

A1 22 101

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, vertreten durch Rechtsanwälte Beat Messerli und Walter Streit, Advokatur JSM, Gesellschaftsstrasse 27, 3001 Bern, Beschwerdeführerin,

gegen

EINWOHNERGEMEINDE A_____, Vergabebehörde, vertreten durch Rechtsanwältin Prof. Dr. Isabell Häner und Rechtsanwalt Dr. Livio Bundi, Bratschi AG, Bahnhofstrasse 70, 8021 Zürich,

Y_____ AG, Zuschlagsempfängerin,

(Arbeitsvergabe)

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die freihändige Vergabe
(SIMAP Projekt-ID XXX) vom XXX/2022.

Sachverhalt

A. Die Einwohnergemeinde A_____ (fortan Gemeinde oder Vergabebehörde) schrieb am XXX/2021 im Amtsblatt Nr. 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/2022 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 Amtsblatt Nr. XXX publiziert.

B. Gegen diese Zuschlagsverfügung der Gemeinde erhob die X_____ AG (Beschwerdeführerin) am 30. Mai 2022 Verwaltungsgerichtsbeschwerde bei der öffentlich-rechtlichen 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 Containern oder Pressbehältern.
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. 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 (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. In der Gemeinde seien zurzeit 58 Schneckenverdichter in Betrieb. Die Beschwerdeführerin verfüge über dieselben und vergleichbare Pressen, welche für den Einsatz in der Gemeinde funktional bestens geeignet seien; sie könne damit das hinter der Beschaffung stehende Bedürfnis befriedigen.

Die Beschwerdeführerin kritisierte, 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 Bedingungen für diesen Ausnahmefall vorliegend nicht erfüllt: Dass der Vertrag mit der B_____ AG als bisherige Dienstleisterin der Gemeinde per 30. September 2022 ablaufe, sei kein unvorhergesehenes Ereignis. Die Vergabebehörde habe den Dienstleistungsauftrag für die Abfall- und Wertstoffentsorgung ab 1. Oktober 2022 bereits im XXX/2021 neu ausgeschrieben und dieses Verfahren freiwillig und ohne Sachzwang abgebrochen, um einen anderen Lösungsansatz zu verfolgen. Das Erfordernis der Unvorhersehbarkeit sei nicht erfüllt. Die Gemeinde 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 dem 1. Oktober 2022 nicht gefährdet sei. Die bisherige Dienstleisterin verfüge über eine ausreichende Infrastruktur und geschultes Personal, sie 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. Sie habe keine freihändige Vergabe vornehmen dürfen, weshalb der Zuschlag aufzuheben und ein offenes Verfahren durchzuführen sei. Sofern bereits ein Vertrag über die Beschaffung der Schneckenverdichter abgeschlossen worden sei, so sei dieser aufzulösen. Sollte dies nicht möglich sein, werde eventualiter die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlags beantragt.

C. Die B_____ AG, bis zum 30. September 2022 mit der Abfall- und Wertstoffentsorgung in der Gemeinde beauftragt, reichte am 30. Mai 2022 ebenfalls eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Zuschlagsverfügung vom XXX/2022 ein (Verfahren A1 22 100).

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/2021 im offenen Verfahren ausgeschrieben zu haben, da der Vertrag mit der B_____ AG per 30. September 2022 ende. Der Gemeinderat habe das Verfahren abgebrochen, weil sich im Rahmen der Präsentationen der Offerten die neue Erkenntnis ergeben habe, dass ein Recycling von knapp 20 % vor Ort anzustreben sei, weshalb ein Abbruch die einzige Lösung gewesen sei. Die Abbruchverfügung sei unangefochten rechtskräftig geworden. Die bisherige Dienstleisterin habe in der Folge ein überteuertes Kaufangebot für ihr Inventar eingereicht, welches die Gemeinde abgelehnt habe. Am 17. Februar 2022 habe der Gemeinderat beschlossen, als Übergangslösung ein "Insourcing" der Abfallentsorgung vorzusehen und der Urversammlung am 7. Dezember 2022 eine Public Private Partnership (PPP) zu unterbreiten. Der Gemeinderat habe zudem am 3. März 2022 die Beschaffung von Presscontainern beschlossen, welche durch die ortsüblichen Elektrofahrzeuge ausgetauscht werden könnten. Wegen der 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 Dienstleisterin mit ihrer Kommunikation in den Medien und sozialen Netzwerken das Vertrauen der Vergabebehörde zerstört. Zudem 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 bisherigen Dienstleisterin 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.

