

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer III



III 2018 194

Entscheid vom 12. Februar 2019

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident
Ruth Mikšovic-Waldis, Richterin
Monica Huber-Landolt, Richterin
lic.iur. Josef Mathis, Gerichtsschreiber

Parteien

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

gegen

- 1. Gemeinde Wollerau,** handelnd durch den Gemeinderat,
- 2. Gemeinde Feusisberg,** handelnd durch den Gemeinderat,
- 3. Gemeinde Freienbach,** handelnd durch den Gemeinderat
Vorinstanzen,
vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. C. _____,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungsrecht (Ausschluss- und Zuschlagsverfügung; Abfuhr Siedlungsabfälle vom 1.1.2020 - 31.12.2024)

Sachverhalt:

A. Im Amtsblatt Nr. D._____ 2018 S. E._____ wurden die Arbeiten für die Abfuhr Siedlungsabfälle Bezirk Höfe (Gemeinden Feusisberg, Freienbach, Wollerau) öffentlich ausgeschrieben. Die Ausschreibung umfasste die vier Lose Sammlungen und Abfahren (Los 1); Muldentransporte Gemeinde Feusisberg (Los 2); Muldentransporte Gemeinde Freienbach (Los 3) sowie Muldentransporte Gemeinde Wollerau (Los 4). Angebote waren bis zum 2. Juli 2018, 11 Uhr, bei der Gemeindeverwaltung Freienbach einzureichen.

B. Am 2. Juli 2018 fand auf der Gemeindeverwaltung Freienbach die Offertöffnung statt. Gemäss Protokoll (Bf-act. 7) haben die F._____AG, die G._____AG, sowie die A._____AG, je ein Angebot eingereicht und zwar je für die Lose 1 bis 4. Am 26. Juli 2018 zog die F._____ ihr Angebot zurück.

C. Mit Schreiben vom 1. November 2018 teilte die H._____AG, der A._____AG was folgt mit (Bf-act. 2):

Im Auftrag der Höfner Gemeinden danken wir Ihnen für Ihr Angebot und teilen Ihnen hiermit mit, dass Los 3 der ausgeschrieben Arbeiten gemäss den Gemeinderatsbeschlüssen vom 15. Oktober 2018 (Wollerau) und 11. Oktober (Freienbach und Feusisberg) an die A._____AG vergeben wird.

Das beiliegende Schreiben gibt Ihnen Auskunft über das Ergebnis der Submission.

Beim Los 1 haben wir die A._____AG infolge Nichterfüllens des Eignungskriteriums "Erfahrung" vom Verfahren ausschliessen müssen.

Der Zuschlag Los 1 ging an die G._____AG.

D. Am 9. November 2018 lässt die A._____AG beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz fristgerecht Beschwerde erheben mit den Anträgen:

1. Es sei die Nichtigkeit der Ausschluss- und Zuschlagsverfügung der Beschwerdegegnerinnen gemäss Eröffnung durch die H._____AG, vom 1. November 2018 festzustellen;
eventualiter sei die Ausschluss- und Zuschlagsverfügung betreffend Los 1 aufzuheben;
subeventualiter sei deren Rechtswidrigkeit der Ausschluss- und Zuschlagsverfügung betreffend Los 1 festzustellen.
2. Der Zuschlag für das Los 1 sei der Beschwerdeführerin zu erteilen;
eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Beschwerdegegnerinnen zurückzuweisen.
3. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei den Beschwerdegegnerinnen superprovisorisch zu untersagen, mit der Zuschlagsempfängerin einen Vertrag im Sinne der Ausschluss- und Zuschlagsverfügung in Bezug auf Los 1 abzuschliessen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerinnen.

E. Mit Verfügung vom 12. November 2018 erteilt der verfahrensleitende Richter der Beschwerde einstweilen bis auf Widerruf aufschiebende Wirkung. Gleichzeitig erhalten die Vorinstanzen eine Frist angesetzt zur Vernehmlassung zur Beschwerde. Der Zuschlagsempfängerin wird die Möglichkeit eröffnet, dem Verfahren als Beigeladene beizutreten, was durch Einreichung einer Vernehmlassung erfolge. Alle Parteien wurden aufgefordert, Stellung zum Umfang der Akteneinsicht zu nehmen.

