

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer III



III 2022 47

Entscheid vom 29. August 2022

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident
lic.iur. Karl Gasser, Richter
Irene Thalmann, Richterin
lic.iur. Prisca Reichlin Brügger, Gerichtsschreiberin

Parteien

A. _____ AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____,

gegen

1. **Bezirk Einsiedeln**, handelnd durch den Bezirksrat,
Hauptstrasse 78, Postfach 161, 8840 Einsiedeln,
2. **Gemeinde Unteriberg**, handelnd durch den Gemeinderat,
Waagtalstrasse 27, 8842 Unteriberg,
3. **Gemeinde Oberiberg**, handelnd durch den Gemeinderat,
Jessenenstrasse 20, 8843 Oberiberg,
4. **Gemeinde Alpthal**, handelnd durch den Gemeinderat, Dorf-
strasse 19, 8849 Alpthal,
Vorinstanzen,
 1. **C. _____ AG,**
vertreten durch Rechtsanwalt D. _____,
 2. **E. _____ AG,**
 3. **F. _____ AG,**
Mitbewerber/Beigeladene,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungsrecht (Vergabe Kehricht- und Grüngut-
sammlung; Abbruch des Verfahrens)

Sachverhalt:

A. Gestützt auf ein durch den Bezirk Einsiedeln und die Gemeinden Alpthal, Unteriberg und Oberiberg im Jahr 1977 (zwecks gemeinsam zu organisierender und möglichst wirtschaftlich abzuwickelnder Kehrrichtabfuhr) beschlossenes Pflichtenheft übertrug die Kehrrichtkommission Region Einsiedeln der A._____ AG mit Vertrag vom 16. November 1999 (genehmigt durch den Bezirksrat Einsiedeln und die Gemeinderäte Alpthal, Unter- und Oberiberg) den Transport- und Sammeldienst des Kehrrechts in den Gemeinden Alpthal, Unter- und Oberiberg sowie im Bezirk Einsiedeln. Gemäss Beschluss des Bezirksrats Einsiedeln vom 28. April 2021 wurde dieser Vertrag im Einverständnis aller beteiligten Vertragspartner per 30. April 2022 gekündigt. Die Dienstleistung Kehrrichtsammlung sollte unter Einbezug der beteiligten Gemeinden Alpthal, Unter- und Oberiberg neu ausgeschrieben und der Vertrag per 1. Mai 2022 erfolgen.

B. Im Amtsblatt Nr. 36 vom 10. September 2021 (S. 2493) schrieben der Bezirk Einsiedeln und die Gemeinden Alpthal, Unteriberg und Oberiberg als Auftraggeber die Kehrrichtsammlung auf ihrem Gebiet für einen Leistungszeitraum vom 1. Mai 2022 bis 30. April 2030 im offenen, dem Staatsvertragsbereich unterliegenden Verfahren aus. Gleichzeitig schrieb der Bezirk Einsiedeln die Grüngut-sammlung im Bezirk Einsiedeln aus (ABI 2021 S. 2495). Je eine korrigierte Fassung der Ausschreibung erfolgte im Amtsblatt vom 1. Oktober 2021 (S. 2677 f.) und gleichentags auf www.simap.ch, wobei die Eingabefrist neu auf den 18. November 2021 festgesetzt wurde. Innert Frist haben vier Anbieter eine Offerte eingereicht.

In der Auswertung der Offertöffnung vom 24. November 2021 wurden die C._____ AG auf den 1. Rang und die A._____ AG auf den 2. Rang platziert (die Auswertung erstellte die G._____ AG, welche die Vergabebehörden fachlich begleitet und hierzu mit der Ausschreibung und Vergabeempfehlung beauftragt wurde). In der Folge traten von Seiten der Infrastrukturkommission des Bezirkes Einsiedeln Fragen bezüglich des Angebots der C._____ AG auf (insbesondere Zahl der zur Verfügung stehenden Fahrzeuge, Gewichtserfassung), weshalb am 13. Dezember 2021 im Rahmen einer Sitzung eine technische Bereinigung durchgeführt wurde, wobei dem Vertreter der C._____ AG diverse Fragen unterbreitet wurden. Am 21. Dezember 2021 wurde die Vergabe durch die Infrastrukturkommission des Bezirks Einsiedeln unter Anwesenheit von Vertretern der drei an der Ausschreibung beteiligten Gemeinden besprochen und es wurden der C._____ AG in der Folge weitere Fragen unterbreitet. Nach Eingang der Antworten fand am 5. Januar 2022 eine weitere Sitzung der Infrastrukturkommission des Bezirks Einsiedeln zusammen mit Vertretern der drei an

der Submission beteiligten Gemeinden statt und dem zur Sitzung eingeladenen Vertreter der C._____ AG wurden nochmals verschiedene Fragen unterbreitet.

C. Mit Eingabe vom 17. Januar 2022 wandte sich die A._____ AG an den Bezirksrat Einsiedeln, wobei diverse Vorbehalte bezüglich des Angebots der C._____ AG vorgebracht wurden. Die Eingabe wurde in der Folge der C._____ AG zur Kenntnis- und Stellungnahme zugestellt. Gemäss den Ausführungen im Beschluss Nr. 2022.30 vom 26. Januar 2022 hat die C._____ AG am 22. Januar 2022 telefonisch zur Eingabe der A._____ AG Stellung genommen.

D. Der Bezirksrat Einsiedeln beschloss daraufhin am 26. Januar 2022, dass er die Grüngutsammlung und die Kehrichtsammlung im Bezirk für den Zeitraum 1. Mai 2022 - 30. April 2030 der zweitrangierten A._____ AG erteilen werde. In den Ausführungen hält der Bezirksrat u.a. fest, dass die C._____ AG die Eignungskriterien für die Vergabe der ausgeschriebenen Dienstleistungen weder im Zeitpunkt der Angebotseingabe noch aktuell erfülle und bis 1. Mai 2022 auch nicht werde erfüllen können (nicht genügend Transportfahrzeuge für die Erfüllung des Auftrages). Der Beschluss wurde den drei an der Submission beteiligten Gemeinwesen zugestellt, nicht aber den Offerenten.