Das bisher eingesetzte System habe den Nachteil, dass die grossen Seitenstapler, welche zum Auf- und Abladen der Container benötigt würden, nicht in jedem Ortsteil eingesetzt werden könnten und zudem ein Sicherheitsrisiko bergen würden. Künftig sollten keine grossen Fahrzeuge mit Verbrennungsmotoren mehr eingesetzt werden, sondern die kleineren ortsüblichen Elektrofahrzeuge. Dies bedinge auch kleinere Presscontainer mit einem effizienteren Verdichtungssystem. Die Beschwerdeführerin biete nur Schneckenpressen des Systems "C_____" an, welche bisher verwendet würden.

Die Vergabebehörde brachte vor, die Beschwerdeführerin sei nicht zur Einreichung der Beschwerde legitimiert: Die Beschwerdeführerin sei nicht in der Lage, gleichwertige Presscontainer anzubieten, sie verfüge nur über die grösseren Schneckenverdichter des Systems "C_____", das von der Vergabebehörde nicht mehr nachgefragt werde. Zudem habe die Beschwerdeführerin das Angebot der Zuschlagsempfängerin, eine Offerte für die Lieferung von Presscontainern einzureichen, abgelehnt. 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 bisherigen Dienstleisterin vorübergehend weiter zusammenzuarbeiten, wenn das Vertrauen vollständig verloren gegangen sei.

Die Vergabebehörde habe übergangsweise eine "Inhouse"-Lösung mit der bisherigen Dienstleisterin angestrebt, was am überteuerten Kaufangebot gescheitert sei. Weder das treuwidrige Verhalten der Dienstleisterin noch die Lieferschwierigkeiten auf dem Weltmarkt durch die Pandemie und den Ukrainekrieg seien vorhersehbar gewesen. Die daraus resultierende Dringlichkeit sei objektiv begründet: Eine Vertragsverlängerung mit der Dienstleisterin sei aufgrund des überhöhten Kaufangebots und deren Interventionen bei Medien und Lieferanten unzumutbar; auch bei Aufhebung des Zuschlags bestehe keine Kontrahierungspflicht. Auch die Beschwerdeführerin könne nicht sofort einspringen und die nachgefragten Presscontainer liefern. Es bleibe nur die freihändige Beschaffung neuer Presscontainer, um die Abfallentsorgung ab dem 1. Oktober 2022 zu gewährleisten. Die Beschwerdeführerin habe kein Rechtsschutzinteresse, da sie gar nicht mit der Zuschlagsempfängerin zusammenarbeiten wolle; die Anträge seien missbräuchlich und treuwidrig. 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 passende Schneckenverdichter nicht einfach gemietet werden könnten. Die Beschwerdeführerin sei nicht in der Lage, solche Pressen zu vermieten oder zu liefern.

F. Die Beschwerdeführerin replizierte am 15. August 2022 und änderte ihre Rechtsbehörden wie folgt ab:

- "1. Die Zuschlagsverfügung der Beschwerdegegnerin vom XXX/2022 sei aufzuheben.
2. Die Sache sei an die Beschwerdeführerin zur Durchführung eines offenen Ausschreibungs- und Vergabeverfahrens zurückzuweisen.
3. Die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, den mit der Y_____ AG mit Auftragsbestätigung vom 11. April 2022 geschlossenen Vertrag aufzulösen.
4. Eventuell: Es sei festzustellen, dass die freihändige Vergabe des Auftrags an die Y_____ AG rechtswidrig war.
5. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen."
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegnerin.