F. Am 21. November 2018 teilen die Vorinstanzen mit, die drei Gemeinderäte hätten ihre Beschlüsse den Parteien am 19. November 2018 selber förmlich eröffnet, nachdem in der Beschwerde geltend gemacht werde, es fehle an einer rechtsgültigen Verfügung. Da auch gegen diese Beschlüsse eine Beschwerde zu erwarten sei und die Verfahren vereinigt werden sollen, wurde um Abnahme der angesetzten Frist und deren Neuansetzung ersucht, sobald die zweite Beschwerde eingegangen sei. Andernfalls sei die Frist bis zum 3. Dezember 2018 zu erstrecken. Am 22. November 2018 wurde die Frist bis 21. Dezember 2018 erstreckt.

Mit Schreiben vom 22. November 2018 ersucht die Zuschlagsempfängerin um Zustellung der vollständigen Verfahrensakten sowie Erstreckung der Vernehmlassungsfrist. Mit Zustellung der Akten wird am 23. November 2018 die Frist bis 21. Dezember 2018 erstreckt.

G. Am 23. November 2018 nimmt die Beschwerdeführerin Stellung zum Schreiben des Rechtsvertreters der Vorinstanzen (Ingress Bst. F). Sie bestätigt den Eingang der jeweiligen Beschlüsse der drei Gemeinderäte, die sie zu den Akten einreicht. Damit hätten die Beschwerdegegnerinnen die Beschwerde vom 9. November 2018 anerkannt. Diese neuen Beschlüsse stellten ein neues Beschwerdeobjekt dar, welche in einem neuen Verfahren angefochten würden; Raum für eine Verfahrensvereinigung bestehe nicht. Die Beschwerdeführerin sei antragsgemäss und angemessen zu entschädigen. Sollte das Gericht zu einem andern Schluss kommen, wird um Fristansetzung zur Stellungnahme zu den eingereichten Unterlagen ersucht.

Der verfahrensleitende Richter teilt der Beschwerdeführerin am 26. November 2018 mit, das Gericht habe Kenntnis genommen, dass die Gemeinden ihre Beschlüsse am 19. November 2018 "noch förmlich eröffnet" hätten. Hiergegen sei beim Gericht noch keine Beschwerde eingegangen, weswegen sich die Frage

der Verfahrensvereinigung auch nicht stelle. Gleichzeitig wird der Beschwerdeführerin die Frist zur Stellungnahme betreffend Akteneinsicht abgenommen.

H. Am 28. November 2018 teilt die Beschwerdeführerin mit, gegen die drei Zuschlagsverfügungen der Vorinstanzen keine Beschwerde einzureichen. Im vorliegenden Verfahren habe die Beschwerdeführerin vollumfänglich obsiegt, indem die Vorinstanzen die Nichtigkeit der Verfügung der H. _____ AG anerkannt hätten.

Am 29. November 2018 stellt der verfahrensleitende Richter den Vorinstanzen und der Zuschlagsempfängerin die beschwerdeführerische Eingabe vom 28. November 2018 zu mit der Möglichkeit hierzu bis am 21. Dezember 2018 Stellung zu nehmen. Die Beschwerdeführerin wurde eingeladen, innert derselben Frist eine Honorarnote einzureichen. Diese ging am 3. Dezember 2018 ein.

I. Am 6. Dezember 2018 teilt die Zuschlagsempfängerin den Verzicht auf Verfahrensbeitritt als Beigeladene mit.

J. Mit Eingabe vom 9. Januar 2019 beantragen die Vorinstanzen:

1. Es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten.
2. Wird auf die Beschwerde eingetreten, sei sie abzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin.

