

VS_GERICHTE A1 21 142 vom 9. November 2021

VS Kantonsgericht, 2021-11-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1 21 142](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_21_142)

FR: VS_GERICHTE A1 21 142 du 9 novembre 2021

IT: VS_GERICHTE A1 21 142 del 9 novembre 2021

Regeste

A1 21 142 URTEIL VOM 9. NOVEMBER 2021 Kantonsgericht Wallis
Öffentlichrechtliche Abteilung Es wirken mit: Christophe Joris, Präsident, Jean-Bernard Fournier und Thomas Brunner, Richter, sowie Alexandra Lengen, Gerichtsschreiberin ad hoc, in Sachen X _____ AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch Barandun AG, Rechtsanwalt Christophe Raimondi und Rechtsanwältin Simone Kummer, gegen STAATSRAT DES KANTONS WALLIS, Vergabebehörde Y _____ AG, Zuschlagsempfängerin, vertreten durch Vallex Rechtsanwälte GmbH, Rechtsanwalt Daniel Zimmermann, (Arbeitsvergabe) Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid vom 25. November 2020.

Erwägungen

E. 1

Beim Zuschlag im Vergabeverfahren handelt es sich um eine selbstständig anfechtbare Verfügung (Art. 15 Abs. 1 bis lit. e IVöB) 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).

E. 1.1

Laut Art. 6 Abs. 1 lit. a kGIVöB ist der Kanton ein Auftraggeber im Sinne des Beschaffungsrechts, der 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.

E. 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.

- 10 - 34 Abs. 4 kVöB; s.a. Art. 20 Abs. 2 kGIVöB). Eine Anfechtung des Zuschlags im freihändigen Verfahren ist nicht vorgesehen (Art. 12 Abs. 2 kGIVöB).

E. 1.2.1

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts soll unabhängig von einer kantonalrechtlichen 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 Werkvertrags 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. [zit. Öffentliche Beschaffung]).

E. 1.2.2

Der Zuschlag erfolgte in casu mit Staatsratsentscheid vom 25. November 2020, welcher am 2. Juli 2021 auf simap.ch und im kantonalen Amtsblatt Nr. 26 S. 2564 veröffentlicht wurde (Akten Kantonsgericht, act. 66, 231, 282). Die Bekanntmachung erfolgte damit nachweislich nicht innert der in Art. 34 Abs. 4 kVöB verankerten Frist. Da die Rechtsmittelfrist von der schriftlichen Eröffnung an zu laufen beginnt, kann ein benachteiligter Anbieter die Vergabe innert 10 Tagen nach Kenntnisnahme mit Beschwerde anfechten (vgl. Art. 29 Abs. 4 VVRG i.V.m. Art. 16 Abs. 2 kGIVöB; Art. 15 Abs. 2 IVöB; s.a. vorstehende E. 1.2.1). Mit Email der DMRU vom 17. Juni 2021 wurde der Beschwerdeführerin die Arbeitsvergabe erstmals zur Kenntnis gebracht. Die Beschwerde vom 28. Juni 2021 wurde folglich unter Berücksichtigung des Fristenlaufs an Sonntagen innert Frist eingereicht (vgl. Art. 15 Abs. 4 VVRG i.V.m. Art. 78 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht] vom 30. März 1911 [OR; SR 220]).

E. 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

- 11 - durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat.

E. 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).

E. 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 vom Beschwerdeführer angebotene Leistung funktional der freihändig beschafften Leistung entspricht, d.h. ob der Mitbewerber das hinter der Beschaffung stehende Bedürfnis mit einem gleichen oder gleichartigen Produkt zu befriedigen vermag. Der Beschwerdeführer hat folglich darzulegen, dass er mit seiner Leistung in der Lage ist, die im freihändigen Verfahren beschaffte Leistung zu substituieren, damit er als potentieller Anbieter erscheint und auf die Beschwerde eingetreten werden kann (BVGE 2012/13 E. 3.2.6 f.).

Beruft sich die Vergabestelle für die Zulässigkeit des - 12 - Freihandverfahrens darauf, dass für den beabsichtigten Beschaffungsgegenstand gemäss eines gesetzlichen Ausnahmetatbestands nur ein Anbieter in Frage kommt und macht der Beschwerdeführer dagegen geltend, der Beschaffungsgegenstand sei zu Unrecht so definiert worden, dass nur ein Anbieter in Frage kommt, so muss beschwerdeweise auch überprüfbar sein, ob die Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes rechtmässig ist. Andernfalls würde gegen rechtswidrige Beschaffungen kein Rechtsschutz bestehen. Die zulässige Festlegung des Beschaffungsgegenstandes wird damit zu einem sogenannten doppelrelevanten Sachverhalt, der sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung (Zulässigkeit des freihändigen Vergabeverfahrens) bildet als auch vorfrageweise von Bedeutung ist für die Überprüfung der Beschwerdelegitimation (BGE 141 II 14 E. 5.1; 137 II 313 E. 3.3.2 f.; BVGE 2012/13 E. 3.2.9).

