

A1 22 100

URTEIL VOM 21. OKTOBER 2022

**Kantonsgericht Wallis
Öffentlichrechtliche Abteilung**

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

in Sachen

X _____ **AG**, Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwältinnen Claudia Schneider Heusi und Anna Katharina Burri, Schneider Rechtsanwälte AG,

gegen

EINWOHNERGEMEINDE A _____, Vergabebehörde, vertreten durch Rechtsanwältin Prof. Dr. Isabell Häber und Rechtsanwalt Dr. Livio Bundi, Bratschi AG,

Y _____ **AG**, Beschwerdegegnerin,

(Arbeitsvergabe)

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die freihändige Vergabe
(SIMAP Projekt-ID xxx) vom xxx.

Sachverhalt

A. Die Einwohnergemeinde A _____ (fortan Gemeinde oder Vergabebehörde) schrieb im xxx des Kantons Wallis und auf Simap den Dienstleistungsauftrag Abfall- und Wertstoffentsorgung A _____ 22-32 im offenen Verfahren aus. Am 5. Oktober 2021 verfügte die Gemeinde den Abbruch dieses Verfahrens. Sie begründete den Abbruch damit, dass nur ein gültiges Angebot vorliege, weshalb der Wettbewerb nicht gewährleistet sei, und dass sich im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens veränderte Rahmenbedingungen ergeben hätten, welche eine Änderung des Projekts bedingen würden. Am xxx erteilte der Gemeinderat den Zuschlag für den Lieferauftrag von 40 Schneckenverdichtern für Fr. 1 Mio. an die Y _____ AG, wobei sich die Vergabebehörde auf das freihändige Verfahren im Ausnahmefall berief. Der Zuschlag wurde am xxx 2022 auf Simap und im xxx publiziert.

B. Gegen den Entscheid der Gemeinde erhob die X _____ AG (Beschwerdeführerin) am 30. Mai 2022 Verwaltungsgerichtsbeschwerde bei der öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts und stellte folgende Rechtsbegehren:

- "1. Der Beschwerde sei superprovisorisch und dann definitiv die aufschiebende Wirkung zu erteilen und die Vergabebehörde anzuweisen, sämtliche Vollzugshandlungen im Rahmen des Beschaffungsvorhabens (SIMAP Projekt-ID xxx) zu unterlassen, namentlich:
 - Soweit noch kein Vertrag betreffend die Beschaffung der Schneckenverdichter abgeschlossen wurde, sei die Vergabebehörde anzuweisen, den Vertragsabschluss bzw. jegliche Vollzugshandlungen in diesem Zusammenhang zu unterlassen.
 - Soweit bereits ein Vertrag abgeschlossen wurde, aber die Schneckenverdichter noch nicht bestellt wurden, sei die Vergabebehörde anzuweisen, die Bestellauslösung der Schneckenverdichter zu unterlassen.
 - Soweit der Vertrag betreffend die Beschaffung der Schneckenverdichter bereits abgeschlossen ist, sei die Vergabebehörde anzuweisen, diesen Vertrag ex nunc aufzulösen und - sofern die Bestellung bereits erfolgte - die Bestellung zu widerrufen.
2. Es sei die Vergabeverfügung der Vergabebehörde vom xxx 2022 aufzuheben und die Sache zur Durchführung eines öffentlichen Vergabeverfahrens an die Vergabebehörde zurückzuweisen.
3. Eventualiter sei festzustellen, dass der angefochtene Zuschlag rechtswidrig ist.
4. Es sei die Vergabebehörde anzuweisen, ihren vergaberechtlichen Mitteilungs- und Publikationspflichten für sämtliche Beschaffungen im Zusammenhang mit der Abfallentsorgung nachzukommen, insbesondere bei der Beschaffung von Fahrzeugen und der Suche und Auswahl einer PPP-Partnerin.
5. Es sei die Vergabebehörde zu verpflichten, die vollumfänglichen Akten - insbesondere das Protokoll nach Art. 13 Abs. 2 kGIVöB sowie Abklärungen zur Ausschreibungspflicht und die gesamte Korrespondenz mit der Zuschlagsempfängerin - einzureichen und es sei der Beschwerdeführerin Akteneinsicht zu gewähren.
6. Es sei ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen und der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben, zur Beschwerdeantwort sowie zu den Akten der Vergabebehörde Stellung zu nehmen.
7. Die eingereichten Akten seien sofern als vertraulich bezeichnet - vertraulich zu behandeln.
8. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vergabebehörde."

Die Beschwerdeführerin machte geltend, es liege keiner der in Art. 13 des Gesetzes betreffend den Beitritt des Kantons Wallis zur Interkantonalen Vereinbarung über das

öffentliche Beschaffungswesen vom 8. Mai 2003 (kGIVöB; SGS/VS 726.1) abschliessend geregelten Ausnahmefälle für eine freihändige Vergabe vor. Da der Auftragswert gemäss Zuschlagspublikation Fr. 1 Mio. betrage, hätte ein offenes oder selektives Verfahren durchgeführt werden müssen. Gemäss Publikation habe die Gemeinde Schneckenverdichter(Pressen) angeschafft. Die Beschwerdeführerin sei Eigentümerin der derzeit in der Gemeinde in Betrieb stehenden 58 Schneckenverdichter, welche für den Einsatz in der Gemeinde funktional bestens geeignet seien; sie könne damit das hinter der Beschaffung stehende Bedürfnis befriedigen.

Die Vergabebehörde berufe sich pauschal auf Art. 13 kGIVöB ohne Angabe des konkreten Ausnahmefalles, was gegen das Bestimmtheitsgebot gemäss Art. 13 Abs. 2 kGIVöB verstosse. Soweit die Vergabebehörde andeute, es liege i.S.v. Art. 13 Abs. 1 lit. d kGIVöB aufgrund eines unvorhergesehenen Ereignisses zeitliche Dringlichkeit vor, so seien die Bedingung für diesen Ausnahmefall vorliegend nicht erfüllt: Dass der Vertrag mit der Beschwerdeführerin per 30. September 2022 ablaufe, sei kein unvorhergesehenes Ereignis. Die Vergabebehörde habe den Dienstleistungsauftrag der Abfall- und Wertstoffentsorgung ab 1. Oktober 2022 bereits im April 2021 neu ausgeschrieben und dieses Verfahren freiwillig und ohne Sachzwang abgebrochen, um einen anderen Lösungsansatz zu verfolgen. Das Erfordernis der Unvorhersehbarkeit sei damit nicht erfüllt. Die Behörde habe die vermeintliche Dringlichkeit ihrer eigenen Planung zuzuschreiben und damit selbst verschuldet. Zudem sei die Beschaffung aus objektiver Sicht nicht dringlich, da die Abfallentsorgung ab 1. Oktober 2022 nicht gefährdet sei. Die Beschwerdeführerin verfüge über eine ausreichende Infrastruktur und geschultes Personal und könne die Abfallentsorgung als Übergangslösung weiterführen. Die Vergabebehörde hätte den Leistungsauftrag ohne Weiteres um ein Jahr verlängern können, womit sie genügend Zeit für die Umsetzung einer eigenen Lösung gehabt hätte. Die Vergabebehörde habe keine freihändige Vergabe vornehmen dürfen, weshalb der Zuschlag aufzuheben und ein offenes Verfahren durchzuführen sei. Sofern bereits ein Vertrag über die fragliche Beschaffung der Schneckenverdichter abgeschlossen worden sei, so sei dieser aufzulösen. Sollte dies nicht möglich sein, so werde eventualiter die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlags beantragt.

C. Die B _____ AG, welche der Beschwerdeführerin die bisher in der Gemeinde verwendeten Presscontainer geliefert hat, reichte am 30. Mai 2022 ebenfalls eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Zuschlagsverfügung vom xxx ein

(Verfahren A1 22 101).

D. Die Y _____ AG (Zuschlagsempfängerin) verzichtete am 16. Juni 2022 auf die Teilnahme am Verfahren und stellte keine Anträge.