Die Beschwerdeführerin erwiderte, die Behauptung der Vergabebehörde, sie habe die Lieferung der neu spezifizierten Geräte verweigert, entbehre jeder Grundlage: Sie sei für den im offenen Verfahren ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag von der Zuschlagsempfängerin telefonisch angefragt worden, ob sie für eine Mehrfachnennung als Lieferantin der Schneckenverdichter zur Verfügung stehe. Die Beschwerdeführerin habe geantwortet, dass sie einzig an die bisherige Dienstleisterin liefern wolle. Es sei ihr Recht gewesen, eine Mehrfachbewerbung abzulehnen. Sie sei weder von der Vergabebehörde noch von der Zuschlagsempfängerin betreffend Lieferung neu konzipierter Pressen angefragt worden.

Die Beschwerdeführerin machte geltend, sie wäre in der Lage gewesen, ein Angebot für die Lieferung von Presscontainern zu unterbreiten, welche funktional mit den von der Zuschlagsempfängerin offerierten Geräten vergleichbar seien und hätte diese auch gleich schnell liefern können. Sie sei eine in der Schweiz führende Anbieterin von Entsorgungsanlagen und Servicedienstleistungen. Als Handelsunternehmung und Generalagentin vertrete sie namhafte Hersteller solcher Anlagen. Als Dienstleisterin unterstütze sie ihre Kunden mit einem eigenen Serviceteam, eigenen Werkstätten und einem Ersatzteillager bei der Reparatur und Revision der Anlagen. Sie vertreibe als Generalagentin führender Hersteller nicht bloss Pressen mit Schneckenverdichtern, ihr Angebot umfasse verschiedenste Geräte mit unterschiedlichen technischen Ansätzen. Die Vergabebehörde beschaffe tatsächlich Schubladenpressen und nicht Schneckenverdichter

wie im publizierten freihändigen Zuschlag ausgeführt werde. Dies ergebe sich aus den Ausführungen der Gemeinde in der Beschwerdeantwort, dem Internetauftritt der Lieferantin der Zuschlagsempfängerin sowie den Aufnahmen des an der Urversammlung vom 7. Juni 2022 öffentlich präsentierten Prototypen. Sowohl die Beschwerdeführerin wie auch andere Konkurrenten würden, entweder direkt oder über Lieferanten, Schubladenpressen anbieten. Zudem würden die in den Beilagen 3 und 5 zur Beschwerde gezeigten Schneckenverdichter die Anforderungen der Gemeinde hinsichtlich der Bedienung erfüllen und eine Lieferantin der Beschwerdeführerin baue massgefertigte und kundenspezifisch dimensionierte Geräte. Die Behauptung, diese Geräte bezögen sich nur auf das System "C_____ ", sei falsch.

Die Beschwerdeführerin hielt an ihrer Argumentation fest, dass keine zeitliche Dringlichkeit i.S.v. Art. 13 Abs. 1 lit. d KGIvöB vorliege. Die Vergabebehörde müsse die freihändige Beschaffung aufgrund der zeitlichen Umstände bereits geraume Zeit vor dem Gemeinderatsbeschluss vom 3. März 2022 in die Wege geleitet haben. Die Rechtsauffassung der Vergabebehörde, wonach sie zum Abschluss des Vertrags mit der Zuschlagsempfängerin noch vor der Publikation des freihändigen Zuschlags berechtigt gewesen sei, sei unhaltbar, es werde auf das Urteil des Kantonsgerichts A1 21 142 vom 9. November 2021 verwiesen.