E. 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).

E. 1.4

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass die Vergabebehörde den strittigen Auftrag nicht im freihändigen Verfahren hätte vergeben dürfen, da der massgebliche Schwellenwert überschritten sei und kein gesetzlicher Ausnahmetatbestand vorliege. 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 eine mit Blick auf den (rechtmässig) umschriebenen Beschaffungsgegenstand funktional gleiche oder gleichartige Leistung erbringen kann und auch gewillt ist, diese zu erbringen.

- 13 -

E. 1.4.1

Die Beschwerdeführerin hält ausdrücklich fest, dass nicht die Wahl der Kantonsverwaltung, die freiburgischen CAMAC-Variante (sog. FRIAC-Modifikation) zu erwerben, hinterfragt werde, sondern die zu Unrecht erfolgte Vergabe der Anpassungsarbeiten im freihändigen Verfahren (Akten Kantonsverwaltung, act. 340). Aufgrund ihrer Spezialisierung auf Open Source Software und Lösungen würden u.a. das Integrieren und Harmonisieren von Systemen in komplexen IT-Umgebungen zu ihrem Tätigkeitsbereich gehören, weshalb sie auch Erfahrung im Umgang und der Implementierung der CAMAC-Applikation aufweise (Akten Kantonsverwaltung, act. 6). Bei FRIAC handle es sich sodann um ein modulares System, dessen einzelne Module weitgehend unabhängig voneinander operieren oder unabhängig voneinander entwickelt und hergestellt worden seien, so dass die einzelnen urheberrechtlich geschützten Module der Zuschlagsempfängerin mit eigens entwickelten Modulen ersetzt werden könnten, die den Funktionsumfang der Module der Zuschlagsempfängerin ebenfalls abdecken würden, womit sie in der Lage sei, ohne Verletzung des geistigen Eigentums der Zuschlagsempfängerin, die auf CAMAC beruhende Modifikation FRIAC auftragsgemäss auf die Wünsche des Kantons Wallis anzupassen (Akten Kantonsverwaltung, act. 333 ff.). Sie hätte sich sehr dafür interessiert, ein Angebot für die vorliegend freihändig vergebenen Arbeiten abzugeben mit dem Ziel, die Arbeiten auch zu verrichten (Akten Kantonsverwaltung, act. 7). Weiter ist sie der Meinung, dass die Vergabebehörde nach erfolgter Freihandvergabe der Übernahme einer neuen Version (CAMAC V6) der Kern-Applikation von CAMAC zugestimmt habe, welche bei FRIAC nicht im Einsatz gewesen sei (Akten Kantonsgericht, act. 343 f.). Dies führe unweigerlich zur Frage, ob der Kanton Wallis nicht unter dem Deckmantel der freihändig vergebenen Anpassungsarbeiten eine komplett neue Software in Auftrag gegeben habe und der Beschaffungsgegenstand damit zu eng oder gar falsch umschrieben worden sei. Schliesslich habe die Vergabebehörde die In-State-Ausnahme beim Erwerb von FRIAC zu Unrecht angewandt, da dieser Erwerb mit den im ausschliesslichen geistigen Eigentum der Zuschlagsempfängerin stehenden Modulen zugleich die Beauftragung des genannten Privatunternehmens bedingt habe. An der Beschaffung von FRIAC seien deshalb nicht nur Akteure der öffentlichen Hand beteiligt gewesen. Dieses Vorgehen sei rechtswidrig und

heble das Beschaffungswesen an sich aus (Akten Kantonsverwaltung, act. 345; S. 5 Stellungnahme Beschwerdeführerin vom 15. Oktober 2021). Sowohl die Vergabebehörde als auch die Zuschlagsempfängerin stellen sich auf den Standpunkt, dass der Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren keine Beschwerdelegitimation zukomme. Der konkrete Beschaffungsgegenstand liege nicht in einer neuen modularen Konfiguration der CAMAC-Applikation, sondern in der Anpassung der bestehenden FRIAC-Modifikation an die Bedürfnisse des Kantons Wallis. Hierfür sei der

- 14 - direkte Eingriff in den Quellcode der FRIAC-spezifischen Module der Zuschlagsempfängerin erforderlich, die über die ausschliesslichen Urheberrechte verfüge. Ohne Zustimmung der Zuschlagsempfängerin könne die Beschwerdeführerin FRIAC deshalb weder selbst anbieten noch verfüge sie über eine angemessene Alternative, weshalb sie nicht zum Kreis der potentiellen Anbieter gezählt werden könne.