Der Gemeinderat Alpthal hatte bereits vorgängig an einer Sitzung vom 17. Januar 2022 entschieden, den Auftrag an die erstrangierte C._____ AG zu erteilen. Ebenso entschied der Gemeinderat Oberiberg anlässlich der Sitzung vom 1. Februar 2022. Der Gemeinderat Unteriberg entschied anlässlich einer Sitzung vom 8. Februar 2022, den Auftrag an die A._____ AG zu erteilen. Mit Beschluss vom 11. Februar 2022 kam der Gemeinderat Oberiberg auf seinen Entscheid zurück und hielt fest, dass er den Auftrag "auf Druck des Bezirks Einsiedeln" an die A._____ AG erteile, wobei er in den Erläuterungen ausführt, es sei damit zu rechnen, dass die Eignung der C._____ AG in einem Beschwerdeverfahren beurteilt werden müsse, weshalb nichts dagegen spreche, den Auftrag "zumindest als Übergangslösung" an die A._____ AG zu erteilen. Auch der Gemeinderat Alpthal kam an der Sitzung vom 22. Februar 2022 auf seinen Beschluss zurück und sprach sich für die Erteilung des Auftrages an die A._____ AG aus. Im Beschluss führt er aus, dass bei einem Abbruch des Verfahrens durch den Bezirk eine erneute Verfahrensaufnahme durch die Kehrichtkommission unterstützt werde.

E. Mit Beschluss Nr. 2022.48 entschied der Bezirksrat Einsiedeln am 24. Februar 2022 (Bf-act. 3) was folgt:

1. Die Ausschreibungsverfahren "Kehrichtsammlung im Bezirk Einsiedeln sowie in den Gemeinden Alpthal, Unteriberg und Oberiberg" (Abl Nr. 36 vom 10. September 2021, S. 2493) sowie "Grüngutsammlung im Bezirk Einsiedeln" (Abl Nr. 36 vom 10. September 2021, S. 2495) werden von Seiten Bezirk Einsiedeln abgebrochen.
2. Das Ressort Infrastruktur wird beauftragt, den Verfahrensabbruch zu publizieren, sodann die weitere Zusammenarbeit mit den Gemeinden Alpthal, Unteriberg und Oberiberg zu klären und eine solche auf eine neue Grundlage zu stellen, dem Bezirksrat Bericht und Antrag zu erstatten, und danach eine Neuausschreibung vorzubereiten und durchzuführen.

3./4. Rechtsmittelbelehrung und Zustellung

F. Einen Tag später, am 25. Februar 2022, verfügte der Gemeindepräsident Unteriberg den Widerruf des Beschlusses vom 8. Februar 2022 und hielt fest, dass anlässlich der Sitzung vom 15. März 2022 erneut über die Vergabe entschieden werde.

G. Mit Eingabe vom 11. März 2022 lässt die A. _____ AG gegen den mit Beschluss des Bezirksrates Einsiedeln vom 24. Februar 2022 verfügten Verfahrensabbruch beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Beschwerde erheben mit folgenden Anträgen:

I. Anträge

1. Es sei die vorliegende Beschwerde gutzuheissen und es sei die Verfügung des Bezirks Einsiedeln Nr. 2022.48 vom 24.02.2022 hinsichtlich der "Vergabe Kehricht- und Grüngutsammlung" vollumfänglich aufzuheben.
2. Es sei in der Folge das Vergabeverfahren hinsichtlich "Vergabe Kehricht- und Grüngutsammlung" fortzuführen und es sei der Zuschlag hinsichtlich des Auftrags "Vergabe Kehricht- und Grüngutsammlung" der Beschwerdeführerin entsprechend dem eingereichten Angebot vom 18.11.2021 zu erteilen.
3. Eventualiter sei das Vergabeverfahren hinsichtlich des Auftrags "Vergabe Kehricht- und Grüngutsammlung" fortzuführen und die Sache zur Neubeurteilung der Angebote und zur Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerin an die Beschwerdegegner zurückzuweisen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% MwSt.) zulasten der Beschwerdegegner.

II. Verfahrensanträge

1. Der vorliegenden Beschwerde sei sofort die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei dementsprechend dem Beschwerdegegner 1 und seinen hierfür zuständigen Organen zu untersagen,
 - den Verfahrensabbruch zu publizieren,
 - die weitere Zusammenarbeit mit den Gemeinden Alpthal, Unteriberg und Oberiberg zu klären und eine solche auf eine neue Grundlage zu stellen,
 - dem Bezirksrat Bericht und Antrag zu erstatten
 - und danach eine Neuausschreibung vorzubereiten und durchzuführen.

2. Der Beschwerdeführerin sei vollumfänglich Akteneinsicht in die Unterlagen der Beschwerdegegner zu gewähren und der Beschwerdeführerin sei nach Edition sämtlicher Akten die Gelegenheit zu geben, innert einer angemessenen Frist von 30 Tagen dazu Stellung zu nehmen.

H. Nachdem der Einzelrichter des Verwaltungsgerichts mit Verfügung vom 15. März 2022 der Beschwerde einstweilen bis auf Widerruf aufschiebende Wirkung erteilt hatte, hat er mit Zwischenbescheid vom 22. März 2022 den Antrag des Bezirksrates Einsiedeln vom 18. März 2022, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung umgehend zu entziehen, abgewiesen (VGE III 2022 48).

