerin nicht in F \_\_\_\_\_ befinden und deshalb kein zusätzlicher Materialumschlag nötig war; dies hat zu einem Notenabzug geführt, worauf die Vergabebehörde in ihrer Vernehmlassung mit Recht hingewiesen hat (vgl. S. 1119 Dossier Kantonsgericht). Ebenso ist in die Bewertung eingeflossen, dass die Objekte der Zuschlagsempfängerin, was das Bauvolumen und die Komplexität der Arbeiten angeht, teilweise nicht den Anforderungen des vorliegenden Auftrags entsprechen; dies hat ebenfalls zu einem Notenabzug geführt. Die Teilbewertungen für jedes der drei Referenzobjekte der Beschwerdeführerin sind im Einzelnen begründet worden; der Notenabzug bei den Referenzobjekten Nrn. 1 und 3 ist entgegen ihrer Behauptung nachvollziehbar (vgl. S.1046 f.). Die Vergabebehörde hat nach dem Gesagten den ihr bei der Beurteilung der Referenzen zukommenden Ermessensspielraum weder überschritten noch missbraucht.

**7.5** Die Beschwerdeführerin bezweifelt, dass die Beschwerdegegnerin über eine ausreichende Infrastruktur verfügt und kritisiert die Bewertung dieses Kriteriums.

**7.5.1** Die Beschwerdeführerin hat für das Kriterium 4 "Infrastruktur" die Bestnote 5 erhalten mit der Begründung, dass sie über eine hohe Anzahl Fahrzeuge im eigenen Fuhrpark verfügt. Der aufgelistete Fuhrpark sei dreimal so hoch wie für das Objekt durchschnittlich notwendig (S. 1047). Die Beschwerdegegnerin hat für das Kriterium Infrastruktur die Note 4 erhalten (S. 1051): Die Vergabebehörde führt aus, die Kapazitäten der LKWs und Elektrowagen seien zwei- bis dreimal so hoch wie notwendig. Positiv ins Gewicht gefallen ist insbesondere der LKW-Fuhrpark, der mehr als dreimal so hoch sei wie erforderlich. Negativ bewertet wird, dass die Anzahl Elektrofahrzeuge nur durch zusätzliche Transportunternehmungen erreicht wird, was die Vergabebehörde als Unsicherheitsfaktor betrachtet.

**7.5.2** Auch was das Kriterium Infrastruktur angeht, kann nicht von einer willkürlichen, sachlich nicht zu rechtfertigenden Bewertung gesprochen werden (siehe oben E. 2.1).

Die Vergabebehörde hat berücksichtigt, dass die Beschwerdeführerin mehr Elektrofahrzeuge zur Verfügung stellt als die Zuschlagsempfängerin. Dass für die Ausführung des Auftrags nach der subjektiven Auffassung der Beschwerdeführerin mehr Fahrzeuge und mehr Platz für den Materialumschlag notwendig sind, als die Vergabebehörde als nötig erachtet, rechtfertigt keine schlechtere Bewertung der Zuschlagsempfängerin.

**8.** Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird nach dem Gesagten vollumfänglich abgewiesen. Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei mit den entsprechenden Folgen für die Tragung der Kosten und für die Zusprechung einer Parteientschädigung.

**8.1** Im Beschwerdeverfahren hat in der Regel die unterliegende Partei die Kosten zu tragen (Art. 89 Abs. 1 VVRG). Ausnahmsweise können die Kosten ganz oder teilweise erlassen werden (Art. 89 Abs. 2 VVRG). Vorliegend bestehen keine Gründe, von der Grundregel abzuweichen, weshalb die Beschwerdeführerin die Gerichtsgebühr bezahlen muss. Gemäss Art. 3 des Gesetzes betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigungen vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden vom 11. Februar 2009 (GTar; 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 vorliegend auf Fr. 5 000.-- festgesetzt.

**8.2** Die Beschwerdeführerin hat als unterliegende Partei keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 91 Abs. 1 VVRG e contrario). Die Beschwerdeinstanz gewährt 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). Sie ist global festzusetzen und umfasst die Entschädigung an die berechtigte 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 der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 200.-- zugesprochen, die der Beschwerdeführerin auferlegt wird.

**8.3** Die Gemeinde beantragt eine Parteientschädigung, ohne ihren Antrag näher zu begründen. Den Behörden oder mit öffentlichen Aufgaben betrauten Organisationen, welche obsiegen, darf in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen werden (Art. 91 Abs. 3 VVRG). In der Praxis wird dem Gemeinwesen abweichend von der Grundregel eine Parteientschädigung gewährt, falls die Gemeinde nicht in erster Linie hoheitliche Interessen wahrt, sondern wie eine Privatperson betroffen ist (z.B. als Bauherrin oder Grundeigentümerin), wenn das Verfahren ausserordentliche Bemühungen seitens der Gemeinde erfordert hat, z.B. bei unüblich aufwendigen Untersuchungen oder wenn es sich um eine besonders komplexe Angelegenheit gehandelt hat (Ruth Herzog, in: Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern [VRPG], Ruth Herzog/ Michael Daum [Hrsg.], 2. A., 2020, N. 39 ff. zu Art. 104 VRPG; Kaspar Plüss, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], Alain Griffel [Hrsg.], 3. A., 2014, N. 54 zu § 17 VRG). Das Kantonsgericht geht davon aus, dass wer zur Regelung von Rechtsverhältnissen durch Verfügung berechtigt ist, seine Rechte in einem Rechtsmittelverfahren grundsätzlich selbst wahren kann (Urteil des Kantonsgerichts A1 18 49 vom 30. August 2018 E. 6.2.1). Vorliegend hat die Gemeinde als Vergabebehörde gehandelt; sie ist nicht wie eine Privatperson betroffen. Aufgrund der Akten sind keine ausserordentlichen Bemühungen seitens der Gemeinde ersichtlich. Letztgenannte macht keinen ausserordentlichen Aufwand für das vorliegende Verfahren geltend und bringt auch nicht vor, es habe sich um ein rechtlich besonders komplexes Verfahren gehandelt (vgl. Ruth Herzog, a.a.O., N. 43 zu Art. 104 VRPG). Der Gemeinde wird nach dem Gesagten keine Parteientschädigung zugesprochen.

**Demnach erkennt das Kantonsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 5 000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Der Beschwerdegegnerin wird eine Parteientschädigung von Fr. 200.-- zu Lasten der Beschwerdeführerin zugesprochen.
4. Das Urteil wird der Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegnerin und der Einwohnergemeinde F \_\_\_\_\_ schriftlich mitgeteilt.

Sitten, 10. Juni 2021