E. 1.4.2

Mit Blick auf die Eintretensfrage ergibt sich aus der Zuschlagspublikation im kantonalen Amtsblatt Nr. 26 vom 2. Juli 2021 bzw. auf simap.ch folgender Beschaffungsgegenstand (Akten Kantonsgericht, act. 66, 282): "2. Objet du marché 2.1 Titre du projet du marché Adaptation de FRIAC aux besoins valaisans

Objet et étendue du marché: adaptation de FRIAC aux besoins valaisans"

Aus dieser Publikation ist zu schliessen, dass die Vergabebehörde im Rahmen der Digitalisierung des Baugesuchsverfahrens eine bestehende Software an die Bedürfnisse ihrer Verwaltung anpassen möchte. Welche Anpassungen im Detail Gegenstand der Beschaffung bilden, kann indes weder der Zuschlagspublikation noch dem Beschaffungsvertrag vom 28. Dezember 2020 entnommen werden. Aus dem Beschaffungsvertrag vom 28. Dezember 2020 geht in diesem Zusammenhang einzig hervor, dass u.a. die Offerte der Zuschlagsempfängerin vom 18. November 2020 mitsamt ihren Anhängen integraler Bestandteil des Beschaffungsvertrages bilden (Akten Kantonsgericht, act. 259). Im Hinblick darauf, dass mit der FRIAC-Modifikation die vollständige Digitalisierung des gesamten Baugesuchsverfahrens vom Entwurf des Bauprojekts bis zur Erteilung der Baubewilligung sowohl auf kantonaler als auch auf kommunaler Ebene erreicht werden soll, ergibt sich aus der Offerte vom 18. November 2020 Folgendes zum Beschaffungsgegenstand: Da die Informatisierung der Gemeinden und damit die Digitalisierung des Baugesuchsverfahrens auf kommunaler Ebene unterschiedlich weit fortgeschritten ist, braucht es insbesondere für diejenigen Gemeinden, die einen Teil des Baugesuchsverfahrens bereits digitalisiert haben, die Möglichkeit, mit ihrer kommunalen Software über Schnittstellen mit FRIAC interagieren und arbeiten zu können. Soweit für das Kantonsgericht ersichtlich ist, beziehen sich die Anpassungsarbeiten folglich auf vier solcher Schnittstellen („Interface A bis D“), welche die vollständige digitale Abwicklung des Baugesuchsverfahrens unter Interaktion zwischen FRIAC und allfälliger kommunaler Software gewährleisten soll (Akten Kantonsgericht, act. 202 und 197 ff.). Des Weiteren macht eine Migration von Daten aus dem „D-CO“-System zu CAMAC Teil der Anpassungsarbeiten aus, damit die entsprechenden Behörden über die zu entwickelnde A-Schnittstelle ihre Vormeinungen zu einem Projekt (wohl gleichzeitig und unabhängig

- 15 - voneinander) erstellen können (Akten Kantonsgericht, act. 202 und 199). Mit Beschaffungsvertrag vom 28. Dezember 2020 wurde schliesslich im Rahmen der strittigen Freihandvergabe vereinbart, dass die Zuschlagsempfängerin sich dazu verpflichtet, die

Kompatibilität der an die Bedürfnisse des Kantons Wallis angepassten Module und spezifischen Konfigurationen mit der weiterentwickelten Kern-Applikation (i.c. CAMAC V6) zu gewährleisten (Akten Kantonsgericht, act. 250), was damit weiteren Bestandteil der Anpassungsarbeiten darstellt.

E. 1.4.3

Soweit die Beschwerdeführerin mit Referenzprojekten ausführt, dass sie umfassende Kenntnis und ausgewiesene Erfahrung in Bezug auf die Implementierung der CAMAC-Applikation besitzt sowie die Verwendung der alternativen Open-source-Lösung „Caluma“ empfiehlt, ist sie nicht zu hören, da diese Vorbringen nicht dem von der Vergabebehörde gesuchten Beschaffungsgegenstand („adaptation de FRIAC aux besoins valaisans“) entsprechen. Hingegen bringt die Beschwerdeführerin vor, in der Lage zu sein, die von der Zuschlagsempfängerin entwickelten, urheberrechtlich geschützten und FRIAC-spezifischen Module, durch eigens entwickelte Module ersetzen zu können. Damit macht sie geltend, die Anpassung von FRIAC an die Bedürfnisse der Walliser Kantonsverwaltung vornehmen zu können, ohne in das geistige Eigentum der Zuschlagsempfängerin eingreifen zu müssen. Aus ihrer Situationsanalyse vom 18. Dezember 2018 (Akten Kantonsgericht, act. 371 ff.) ist in Bezug auf die Umsetzung des CAMAC-Projekts im Kanton Schwyz mit dem Ersatz des bestehenden CAMAC-Formularmoduls sodann zu entnehmen, dass der Wechsel anderer Kantone vom bestehenden auf das neue Formularmodul zwar mit einem gewissen Aufwand verbunden sei, da für die Nutzung verschiedene Voraussetzungen geschaffen werden müssten (Migration, etc.), dank der direkten Integration in CAMAC jedoch kompatibilitätsmässig keine sonstigen Nachteile entstünden (Akten Kantonsgericht, act. 373). In diesem Zusammenhang listet die Beschwerdeführerin in ihrer Replik neun eigene Module mit äquivalenter Funktion zu den urheberrechtlich geschützten Modulen der Zuschlagsempfängerin auf. Damit ist die Beschwerdeführerin theoretisch offensichtlich in der Lage, mit ihren Dienstleistungen einzelne Komponenten der bestehenden FRIAC-Modifikation zu substituieren und anschliessend Anpassungen in der vom Kanton Wallis gekauften FRIAC-Modifikation vorzunehmen, ohne Urheberrechtsverletzungen zu begehen. Fraglich bleibt, inwiefern ein solcher Austausch der im geistigen Eigentum der Zuschlagsempfängerin stehenden Module angesichts der unter E. 1.4.2 beschriebenen Anpassungsarbeiten überhaupt notwendig oder gar möglich ist und inwiefern ein solcher Eingriff zu einer neuen Konfiguration der FRIAC-Modifikation führen würde, welche von der Vergabebehörde nicht gewünscht ist. Wie nachfolgend darzulegen sein wird (vgl. E. 1.4.4), können die Fragen mit Blick auf die Beschwerdelegitimation an dieser Stelle offenbleiben.