Am 28. Januar 2019 nimmt die Beschwerdeführerin Stellung zur Vernehmlassung der Vorinstanzen und hält unter 'Fazit' fest, das Verfahren sei zufolge Anerkennung abzuschreiben, eventuell antragsgemäss gutzuheissen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanzen.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.1 Es ist unbestritten, dass die Gemeinden Feusisberg, Wollerau und Freienbach gemeinsam Dienstleistungen im Bereich Abfuhr Siedlungsabfälle vom 1.1.2020 - 31.12.2024 ausgeschrieben haben. Fest steht ebenso, dass sich mehrere Unternehmen auf die verschiedenen Lose beworben haben. Aus den Akten ergibt sich ebenso, dass am 2. Juli 2018 auf der Gemeindeverwaltung Freienbach die Offertöffnung erfolgt ist (Bf-act. 7) sowie dass der Gemeinderat Feusisberg am 11. Oktober 2018, der Gemeinderat Wollerau am 15. Oktober 2018 und der Gemeinderat Freienbach am 11. resp. 25. Oktober 2018 je selbständig, aber inhaltlich abgestimmt Beschluss gefasst haben über die Auftragsvergabe (Bf-act. 9 bis 11). Alle drei beschliessen - unter Vorbehalt der Beschlüsse der zwei an-

dem Gemeinderäte - die H._____AG zu beauftragen, die Verfügungen für die Vergabe inkl. Rechtsmittelbelehrung und Absage eingeschrieben an das jeweilige Unternehmen zu versenden sowie die Verträge pro Gemeinde vorzubereiten.

1.2 Mit Schreiben vom 1. November 2018 gelangte die H._____AG unter dem Betreff 'Abfuhr Siedlungsabfälle Bezirk Höfe, Ihr Angebot vom 29. Juni 2018' an die Beschwerdeführerin mit folgender Mitteilung:

Im Auftrag der Höfner Gemeinden danken wir Ihnen für Ihr Angebot und teilen Ihnen hiermit mit, dass Los 3 der ausgeschriebenen Arbeiten gemäss den Gemeinderatsbeschlüssen vom 15. Oktober 2018 (Wollerau) und 11. Oktober 2018 (Freienbach und Feusisberg) an die A._____AG vergeben wird.

Das beiliegende Schreiben gibt Ihnen Auskunft über das Ergebnis der Submission.

Beim Los 1 haben wir die A._____AG infolge Nichterfüllens des Eignungskriteriums "Erfahrung" vom Verfahren ausschliessen müssen.

Begründung: Die A._____AG hatte keine Referenzen im Bereich Siedlungsabfalllogistik bzw. die drei angegebenen Referenzen konnten nicht gewertet werden, da sie nicht im Bereich Siedlungsabfalllogistik sind. Die I._____AG (Subunternehmer) hat drei Referenzen angegeben, wobei die Referenz des Zweckverbands für Abfallverwertung im Bezirk J._____ zweimal aufgeführt wurde. Somit konnten nur zwei Referenzen gewertet werden. Die K._____AG hatte drei bewertbare Referenzen. Der Durchschnitt der Qualität der Dienstleistung erreichte jedoch wegen der vier nicht wertbaren Referenzen die geforderte Note (Gut) nicht.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen die Arbeitsvergabe kann innert 10 Tagen seit Eröffnung der Mitteilung beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Beschwerde eingereicht werden (Art. 15 Abs. 1 und 2 IVöB, SRSZ 430.120.1, i.V. mit § 3 Bst. a Kantonsratsbeschluss über den Beitritt des Kantons Schwyz zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, KRB IVöB, SRSZ 430.120). Die Vergabe wird erst nach unbenutztem Ablauf der Beschwerdefrist wirksam.

Nach Ablauf der 10-tägigen Beschwerdefrist und unter Vorbehalt eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens werden wir mit Ihnen Kontakt aufnehmen, um den Vertrag für das entsprechende Los abzuschliessen.

Dem Schreiben angefügt war eine als 'Submissionsergebnis' betitelte Übersicht (Ausschreibende Stelle, Auftrag, Begründung), versehen mit dem Datum 1. November 2018 und unterzeichnet mit "Vergebende Stelle / Organisator" H._____AG (Bf-act. 2).