G. Die Vergabebehörde duplizierte am 19. September 2022 und hielt an ihren Rechtsbegehren fest. Sie wiederholte, die Beschwerdeführerin sei nicht zur Beschwerde legitimiert, da sie kein Rechtsschutzinteresse nachweisen könne. Ihre Behauptung, als Direktlieferantin aufzutreten, sei nicht glaubwürdig. Sie habe sich gegen eine Mehrfachnennung ausgesprochen und hätte als Lieferantin der bisherigen Dienstleisterin und Beschwerdeführerin im Verfahren A1 22 100 kein selbständiges Angebot unterbreitet. Zudem wäre auch ihre Lieferantin nicht in der Lage gewesen, rechtzeitig zu liefern. Die in der Replik-Beilage 3 gezeigten Pressen würden nicht auf die Elektrofahrzeuge der Gemeinde passen. Es handle sich nicht um ein funktional gleichwertiges Produkt. Die Nennung von Schneckenverdichtern im Zuschlag sei ein Missverständnis, die Presscontainer der Zuschlagsempfängerin würden anders funktionieren.

Die Vergabebehörde erwiderte, es liege keine unzureichende Planung ihrerseits vor. Sie habe die überteuerte Offerte für die Occasion-Pressen der bisherigen Dienstleisterin im November 2021 abgelehnt. In der Folge habe sich gezeigt, dass nach wie vor ein "In-sourcing" nötig sei, da die Zeit zu knapp gewesen sei, um eine PPP-Lösung auszuschreiben. Eine PPP-Lösung nehme viel Zeit in Anspruch. Die bisherige Dienstleisterin habe

ihre Occasion-Pressen teurer angeboten als die neuen Presscontainer. Die Vergabebehörde könne nicht dazu gezwungen werden, mit einer Dienstleiterin ein Vertragsverhältnis weiter zu führen, zu welcher sie kein Vertrauen mehr habe; es bestehe keine Kontrahierungspflicht. Eine Neuausschreibung könne ohne massive Gefährdung der Abfallentsorgung gar nicht mehr stattfinden. Der Vertrag sei praktisch erfüllt und könne nicht mehr aufgehoben werden. Es bliebe ohnehin nur der Sekundärrechtsschutz.

H. Die Beschwerdeführerin reichte am 28. September 2022 eine Stellungnahme ein und ergänzte, sie habe eine Direktlieferung an die Vergabebehörde nie ausgeschlossen und nie behauptet, dass sie nur als Unterlieferantin der bisherigen Dienstleisterin anbieten würde. Sie bekräftigte ihre Argumentation, dass sie funktional gleichartige Pressen liefern könnte und dass der freihändige Zuschlag eine anfechtbare Verfügung darstelle.

I. Am 10. Oktober 2022 reichte die Gemeinde eine weitere Stellungnahme ein und ergänzte, sie habe in ihrer Duplik versehentlich auf die Beilage 3 zur Replik verweisen statt auf die Beilage 3 zur Beschwerde. Sie bekräftigte ihre Ansicht, dass die Pressen der Lieferantin der Beschwerdeführerin nicht funktional gleichwertig seien und nicht auf die Elektrofahrzeuge der Gemeinde passen würden. Die Stellungnahme wurde der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin am 12. Oktober 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 Amtsblatt 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 kantonalen Amtsblatt 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 Beschwer-

deverfahrens 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 Vergabebehörde 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. Die in der Beschwerde erwähnten Schneckenverdichter des Systems "C _____" würden von der Gemeinde nicht mehr nachgefragt,

die Gemeinde wolle kleinere und effizientere Presscontainer beschaffen. Die in der Replik und den Beilagen dazu beschriebenen Pressen würden nicht auf die Elektrofahrzeuge der Gemeinde passen. Zudem habe sich die Beschwerdeführerin als Lieferantin der bisherigen Dienstleisterin der Gemeinde gegen eine Mehrfachnennung ausgesprochen und falle bereits deshalb als Anbieterin ausser Betracht.