E. Die Vergabebehörde beantragte am 28. Juni 2022 die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge, sofern darauf eingetreten werde, sowie die Abweisung der Anträge auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung und Erlass vorsorglicher Massnahmen. Sie legte dar, die Dienstleistung der öffentlichen Abfallentsorgung am xxx im offenen Verfahren ausgeschrieben zu haben, da der Vertrag mit der Beschwerdeführerin per 30. September 2020 ende. Der Gemeinderat habe das Verfahren abgebrochen, da nur ein Angebot die Eignungskriterien erfüllt habe - das Angebot der Beschwerdeführerin - und ein wirksamer Wettbewerb nicht gewährleistet werden konnte. Im Rahmen der Präsentationen habe sich zudem die neue Erkenntnis ergeben, dass ein Recycling von knapp 20 % vor Ort anzustreben sei, weshalb ein Abbruch die einzige Lösung gewesen sei. Die Abbruchverfügung sei von der Beschwerdeführerin nicht angefochten und rechtskräftig geworden. Die Beschwerdeführerin habe in der Folge ein überteuertes Kaufangebot für ihr Inventar eingereicht, welches die Gemeinde abgelehnt habe. Der Gemeinderat habe beschlossen, als Übergangslösung ein "Insourcing" der Abfallentsorgung vorzusehen und der Urversammlung am 7. Dezember 2022 ein Public Private Partnership (PPP) zu unterbreiten. Der Gemeinderat habe zudem die Beschaffung von Presscontainern beschlossen, welche durch die ortsüblichen Elektrofahrzeuge ausgetauscht werden könnten. Wegen der unvorhergesehenen zeitlichen Dringlichkeit habe der Gemeinderat entschieden, die Lieferaufträge freihändig zu vergeben. Eine Verlängerung der Verträge sei inzwischen ausser Betracht gefallen; neben dem vollkommen überteuerten Kaufangebot habe die Beschwerdeführerin mit ihrer Kommunikation in den Medien und sozialen Netzwerken das Vertrauen der Vergabebehörde zerstört. Zudem habe die Vergabebehörde die Beschwerdeführerin im Herbst 2021 wiederholt zu raschem Handeln aufgerufen und es seien die pandemiebedingten und seit dem 24. Februar 2022 kriegsbedingten Lieferschwierigkeiten in Betracht zu ziehen. Da die für das öffentliche Beschaffungswesen zuständige kantonale Dienststelle keine Einwände gegen eine freihändige Vergabe erhoben und die Zeit sehr gedrängt habe, sei am 11. April 2022 der Auftrag an die Zuschlagsempfängerin erteilt worden, da diese den Liefertermin per Ende September ansonsten nicht mehr hätte einhalten können. Der Gemeinderat habe gleichentags die lokalen Mitarbeiter der Beschwerdeführerin angestellt; die Anstellungsverfügungen seien rechtskräftig. Am xxx 2022 sei die

Zuschlagsverfügung erfolgt, welche am xxx 2022 publiziert worden sei. Die Presscontainer würden sich in Produktion befinden.

Die Vergabebehörde brachte zudem vor, die Beschwerdeführerin sei nicht zur Einreichung der Beschwerde legitimiert: Die Beschwerdeführerin habe nicht dargelegt, dass sie in der Lage sei, dem bestellten Produkt gleichwertige Presscontainer anzubieten. Ihre Pressen seien grösser und es handle sich um Occasion-Geräte, zudem erfülle das System "C _____" die neuen Anforderungen der Gemeinde nicht mehr: Die grossen Seitenstapler, welche zum Auf- und Abladen der Container benötigt würden, könnten nicht in jedem Ortsteil eingesetzt werden und würden zudem ein Sicherheitsrisiko bergen. Künftig sollten keine grossen Fahrzeuge mit Verbrennungsmotor mehr eingesetzt werden, sondern die kleineren ortsüblichen Elektrofahrzeuge. Dies bedinge auch kleinere Presscontainer mit einem effizienteren Verdichtungssystem. Die Vergabebehörde könne rechtlich nicht gezwungen werden, die Abfallentsorgung weiterhin mit dem System "C _____" zu betreiben; einen Systemwechsel stehe in ihrem Ermessen. Selbst im Eintretensfall könne die Beschwerdeführerin den Zuschlag gar nicht mehr erhalten, es bestehe lediglich ein Feststellungsinteresse: Die Vergabebehörde habe den Vertrag längst abgeschlossen, was gemäss Art. 34 Abs. 4 der kantonalen Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Juni 2003 (SGS/VS 726.100; fortan: kVöB) zulässig sei, da der freihändige Zuschlag nur bekannt gemacht werden müsse. Bei einer Ausschreibung könnte die Abfallentsorgung frühestens Mitte nächstes Jahr wieder vollumfänglich sichergestellt werden. Die Vergabebehörde könne nicht gezwungen werden, mit der Beschwerdeführerin vorübergehend weiter zusammenzuarbeiten, wenn das Vertrauen vollständig verloren gegangen sei.

Weder das treuwidrige Verhalten der Beschwerdeführerin noch die Lieferschwierigkeiten durch die Pandemie und den Ukrainekrieg seien vorhersehbar gewesen. Die daraus resultierende Dringlichkeit sei objektiv begründet. Eine Vertragsverlängerung sei aufgrund des überhöhten Kaufangebots, der Medienkampagnen gegen die Gemeinde und der Interventionen bei potentiellen Lieferanten unzumutbar; auch bei Aufhebung des Zuschlags bestehe keine Kontrahierungspflicht. Es bleibe nur die freihändige Beschaffung neuer Presscontainer, um die Abfallentsorgung ab dem 1. Oktober 2022 zu gewährleisten. Die Pressen seien eine Spezialanfertigung, damit sie auf die ortsüblichen Elektrofahrzeuge passen würden; nur durch eine freihändige Vergabe sei die rechtzeitige Lieferung möglich. Eine Rückabwicklung des Vertrags komme nicht in Frage, da auf die ortsüblichen Fahrzeuge passenden Schneckenverdichter nicht einfach gemietet werden könnten.

F. Die Beschwerdeführerin repliziert am 16. August 2022 und ergänzte bzw. präzierte ihre Rechtsbegehren wie folgt:

- "1. Die Vergabeverfügung vom xxx, publiziert auf SIMAP am xxx 2022, sei aufzuheben und die Sache zur Durchführung eines öffentlichen Vergabeverfahrens an die Vergabebehörde zurückzuweisen und die Vergabebehörde sei anzuweisen, den mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossenen Vertrag im Zusammenhang mit dem Beschaffungsvorhaben SIMAP Projekt-ID xxx ex nunc aufzulösen und die Bestellung zu widerrufen.
2. Der Beschwerdeführerin sei die vollständige Einsicht in die Beilagen 7, 8, 10, 11, 20 und 24 zur Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin zu gewähren, soweit die abgedeckten Stellen Ausführungen im Zusammenhang mit ihr bzw. ihrem Angebot stehen."

Die Beschwerdeführerin brachte vor, sie könnte den Beschaffungsgegenstand ebenfalls liefern: Gemäss Zuschlagspublikation würden Schneckenpressen beschafft, welche sie unbestritten liefern könne. Sie verkaufe und vermiete unterschiedliche Pressen. Die bisher im Einsatz stehenden Pressen könnten auch umgebaut und den konkreten Kundenwünschen angepasst werden. Die Ausführungen der Gemeinde in der Beschwerdeantwort liessen darauf schliessen, dass es sich nicht um Schneckenverdichter, sondern um andere Pressen handle. Es stehe der Beschwerdeführerin - gleich wie der Zuschlagsempfängerin - offen, mit Subunternehmern zusammenzuarbeiten und Pressen gemäss Kundenwünschen zu definieren, zu produzieren oder anzupassen und zu liefern. Sie könne gleiche bzw. funktional gleichartige Produkte anbieten.