E. 1.4.4

Vorliegend sticht ins Auge, dass die Offerte vom 18. November 2020 im Rahmen des Erwerbs der FRIAC-Modifikation bei der Zuschlagsempfängerin vom Lenkungsausschuss (comité de pilotage) der Vergabebehörde eingeholt wurde. Da 9 von 21 Modulen der FRIAC-Modifikation im geistigen Eigentum der Zuschlagsempfängerin stehen und sowohl der Kauf als auch die Benutzung von FRIAC in seiner bestehenden Form nur mit Zustimmung derselben möglich ist, sollten die Kaufkonditionen dieser Module vertraglich festgelegt und hierfür vorgängig die besagte Offerte eingeholt werden (Akten Kantonsgericht, act. 166 ff.). Die mit Beschaffungsvertrag vom 28. Dezember 2020 definitiv vergebenen Anpassungsarbeiten werden in dieser Offerte bereits angeboten (vgl. vorstehende

E. 1.4.2). Weiter fällt auf, dass der Kauf der FRIAC-Modifikation ebenfalls Bestandteil des Beschaffungsvertrages vom 28. Dezember 2020 bildet und dieselbe nicht – wie von der Vergabebehörde geltend gemacht wird – vor Abschluss des streitbetreffenden Beschaffungsvertrages im Rahmen einer In-State-Vergabe erworben wurde (Akten Kantonsgericht, act. 248 ff.). Folglich wurde der Kauf sowohl der FRIAC-Modifikation als auch der benötigten Anpassungsarbeiten mit Beschaffungsvertrag vom 28. Dezember 2020 getätigt. Der konkrete Beschaffungsgegenstand wurde von der Vergabebehörde damit nicht korrekt umschrieben. Die Beschwerdeführerin macht eine zu enge oder gar falsche Umschreibung des Beschaffungsgegenstands im Zusammenhang mit der CAMAC-Version 6 geltend. Weiter rügt sie die Unzulässigkeit der von der Vergabebehörde geltend gemachten In-State-Vergabe beim Erwerb von FRIAC. Dieser Vorgang hebele das Beschaffungswesen aus. Wer zwar den konkret von der Vergabebehörde definierten Gegenstand nicht anzubieten vermag, was vorliegend offengelassen wurde (vgl. vorstehende E. 1.4.3), im Rahmen einer sich gegen eine Ausschreibung oder eine Freihandvergabe richtenden Beschwerde aber glaubhaft behauptet, dass die ihm zum Verhängnis werdende Spezifikation ohne sachlichen Grund erfolgte oder ohne zwingenden Grund den Wettbewerb aushebelt, der ist als beschwerdelegitimierter potentieller Bieter zu betrachten (Martin Beyeler, Wer offerieren könnte oder können müsste, ist ein potenzieller Bieter, in: BR 4/2010, S. 210 [zit. Offerte]). Die Beschwerdeführerin opponiert mit ihren Vorbringen gegen die Aushebelung des Wettbewerbs, da für sie kein Ausnahmetatbestand für die Freihandvergabe ersichtlich ist. Die Wahl derselben ist wiederum auf die Spezifikation der Vergabebehörde zurückzuführen. Die Beschwerdeführerin ist deshalb als potentielle Anbieterin zu betrachten und folglich zur Beschwerde legitimiert.

- 17 -

E. 1.5

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

E. 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, jedoch keine Unangemessenheit der Verfügung geltend gemacht werden (Art. 16 Abs. 1 und Abs. 2 IVöB).

E. 3

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 es in der Folge das Recht von Amtes wegen anzuwenden, falls sich für entsprechende Fehler Anhaltspunkte aus den Parteivorbringen oder den Akten ergeben oder die rechtlichen Mängel offensichtlich sind (BGE 141 II 307 E. 6.5 und E. 6.7). Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass die Frage nach der Zulässigkeit der anbieterbezogenen Einschränkung des Beschaffungsgegenstandes unweigerlich mit der Frage der Zulässigkeit der (vermeintlich) erfolgten In-State-Vergabe zusammenhängt. Denn für die Vergabebehörde war im Rahmen des Evaluationsverfahrens relativ rasch erkennbar, dass gleichzeitig mit dem Kauf der FRIAC-Modifikation die Mitgliedschaft in der