1.3 Nachdem die Beschwerdeführerin gegen diese Mitteilung am 9. November 2018 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz erhob, versandten die Vorinstanzen am 19. November 2018 aufeinander abgestimmte Schreiben an die Beschwerdeführerin (und deren Rechtsanwalt) und die Zuschlagsempfängerin mit dem Inhalt (hier Wiedergabe des Schreibens GR Wollerau):

Neueröffnung Zuschlag Abfuhr Siedlungsabfälle Bezirk Höfe

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 30. Oktober 2018 hat Ihnen die H._____AG das Vergabeergebnis unter Hinweis auf die Beschlüsse der Gemeinderäte Freienbach, Wollerau und Feusisberg mitgeteilt. Dieses Ergebnis wird Ihnen mit dem beiliegenden Beschluss Nr. 2018.304 des Gemeinderates Wollerau vom 15. Oktober 2018 noch förmlich eröffnet.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Arbeitsvergabe kann innert 10 Tagen seit Eröffnung der Mitteilung beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Beschwerde eingereicht werden (Art. 15 Abs. 1 und 2 IVöB, SRSZ 430. 120.1, i.V. mit § 3 Bst. A Kantonsratsbeschluss über den Beitritt des Kantons Schwyz zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, KRB IVöB, SRSZ 430.120).

1.4 Gegen die Neueröffnungen vom 19. November 2018 gingen beim Verwaltungsgericht keine Beschwerden ein; namentlich die Beschwerdeführerin teilte explizit mit, keine Beschwerde dagegen zu erheben (Ingress Bst. H).

2.1 Die "Neueröffnungen" vom 19. November 2018 bilden nicht Gegenstand dieses Beschwerdeverfahrens.

2.2 Beschwerde (innert Frist) eingereicht hat die Beschwerdeführerin gegen die Mitteilung der H._____AG vom 1. November 2018. Sie beantragt in der Hauptsache die Feststellung der Nichtigkeit der Ausschluss- und Zuschlagsverfügung gemäss Eröffnung durch die H._____AG. Mit Schreiben vom 28. November 2018 macht sie geltend, die Vorinstanzen hätten die Nichtigkeit durch ihre Neueröffnungen anerkannt. Durch die korrekte Eröffnung des Zuschlags hätten sie einer Rückweisung faktisch vorgegriffen.

2.3 Mit Vernehmlassung vom 9. Januar 2019 beantragen die Vorinstanzen, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen. Nachdem die Beschwerdeführerin explizit keine Beschwerde gegen die Eröffnungen vom 19. November 2018 erhebe, habe sie kundgetan, kein Interesse an der Aufhebung der Verfügung zu haben, sie anerkenne diese grundsätzlich. Daraus folge ebenso, dass sie kein schutzwürdiges und aktuelles Interesse an der Feststellung der geltend gemachten Nichtigkeit oder Rechtswidrigkeit der Mitteilungen vom 1. November 2018 habe. Es bestehe kein Grund, dies von Amtes wegen zu prüfen. Die Beschwerdelegitimation sei zu verneinen mit der Folge, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten sei. Dem entsprechend seien die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

2.4 In der Stellungnahme vom 28. Januar 2019 bekräftigt die Beschwerdeführerin, ihr Rechtsschutzinteresse am Verfahren sei gegeben. Eine Anerkennung

bzw. ein Beschwerderückzug ihrerseits lägen ausdrücklich nicht vor. Sie hält dafür, das Verfahren sei zufolge Anerkennung abzuschreiben, eventuell antragsgemäss gutzuheissen.

3.1 Vor Erlass eines Entscheides prüft das Verwaltungsgericht von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für einen Sachentscheid erfüllt sind. Es prüft u.a. die Zuständigkeit, die Rechtsmittelbefugnis, die Zulässigkeit des Rechtsmittels, die frist- und formgerechte Geltendmachung des Rechtsanspruches sowie die Rechtshängigkeit oder das Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides in der gleichen Sache (vgl. § 27 Abs. 1 lit. a, d, e, f, g Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRP, SRSZ 234.110). Ist eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt, trifft das Gericht einen Nichteintretensentscheid (§ 27 Abs. 2 VRP).

3.2 Zur Einreichung eines Rechtsmittels ist nach § 37 Abs. 1 VRP berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch den angefochtenen Entscheid oder die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheides oder der Verfügung hat. Dies gilt ebenso im Beschaffungsrecht (BGE 141 II 14 Erw. 4.5).