Die Beschwerdeführerin hielt an ihrer Auffassung fest, dass die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe nicht erfüllt gewesen seien. Es sei einzig durch das Verhalten der Vergabebehörde zur vorliegenden Situation gekommen. Zudem wäre auch Anfang März 2022 noch genügend Zeit für eine öffentliche Ausschreibung geblieben. Ob die Gemeinde mit dem Kaufangebot der Beschwerdeführerin vom Herbst 2021 zufrieden gewesen sei, spiele bei der Beurteilung der Frage, ob ausnahmsweise eine freihändige Vergabe zulässig sei, keine Rolle. Das Angebot habe im Übrigen auch Lizenzgebühren sowie Revisionen und Weiterentwicklungen der Pressen berücksichtigt. Die Gemeinde vergleiche unterschiedliche Leistungen, das Angebot sei nicht überrissen gewesen. Die Aussagen des ehemaligen Inhabers der Beschwerdeführerin in den sozialen Medien könne ihr nicht zugerechnet werden. Schliesslich vermöge die Gemeinde nicht überzeugend darzulegen, weshalb sie die bestehenden Pressen nicht im Sinne einer Übergangslösung mieten könne; die Beschwerdeführerin sei bereit, die Pressen zu einem angemessenen Mietzins zu überlassen und die Gemeinde habe das Personal der Beschwerdeführerin, welches die Pressen kenne, ab 1. Oktober 2022 übernommen. Die Gemeinde habe zudem durch den Abschluss des Vertrags die vergaberechtlichen Bestimmungen verletzt. Bei einer ausnahmsweisen freihändigen Vergabe löse erst die Publikation des Zuschlags die Beschwerdefrist für die nichtberücksichtigten potentiellen Anbieter aus. Die Verfügung erwachse erst in Rechtskraft, wenn innert der zehntägigen

Frist keine Beschwerde eingegangen sei; erst dann dürfe der Vertrag abgeschlossen bzw. der Auftrag erteilt werden.

G. Die Vergabebehörde duplizierte am 19. September 2022 und hielt an ihren Anträgen fest. Sie erwiderte, die Beschwerdeführerin vermöge nicht darzulegen, dass sie eine Offerte für das nachgefragte Produkt hätte einreichen können; es fehle das Rechtsschutzinteresse. Es sei nicht erwiesen, dass es sich bei den von der Beschwerdeführerin erwähnten Presscontainern um ein funktional und preislich gleichwertiges Angebot handle und dass diese rechtzeitig lieferbar gewesen wären. Das Kaufangebot für die Occasion-Presscontainer sei überteuert, die Beschwerdeführerin habe keine Erneuerungsarbeiten durchgeführt. Es liege im Ermessen der Vergabebehörde, was sie beschaffen wolle.

Die Gemeinde führte weiter aus, die Beschwerdeführerin habe den Verfahrensabbruch vom 5. Oktober 2021 nicht angefochten. Die überteuerte Offerte der Beschwerdeführerin habe zur Dringlichkeit geführt. Es treffe nicht zu, dass Anfang März 2022 noch genügend Zeit für eine Ausschreibung beständen habe; die Lieferfristen hätten nicht garantiert werden können. Öffentliche Beschaffungen würden jedenfalls zwei Monate dauern, bei einer Anfechtung des Zuschlags weit mehr. Eine Neuausschreibung würde die Abfallentsorgung gefährden; das öffentliche Interesse sei sehr hoch zu gewichten. Die bestellten Presscontainer seien in Auslieferung bzw. bereits ausgeliefert. Eine Rückabwicklung des Vertrags komme nicht in Betracht. Im Übrigen stelle der Zuschlag im freihändigen Verfahren keine Verfügung dar, weshalb Art. 34 Abs. 4 kVöB auch bloss eine Mitteilung innert 72 Tagen seit dem Vertragsschluss verlange. Bei ausgewiesener Dringlichkeit könne von der Vergabebehörde zudem nicht verlangt werden, Rechtsmittelfristen abzuwarten. Die Gemeinde sei gezwungen gewesen zu handeln, um die Abfallentsorgung nicht zu gefährden. Angesichts des Ukrainekriegs und der Produktionseinstellungen wegen der Pandemie und der damit einhergehenden Lieferschwierigkeiten sei die Dringlichkeit mehr als ausgewiesen.

H. Die Beschwerdeführerin reichte am 26. September 2022 eine Stellungnahme ein und hielt an ihren Anträgen fest. Sie legte dar, sie sei in der Lage, Pressen verschiedener Ausführung anzubieten, sowohl Schneckenpressen als auch andere. Ob dies wirtschaftlich sinnvoll wäre und ob Sublieferanten eingesetzt würden, spiele keine Rolle. Sie bekräftigte ihre Auffassung, dass der Zuschlag unrechtmässig sei und der Vertrag in rechtswidriger Weise verfrüht abgeschlossen worden sei. Gemäss Art. 34 Abs. 1 kVöB sei auch der Zuschlag im freihändigen Verfahren in Ausnahmefällen eine Verfügung; der

Vertrag dürfe erst nach der Publikation und dem Ablauf der Beschwerdefrist abgeschlossen werden. Die Stellungnahme wurde der Gemeinde und der Zuschlagsempfängerin am 27. September 2022 zur Kenntnisnahme zugestellt.

Erwägungen

1. Beim Zuschlag im Vergabeverfahren handelt es sich um eine selbstständig anfechtbare Verfügung (Art. 15 Abs. 1^{bis} lit. e der Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 [IVöB; SGS/VS 726.1-1) und damit um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (VVRG; SGS/VS 172.6), gegen die innert 10 Tagen seit Eröffnung beim Kantonsgericht Beschwerde eingereicht werden kann (Art. 15 und Art. 16 Abs. 2 kGIVöB; vgl. auch Art. 34 Abs. 1 kVöB).

1.1 Laut Art. 6 Abs. 1 lit. b kGIVöB ist die Gemeinde eine Auftraggeberin im Sinne des Beschaffungsrechts, die in casu das freihändige Verfahren in Ausnahmefällen gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. c kGIVöB gewählt hat. Das kGIVöB und die kVöB sind demnach anwendbar.

1.2 Für alle Zuschläge, mit Ausnahme derjenigen im freihändigen Verfahren gemäss Art. 12 kGIVöB, hat der Auftraggeber – nebst der Eröffnung an alle Anbieter (vgl. Art. 34 Abs. 1 kVöB) – zusätzlich spätestens 72 Tage nach dem Zuschlag eine Bekanntmachung, in Form einer Mitteilung im xxx des Kantons Wallis, zu veröffentlichen. Wenn die Ausschreibung auf der elektronischen Plattform der Schweiz veröffentlicht wurde, publiziert der Auftraggeber die Mitteilung ebenfalls auf derselben Plattform (Art. 34 Abs. 4 kVöB; s.a. Art. 20 Abs. 2 kGIVöB).

1.2.1 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts soll unabhängig von einer kantonrechtlichen Regelung eine Beschwerde möglich sein, wenn geltend gemacht wird, dass die Vergabe nach den einschlägigen Normen nicht im freihändigen Verfahren hätte erfolgen dürfen (BGE 137 II 313 E. 2.3; 131 I 137 E. 2.6). Wurde ein Auftrag ohne einen formellen Entscheid direkt und ohne vorherige Veröffentlichung vergeben, so vermag dies am Verfügungscharakter des Zuschlags nichts zu ändern, der Vergabeentscheid gilt spätestens mit dem Abschluss des Vertrags als erfolgt. Ein benachteiligter Anbieter kann die Vergabe in einem solchen Fall innert 10 Tagen nach Kenntnisnahme mit Beschwerde anfechten (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des

öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2013, N. 1279; vgl. auch Robert Wolf, Der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann [Hrsg.], Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Zürich/Freiburg 2013, S. 184; Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Diss. Freiburg 2004, N. 670 ff.).

1.2.2. Der Zuschlag erfolgte in casu durch den Gemeinderat und wurde am xxx 2022 auf «simap.ch» und im xxx veröffentlicht. Eine potentielle Anbieterin kann die Vergabe innert 10 Tage nach Kenntnisnahme mit Beschwerde anfechten, wobei die Rechtsmittelfrist von der schriftlichen Eröffnung an zu laufen beginnt (vgl. Art. 29 Abs. 4 VVRG i.V.m. Art. 16 Abs. 2 kGIVöB; Art. 15 Abs. 2 IVöB). Die Beschwerde vom 30. Mai 2022 wurde folglich innert Frist eingereicht (Art. 15 Abs. 1 und 3 VVRG).