CAMAC-Community erworben werden musste, vom Kanton Freiburg lediglich die ihm proprietären Module von FRIAC abgekauft werden konnten und die Implementierung von FRIAC in der gewünschten Form, den Kauf proprietärer Module der Zuschlagsempfängerin bedingte (Akten Kantonsgericht, act. 100, 150 ff.). Die Gefahr, eine technische und rechtliche Abhängigkeit von der Zuschlagsempfängerin zu entwickeln und eine potentielle Privatbeteiligung derselben bei der (vermeintlich) erfolgten In-State-Vergabe lagen damit ebenso offensichtlich auf der Hand wie die daraus entstandene Verhinderung jeglichen Wettbewerbs. Da die Beschwerdeführerin vom Kauf der FRIAC-Modifikation im Rahmen einer (vermeintlichen) In-State-Vergabe erst im Verlauf des vorliegenden Verfahrens erfahren hat, bestand für sie mangels vorgängiger Bekanntmachung durch die Vergabebehörde oder anderweitigen Möglichkeiten an diese Information zu gelangen, keine Gelegenheit, dieses Vorgehen der Vergabebehörde zu einem früheren Zeitpunkt einer Prüfung unterziehen zu lassen. Nach Treu und Glauben erfolgt die Rüge deshalb nicht verspätet.

- 18 -

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin moniert zunächst, dass der Beschaffungsgegenstand falsch oder zu eng umschrieben worden sei. Es müsse angenommen werden, dass die Vergabebehörde mit ihrem Entscheid vom März 2021, die neue Version CAMAC V6 zu übernehmen, statt CAMAC V5, worauf die gekaufte FRIAC-Modifikation basiere, möglicherweise die Ausarbeitung einer neuen Kern-Applikation und damit einer neuen Software in Auftrag gegeben habe, so dass damit Anpassungsarbeiten über die streitgegenständliche Vergabe hinaus vorliegen würden. Es liege mitunter auch aufgrund der vorgesehenen substanziellen Kosten für die Anpassungsarbeiten von Fr. 1 580 734.-- (inkl. MwSt.) die Vermutung nahe, dass unter dem Deckmantel der „Anpassung von FRIAC an die Bedürfnisse des Kantons Wallis“ ein komplett neues System entwickelt worden sei, nämlich „CAMAC V6“. Die Zuschlagsempfängerin bringt dagegen vor, dass CAMAC V6 die neue natürliche Folgeversion des Cores (Verwaltung von Formularen, Zirkulation und Prozessen) von CAMAC V5 sei und auf dessen Konfigurations- und Programmierphilosophie sowie dem Modularitätskonzept aufbaue. In dieser Hinsicht habe sie ihre proprietären Module, die für CAMAC V5 entwickelt worden seien, angepasst, um sie mit der neuen Version CAMAC V6 kompatibel zu machen, während gleichzeitig verschiedene Verbesserungen vorgenommen worden seien. Der Kanton Wallis werde die gleichen Module übernehmen, die in CAMAC V5 und entsprechend in FRIAC vorhanden gewesen und verwendet worden seien, diese würden jedoch an die neue Version CAMAC V6 angepasst werden. Auch die Vergabebehörde erklärt, dass es sich bei CAMAC V6 um ein Update der aktuellen Basis CAMAC V5 handle, dessen Erarbeitung in der Zuständigkeit von CAMAC Suisse liege und kein Vertragsverhältnis zwischen der Vergabebehörde und der Zuschlagsempfängerin begründe.

E. 3.1.1

Die submissionsrechtliche Gesetzgebung regelt nicht, welche Leistungen öffentliche Auftraggeber zu beschaffen haben. Es liegt in der Kompetenz und Verantwortung der Beschaffungsstellen zu bestimmen, welche Aufträge sie vergeben. Inhaltlich findet die Beschaffungsfreiheit öffentlicher Auftraggeber eine Grenze in der materiellen Rechtmässigkeit der zur Vergabe ausgeschriebenen Leistung. Legt die Vergabestelle den Be-

schaffungsgegenstand in diesem zulässigen Rahmen fest, ist ihre Beschaffungsfreiheit sodann beschränkt durch die Vorgaben der anwendbaren submissionsrechtlichen Erlasse. Dazu zählen namentlich das beschaffungsrechtliche Diskriminierungsverbot, die Grundsätze des wirksamen Wettbewerbs und der Transparenz sowie das Prinzip der Wirtschaftlichkeit öffentlicher Beschaffungen (Urteil des Bundesgerichts 2C_147/2017 vom 23. Januar 2018 E. 2.5.1 mit zahlreichen Hinweisen; vgl. zum Ganzen auch BGE

- 19 - 143 II 425 E. 4.4.2; 141 II 353 E. 6.4, je mit Hinweisen). Ein wahrhafter Zielkonflikt besteht bei der Festlegung des Beschaffungsgegenstands zwischen der Definitionsfreiheit der Vergabebehörde und der Gleichbehandlung der Marktteilnehmer, insbesondere unter den Aspekten des Wettbewerbs und der Marktöffnung: Je enger definiert wird, desto schmaler wird der verbleibende Wettbewerb, desto mehr theoretisch mögliche Bieter werden zu blossen Dritten. Aus diesem Grund muss jede einzelne Festlegung der Vergabestelle mit Bezug auf das Geschäft sachlich begründet sein (Martin Beyeler, Offerte, S. 209 f.).