I. Die zum Verfahren beigeladenen Bewerber äusserten sich mit Eingaben vom 1. April 2022 (E. _____ AG) und vom 4. April 2022 (F. _____ AG und C. _____ AG) zur Beschwerde. Dabei beantragen die E. _____ AG und die F. _____ AG die Gutheissung der Beschwerde und die Vergabe des Auftrages an die Beschwerdeführerin. Die C. _____ AG lässt den Antrag stellen, Antrag Ziff. 1 der Beschwerdeführerin sei gutzuheissen, die Anträge Ziff. 2 und 3 seien abzuweisen.

Die Gemeinderäte der Gemeinden Alpthal, Unteriberg und Oberiberg verzichten gemäss Eingaben vom 21. April 2022 bzw. 2. Mai 2022 bzw. 4. Mai 2022 auf die Einreichung einer Stellungnahme.

Der Bezirksrat Einsiedeln beantragt mit Vernehmlassung vom 16. Mai 2022 die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin und der Beigeladenen.

Mit Eingabe vom 24. Mai 2022 äussert sich die C. _____ AG zur Eingabe des Bezirksrates, wobei sie an ihren Anträgen festhielt.

Die Beschwerdeführerin äussert sich mit Eingabe vom 1. Juli 2022 zu den Vernehmlassungen des Bezirksrates und der Mitbewerber, wobei sie an ihren Anträgen festhielt.

Der Bezirksrat liess sich zu den verschiedenen Eingaben mit Eingabe vom 11. Juli 2022 vernehmen, wobei er an seinem Antrag festhält.

Weitere Eingaben erfolgten von Seiten der C. _____ AG am 19. Juli 2022 und von Seiten der Beschwerdeführerin am 3. August 2022.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Nach konstanter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist die Beschwerdebefugnis im Submissionsverfahren nur zu bejahen, wenn und soweit

bei Beschwerdegutheissung die Stellung der Beschwerde führenden Partei unmittelbar beeinflusst wird (vgl. VGE III 2019 46 vom 24.4.2019 Erw. 1.3.1 mit zahlreichen Hinweisen; vgl. auch BGE 141 II 14 Erw. 5). Zeigen Zwischenergebnisse der gerichtlichen Beurteilung auf, dass keine Chancen für einen Zuschlag an die Beschwerde führende Partei mehr bestehen, werden die noch nicht beurteilten Rügen praxismässig nicht weiter beurteilt (vgl. VGE III 2016 167 vom 23.11.2016 m.H.; VGE III 2008 241 vom 30.1.2009 Erw. 2.1, mit Hinweisen u.a. auf VGE 1053-1055/02 vom 17.4.2003 Erw. 1b, Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide - Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in: ZBI 2003, S. 1 ff. v.a. S. 11 f.).

Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet nicht ein Zuschlagsentscheid, sondern der Abbruch des Verfahrens zwecks dessen Wiederholung. Für die Beschwerdeführerin, die bei einer Fortsetzung des Verfahrens realistische Aussichten auf den Zuschlag hätte, ist die Beschwerdelegitimation zu bejahen.

2.1 Der Bezirksrat Einsiedeln begründet den Abbruch des Verfahrens im angefochtenen Beschluss damit, dass ein Zusammenarbeitsvertrag zwischen dem Bezirk Einsiedeln und den Gemeinden Alpthal, Unteriberg und Oberiberg bestehe, der eine gemeinsame Organisation und wirtschaftliche Abwicklung der Kehrichtabfuhr vorsehe. In Bezug der am 10. September 2021 öffentlich ausgeschriebenen Neuvergabe der Kehricht- und Grüngutsammlung für den Zeitraum ab 1. Mai 2022 - 30. April 2030 bestehe zwischen den beteiligten Gemeinwesen jedoch Uneinigkeit betr. des Zuschlages. Der Bezirksrat Einsiedeln habe die erst-rangierte Offerentin (C._____ AG) aus dem Verfahren ausgeschlossen und den Zuschlag der zweitplatzierten A._____ AG erteilt. Die Gemeinden Alpthal, Unteriberg und Oberiberg hätten teils andere Beschlüsse gefasst. Die Vergabe habe zwingend einstimmig zu erfolgen. Es bestehe kein Konsens. In dieser Situation sei ein Zuschlag nicht möglich und das Verfahren sei abzubrechen. Bezüglich des weiteren Vorgehens werde das Gespräch mit den beteiligten Gemeinden gesucht und danach eine erneute Ausschreibung vorgenommen (allenfalls gemeinsam oder in einer anderen Form).

2.2 Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass ein für den Abbruch des Verfahrens wichtiger Grund vorliege. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes sei nicht leichthin anzunehmen. Ein fehlender Konsens zwischen den vier Auftraggebern stelle keinen solchen wichtigen Grund dar. Ein fehlender Konsens sei denn in Berücksichtigung der in der Ausschreibung vorgegebenen klaren und einfachen Kriterien auch gar nicht möglich. Die Kriterien (Preis und Ökologie bei einer Gewichtung von 70% bzw. 30%) würden keine grossen Auslegungsschwierigkeiten

ergeben und es sei möglich, einen Entscheid für das beste Angebot zu treffen, zumal der erstrangierte Anbieter aus dem Verfahren ausgeschlossen worden sei.

Nach Einsicht in die Akten bestreitet die Beschwerdeführerin auch eine fehlende Einigkeit der beteiligten Gemeinwesen. Der Bezirk Einsiedeln habe ihr den Zuschlag erteilt. Der Gemeinderat Alpthal sei dem mit Beschluss vom 22. Februar 2022 und der Gemeinderat Oberiberg mit Beschluss vom 11. Februar 2022 gefolgt. Der Gemeinderat Unteriberg habe ihr mit Beschluss vom 8. Februar 2022 den Zuschlag erteilt, dann aber infolge ungenügender Kommunikation des Bezirks mit Verfügung vom 25. Februar widerrufen, um anlässlich der Sitzung vom 15. März 2022 erneut darüber zu befinden. Ein entsprechender Beschluss sei vom Bezirksrat aber nicht abgewartet worden, sondern das Verfahren sei am 24. Februar 2022 abgebrochen worden. Das Unvermögen der Vorinstanzen, miteinander zu kommunizieren, stelle keinen sachlichen Grund für einen Abbruch des Vergabeverfahrens dar.