3.3 Die Beschwerdelegitimation muss nicht nur bei Beschwerdeeinreichung, sondern auch im Entscheidzeitpunkt gegeben sein (BGE 141 II 14 Erw. 4.4). Dies ergibt sich nicht zuletzt aus der Vorgabe, dass der Beschwerdeführer ein aktuelles Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung haben muss. Dieses aktuelle Interesse muss nicht nur bei Beschwerdeeinreichung bestehen. Verliert der Beschwerdeführer das Interesse im Verlaufe des Verfahrens, so fällt die Beschwerdelegitimation weg und damit die Voraussetzung, einen Sachentscheid zu fällen (Bertschi, in Griffel [Hrsg.], Kommentar VRG, 3. Auflage, § 21 N 24; Hensler, Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz, S. 21 und 42). Fehlt es bei Beschwerdeeinreichung am aktuellen, praktischen Interesse, eine angefochtene Verfügung aufzuheben/zu ändern, so ist auf eine Beschwerde nicht einzutreten; fällt das entsprechende Interesse im Verlaufe des Verfahrens weg, so ist die Sache als gegenstandslos abzuschreiben (BGE 137 I 23 Erw. 1.3.1; Bertschi, a.a.O., § 21 N 26). Nur ausnahmsweise kann vom Erfordernis des aktuellen Interesses abgewichen werden, wenn sich die aufgeworfene Frage jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnte, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre und die Beantwortung wegen deren grundsätzlicher Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt (BGE 141 II 14 Erw. 4.4 mit weiteren Hinweisen).

4.1 Gegen die Mitteilung der H. _____ AG vom 1. November 2018 erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde und beantragte erstens die Feststellung der Nichtigkeit gemäss Eröffnung durch die H. _____ AG, eventualiter die Aufhebung der Ausschluss- und Zuschlagsverfügung (betreffend Los 1) und subeventualiter die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Ausschluss- und Zuschlagsverfügung (betreffend Los 1). Zweitens sei der Zuschlag für Los 1 ihr zu erteilen, die Sache eventualiter zur Neubeurteilung zurückzuweisen.

4.2 Die Beschwerdeführerin war in der Amtsblatt Nr. D. _____ 2018 publizierten Submission Offerentin und Adressatin der Mitteilung resp. Zuschlags- und Ausschlussverfügung. Mithin hat sie am Verfahren teilgenommen und war von der Mitteilung resp. Verfügung besonders berührt (vgl. Erw. 3.2). Als ausgeschlossene bzw. unterlegene Offerentin hatte sie sodann ein besonderes Interesse an der Prüfung resp. Aufhebung/Änderung. Im Submissionsverfahren ist für die Beschwerdelegitimation zudem verlangt, dass bei Beschwerdegutheissung die Stellung der Beschwerde führenden Partei unmittelbar beeinflusst wird (vgl. BGE 141 II 14 Erw. 4; VGE III 2018 67 vom 22.6.2018 Erw. 1.1). Nachdem in vorliegender Submission nur drei Unternehmungen offeriert haben, eine davon ihr Angebot zurückzog und damit von der Zuschlags- resp. Ausschlussverfügung nur die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin betroffen waren, hätte eine Beschwerdegutheissung die Stellung der Beschwerdeführerin zweifellos beeinflusst, das Erfordernis einer reellen Chance auf Zuschlagserteilung im Falle der Beschwerdegutheissung ist erfüllt.

Mithin war die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung gegeben, weshalb der Antrag der Vorinstanzen auf Nichteintreten abzuweisen ist.