1.3 Die anwendbaren Vorschriften des Submissionsrechts enthalten keine Regeln über die Legitimation zur Anfechtung von vergaberechtlichen Entscheiden. Gemäss Art. 15 f. kGIVöB sind die Bestimmungen des VVRG über die Legitimation ergänzend anzuwenden (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 1296). Demzufolge ist nach Art. 80 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 44 VVRG zur Beschwerde legitimiert, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat.

1.3.1 Gemäss bundes- und kantonsgerichtlicher Rechtsprechung ist der in einem Vergabeverfahren abgewiesene Anbieter zur Anfechtung des Zuschlags nur legitimiert, wenn er bei Gutheissung seiner Beschwerde eine realistische Chance hat, mit seinem Angebot zum Zuge zu kommen oder wenn er eine neue Ausschreibung der Submission herbeiführen kann, so dass er die Möglichkeit erhält, ein neues Angebot einzureichen (BGE 141 II 14 E. 4.3 ff.; ZWR 2015 S. 72; Urteile des Kantonsgerichts A1 16 238 vom 24. Februar 2017 E. 1.3; A1 16 82 vom 23. Juni 2016 E. 1.3). Da das freihändige Verfahren naturgemäss nur mit dem Zuschlagsempfänger durchgeführt wird (vgl. Art. 12 Abs. 1 lit. c IVöB; Art. 12 und Art. 13 kGIVöB), kann ein potentieller Konkurrent nicht verlangen, in ein (rechtmässiges) Freihandverfahren einbezogen zu werden. Ein praktisches Rechtsschutzinteresse im Sinne von Art. 44 Abs. 1 lit. a VVRG kann im freihändigen Vergabeverfahren demnach nur in Bezug auf solche Anliegen anerkannt werden, die überhaupt mit der Beschwerde erreicht werden können. Grundsätzlich definiert die Vergabestelle aufgrund ihrer Bedürfnisse, was sie beschaffen will. Mit der submissionsrechtlichen Beschwerde kann deshalb nicht verlangt und erreicht werden, dass die Gerichte der Verwaltung vorschreiben, ein anderes Produkt zu beschaffen als dasjenige,

das sie zu beschaffen beabsichtigt. Legitimiert kann deshalb nur sein, wer das ausgeschriebene Produkt angeboten hat. Wer ein anderes Produkt offerieren will, ist hingegen zur Beschwerde nicht legitimiert, weil er von vornherein nicht erreichen kann, was er anstrebt. Die Beschwerdelegitimation hängt mit anderen Worten davon ab, ob es sich beim Beschwerdeführer um einen „potentiellen Anbieter“ der nachgefragten Leistung handelt (BGE 137 II 313 E. 3.3.1 f.; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 1319).

1.3.2 Mangels Ausschreibung oder vorgängiger Definition des Beschaffungsgegenstandes durch ein Pflichtenheft, bestimmt sich die Stellung als potentieller Anbieter bei einer Freihandvergabe danach, ob die von der Beschwerdeführerin angebotene Leistung funktional der freihändig beschafften Leistung entspricht, d.h. ob die Mitbewerberin das hinter der Beschaffung stehende Bedürfnis mit einem gleichen oder gleichartigen Produkt zu befriedigen vermag. Die Beschwerdeführerin hat folglich darzulegen, dass sie mit ihrer Leistung in der Lage ist, die im freihändigen Verfahren beschaffte Leistung zu substituieren, damit sie als potentieller Anbieterin erscheint und auf die Beschwerde eingetreten werden kann (BVGE 2012/13 E. 3.2.6 f.).

1.3.3 Der fehlende Einbezug potentieller Drittanbieter im Vorfeld einer Freihandvergabe sowie allfällige Geheimhaltungsinteressen aller Beteiligten im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens führen in der Regel dazu, dass es der beschwerdeführenden Partei angesichts der zeitlichen Dringlichkeit und der nur begrenzt verfügbaren Informationen möglicherweise schwerfällt, ihre Eigenschaft als potentielle Anbieterin hinsichtlich des konkreten Beschaffungsgegenstandes darzulegen. Diesem Umstand wird jedoch dadurch Rechnung getragen, dass an die Substanziierungslast keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Es darf gemäss Rechtsprechung namentlich kein voller Beweis aller massgeblichen Sachverhaltsumstände verlangt werden. Gefordert wird aber immerhin, dass die beschwerdeführende Partei ihre Legitimation anhand von konkreten Anhaltspunkten glaubhaft bzw. mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht. Reine Mutmassungen oder Behauptungen, für die keine konkreten Belege oder Indizien angeführt werden, reichen dafür folglich nicht aus (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern Nr. 100.2020.399U vom 22. April 2021 E. 2.5 mit Verweis auf die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-7463/2016 vom 31. Oktober 2017 E. 5.2 und B-3596/2015 vom 3. September 2015 E. 4.5.2).

1.3.4 Der für den Begriff der potenziellen Anbieterin massgebliche Beschaffungsgegenstand bestimmt sich nicht anhand der detaillierten Anforderungen, welche die Vergabe-

behörde aufgestellt hat, sondern aufgrund der hinter dem Beschaffungsvorhaben stehenden objektiven Bedürfnisse der öffentlichen Auftraggeberin. Das Verwaltungsgericht Bern hat dazu ausgeführt, es sei bei der Frage des massgeblichen Beschaffungsgegenstands eine funktionale Betrachtungsweise einzunehmen und daher nicht auf jedes einzelne im Leistungsverzeichnis enthaltene Kriterium abzustellen (Martin Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021, Zürich, 2022, N. 107).

1.4. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass die Vergabebehörde den strittigen Auftrag nicht im freihändigen Verfahren hätte vergeben dürfen. Gestützt auf die erwähnten Grundsätze ist daher zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin als potentielle Anbieterin des Beschaffungsgegenstands in Frage kommt. Dies ist nach dem Gesagten der Fall, wenn sie zumindest glaubhaft macht, dass sie eine mit Blick auf die hinter der Beschaffung stehenden objektiven Bedürfnisse der Vergabebehörde eine funktional gleiche oder gleichartige Leistung erbringen kann und auch gewillt ist, diese zu erbringen.

1.4.1 Die Vergabebehörde bestreitet die Beschwerdelegitimation. Die Beschwerdeführerin vermöge nicht nachzuweisen, dass es sich bei den von ihr erwähnten Presscontainern um ein funktional und preislich gleichwertiges Produkt handle und dass dieses rechtzeitig lieferbar gewesen wäre. Ihre Occasion-Container seien überteuert und veraltet; die Gemeinde habe sich für einen Systemwechsel entscheiden, was im Ermessen der Vergabebehörde liege.

1.4.2 Die Vergabebehörde hat gemäss Ziffer 2.1 der Publikation im xxx und auf Simap den Zuschlag für die Lieferung von Schneckenverdichtern (Pressen) erteilt (S. 220 f.). Auch in der Zuschlagsverfügung der Gemeinde wird von Schneckenverdichtern gesprochen (S. 219). Aus der Auftragsbestätigung vom 11. April 2022 und dem Datenblatt sowie dem Schreiben der Herstellerin an die Zuschlagsempfängerin vom 6. April 2022 geht hervor, dass es sich beim Beschaffungsgegenstand um ein Containersystem zur Sammlung und Verdichtung von Siedlungsabfällen handelt (S. 200 ff.) Zudem erhellt aus diesen Dokumenten, dass die Zuschlagsempfängerin die Presscontainer nicht selber produziert, sondern von einer Herstellerin in Deutschland fertigen lässt.