2.3 Die C. _____ AG lässt vernehmlassend ausführen, dass sie nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sei. Ein allenfalls vom Bezirksrat Einsiedeln beschlossener Ausschluss sei ihr nicht eröffnet worden und sie habe davon erst durch den angefochtenen Beschluss erfahren. Eine nicht eröffnete Verfügung könne nicht angefochten werden und entfalte keine Rechtswirkung. Ohnehin bestünden keine Gründe für einen Ausschluss. Aus dem angefochtenen Beschluss ergebe sich zudem, dass einzig der Bezirksrat Einsiedeln einen Ausschluss beschlossen habe und die beteiligten Gemeinden teils andere Beschlüsse gefasst hätten. Es dränge sich die Frage auf, ob der Bezirksrat Einsiedeln überhaupt rechtsgültig einen Ausschluss beschliessen könne. Rangfolge der Mitbewerberinnen sowie der Ausschluss der C. _____ AG seien gemäss den korrekten Ausführungen im Zwischenentscheid des Verwaltungsgerichts nicht Gegenstand des Verfahrens; entsprechend könne im vorliegenden Verfahren auch nicht über den Zuschlag entschieden werden. Der fehlende Konsens stelle allerdings keinen sachlichen Grund für den Abbruch des Verfahrens dar, da fehlender Konsens wohl regelmässig als Abbruchgrund angeführt werden könne, zumal über den Zuschlag fast immer durch ein Gremium entschieden werde. Die Wiederholung der Ausschreibung stehe auch nicht im öffentlichen Interesse.

2.4 Der Bezirksrat Einsiedeln hält vernehmlassend fest, auch die anderen Gemeinderäte unterstützten den Abbruch des Verfahrens. Des Weiteren beruft er sich auf die Gemeindeautonomie (§ 62 Abs. 2 KV). Es brauche für einen Abbruch des Verfahrens im Rahmen einer interkommunalen Zusammenarbeit keinen Konsens, sondern lediglich eine schlüssige, willkürfreie Begründung des einzelnen Gemeinwesens. Die beteiligten Gemeinwesen könnten nicht zu einem Kon-

sens bezüglich einer bestimmten Vergabe oder zur Zusammenarbeit gezwungen werden. Im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens könnten sich infolge unterschiedlicher Gegebenheiten und Bedürfnisse auch unterschiedliche Ansichten - wie vorliegend in Bezug auf die Frage der technischen Anforderungen oder der Eignung eines Anbieters - ergeben. Die Kehrrichtkommission sei im Ausschreibungsverfahren wohl fachlich beraten gewesen, letztlich habe sich die vorgenommene Ausschreibung insbesondere in technischer Hinsicht aber als unvollständig und unpräzise erwiesen und sie habe zu viele Fragen offen gelassen.

Zudem anerkennt der Bezirksrat vernehmlassend, dass die C. _____ AG nicht aus dem Verfahren ausgeschlossen worden sei. Beim Bezirksratsbeschluss Nr. 2022.30 vom 26. Januar 2022 handle es sich erst um eine interne Willenserklärung und Äusserung des Bezirkrates.

3. Gemäss § 35 Abs. 1 der Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (VIVöB; SRSZ 430.130) vom 15. Dezember 2004 kann die Auftraggeberin oder der Auftraggeber das Verfahren aus wichtigen Gründen abbrechen oder wiederholen, namentlich wenn:

- a) kein Angebot eingereicht wurde, das die in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien und technischen Anforderungen erfüllt;
- b) auf Grund veränderter Rahmen- oder Randbedingungen günstigere Angebote zu erwarten sind;
- c) die eingereichten Angebote keinen wirksamen Wettbewerb garantieren;
- d) eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistung erforderlich wurde.

Abbruch und Wiederholung des Verfahrens werden den Anbieterinnen und Anbietern gemäss § 35 Abs. 2 VIVöB mit Verfügung mitgeteilt sowie im offenen und im selektiven Verfahren nach den Vorschriften über die Ausschreibung publiziert.

Das kantonale Recht sieht nach dem Gesagten keinen abschliessenden Katalog von Gründen vor, welche einen Verfahrensabbruch zu rechtfertigen vermögen. Es setzt allerdings explizit das Vorliegen eines wichtigen Grundes voraus, was Art. 13 lit. i Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SRSZ 430.120.1) vom 25. November 1994/15. März 2001 ausdrücklich so verlangt (anders die revidierte IVöB vom 15.11.2019, welche in Art. 43 für einen Abbruch neu hinreichend sachliche Gründe verlangt). Ein wichtiger Grund liegt namentlich dann vor, wenn die Umstände bei objektiver Betrachtung eine Weiterführung des Submissionsverfahrens unzumutbar erscheinen lassen (Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Schwyz, 2011, Kap. 9.4). So gelten

als wichtige, im Gesetz nicht aufgezählte Gründe für einen Abbruch etwa der endgültige Verzicht auf das Beschaffungsgeschäft durch die Auftraggeberin (z.B. wenn ein dafür erforderlicher Kredit nicht gesprochen wurde) oder das Vorliegen von Anhaltspunkten für unzulässige Wettbewerbsabreden (vgl. Locher in: Trüb, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungswesen, S. 578 ff. m.H.).

Ein wichtiger Grund wird in der Lehre demgegenüber etwa verneint, wenn die Vergabebehörde den geltend gemachten Grund selber verschuldet hat (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3.A., Rz 821). Nicht zulässig ist der Verfahrensabbruch auch, wenn damit die gezielte Diskriminierung von Bewerbern beabsichtigt ist (vgl. BGE 134 II 192 Erw. 2.3). Da sich das Verwaltungshandeln immer nach dem öffentlichen Interesse zu richten hat (Art. 5 Abs. 2 BV), muss ein Verfahrensabbruch generell im öffentlichen Interessen liegen.