E. 3.1.2

Wie in E. 1.4.4 bereits dargelegt worden ist, erfolgte der Kauf der FRIAC-Modifikation offensichtlich nicht im Rahmen der von der Vergabebehörde geltend gemachten In-State-Vergabe. FRIAC wurde vielmehr im freihändigen Vergabeverfahren unter dem Deckmantel der Anpassungsarbeiten von der Zuschlagsempfängerin gekauft. Die Offerte vom 18. November 2020, welche von der Vergabebehörde hinsichtlich des Erwerbs von FRIAC eingeholt worden war, beinhaltete bereits die mit Beschaffungsvertrag vom 28. Dezember 2020 definitiv vergebenen Anpassungsarbeiten (Akten Kantonsgericht, act. 171 ff.). Die Vergabebehörde hat damit zwar nicht ein komplett neues System entwickelt, sich aber ein solches beschafft. Die geltend gemachte In-State-Vergabe hat darüber hinaus nie stattgefunden. Der Beschaffungsgegenstand ist damit von vornherein offensichtlich falsch umschrieben worden. Bleibt zu prüfen, ob der Auftrag – wie faktisch geschehen – zulässigerweise im freihändigen Verfahren erteilt werden durfte.

E. 3.2

Im vorliegenden Fall beruft sich die Vergabebehörde für die erfolgte Freihandvergabe auf den Ausnahmefall von Art. 13 Abs. 1 lit. c kGIVöB, wonach ein Auftrag (unabhängig vom Schwellenwert) direkt und ohne Ausschreibung vergeben werden kann, wenn aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrags oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums nur ein Anbieter in Frage kommt und es keine angemessene Alternative gibt. Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, dass der Schwellenwert vorliegend überschritten worden und kein Ausnahmestatbestand ersichtlich sei, weshalb der Auftrag für die Anpassungsarbeiten zu Unrecht im freihändigen Verfahren erteilt worden sei.

E. 3.2.1

Wer sich auf das Vorliegen eines Ausnahmestatbestands 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

- 20 - hat und gestützt darauf zum Schluss gekommen ist, dass die Voraussetzungen tatsächlich erfüllt sind, d.h. dass u.a. keine angemessenen Alternativprodukte auf dem Markt erhältlich sind (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 301; Martin Beyeler, Einladungsverfahren und freihändiges Verfahren, BR 2/2011, S. 109 [zit. Einladungsverfahren]; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1570/2015 vom 7. Oktober 2015 E. 2.3 mit Hinweis, dass BGE 137 II 313 E. 3.5.2 möglicherweise a.M. sein könnte, wobei Claudia Schneider Heusi/Laura Mazzariello, a.a.O., Rz. 30, diesbezüglich die Statuierung einer generellen Umkehr der Beweislast eher verneinen).

E. 3.2.2

Die Vergabebehörde bringt vor, dass vorliegend ein Beschaffungsgegenstand gewählt worden sei, welcher die elektronische Verwaltung der Baugesuche innerhalb der Kantonsverwaltung ermöglichen sollte. Dabei sei gerade nicht eine grundlegend neue Konfiguration der CAMAC Web-Applikation angestrebt worden, vielmehr habe eine bestehende Modifikation eines der Mitglied-Kantone der CAMAC-Community erworben und lediglich an die Bedürfnisse des Kantons Wallis angepasst werden sollen. Aus Gründen ähnlicher Rahmenbedingungen in den Kantonen Wallis und Freiburg sei die Wahl auf die Modifikation „FRIAC“ (Fribourg Autorisation de Construire) gefallen. FRIAC bestehe u.a. aus spezifischen Modulen, welche von der Zuschlagsempfängerin entwickelt worden seien. Ohne diese Module sei FRIAC nicht nutzbar. Diese Module seien für FRIAC lediglich unter Lizenz zur Verfügung gestellt worden, indes sei dem Kanton Freiburg vertraglich untersagt worden, die Module an andere Kantone oder Dritte weiterzugeben. Der Erwerb von FRIAC mit den Modulen der Zuschlagsempfängerin bedinge daher zugleich die Beauftragung des genannten Unternehmens. Ein wesentlicher und wichtiger Teil des konkreten Beschaffungsauftrages liege darin, direkt in den Quellcode der FRIAC-spezifischen Module der Zuschlagsempfängerin einzugreifen und diesen den Bedürfnissen der Vergabestelle anzupassen. Dieser Quellcode sei urheberrechtlich geschützt, so dass die Zuschlagsempfängerin das ausschliessliche Recht habe und folglich die einzig Berechtigte sei, ihr Werk zu verändern. Die Beschwerdeführerin sei somit bereits aus urheberrechtlicher Sicht nicht in der Lage, den Auftrag zu übernehmen, weshalb die Freihandvergabe zu Recht erfolgt sei. Die von der Zuschlagsempfängerin entwickelten, spezifischen Module von FRIAC seien für die Funktionalität der Anwendung zwingend; der Erwerb ohne die genannten Module würde die Anwendung von FRIAC unbrauchbar machen. Namentlich folgende Funktionen würden ohne diese Module nicht mehr verfügbar sein: ■ Digitalisierung des Dossiers: Im Prinzip würde es nicht mehr möglich sein, digitale Unterlagen im Programm abzulegen oder einen Antrag auf Genehmigung