1.4.3 Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Beschwerde vom 30. Mai 2022 geltend gemacht, ihre in der Gemeinde seit Jahren eingesetzten Schneckenverdichter des Systems "C _____" seien funktional gleichwertig. In ihrer Replik vom 15. August 2022 und den Beilagen dazu legt sie dar, die Schneckenverdichter des Systems "C _____" könnten nach Kundenwunsch umgebaut werden. Zudem könne sie auch andere Pressen liefern; sie sei auf dem Recycling Markt tätig und verkaufe und vermiete Pressen an

andere Kunden. Es stehe ihr zudem wie der Zuschlagsempfängerin frei, mit Subunternehmern zusammen zu arbeiten (S. 246 ff.). Gemäss Handelsregisterauszug der Beschwerdeführerin ist der Zweck der Gesellschaft die Abfallentsorgung und Transporte von Gütern aller Art, insbesondere Kehricht (S.254). Es ist zwischen den Parteien unbestritten, dass die Beschwerdeführerin über eine Subunternehmerin die bisher in der Gemeinde eingesetzten Presscontainer beschafft hat. Weshalb sie bei einer öffentlichen Ausschreibung des Lieferauftrags für neue Presscontainer nun nicht mehr in der Lage sein sollte, ein Angebot einzureichen, ist nicht ersichtlich. Die Beschwerdeführerin hat somit ausreichend glaubhaft gemacht, dass sie die hinter dem Beschaffungsvorhaben stehenden objektiven Bedürfnisse der Gemeinde nach einem System zur Sammlung und Verdichtung von Siedlungsabfällen mit einem funktional gleichen oder gleichartigen Produkt erfüllen kann. Entgegen der Ansicht der Vergabebehörde bestimmt sich der Begriff der potenziellen Anbieterin nicht anhand der detaillierten Anforderungen, welche die Gemeinde betreffend Verdichtungsleistung oder Verdichtungssystem sowie Masse und Liefertermin der bestellten Presscontainer aufgestellt hat.

1.5 Auf die form- und fristgerechte eingereichte Beschwerde ist nach dem Gesagten einzutreten (Art. 80 Abs. 1 lit. b und c, 46 und 48 VVRG).

1.6 Die Beschwerdeführerin hat das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gestellt. Das Kantonsgericht hat am 31. Mai 2022 verfügt, dass bis zum Entscheid des Gerichts über das Gesuch um aufschiebende Wirkung alle Vollziehungsvorkehren, insbesondere der Vertragsschluss, zu unterlassen seien. Im Übrigen hat das Gericht keine vorsorglichen Massnahmen betreffend Auflösung oder Rückabwicklung des bereits abgeschlossenen Vertrages verfügt. Mit dem vorliegenden Urteil in der Sache ist das Gesuch gegenstandslos geworden.

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

2.1 Das Kantonsgericht ist einzige kantonale Beschwerdeinstanz in Submissionssachen (Art. 15 Abs. 1 IVöB i.V.m. Art. 16 Abs. 1 kGIVöB). Ist auf eine Beschwerde im Beschaffungswesen einzutreten, hat das kantonale Gericht das Recht von Amtes wegen

anzuwenden und muss offensichtliche rechtliche Mängel bei der Wahl des Vergabeverfahrens selbst ohne entsprechende Rüge der Beschwerdeführerin beseitigen (BGE 141 II 307 E. 6.5 ff.).

3. Die Beschwerdeführerin beantragt als Beweismittel die von ihr eingereichten Beilagen sowie die Edition der Akten der Vergabebehörde. Die Vergabebehörde hat ihre Akten als Beilagen zur Beschwerdeantwort vom 28. Juni 2022 eingereicht. In der Replik beantragt die Beschwerdeführerin vollständige Einsicht in die teilweise geschwärzten Beilagen 7, 8, 10, 11, 20 und 24 der Vergabebehörde.

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 146 IV 218 E. 3.1.1; 145 I 167 E. 4.1). 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; 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). Führen die von Amtes wegen vorzunehmenden Abklärungen die Verwaltung oder den Richter bei pflichtgemässer Beweiswürdigung 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; Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, a.a.O., N. 153, 154 und 537).

3.2 Das Kantonsgericht hat die von der Beschwerdeführerin und der Vergabebehörde eingereichten Dokumente zu den Akten genommen. Die Beilagen 7, 8, 10, 11, 20 und 24 zur Beschwerdeantwort der Vergabebehörde hat das Gericht ebenfalls mit geschwärzten Stellen erhalten. Die Vergabebehörde erläutert in ihrer Duplik vom 19. September 2022, es handle sich bei den Schwärzungen um Personendaten von Dritten sowie des Personals der Beschwerdeführerin, welches die Gemeinde übernehme (S. 372 N. 6). Die vorhandenen Akten enthalten die entscheidrelevanten Sachverhaltselemente und genügen, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, zur Beurteilung der rechtserheblichen Fragen. Deshalb wird auf zusätzliche Beweisabnahmen - insbesondere die Edition der obgenannten Unterlagen ohne Schwärzung - verzichtet.

4. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Voraussetzungen für die freihändige Vergabe i.S.v. Art. 13 Abs. 1 lit. d kGIVöB seien nicht erfüllt. Der Nachweis der zeitlichen Dringlichkeit der Beschaffung obliege der Vergabebehörde. Diese habe sich bereits Anfang 2021 mit der Nachfolgelösung des am 30. September 2022 endenden Vertrags befasst; unvorhergesehene Ereignisse, welche zu einer Dringlichkeit führten, lägen keine vor. Es sei einzig durch das Verhalten der Vergabebehörde zur vorliegenden Situation gekommen: Der Abbruch der ersten Ausschreibung sei nicht vollständig nachvollziehbar. Die Gemeinde habe es selbst zu verantworten, dass sie - anders als bei der Ausschreibung im Jahr 2010 - keine Varianten zugelassen habe. Weshalb die Gemeinde nach der Ablehnung des Angebots der Beschwerdeführerin von November 2021 bis März 2022 Zeit gebraucht habe, um sich zu überlegen, was sie beschaffen möchte, obwohl klar gewesen sei, dass ab Oktober 2022 eine neue Lösung nötig sei, sei ebenso wenig nachvollziehbar und werde von der Gemeinde nicht erläutert. Auch Anfang März habe noch keine Dringlichkeit bestanden: Es wäre noch genügend Zeit für eine Ausschreibung geblieben.

4.1 Die Vergabebehörde vertritt die Ansicht, der Vertrauensbruch bzw. die überbeuerte Offerte der Beschwerdeführerin habe zur Dringlichkeit geführt. Weder das treuwidrige Verhalten der Vertragspartnerin noch die Lieferschwierigkeiten durch die Pandemie und den Ukrainekrieg seien vorhersehbar gewesen. Die daraus resultierende Dringlichkeit sei objektiv begründet. Eine Vertragsverlängerung sei unzumutbar. Die Beschwerdeführerin habe den Verfahrensabbruch vom 5. Oktober 2021, welcher klar begründet worden sei, nicht angefochten. Der Plan der Vergabebehörde, eine "Inhouse"-Lösung mit dem Occasion-Inventar der Beschwerdeführerin zu erreichen, sei an der vollkommen überbeuerten Offerte gescheitert. Die Entsorgungskommission der Gemeinde habe daraufhin vom Dezember 2021 bis Ende Januar 2022 rechtliche, wirtschaftliche und politische Abklärungen getroffen und eine PPP-Lösung vertieft. Es habe sich gezeigt, dass sich ein Übergang mit einem Insourcing als nach wie vor notwendig erweise, da die Zeit zu knapp gewesen sei, um eine PPP-Lösung auszuschreiben. Es treffe nicht zu, dass Anfang März noch genügend Zeit für eine Ausschreibung bestanden habe; die Lieferfristen hätten nicht garantiert werden können.