Ist das Vergabeverfahren einmal eingeleitet, so kann es nur durch Zuschlagerteilung oder Abbruch wieder beendet werden (Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, AJP 2005 S. 785 m.H.).

4.1 Vorliegend stellt sich vorab - losgelöst vom Vorliegen eines wichtigen Grundes - die Frage, ob der Bezirksrat Einsiedeln den Abbruch des Verfahrens alleine für sich bzw. alleine auch für die weiteren beteiligten Gemeinwesen abbrechen konnte. Entgegen der sinngemässen Ansicht des Bezirkesrates liegt bezüglich Abbruch kein übereinstimmender Beschluss vor. Die am Verfahren beteiligten Gemeinderäte Alpthal, Unter- und Oberiberg haben bis anhin formell keinen Abbruch des Verfahrens verfügt und sie haben sich vernehmlassend auch nicht in dieser Hinsicht geäußert.

4.2 Der Bezirk Einsiedeln und die Gemeinden Alpthal, Unter- und Oberiberg haben 1977 einen Zusammenarbeitsvertrag abgeschlossen, welcher den Titel "Pflichtenheft der Kehrrechtkommission Region Einsiedeln" trägt.

In Art. 1 wird festgehalten, dass die vier beteiligten Gemeinwesen eine gemeinsame Kommission unter der Bezeichnung "Kehrrechtkommission Region Einsiedeln" bestellen.

Aufgabe dieser Kommission ist gemäss Art. 2 des Vertrages, die Kehrrechtabfuhr gemeinsam zu organisieren und sie möglichst wirtschaftlich abzuwickeln. Gemäss Art. 3 Abs. 1 ist die Kommission dafür besorgt, für den Bezirk und die beteiligten Gemeinden einen Vertrag im Sinne von Art. 2 mit einer geeigneten Unternehmung auszuhandeln, welche den Anforderungen des Bezirkes und der beteiligten Gemeinden entspricht und eine reibungslose Kehrrechtabfuhr gewährleistet. Gemäss Art. 3 Abs. 2 des Vertrages bedürfen die von der Kommission

ausgehandelten Verträge zu ihrer Rechtsgültigkeit der Zustimmung des Bezirkrates resp. der beteiligten Gemeinderäte.

Es ist vorliegend unbestritten, dass die Kehrichtkommission selber kein Vergabeverfahren durchführen und keinen Zuschlag für Aufträge im Zusammenhang mit der Kehrichtabfuhr erteilen kann, sondern dass die diesbezügliche Kompetenz weiterhin bei den Exekutiven der beteiligten Gemeinwesen liegt. In der Ausschreibung werden denn als Auftraggeber auch korrekt der Bezirk Einsiedeln sowie die Gemeinden Alpthal, Unter- und Oberiberg genannt. In der Ausschreibung wurde kein Vorbehalt angebracht, wonach sich allenfalls nicht alle Auftraggeber an der Beschaffung beteiligen werden. Vielmehr wurde mit der gemeinsamen Ausschreibung bezweckt, die Kehrichtsammlung gemeinsam zu beschaffen.

4.3 Lancieren mehrere Gemeinwesen zusammen eine Beschaffung gemeinsam, so liegt diesbezüglich ein Zusammenarbeitsvertrag vor, unabhängig davon, ob dieser Vertrag durch formlose Willenskundgabe oder schriftlich vereinbart wurde.

Gemäss § 77 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke (Gemeindeorganisationsgesetz, GOG; SRSZ 152.100) vom 25. Oktober 2017 erfüllen die Gemeinden ihre öffentlichen Aufgaben selbst, übertragen sie einem Dritten oder arbeiten mit anderen Gemeinden zusammen (§ 77 Abs. 1 GOG). Diesbezüglich werden sie u.a. ermächtigt, mit anderen Gemeinden die gemeinsame Aufgabenerfüllung zu vereinbaren (Zusammenarbeit, § 77 Abs. 2 lit. c GOG). Der Zusammenarbeitsvertrag zwischen verschiedenen Gemeinwesen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben wird im kantonalen Recht nur rudimentär geregelt. Gemäss § 82 Abs. 1 GOG sind die Gemeinden befugt, durch Zusammenarbeitsvertrag die gemeinsame Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu vereinbaren oder sie können damit eine Gemeinde mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben für andere Gemeinden beauftragen. Gemäss § 82 Abs. 2 GOG werden Zusammenarbeitsverträge durch die Gemeinderäte der beteiligten Gemeinden abgeschlossen. Weitere formelle Anforderungen an den Zusammenarbeitsvertrag bestehen nicht. Im Unterschied zum Zweckverband und zur gemeinsamen Einrichtung, die ebenfalls auf einer Vereinbarung zwischen zwei oder mehreren Gemeinden beruhen, wird hier die Aufgabenerfüllung nicht einem eigenen Rechtsträger übertragen (vgl. Gemeindeorganisationsgesetz: Totalrevision, Bericht und Vorlage des Regierungsrates an den Kantonsrat, RRB Nr. 495/2017 v. 27.6.2017, S. 32).

4.4 Der Zusammenarbeitsvertrag ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag. Die Vertragsparteien erfüllen - wie bereits erwähnt - die vereinbarte Aufgabe gemeinsam. Damit wird eine öffentlich-rechtliche einfache Gesellschaft geschaffen (Jaag

in: Jaag/Rüssli/Jenni, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, § 72 Rz 3; Gemeindeamt Kanton Zürich, Leitfaden Zusammenarbeitsvertrag, Oktober 2018, S. 1). Vorliegend bilden die vier Gemeinwesen eine einfache Gesellschaft mit dem Zweck, die Submission der Kehrrechtsammlung gemeinsam durchzuführen und einen gemeinsamen Zuschlag zu erteilen.