- 21 - eines Baugesuchs einzureichen, da der Antrag aus einem Webformular und Anhängen bestehe. Zudem würde es auch nicht mehr möglich sein, die Vormeinungen beizufügen und den Entscheid zuzustellen; ■ Einsprachen und Beschwerden; ■ Kommunikation zwischen den Mitarbeitenden innerhalb des Programms. Ohne diese Funktionen sei das Programm „eConstruction“ im Sinne der kantonalen Strategie nicht umsetzbar. Die Rechte an diesen Modulen seien vom Kanton Freiburg nicht übernommen worden und hätten entsprechend auch nicht im Rahmen des Erwerbs von FRIAC auf den Kanton Wallis übertragen werden können.

E. 3.2.3

Aus den Ausführungen der Vergabebehörde und den von ihr eingereichten Belegen ergibt sich, dass sie sich mit der Frage der Zulässigkeit der Freihandvergabe auseinandergesetzt hat (Akten Kantonsgericht, act. 160). Die Vergabebehörde wollte in casu keine speziell für sie noch zu entwickelnde (Individual-)Software erwerben, sondern von einer bereits bestehenden Software-Lösung profitieren. Der Lenkungsausschuss hat in diesem Zusammenhang während der Evaluationsphase drei Kantone besucht und die von diesen benutzte Software anhand eines Kriterienrasters analysiert (Akten Kantonsgericht, act. 114 ff.). Das Ergebnis dieser Analyse war die Wahl zum Erwerb der CAMAC-basierten FRIAC-Modifikation. Insofern hat die Vergabebehörde sich vorgängig mit den technischen Anforderungen auseinandergesetzt, welchen die gewünschte Software für den angestrebten Digitalisierungsprozess zu genügen hatte. Jedoch fixierte sie sich in der Folge vollständig auf das spezifische Produkt FRIAC, ohne dass dieses den technischen Anforderungen komplett gerecht wurde, wie die vorzunehmenden Anpassungsarbeiten bezeugen. Sodann mag zwar zutreffen, dass im Kanton Freiburg bezüglich des Baugesuchsverfahrens ähnliche Rahmenbedingungen vorherrschen wie im Kanton Wallis und die Übernahme der dort benutzten Software deshalb technisch-organisatorische Vorteile aufweist. Dies allein darf jedoch zusammen mit dem Umstand, dass aufgrund von Urheberrechten an der gewünschten Software nur ein Anbieter in Frage kommt, nicht dazu führen, dass die Vergabebehörde eine Beschaffungsstrategie an den Tag legt, welche den Wettbewerb komplett aushebelt (vgl. hierzu Claudia Schneider Heusi/Laura Mazzariello, Die freihändige Microsoft-Vergabe der Bundesverwaltung, in: Jusletter 23. Mai 2011, Rz. 33 ff. m.w.H.; Tomas Poledna/Philipp do Canto, IT-Beschaffungen des Bundes: Freihändige Vergabe mit gebundenen Händen?, in: Jusletter 18. Mai 2009, Rz. 26 ff. m.w.H.; Florian C. Roth, a.a.O., Art. 56 N. 34; Martin Beyeler, Einladungsverfahren, S. 108 f.). Denn die Vergabebehörde hat sich in casu nach Ermittlung ihres Bedarfs offensichtlich nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob angemessenen

- 22 - Alternativprodukte auf dem Markt erhältlich sind. Diesbezüglich hat die Beschwerdeführerin mit Referenzprojekten ihre umfassende Kenntnis und ausgewiesene Erfahrung betreffend die Implementierung der CAMAC-Applikation veranschaulicht, äquivalente Module zu den von der Zuschlagsempfängerin urheberrechtlich geschützten Modulen sowie die Möglichkeit eines Austauschs der Module nachgewiesen. Sie hat des Weiteren die Verwendung der alternativen Open-source-Lösung „Caluma“ empfohlen. Im Rahmen dieser Empfehlung hat die Beschwerdeführerin überdies die modularisierte inosca eBau Lösung vorgestellt, die u.a. bereits über eine integrierte standardisierte Schnittstelle („eCH-0211“) zur Übermittlung von Gesuchsdaten verfügt und damit eine Anbindung von weiteren Baulösungen (z.B. bestehende Gemeindesoftware) an die inosca eBau Lösung ermöglicht (Akten Kantonsgericht, act. 361 ff.). Es ist damit glaubhaft dargelegt, dass bei einer richtigen Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes angemessene Alternativprodukte auf dem Markt zu finden gewesen wären. Damit waren die Voraussetzungen für eine Freihandvergabe gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. c kGIVöB vorliegend nicht erfüllt. Darüber hinaus hat sich die Vergabebehörde im Rahmen der Umschreibung des Auftrags derart festgelegt, dass von vornherein nur die Zuschlagsempfängerin für die Umsetzung der Ziele im vorliegenden Digitalisierungsprozess in Frage gekommen ist. Für eine solche Spezifikation wurden weder von der Vergabebehörde noch von der Zuschlagsempfängerin hinreichend zwingende Gründe substantiiert behauptet oder dargelegt, so dass sich diese ebenfalls als rechtswidrig erweist (vgl. hierzu Martin Beyeler, Offerte, S. 210; derselbe, Einladungsverfahren, S. 108 f.). Die Rügen der Beschwerdeführerin sind damit begründet

und die Beschwerde ist folglich gutzuheissen.