4.2 Ein Auftrag kann direkt und ohne Ausschreibung vergeben werden, wenn die Beschaffung aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse so dringlich wird, dass kein offenes oder selektives Verfahren durchgeführt werden kann (Art. 13 Abs. 1 lit. d kGIVöB). Im Staatsvertragsbereich kann eine Auftraggeberin laut Art. XII Abs. 1 lit. d des revidierten Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994

(SR 0.632.231.422; fortan: GPA) das freihändige Verfahren anwenden, soweit dies unbedingt erforderlich ist, wenn aus Gründen äusserster Dringlichkeit im Zusammenhang mit Ereignissen, die der Auftraggeber nicht vorhersehen konnte, die Waren oder Dienstleistungen im offenen oder im selektiven Verfahren nicht rechtzeitig beschafft werden könnten. Die Fristen für die Einreichung eines Angebotes im offenen Verfahren für Vergaben im Staatsvertragsbereich dürfen grundsätzlich nicht kürzer als vierzig Tage seit der öffentlichen Ausschreibung sein (Art. 10 Abs. 3 lit. a kVöB). In dringlichen Fällen, welche eine Einhaltung der Fristen gemäss Art. 10 impraktikabel machen, dürfen die Fristen auf nicht weniger als 10 Tage verkürzt werden (Art. 11 Abs. 1 lit. c kVöB, vgl. auch Art. XI Abs. 4 lit. c GPA).

4.3 Gemäss der Rechtsprechung des Kantonsgerichts kann sich die Vergabebehörde nur auf Art. 13 Abs. 1 lit. d kGIVöB berufen, wenn die Dringlichkeit den Auftrag zu vergeben die Konsequenz eines unvorhersehbaren Ereignisses ist; dieser Kausalzusammenhang ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Bestimmung. Dies schliesst Fälle aus, wo die Vergabebehörde selbst die Dringlichkeit verschuldet hat, insbesondere durch ihre Planung (Urteil des Kantonsgerichts A1 04 161 vom 30. September 2004 E. 2a mit Hinweis). Das Verwaltungsgericht Waadt verlangt für die freihändige Vergabe wegen Dringlichkeit ebenfalls, dass ein unvorhersehbares Ereignis vorliegt, dass das zu vergebende Geschäft dringlich ist und dass zwischen dem Ereignis und der Dringlichkeit ein Kausalzusammenhang besteht, was bedeutet, dass die Dringlichkeit nicht von der Vergabebehörde verursacht worden sein darf und auch nicht in deren Planung begründet liegt (Peter Galli et al., a.a.O., N. 364). Das Verwaltungsgericht Genf hat die Dringlichkeit der freihändigen Vergabe von unvorhergesehenen Arbeiten beim Bau einer Tramlinie verneint: Es hat erwogen, die Dringlichkeit sei nicht durch den beim Bau aufgetauchten Molasseblock verursacht worden, sondern auf einen Planungsfehler der Vergabebehörde zurückzuführen, welche während mehr als drei Monaten erfolglos mit dem bisherigen Leistungserbringer über die Zusatzarbeiten verhandelt hatte, bevor sie zur freihändigen Vergabe schritt (Manuel Jaquier, Le "gré à gré exceptionnel" dans les marchés publics, Diss., Freiburg, 2018, N. 388; Peter Galli et al., a.a.O., Fn. 849 zu N. 364). Das Bundesgericht hat in BGE 141 II 113 ein Vergabeverfahren betreffend die Einführung einer verbrauchsabhängigen "Sackgebühr" für Siedlungsabfälle beurteilt. Die Vergabebehörde führte im April 2012 ein Einladungsverfahren anstelle eines offenen Verfahrens durch und berief sich im Hinblick auf das Inkrafttreten einer neuen kantonalen Gesetzesbestimmung am 1. Januar 2013 auf die Dringlichkeit der Beschaffung. Das Bundesgericht verneinte die Dringlichkeit und führte aus, die Vergabebehörde sei bereits im April 2012 und damit vor dem Erlass der neuen kantonalen Gesetzesbestimmung im Juli 2012

tätig geworden, sie hätte genügend Zeit gehabt, ein offenes Verfahren durchzuführen (BGE 141 II 113 E. 5.5.2). Zudem hat das Bundesgericht der Vergabebehörde vorgehalten, dass sie auch nach dem Erlass des neuen Gesetzes durch den kantonalen Gesetzgeber ein offenes Verfahren mit verkürzten Fristen für die Einreichung eines Angebots hätte durchführen können, da ihr bis zum Inkrafttreten des Gesetzes fast sechs Monate zur Verfügung standen (BGE 141 II 113 E. 5.6).

4.4 Wer sich auf das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands für die freihändige Vergabe beruft, hat grundsätzlich auch nachzuweisen, dass alle Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Die Beweislast für das Vorliegen der die Ausnahme begründenden Tatsachen liegt daher bei der Vergabestelle. Insbesondere hat sie darzulegen, dass sie sich im Lichte der konkreten Beschaffung – vor Einleitung der freihändigen Vergabe – detailliert mit den Anwendungsvoraussetzungen der Ausnahmegesetzvorschrift auseinandergesetzt hat und gestützt darauf zum Schluss gekommen ist, dass die Voraussetzungen tatsächlich erfüllt sind (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 301; Martin Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021, N. 108 betreffend das Urteil 100.2020.399 des Verwaltungsgerichts Bern vom 22. April 2021).

4.5 Der Gemeinderat hat am 25. November 2021 beschlossen, dass die Gemeinde das Kaufangebot ihrer bisherigen Leistungserbringerin für das Inventar (inklusive der 56 Presscontainer des Systems "C _____") sowie das Angebot für ein Beratungsmandat nicht annimmt. Dem Sitzungsprotokoll des Gemeinderats ist zu entnehmen, dass die Entsorgungskommission mit der Ausarbeitung eines Projekts "Public Private Partnership (PPP)" für die Abfallentsorgung beauftragt worden ist (S. 167 ff und S. 179 ff.). An der Sitzung vom 17. Februar 2022 hat der Gemeinderat festgestellt, dass die Umsetzung des Projekts "PPP" voraussichtlich erst am 7. Dezember 2022 der Urversammlung vorgelegt werden könne und als Übergangslösung ein "Insourcing" der Abfallentsorgung erfolgen müsse, um Letztere ab dem 1. Oktober 2022 zu gewährleisten (S. 183 f.). Die Gemeinde bedürfe der Unterstützung fachkundiger Unternehmen für einzelne Dienstleistungen. Das "Insourcing" und die Mandatierung lokaler Firmen habe konsequent die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens zu beachten. An der Sitzung vom 3. März 2022 hat der Gemeinderat festgestellt, dass mit dem Abbruch der Ausschreibung und der angestrebten Inhouse-Lösung (später PPP) für das Einsammeln des Abfalls das erforderliche Material (Pressen, Container, Fahrzeuge, Verdichter etc.) zu beschaffen sei (S. 185 f.). Das Konzept für das Einsammeln des Kehrichts werde sich nicht ändern, der Siedlungsabfall werde in Presscontainern gesammelt und die vollen Pressen mit

ortsüblichen Elektrofahrzeugen ausgetauscht. Für die Abfallentsorgung ab dem 1. Oktober 2022 müsse Inventar für Fr. 3 100 000.-- beschafft werden. Es werde ein Zusatzkredit beantragt, die Investitionen würden im Eigentum der Gemeinde verbleiben und könnten später als Einlage bei der PPP dienen. Die einzelnen Beschaffungen würden den Schwellenwert für das freihändige Verfahren von Fr. 100 000.-- überschreiten. Aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit werde das freihändige Verfahren im Ausnahmefall vorgeschlagen.

Gemäss dem Schreiben der Lieferantin der Zuschlagsempfängerin vom 6. April 2022 ist für die mobilen Presscontainer mit einer Fertigungs- und Montagezeit von 10 Wochen zu rechnen (S. 208 f.). Anschliessend werde die Anpassung an die Elektrofahrzeuge und die Prüfung im Praxistest eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen. Zudem hätten die Corona-Krise und der Ukraine-Krieg zu längeren Lieferzeiten geführt und auch in der Logistikbranche sei die Situation angespannt, weshalb genügend Zeit für den Transport eingeplant werden sollte. Die Vergabebehörde hat die Auftragsbestätigung der Zuschlagsempfängerin am 11. April 2022 unterzeichnet (S. 200 ff.).