Eine einfache Gesellschaft ist keine juristische Person; sie hat keine Rechtspersönlichkeit, keine Organe und kein eigenes Vermögen. Entsprechend müssen die Legislativ-, Exekutiv- und Kontrollfunktionen durch die Organe der beteiligten Gemeinden wahrgenommen werden. Soweit im Zusammenarbeitsvertrag nichts Anderes vereinbart wurde, sind die einzelnen Gesellschafter - hier also die Gemeinden - gleichberechtigte Partner, die einstimmig Beschluss fassen. Die einfache Gesellschaft, gebildet aus mehreren Gemeinden, kann nicht als solche verfügen. Eine Entscheidung kommt mithin nur zustande, wenn entsprechend den - analog anwendbaren - Vorschriften über die einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. des Obligationenrechts, OR; SR 220) in jeder Gemeinde das zuständige Organ zustimmt, soweit nicht im Zusammenarbeitsvertrag etwas Anderes bestimmt wird (vgl. Jaag a.a.O., § 72 Rz 4; Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Rz 76 FN 66 und Rz 181; Leitfaden Zusammenarbeitsvertrag, a.a.O., S. 1 und 6). Stimmt mithin ein Gesellschafter nicht zu, kommt der Beschluss nicht zustande. Ebenso wenig kann - vorbehaltlich anderslautender Vereinbarung - nur ein Gesellschafter alleine für alle beschliessen.

Das Erfordernis einstimmiger Beschlussfassung kann die Entscheidungsfindung blockieren und damit die Funktionsfähigkeit der einfachen Gesellschaft beeinträchtigen. Die Gesellschafter sind daher verpflichtet, an der Beschlussfassung mitzuwirken. Scheitern die Gesellschafter endgültig am Einstimmigkeitsprinzip, bleibt nur die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft. Als Auflösungsgrund gilt denn u.a. auch die objektive nachträgliche Unmöglichkeit der Zweckerreichung. Unmöglichkeit ist nach Ansicht des BGer u.a. auch gegeben, wenn die Gesellschafter aufgrund interner Differenzen endgültig keinen gültigen Gesellschaftsbeschluss mehr zustande bringen (BGE 110 II 287). Weil diesfalls die Gesellschaft ohne Beschlussfassung eo ipso wegen Unmöglichkeit der Zweckerreichung aufgelöst wird, muss namentlich die Unmöglichkeit definitiv und offensichtlich sein, eine blosser Wahrscheinlichkeit genügt nicht. Dementsprechend dürften interne Differenzen fast nie zur Auflösung eo ipso führen (BSK OR II-Staehelin, Art. 545/546 N 8 mit weiteren Hinweisen). Für den Schaden, der durch eine offensichtlich gegen die Gesellschaftsinteressen gerichtete Obstruktion entsteht, können die Mitgesellschafter den Verantwortlichen haftbar machen (Müller in: Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser, Kommentar OR, 2016 Art. 534 Rz 4 m.H.).

Neben der Auflösung der Gesellschaft eo ipso infolge Zweckerreichung oder Unmöglichkeit der Zweckerreichung kann die Gesellschaft auch durch Kündigung vonseiten eines Gesellschafters erfolgen, wenn eine solche im Gesellschaftsvertrag vorbehalten oder wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Dauer oder auf Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen worden ist (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6 OR). Vorliegend haben die beteiligten vier Gemeinwesen eine öffentlich-rechtliche einfache Gesellschaft mit dem Zweck der gemeinsamen Submission der Kehrrechtsammlung auf ihrem Gebiet gebildet. Der Zweck ist mit der Zuschlagserteilung erreicht, worauf die Gesellschaft eo ipso aufgelöst wird. Diese klare Zweckdefinition kommt einer vertraglichen Mindestdauer der Gesellschaft gleich, was eine Kündigung durch einen Gesellschafter während dieser Mindestdauer ausschliesst, falls dieses Recht nicht ausdrücklich vereinbart wurde (vgl. Urteil BGer 4C.447/1999 vom 9.3.2000 Erw. 2a/aa; BSK OR II-Staehelin, Art. 545/546 N 26).

Ist die Kündigung während der Mindestdauer (d.h. bis zur Zweckerreichung) durch einen Gesellschafter ausgeschlossen, kommt für die Auflösung somit nur noch die nachträgliche Unmöglichkeit der Zweckerreichung sowie die Kündigung aus wichtigen Gründen in Frage (oder ein übereinstimmender Auflösungsbeschluss aller sowie die Klage eines Gesellschafters auf Auflösung aus wichtigem Grunde gemäss Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR, was beides unbestrittenermassen nicht vorliegt). Ist einem Gesellschafter der Verbleib in der Gesellschaft absolut nicht mehr zuzumuten, so kann er nach Staehelin die Gesellschaft, ohne dass dies im OR erwähnt wäre, gestützt auf Art. 27 Abs. 2 ZGB fristlos kündigen (vgl. BSK OR II-Staehelin, Art. 545/546 N 29; das BGer hat im Urteil 5A_679/2016 vom 17.3.2017 Erw. 8 die Frage der Zulässigkeit dieser Möglichkeit offengelassen). Bei den Gründen, welche die Unzumutbarkeit begründen, muss es sich auf jeden Fall um gravierende und dringende handeln, um Gründe, welche über das Klagerecht nach Art 545 Abs.1 Ziff. 7 OR hinausgehen.

4.5 Nach dem Gesagten ist somit sowohl für den Abbruch eines von mehreren Gemeinwesen gemeinsam durchgeführten Submissionsverfahren als auch für den Zuschlag ein zustimmender Beschluss des zuständigen Organs jedes beteiligten Gemeinwesens erforderlich, andernfalls kommt der entsprechende Beschluss nicht zustande. Ein Gemeinwesen kann mithin nicht einzeln den Zuschlag oder den Abbruch des Verfahrens verfügen (vgl. dazu analog für die interkantonale Zusammenarbeit: Leitfaden für interkantonale Submissionen der Zentralschweizer Baudirektorenkonferenz vom 7.6.2006, Lit. C 1.3).