1.4.2 Die Vergabebehörde hat gemäss Ziffer 2.1 der Publikation im Amtsblatt und auf Simap den Zuschlag für die Lieferung von Schneckenverdichtern (Pressen) erteilt (S. 139 f.). Auch in der Zuschlagsverfügung der Gemeinde wird von Schneckenverdichtern gesprochen (S. 138). Aus der (korrigierten) 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. 126 ff. und S. 244 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, sie könne funktional gleichwertige Schneckenverdichter einer anderen Herstellerin beschaffen. In ihrer Replik vom 15. August 2022 und den Beilagen dazu legt sie ausführlich dar, dass sie als Generalvertreterin von zahlreichen Herstellern im Bereich der Abfallentsorgungstechnik verschiedene Varianten von Presscontainern mit unterschiedlichen Verdichtungs- und Aufnahmesystemen liefern kann und auch die Wartung und Reparatur dieser Geräte übernehmen kann (S. 149 ff., S. 183, vgl. oben Bst. F). Damit hat sie 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. Der Einwand der Vergabebehörde, die Beschwerdeführerin komme nicht als potentielle Anbieterin in Frage, da sie sich als Lieferantin der bisherigen Dienstleisterin der Vergabebehörde in einem Telefongespräch mit der Zuschlagsempfängerin gegen einen Mehrfachnennung ausgesprochen habe, geht ebenfalls fehl: Aus der Ablehnung dieser informellen Anfrage einer Konkurrentin ihrer bisherigen Geschäftspartnerin in einem anderen Vergabeverfahren kann

nicht abgeleitet werden, dass die Beschwerdeführerin bei einer öffentlichen Ausschreibung des Lieferauftrags für Presscontainer durch die Gemeinde nicht in der Lage oder nicht Willens gewesen wäre, ein Angebot einzureichen.

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, die Parteibefragung ihres VR-Präsidenten/Geschäftsführers sowie die Edition weiterer Unterlagen durch die Vergabebehörde betreffend die Vertragsverhandlungen mit der Zuschlagsempfängerin. Die Vergabebehörde wiederum beantragt als Beweismittel die von ihr eingereichten Akten sowie den Beizug der Akten des Verfahrens A1 22 100 (Beschwerde der bisherigen Dienstleisterin B_____ AG gegen die umstrittene Zuschlagsverfügung vom XXX/2022).

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 Beschwerdeführerin legt nicht dar, was der Geschäftsführer/VR-Präsident zusätzlich mündlich aussagen will, das nicht bereits schriftlich geltend gemacht worden ist. Für die Beurteilung der Frage, ob ein unvorhersehbare Dringlichkeit vorgelegen hat, ist es zudem nicht ausschlaggebend, wann die Vergabebehörde erstmals mit der Zuschlagsempfängerin in Kontakt getreten ist (siehe unten E. 4.10). Die vorhandenen Akten enthalten mithin die entscheiderelevanten Sachverhaltselemente und genügen, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, zur Beurteilung der rechtserheblichen Fragen. Deshalb wird auf zusätzliche Beweisabnahmen - insbesondere eine Parteieneinvernahme und die Edition zusätzlicher Unterlagen - 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. Die Anforderungen für eine freihändige Vergabe aus Gründen der Dringlichkeit seien hoch, Lehre und Rechtsprechung liessen diese nur sehr restriktiv zu. Die Beschaffung müsse wegen eines unvorhergesehenen Umstands dringlich sein, welcher nicht von der Vergabebehörde selbst