4.6 Aus den Akten und den Ausführungen der Gemeinde geht hervor, dass die Vergabebehörde Ende November 2021 beschlossen hat, das Kaufangebot für das Inventar der Beschwerdeführerin auszuschlagen und ein PPP-Projekt für die Abfallentsorgung auszuarbeiten. Bereits zu diesem Zeitpunkt hat festgestanden, dass die Gemeinde nach Vertragsende ab dem 1. Oktober 2022 neue Presscontainer benötigt, um die Entsorgung der Siedlungsabfälle weiterhin gewährleisten zu können, unabhängig davon, für welches PPP-Projekt sie sich entscheiden wird. Die genannten Protokolle der Gemeinderatssitzungen zeigen auf, dass dem Gemeinderat nach der Ablehnung des Kaufangebots klar gewesen ist bzw. hätte klar sein müssen, dass in jedem Fall auf den 1. Oktober 2022 neue Presscontainer beschafft werden müssen. Die Vergabebehörde ist jedoch hinsichtlich der Ausschreibung dieses Lieferauftrags mehr als drei Monate lang untätig geblieben: Dass die Vorbereitung einer öffentlichen Ausschreibung diskutiert oder beschlossen worden wäre, geht aus den genannten Protokollauszügen der Gemeinderatssitzungen nicht hervor. Am 3. März 2022 ist der Gemeinderat schliesslich zum Ergebnis gelangt, es seien zwar die Schwellenwerte für ein freihändiges Verfahren überschritten, aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit sei aber ein freihändiges Verfahren im Ausnahmefall zu wählen. Obwohl bis zum Vertragsende noch fast sieben Monate Zeit für die Beschaffung der Presscontainer geblieben wäre, ist die Durchführung eines offenen Verfahrens, allenfalls mit verkürzter Frist von zehn Tagen für die Einreichung der Offerten, nicht in Erwägung gezogen worden.

4.7 Der Ablauf des Dienstleistungsvertrags für die Abfallentsorgung am 30. September 2022 ist absehbar gewesen und stellt kein unvorhergesehenes Ereignis dar. Ein Ereignis, welches das Resultat einer seit Jahren andauernden Entwicklung darstellt, ist nie unvorhergesehen (Manuel Jaquier, Le "gré à gré exceptionnel" dans les marchés publics, Diss., Freiburg, 2018, N. 388). Auch die Lieferschwierigkeiten aufgrund der Corona-Pandemie können vorliegend nicht als unvorhersehbares Ereignis gelten: Dieses Problem hat einerseits schon bestanden, als die Vergabebehörde im November 2021 das Kaufangebot der Beschwerdeführerin für die Presscontainer und das übrige Inventar abgelehnt hat. Andererseits wäre die Durchführung eines offenen Verfahrens zeitlich auch mit Blick auf die Ausführungen der Zuschlagsempfängerin betreffend die Fertigungs- und Montagezeit von Presscontainern von ca. zehn Wochen und die Schwierigkeiten bei Lieferung und Transport möglich gewesen, wenn die öffentliche Ausschreibung für die Lieferung der Presscontainer Ende November 2021 anhand genommen worden wäre. Inwiefern der Ausbruch des Ukraine-Konflikts im Februar 2022 die Vergabebehörde daran gehindert haben sollte, die Ausschreibung Ende November 2021 anhand zu nehmen, ist nicht ersichtlich. Zudem wäre mit Blick auf die zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichts (siehe oben E. 4.4) auch am 3. März 2022, als der Gemeinderat die freihändige Vergabe beschloss, noch genügend Zeit für die Beschaffung der Presscontainer im offenen Verfahren mit verkürzten Fristen von zehn Tagen für die Einreichung der Offerten gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. c KVöB geblieben.

4.8 Der Einwand der Vergabebehörde, es habe sich erst nach rechtlichen, wirtschaftlichen und politischen Abklärungen betreffend eine PPP-Lösung gezeigt, dass ein Übergang mit einem "Insourcing" nach wie vor notwendig sei, ändert am Gesagten nichts: Es gibt im Bereich des Vergaberechts aufgrund der in der Praxis anzutreffenden Vielfalt von Geschäften, welche unter dem Titel PPP gehandelt werden, keinen klaren gefestigten Begriff der PPP und diese Geschäfte bilden keine eigene Kategorie, welche spezifischen Rechtsregeln folgt. PPP sind vergaberechtlich als das zu untersuchen, was sie im Einzelfall tatsächlich sind; es handelt es sich letztlich um gewöhnliche öffentliche Aufträge (Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, N. 924 f.). Wie bereits dargelegt hat die Vergabebehörde seit Ende November 2021 gewusst, dass sie ab dem 1. Oktober 2022 neue Presscontainer benötigt; dass sie diesen Lieferauftrag nicht zeitnah öffentlich ausgeschrieben hat, ist ihrer eigenen Planung geschuldet und nicht auf ein unvorhersehbares Ereignis zurückzuführen. Im Übrigen kann sich die Gemeinde gegenüber einer potentiellen Anbieterin auch nicht darauf berufen, die zuständige kantonale Dienststelle habe keine Einwände gegen eine freihändige Vergabe erhoben (Martin Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021, N. 110).

4.9 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Durchführung eines offenen Verfahrens für die Lieferung der Presscontainer, allenfalls mit verkürzter Frist für die Einreichung der Offerten, nach der Ablehnung des Kaufangebots der Beschwerdeführerin für das Occasion-Inventar zeitlich möglich gewesen wäre. Es liegt keine Dringlichkeit aufgrund eines unvorhersehbaren Ereignisses im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. d kGIVöB vor; dass die Vergabebehörde die öffentliche Ausschreibung nicht anhand genommen hat, ist auf ihre eigene Planung zurückzuführen. Die Voraussetzungen für die freihändige Vergabe im Ausnahmefall gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. d kGIVöB und Art. XII Abs. 1 lit. d GPA sind nach dem Gesagten nicht erfüllt; die Vergabebehörde hätte aufgrund des Auftragswerts ein offenes oder selektives Verfahren durchführen müssen.

Ob das Verhalten der Beschwerdeführerin unvorhersehbar oder gar treuwidrig bzw. das Kaufangebot zu hoch gewesen ist, wie die Gemeinde vorbringt, ist nach dem Gesagten irrelevant. Auch die Frage, ob es der Vergabebehörde zumutbar wäre, den Dienstleistungsvertrag zu verlängern bzw. die Occasion-Presscontainer der Beschwerdeführerin ab dem 1. Oktober 2022 zu mieten und bereits deshalb keine Dringlichkeit vorliege, wie die Beschwerdeführerin darlegt, kann offenbleiben: Die Gemeinde hätte nach der Ablehnung des Kaufangebots für das Occasion-Inventar Ende November 2021 bis zum Vertragsende am 30. September 2022 in jedem Fall genügend Zeit gehabt, ein offenes Verfahren durchzuführen. Daher ist auch die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage, aus welchen Gründen die Gemeinde das offene Verfahren "Abfall- und Wertstoffentsorgung A _____ 22-32" im Oktober 2021 abgebrochen hat, unerheblich.

5. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vergabebehörde hätte den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin nicht vor der Publikation des Zuschlags abschliessen dürfen und verlangt eine Auflösung bzw. Rückabwicklung des Vertrags.

5.1 Die Vergabebehörde vertritt die Auffassung, dass sie den Vertrag nach dem Zuschlag sofort habe abschliessen dürfen. Bei ausgewiesener Dringlichkeit könne von der Vergabebehörde nicht verlangt werden, Rechtsmittelfristen abzuwarten. Der Zuschlag im freihändigen Verfahren stelle keine Verfügung dar; Art. 34 Abs. 4 kVöB sehe bloss eine Mitteilung des Vertragsschlusses vor. Diese Rechtsauffassung der Gemeinde geht fehl, wie nachfolgend ausgeführt wird:

5.2 In einem offenen Verfahren, selektiven Verfahren, Einladungsverfahren und freihändigen Verfahren in Ausnahmefällen ist der Zuschlag eine Verfügung, welche allen Anbietern eröffnet wird (Art. 34 Abs. 1 kVöB; siehe auch oben E. 1 ff.). Einzig der Zuschlag bei freihändigen Verfahren unterhalb des Schwellenwertes, auf welche Art. 34 Abs. 4

kVöB verweist, kann gemäss Art. 12 Abs. 2 kGIVöB nicht angefochten werden. Jedoch darf das kantonale Recht einem potentiellen Konkurrenten, welcher die Wahl der falschen Verfahrensart geltend macht, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Beschwerdelegitimation nicht absprechen (Art. 86 Abs. 1, 111 und 114 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [BGG; RS 173.110]; Urteil des Kantonsgerichts A1 16 183 vom 23. September 2016 E. 1 mit Hinweisen). Der Vertrag mit der Anbieterin oder dem Anbieter darf gemäss Art. 14 Abs. 1 IVöB erst nach dem Zuschlag und nach Ablauf der Beschwerdefrist abgeschlossen werden, es sei denn, die Beschwerdeinstanz habe der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt.