Entsprechend kann der Bezirksrat Einsiedeln das gemeinsam eingeleitete Submissionsverfahren nicht durch individuellen Beschluss - auch nicht für sich selber

- abrechen. Dazu wäre vielmehr der einstimmige Beschluss sämtlicher an der Ausschreibung beteiligter Gemeinwesen erforderlich. Dem Bezirksrat Einsiedeln kommt diesbezüglich auch nicht die Kompetenz zu, als Stellvertreter für die übrigen Gemeindeorgane zu handeln. Entsprechendes wurde unstreitig nicht vereinbart und eine Vertretungsmacht steht den einzelnen Gesellschaftern auch von Gesetzes wegen nicht zu (vgl. Art. 543 OR; Müller, a.a.O., Art. 543 Rz 8).

Die Beschwerdeführerin und die C._____ AG stellen im Übrigen zu Recht in Frage, ob eine - angeblich - fehlende Einigung über den Zuschlag einen wichtigen Grund im Sinne von § 35 VIVöB zum Abbruch des Verfahrens darstellen würde. Der Zuschlag hat, nach Klärung der Eignungskriterien, gestützt auf die festgesetzten Zuschlags- und Unterkriterien (samt Gewichtung) für die Beurteilung des wirtschaftlich günstigsten Angebots zu erfolgen: Das der Vergabestellen zustehende Ermessen bei der Bestimmung des auszuwählenden Angebots ist insoweit eingeschränkt (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Rz 859). Auch der Ausschluss eines Anbietenden vom Submissionsverfahren stellt bei gegebenen Voraussetzungen grundsätzlich eine Pflicht der Vergabebehörde dar und liegt nicht in deren Ermessen (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz 435). Eignungskriterien sind im Normalfall Ausschlusskriterien, die entweder erfüllt oder nicht erfüllt sind; das Vorliegen der geforderten Eignung führt grundsätzlich zur Zulassung, deren Fehlen zum Ausschluss vom Verfahren. Erfüllt ein Bewerber die bei einem Eignungskriterium gestellten Mindestanforderungen nicht, so muss er als ungeeignet ausgeschlossen werden (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz 603; § 26 Abs. 1 lit. a VIVöB). Bei Berücksichtigung der entsprechenden rechtlichen Vorgaben drängt sich mithin in der Regel nach korrekt durchgeführter Auswertung der Angebote ein übereinstimmender Vergabebeschluss sämtlicher beteiligter Gemeinwesen auf. Von daher stellt der Umstand, dass - bis anhin - nicht alle zuständigen Organe der beteiligten Gemeinwesen einen übereinstimmenden Beschluss gefasst haben, für sich allein in der Regel keinen wichtigen Grund für den Abbruch des Verfahrens dar.

Es kommt in casu hinzu, dass eine Verfahrenswiederholung oder Neudurchführung des Submissionsverfahrens bei dieser Ausgangslage und prima vista zu keinen geänderten Verhältnissen führen würde. Es ist insbesondere nicht ersichtlich und wird auch nicht geltend gemacht, dass wesentliche Änderungen der Beschaffung erforderlich wären oder aufgrund veränderter Rahmenbedingungen mit günstigeren Angeboten zu rechnen wäre. Es ist mithin nicht ersichtlich, dass der Verfahrensabbruch im jetzigen Zeitpunkt im öffentlichen Interesse liegt.

4.6 Der Bezirk Einsiedeln kann aber nicht nur den Verfahrensabbruch nicht allein beschliessen. Es ist ihm im Rahmen der auf die Mindestdauer der Zweckerreichung (gemeinsame Zuschlagserteilung) geschaffenen einfachen Gesellschaft ohne explizit vereinbartem bzw. vorbehaltenem Kündigungsrecht nach dem Gesagten auch nicht möglich, den Vertrag einseitig zu kündigen. Entgegen der Darstellung des Bezirks Einsiedeln kann aus den Akten - und namentlich auch aus den Eingaben der andern Vorinstanzen - auch nicht der Schluss gezogen werden, dass es unmöglich ist, gemeinsam noch eine Einigung zu finden und den Gesellschaftszweck noch zu erreichen. Mithin liegt auch - noch - keine nachträgliche Unmöglichkeit vor, den Gesellschaftszweck zu erreichen (was zur Auflösung der Gesellschaft eo ipso und damit zum Verfahrensabbruch führen würde). Ebenso wenig ist ersichtlich, dass dringliche, gravierende Gründe vorlägen, welche dem Bezirk Einsiedeln eine Kündigung aus wichtigem Grunde aufdrängen würden. Allerdings hat der Bezirk mit dem angefochtenen Beschluss ohnehin nicht die Kündigung der gemeinsamen Durchführung der Submission entschieden, sondern am Beschluss zur gemeinsamen Durchführung der Beschaffung zumindest vorerst festgehalten. Der verfügte Abbruch der Submission durch ein einzelnes beteiligtes Gemeinwesen könnte mithin auch gar nicht als Kündigung der Zusammenarbeit bei der Beschaffung qualifiziert und auch unter diesem Titel nicht geschützt werden.

4.7 Damit steht zusammenfassend fest, dass der Bezirk Einsiedeln nicht unilateral den Abbruch des gemeinsamen Submissionsverfahrens beschliessen konnte. Der angefochtene Beschluss Nr. 2022.48 vom 24. Februar 2022, mit welchem der Bezirksrat Einsiedeln den Verfahrensabbruch beschloss ist damit antragsgemäss aufzuheben. Das strittige Submissionsverfahren ist nach wie vor hängig und durch die vier beteiligten Gemeinwesen ordentlich zum Abschluss zu bringen.