E. 4

Nachfolgend ist über die Rechtsfolgen des Entscheids zu bestimmen.

E. 4.1

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 - 23 - 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.).

E. 4.2

Publiziert die Vergabebehörde wie im vorliegenden Fall überhaupt keine Zuschlagsverfügung und ist der Vertrag zum Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung ohne vergaberechtliche Erlaubnis bereits abgeschlossen worden, verletzt sie damit 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). Die Aufhebung der Zuschlagsverfügung fällt i.c. jedoch aus tatsächlichen Gründen ausser Betracht. Aufgrund des eng definierten Zeitplans, wonach das kantonale Baugesuchsverfahren im September 2022 bereits vollständig digitalisiert sein soll, ergibt sich aus der Offerte vom 18. November 2020, dass ca. 18 Monate geplant sind, um das Digitalisierungsprojekt „eConstruction“ abzuschliessen. In diesem Zeitraum ist ein Monat für die Initialisierung des Projekts vorgesehen sowie 10 Iterationen von je 6 Wochen für die Entwicklung sowie zwei Monate für die Bereitstellung und Benutzerschulung (Akten Kantonsgericht, act. 201). Die DMRU hat mit Schreiben vom

E. 4.3

Vorliegend hat das Gericht im Sinne von Art. 17 Abs. 1 kGIVöB die Rechtswidrigkeit des Vergabeentscheides vom 25. November 2020 festgestellt, womit der Kanton für den Schaden haftet, der durch das mangelhafte Vergabeverfahren entstanden ist. Die an-

waltlich vertretene Beschwerdeführerin kann mithin in einem allfällig einzuleitenden Zivilverfahren ihre Schadenersatzansprüche gegenüber dem Kanton geltend machen. Der Kanton haftet indes nur für die Aufwendungen, die dem Anbieter im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind (Art. 17 Abs. 2 kGIVöB). 5. Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als obsiegende Partei. Es ist folglich sowohl die Kostentragung als auch die Parteientschädigung zu regeln. 5.1 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 bestehen mit Blick auf den Kanton keine Gründe, von dieser Regel abzuweichen, zumal dieser als Vergabebehörde aufgetreten ist, weshalb keine Gerichtskosten zu Lasten des Kantons erhoben werden. Hingegen hat sich die Zuschlagsempfängerin aus Gründen der unmittelbaren Betroffenheit in ihren finanziellen Interessen ebenfalls am Verfahren beteiligt und formelle Anträge gestellt, weshalb die Gerichtskosten i.c. vollumfänglich von dieser 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. 3 000.-- festgesetzt.

- 25 - 5.2 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 die im Verfahren vor dem Kantonsgericht ausgeführten Arbeiten (Beschwerde von 16 Seiten; Replik von 25 Seiten; Triplik von 6 Seiten), eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 4 000.-- zugesprochen (inkl. MwSt. und Auslagen). Diese Parteientschädigung ist nach dem Gesagten von der Zuschlagsempfängerin zu tragen. Der Kanton und die Zuschlagsempfängerin als unterliegende Parteien haben keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 91 Abs. 3 VVRG).

Demnach erkennt das Kantonsgericht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und es wird die Rechtswidrigkeit des Vergabeentscheides vom 25. November 2020 festgestellt.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 3 000.-- werden der Zuschlagsempfängerin auferlegt.
3. Es wird der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 4 000.-- zugesprochen. Diese ist von der Zuschlagsempfängerin zu tragen.
4. Das Urteil wird der Beschwerdeführerin, der

Vergabebehörde und der Zuschlags- empfängerin schriftlich mitgeteilt.

Sitten, 9. November 2021

E. 9

Juli 2021 darauf aufmerksam gemacht, dass die Iteration Nr. 5 am 30. Juli 2021 abgeschlossen sein werde und die Iteration Nr. 6 ab dem 2. August 2021 vorgesehen sei (Akten Kantonsgericht, act. 67), so dass davon ausgegangen werden kann, dass mittlerweile die Iteration Nr. 8 abgeschlossen und die Iteration Nr. 9 bereits geplant und vorbereitet ist. Das Projekt ist demnach derart weit fortgeschritten, dass sich eine Aufhebung des Zuschlags aus technischen und finanziellen Gründen nicht rechtfertigt (vgl. Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, N. 679). Nach dem Gesagten ist i.c. die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung festzustellen. 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.).

- 24 -

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.