Das Vergaberecht fusst auf dem Konzept der *stabilitas contractus*, wonach der Bestand des abgeschlossenen Beschaffungsvertrages im vergaberechtlichen Beschwerdeverfahren nicht mehr berührt werden kann. Deswegen kann die Zuschlagsverfügung nach erfolgtem Vertragsschluss nicht mehr aufgehoben und korrigiert werden (vgl. Art. 18 IVöB). Da die Beschwerde der unberücksichtigten Anbieter aber eine wirksame Korrektur der Zuschlagsentscheidung ermöglichen soll, muss die Vergabebehörde nach ihrem Auswahlentscheid mit dem Vertragsschluss zunächst zuwarten, um nicht die Korrektur der Willensbildung über diesen zum Vornherein zu verunmöglichen. Der Vertragsschluss wird nach dem vergaberechtlichen Abschlussverbot grundsätzlich erst dann erlaubt, wenn die Zuschlagsverfügung in Rechtskraft erwachsen ist. Die Rechtskraft der Zuschlagsverfügung tritt dann ein, wenn sie nicht mehr angefochten werden kann bzw. wenn sich im Falle einer Anfechtung, die Frage nach der aufschiebenden Wirkung nicht mehr stellt (vgl. zum Ganzen Martin Beyeler, *Öffentliche Beschaffung*, N. 354, 357). Die Beschwerdefrist kann im Freihandverfahren mangels öffentlicher Ausschreibung des geplanten Auftrags erst ausgelöst werden, nachdem die Zuschlagsverfügung den beschwerdeberechtigten potentiellen Anbietern durch Publikation eröffnet worden ist. Aus diesem Grund ist es der Vergabebehörde untersagt, den Vertrag nach der Zuschlagerteilung im freihändigen Verfahren abzuschliessen, bevor sie den Zuschlag publiziert und damit die Beschwerdefrist überhaupt ausgelöst hat (Art. 14 Abs. 1 IVöB; Martin Beyeler, *Öffentliche Beschaffung*, N. 677; Robert Wolf, a.a.O., S. 175 f.).

5.3 Gemäss Aktenlage ist der Vertragsschluss in casu bereits am 11. April 2022 erfolgt, noch bevor der Gemeinderat in der Sitzung vom xxx den Zuschlag im freihändigen Verfahren im Ausnahmefall beschlossen hat. Die Publikation des Zuschlags ist erst am xxx 2022 erfolgt. Folglich hat die Vergabebehörde den Vertrag vor der Publikation der Zuschlagsverfügung ohne vergaberechtliche Erlaubnis abgeschlossen. Damit verletzt sie das allgemeine Abschlussverbot bzw. den Teilnahmeanspruch der

Bieter. Ein solcher Beschaffungsvertrag ist nach der Lehre unwirksam und eine Aufhebung der Zuschlagsverfügung ist möglich (sog. Primärrechtsschutz, vgl. Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, N. 377, 381, 552 mit Verweis auf Peter Gauch in Fn. 840, 847, 1254; in diese Richtung wohl auch Wolf, a.a.O., S. 184).

5.4 Die Aufhebung der Zuschlagsverfügung fällt vorliegend jedoch aus tatsächlichen Gründen ausser Betracht (vgl. dazu das Urteil des Kantonsgerichts A1 21 142 vom 9. November 2021 E. 4.2): Die Vergabebehörde hat in ihrer Beschwerdeantwort vom 28. Juni 2022 mitgeteilt, dass sie den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin bereits am 11. April 2022 abgeschlossen hat und sich die bestellten Presscontainer in Produktion befinden bzw. bereits produziert worden sind. Die Herstellerin der Geräte geht von einer Fertigungszeit inklusive Endmontage und Transportvorbereitung von ca. 10 Wochen aus. Anschliessend sollen die Anpassung an die Elektrofahrzeuge der Gemeinde erfolgen und ein Praxistest durchgeführt werden (vgl. Beilage Nr. 11 zur Beschwerdeantwort). Es ist daher davon auszugehen, dass nach der am 11. April 2022 unterzeichneten Auftragsbestätigung die bestellten Presscontainer im Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerdeantwort fertiggestellt und zum Transport bereit gewesen sind bzw. sich bereits auf dem Weg nach A _____ befunden haben. Der Lieferauftrag ist schon Ende Juni 2022 praktisch vollständig erfüllt worden. Daher rechtfertigt sich eine Aufhebung des Zuschlags und die Rückabwicklung des Vertrags aus technischen und finanziellen Gründen sowie im Lichte des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit nicht (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]; Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, N. 679). Nach dem Gesagten ist im vorliegenden Fall die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung der Gemeinde vom xxx festzustellen (Art. 18 Abs. 2 IVöB). Dieses Feststellungsurteil öffnet der Beschwerdeführerin die Tür zum sekundären Vergaberechtsschutz, in dessen Rahmen sie Schadenersatz fordern kann (Art. 18 Abs. 2 IVöB i.V.m. Art. 17 Abs. 1 kGIVöB; Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, N. 522 f.).

5.5 Das Gericht hat im Sinne von Art. 18 Abs. 2 IVöB und Art. 17 Abs. 1 kGIVöB die Rechtswidrigkeit des Vergabeentscheides der Gemeinde vom xxx festgestellt, womit die Gemeinde für den Schaden haftet, der durch das mangelhafte Vergabeverfahren entstanden ist. Die Beschwerdeführerin kann in einem Zivilverfahren ihre Schadenersatzansprüche gegenüber der Gemeinde geltend machen, das Gesetz über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Gemeinwesen und ihrer Amtsträger vom 10. Mai 1978 (SGS/VS 170.1) ist anwendbar (Art. 17 Abs. 3 kGIVöB). Die Gemeinde haftet indes nur für die

Aufwendungen, die im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind (Art. 17 Abs. 2 kGIVöB).

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

6.1 Im Beschwerdeverfahren hat in der Regel die unterliegende Partei die Kosten zu tragen (Art. 89 Abs. 1 VVRG). Ausnahmsweise können die Kosten ganz oder teilweise erlassen werden (Art. 89 Abs. 2 VVRG). Den Behörden des Bundes, des Kantons und der Gemeinden, die in ihrem amtlichen Wirkungskreis und ohne dass es sich um ihr Vermögensinteresse handelt, als Parteien oder Vorinstanzen in einem Verfahren auftreten, werden in der Regel keine Kosten auferlegt (Art. 89 Abs. 4 VVRG). Vorliegend hat sich die Zuschlagsempfängerin nicht am Verfahren beteiligt und keine Rechtsbegehren gestellt, weshalb die Gerichtskosten ausnahmsweise von der Gemeinde zu tragen sind. 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. 2 500.-- festgesetzt.

6.2 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 anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Kantonsgericht eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 4 000.-- zugesprochen (inkl. MwSt. und Auslagen), welche von der Gemeinde zu tragen ist.

Demnach erkennt das Kantonsgericht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und es wird die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung der Gemeinde A _____ vom xxx festgestellt.
2. Der X _____ AG wird eine Parteientschädigung von Fr. 4 000.-- zu Lasten der Gemeinde A _____ zugesprochen.
3. Die Gerichtskosten von Fr. 2 500.-- werden der Gemeinde A _____ auferlegt.
4. Das Urteil wird der X _____ AG, der Y _____ AG und der Einwohnergemeinde A _____ schriftlich mitgeteilt.

Sitten, 21. Oktober 2022