4.3 Das Begehren auf Feststellung der Nichtigkeit der Zuschlags- bzw. Ausschlussöffnung begründet die Beschwerdeführerin mit der unzureichenden Mitteilung durch die H. _____ AG. Diese Eröffnung erfülle die Anforderungen an eine Ausschluss- und Zuschlagseröffnung mitnichten, weshalb sie nichtig sei. Noch bevor sich die Vorinstanzen gegenüber dem Gericht zu dieser Rüge vernehmen liessen, informierten sie, die drei Gemeinderäte hätten ihre Beschlüsse den Parteien am 19. November 2018 selber förmlich eröffnet. So teilten denn die Gemeinderäte der Beschwerdeführerin (und der Zuschlagsempfängerin) mit, das ihnen durch die H. _____ AG mitgeteilte Vergabeergebnis werde ihnen mit beiliegendem Gemeinderatsbeschluss "noch förmlich eröffnet" (vgl. Erw. 1.3). Faktisch haben die Vorinstanzen damit an der als fehlerhaft gerügten Mitteilung vom 1. November 2018 nicht weiter festgehalten und diese im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens nicht verteidigt, sondern die strittige Ausschluss- und Zuschlags-

verfügung selber förmlich eröffnet. Auch wenn die Vorinstanzen dieses Vorgehen nicht als Wiedererwägung bezeichnen, so stellt es faktisch doch eine solche dar. Sie haben damit auf die Rüge der Beschwerdeführerin reagiert und den gerügten Mangel faktisch behoben mit dem Ergebnis, dass das aktuelle und schutzwürdige Interesse der Beschwerdeführerin an der Feststellung der Nichtigkeit der Mitteilung vom 1. November 2018 dahingefallen ist. Auch seitens des Gerichts besteht kein Grund, die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit oder Rechtmässigkeit der Mitteilung der Vergabe durch die H._____AG zu prüfen. So fehlt es insbesondere an der dafür notwendigen Voraussetzung, dass die zentrale Frage der korrekten Eröffnung des Zuschlages kaum je rechtzeitig überprüft werden könnte (vgl. Erw. 3.3; zur entsprechenden Praxis der korrekten Eröffnung siehe etwa Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Rz 1265 f.; Urteil BVGer B-1249/2017 vom 30.3.2017 Erw. 5.5 oder Präsidialverfügungen VGer SG B 2017/81 vom 8.8.2017 und B 2018/39 vom 8.2.2018, zurückhaltend betreffend Nichtigkeit VGE III 2009 147 vom 27.10.2009). Haben die Vorinstanzen durch die förmliche Eröffnung der Vergabeentscheide vom 19. November 2018 die Mitteilung der H._____AG faktisch in Wiedererwägung gezogen und ist dadurch die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin dahingefallen, so ist das Verfahren infolge Widerrufs der Eröffnung vom 1. November 2018 als gegenstandslos geworden abzuschreiben (§ 28 lit. b VRP).

5.1 Zusammenfassend ist somit auf die Beschwerde einzutreten. Das Verfahren ist jedoch infolge Wiedererwägung und Widerruf lite pendente durch neuerliche, förmliche Eröffnung des Vergabeergebnisses und damit Dahinfallen des Rechtsschutzinteresses an der Überprüfung der Nichtigkeit der Mitteilung der Vergabe vom 1. November 2018 als gegenstandslos geworden am Protokoll abzuschreiben.

5.2 Wird ein Verfahren gegenstandslos, so liegt der Entscheid über die Kostenfolge im Ermessen der Behörde (§ 72 Abs. 4 VRP).

5.2.1 Von der Erhebung von Verfahrenskosten wird unter Verweis auf § 25 Ziff. 32 Gebührentarif für Rechtsanwälte (GebTRA; SRSZ 280.411) vom 27. Januar 1975 abgesehen.

5.2.2 Eine Parteientschädigung ist bei Abschreibung zufolge Gegenstandslosigkeit i.d.R. dann zuzusprechen, wenn die vorinstanzliche Behörde die angefochtene Verfügung widerruft und pendente lite so abändert, dass die abgeänderte Verfügung einem vollständigen Obsiegen gleichkommt (VGE III 2018 142 vom 17.9.2018 Erw. 1.2.2 m.w.H.).