verursacht worden sei und insbesondere nicht in der Planung der Beschaffung begründet sei. Die Vergabebehörde müsse nachweisen, dass ihr keine milderen Mittel als eine freihändige Vergabe zur Verfügung gestanden haben. Die genannten Anforderungen seien vorliegend nicht erfüllt: Der Gemeinde habe nach dem Abbruch des Verfahrens betreffend den Dienstleistungsauftrag ein ganzes Jahr zur Verfügung gestanden, um eine Inhouse-Lösung zu entwickeln. Weshalb sie bis im März 2022 benötigt habe, um sich schlüssig zu werden, dass ein zweistufiges Verfahren (Inhouse-Lösung und PPP-Projekt) angezeigt sei, begründe die Gemeinde nicht. Diese Entscheidungsfindung könne nicht als unvorhergesehener Umstand für eine freihändige Vergabe gelten, es handle sich vielmehr um einen klassischen Fall des Selbstverschuldens. Zudem habe die Gemeinde es unterlassen, die Möglichkeit einer kurzen Verlängerung des bisherigen Dienstleistungsauftrags ernsthaft zu prüfen. Dazu wäre sie aufgrund der Subsidiarität der freihändigen Vergabe verpflichtet gewesen, zumal gemäss Gemeinderat die Urversammlung bereits am 7. Dezember 2022 über die PPP-Lösung abstimmen solle. Der Vorwurf der übersteuerten Offerte für das Inventar sei unzutreffend, wozu sich die ebenfalls Beschwerde führende Dienstleisterin (Verfahren A1 22 100) äussern werde. Zudem würde eine angebliche Störung des Vertrauensverhältnisses einer kurzen Verlängerung des Vertrags nicht entgegenstehen und in der Medienmitteilung vom 7. März 2022 sei von einem gestörten Vertrauensverhältnis nicht die Rede. Die planerischen Neubeurteilungen der Gemeinde und der dadurch hervorgerufene Zeitverlust vermochten eine freihändige Beschaffung wegen Dringlichkeit nicht zu rechtfertigen.

4.1 Die Vergabebehörde macht geltend, dass sie weder das treuwidrige Verhalten ihrer bisherigen Dienstleisterin noch die kriegs- und pandemiebedingten Lieferschwierigkeiten habe voraussehen können und die Dringlichkeit daher objektiv begründet sei. Sie habe das Insourcing völlig neu aufsetzen müssen, nachdem die Überbrückung mit der bisherigen Dienstleisterin gescheitert sei, und habe sich über die PPP-Lösung bei einer umfassenden Kreislaufabfallwirtschaft ein umfassendes Bild verschaffen müssen; sie habe gar nicht früher handeln müssen. Die kriegsbedingten Lieferengpässe hätten die zeitliche Dringlichkeit verschärft, so dass nur noch eine freihändige Vergabe übriggeblieben sei. Es wäre ausreichend Zeit für die Erarbeitung einer PPP-Lösung geblieben, hätte die bisherige Dienstleisterin ihre Occasion-Ausrüstung zu einem vernünftigen Preis angeboten.

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 KGVöB). 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 Gesetzes-

bestimmung 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 Ausnahmenvorschrift 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 Beyerler, 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, die Entsorgungskommission mit der Ausarbeitung eines Projekts "Public Private Partnership (PPP)" für die Abfallentsorgung zu beauftragen und das Kaufangebot ihrer bisherigen Leistungserbringerin für das Inventar (inklusive der Presscontainer des Systems "C_____") abzulehnen (S. 77 f., S. 112 f. und S. 209). 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. 112 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. 114 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. 130 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-Konflikt 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. 126 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 ihrer bisherigen Dienstleisterin 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 Wie die Beschwerdeführerin mit Recht ausführt, ist der Ablauf des Dienstleistungsvertrags für die Abfallentsorgung am 30. September 2022 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 bisherigen Leistungserbringerin 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, sie habe das "Insourcing" völlig neu aufsetzen und sich über die PPP-Lösung bei einer umfassenden Kreislaufabfallwirtschaft ein umfassendes Bild verschaffen müssen, nachdem die Überbrückung mit der bisherigen Dienstleisterin gescheitert 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 bisherigen Vertragspartnerin 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 ihrer bisherigen Leistungserbringerin 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 bisherigen Leistungserbringerin 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, wann die Gemeinde erstmals mit der Zuschlagsempfängerin Kontakt aufgenommen hat, nicht ausschlaggebend.

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/2022 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/2022 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/2022 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 Parteienschädigung in der Höhe von Fr. 3 500.-- 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/2022 festgestellt.
2. Der X_____ AG wird eine Parteienschädigung von Fr. 3 500.-- 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