Entgegen der Ansicht des Bezirkesrates Einsiedeln wird der Bezirk dadurch nicht zur Durchführung einer Beschaffung gezwungen. Wie bereits erwähnt, besteht einerseits die Möglichkeit zur Auflösung des Zusammenarbeitsvertrages, sei es durch übereinstimmenden Beschluss oder sei es durch objektive Unmöglichkeit, den Zweck zu erreichen oder ggfs. durch Nachweis der Unzumutbarkeit des Weiterbestandes (was alles zum Verfahrensabbruch führt). Andererseits ist die Kehrichtsammlung eine kommunale Aufgabe, welcher der Bezirk nachzukommen hat (§ 10 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zum Umweltschutzgesetz [EGzUSG; SRSZ 711.110] vom 24.5.2000). Auch wird die Gemeindeautonomie durch diesen Entscheid nicht betroffen. Der Bezirk Einsiedeln hat sich freiwillig mit den Gemeinden Alpthal, Unter- und Oberiberg zur gemeinsamen Beschaffung einer

öffentlichen Dienstleistung zusammengeschlossen. Bezüglich der Rechtsfolgen der in Zusammenarbeit durchgeführten Beschaffung ist der Bezirk nicht autonom.

5. Nachdem der Bezirk Einsiedeln und die Gemeinden Alpthal, Unter- und Oberberg bezüglich der gemeinsamen Beschaffung der Kehrrichtbeseitigung eine einfache Gesellschaft bilden, deren Beteiligte eine notwendige Streitgenossenschaft bilden (Bertschi in: Griffel, Kommentar VRG, Vorbem. §§ 21-21a Rz 4), sind die Beteiligten Gemeinden entgegen der Ansicht des Bezirksrates Einsiedeln als Vorinstanzen anzuführen und sie wurden entsprechend auch zu Recht bereits im Zwischenentscheid vom 22. März 2022 als solche bezeichnet.

6. Nicht eingetreten werden kann auf den von der Beschwerdeführerin gestellten Antrag, einen Entscheid in der Sache selbst und mithin einen direkten Zuschlag mittels Beschwerdeentscheid zu fällen.

Wie vorstehend bereits erwähnt, weist die C. _____ AG vernehmlassend zu Recht darauf hin, dass die Rangfolge der Mitbewerberinnen sowie der Ausschluss der C. _____ AG gemäss den korrekten Ausführungen im Zwischenentscheid des Verwaltungsgerichts nicht Gegenstand des Verfahrens sind; entsprechend kann im vorliegenden Verfahren auch nicht über den Zuschlag entschieden werden (vgl. Art. 18 Abs. 1 IVöB). Vielmehr haben die Vorinstanzen das Submissionsverfahren weiterzuführen.

7. Diesem Ergebnis entsprechend werden die Verfahrenskosten den Vorinstanzen in solidarischer Haftung auferlegt; die Rechnungstellung erfolgt gegenüber dem Bezirk Einsiedeln als Beschaffungsstelle/Organisator der Submission (vgl. ABI 2021 S. 2677). Zudem werden der beanwalteten Beschwerdeführerin und der beanwalteten Beigeladenen Ziff. 1 zu Lasten der Vorinstanzen eine Parteientschädigung zugesprochen, welche in Beachtung des kantonalen Gebührentarifs für Rechtsanwälte vom 27. Januar 1975 (SRSZ 280.411), der für das Honorar im Verfahren vor Verwaltungsgericht in § 14 einen Rahmen von Fr. 300.-- bis Fr. 8'400.-- vorsieht, und unter Beachtung der in § 2 des Gebührentarifs enthaltenen Kriterien sowie in Ausübung des pflichtgemässen Ermessens auf je Fr. 2'000.-- (inkl. MwSt und Barauslagen) festgelegt wird.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird insoweit gutgeheissen, als der vom Bezirksrat Nr. 2022.48 verfügte Abbruch der öffentlichen Beschaffung Kehrrechtsammlung im Bezirk Einsiedeln sowie in den Gemeinden Alpthal, Unteriberg und Oberiberg im Sinne der Erwägungen aufgehoben wird. Die Vorinstanzen haben das Verfahren weiterzuführen.
2. Die Verfahrenskosten (Gerichtsgebühr, Kanzleikosten und Barauslagen) werden auf Fr. 2'500.-- festgelegt und den Vorinstanzen in solidarscher Haftung auferlegt. Der von der Beschwerdeführerin am 16. März 2022 einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 2'500.-- wird ihr aus der Gerichtskasse zurückerstattet. Die Vorinstanzen haben die Verfahrenskosten innert 30 Tagen auf das Postkonto 60-22238-6 des Verwaltungsgerichts zu bezahlen; die Rechnungstellung erfolgt gegenüber dem Bezirk Einsiedeln als Beschaffungsstelle.
3. Der Beschwerdeführerin sowie der Beigeladenen Ziff. 1 wird je eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.-- zu Lasten der Vorinstanzen (in solidarischer Haftung) zugesprochen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde* in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden, wenn der staatsvertragliche Schwellenwert überschritten ist und soweit sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 42 und 82 ff., insbesondere Art. 83 lit f. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110] vom 17.6.2005).

Im Übrigen kann ebenfalls innert 30 Tagen seit Zustellung subsidiäre Verfassungsbeschwerde* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113 ff. BGG). Bei gleichzeitiger ordentlicher Beschwerde sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtschrift einzureichen.
5. Zustellung an:
 - den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin (2/R)
 - den Bezirksrat Einsiedeln (R)
 - den Gemeinderat Unteriberg (R)
 - den Gemeinderat Oberiberg (R)
 - den Gemeinderat Alpthal (R)
 - die Beigeladenen Ziff. 1 - 3 (je A)
 - und die Eidg. Wettbewerbskommission WEKO, 3003 Bern (A).

Schwyz, 29. August 2022

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

***Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch Grischun) abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat; der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Versand: 2. September 2022