Vorliegend machte die Beschwerdeführerin erstens Nichtigkeit (resp. Rechtswidrigkeit) der Vergabe-Mitteilung vom 1. November 2018 geltend, beantragte aber zweitens auch Zuschlagserteilung für das Los 1 an sie. Durch die förmliche Eröffnung vom 19. November 2018 haben die Vorinstanzen zweifelsohne auf die gerügten Mängel an der Vergabeeröffnung reagiert bzw. die Vergabe förmlich korrekt eröffnet. Inhaltlich jedoch handelt es sich um denselben Entscheid. Hiergegen hat die Beschwerdeführerin keine Beschwerde mehr erhoben. Dennoch kann nicht gesagt werden, dass die Neueröffnung der Vergabe einem vollständigen Obsiegen der Beschwerdeführerin gleichkommt. Vielmehr haben die Vorinstanzen bloss auf die gerügten formellen Mängel reagiert, nicht jedoch auch den Ausschluss bzw. den Zuschlag korrigiert. Da mit der förmlichen Eröffnung vom 19. November 2018 indes die ganze Vergabe-Mitteilung vom 1. November 2018 hinfällig geworden ist, sind auch die materiellen Rügen betreffend ungerichtfertigtem Ausschluss gegenstandslos geworden. Diesbezüglich kann jedoch nicht von einem Obsiegen der Beschwerdeführerin gesprochen werden. Trotz Wiedererwägung ist sie mit ihrem zweiten Antrag, der Zuschlagserteilung an sie, nicht durchgedrungen.

Indes besteht auch bei teilweisem Obsiegen Anspruch auf eine - reduzierte - Parteientschädigung (§ 74 VRP). Die Entschädigung richtet sich nach dem Gebührentarif für Rechtsanwälte (GebTRA, SRSZ 280.411). § 2 des GebTRA sieht als Bemessungskriterien die Wichtigkeit der Streitsache, ihre Schwierigkeit, den Umfang und die Art der Arbeitsleistung sowie den notwendigen Zeitaufwand vor. Das Honorar beträgt für die Vertretung vor Verwaltungsgericht Fr. 300.-- bis Fr. 8'400.-- (§ 14 GebTRA). Eine allfällige Kostennote ist zu spezifizieren und vor Fällen des Entscheides einzureichen; andernfalls wird die Vergütung nach freiem Ermessen festgesetzt (§ 6 Abs. 1 GebTRA). Gestützt auf die obzitierten Normen befolgen die Verwaltungsbehörden und das Verwaltungsgericht bei der Entschädigungsbemessung eine zurückhaltende Praxis. Die Bindung an den Gebührentarif und damit die notwendige Wahrung der Proportionen zwischen den verschiedensten Aufwandintensitäten bedingt, dass aufwandgeringe Verfahren nur so hoch entschädigt werden, dass der Gebührentarif auch für aufwandintensivste Fälle noch eine angemessene Entschädigung zulässt (VGE 708/97 vom 2.9.1997 Erw. 1c). Sodann beträgt der aktuell vom Verwaltungsgericht akzeptierte maximale Stundenansatz Fr. 220.-- inkl. MwSt (vgl. VGE III 2015 176 vom 22.12.2015 Erw. 4).

5.2.3 Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin reicht eine Kostennote über Fr. 4'131.60 ein (Fr. 3'750.-- zzgl. Auslagen von Fr. 86.20 zzgl. MwSt Fr. 295.40), wobei mit einem Stundenansatz von Fr. 250.-- gerechnet wurde (Aufwand von

15h). In Anbetracht des nur teilweisen Obsiegens resp. des Anspruchs auf eine reduzierte Parteientschädigung sowie der Reduktion des Stundenansatzes sowie in Anwendung der Grundsätze des Gebührentarifs wird die Parteientschädigung in Ausübung des pflichtgemässen Ermessens auf Fr. 1'800.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) festgesetzt.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird als gegenstandslos geworden am Protokoll abgeschrieben.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vorinstanzen eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'800.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) 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).

Soweit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht zulässig ist, kann in derselben Rechtsschrift subsidiäre Verfassungsbeschwerde* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113ff. BGG).

5. Zustellung an:
 - den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin (2/R)
 - den Rechtsvertreter der Vorinstanzen (4/R)
 - das Baudepartement des Kantons Schwyz (z.K.)
 - und die Eidg. Wettbewerbskommission, 3003 Bern (A).

Schwyz, 12. Februar 2019

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

***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: 20. Februar 2019