

# Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer III



---

III 2018 217

## Entscheid vom 12. Februar 2019

---

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident  
Ruth Mikšovic-Waldis, Richterin  
Monica Huber-Landolt, Richterin  
MLaw Manuel Gamma, Gerichtsschreiber

---

Parteien

**A.**\_\_\_\_\_ GmbH,  
Beschwerdeführerin,  
vertreten durch Rechtsanwalt MLaw B.\_\_\_\_\_,

**gegen**

**Genossame C.**\_\_\_\_\_,  
Vorinstanz,  
vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. D.\_\_\_\_\_,

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungsrecht (Freihändige Vergabe der  
Planungsleistungen für das Alters- und Pflegeheim E.\_\_\_\_\_)

## **Sachverhalt:**

**A.** Am 4. Dezember 2018 lässt die A.\_\_\_\_\_ GmbH beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Beschwerde betreffend Submission, freihändige Vergabe der Planungsleistungen für das Alters- und Pflegeheim E.\_\_\_\_\_, erheben mit den Anträgen:

1. Die Zuschlagsverfügung der Genossame C.\_\_\_\_\_ an die Planungskommission unter der Leitung von F.\_\_\_\_\_ sei aufzuheben.
2. Eventualiter sei der Zuschlag der Genossame C.\_\_\_\_\_ aufzuheben und zur Durchführung eines rechtmässigen Submissionsverfahrens an die Beschwerdegegnerin/Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Subeventualiter sei die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsverfügung und die Schadenersatzpflicht der Genossame C.\_\_\_\_\_ festzustellen.
4. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegnerin/Vorinstanz.

**B.** Mit Verfügung vom 5. Dezember 2018 lädt der instruierende Richter die Vorinstanz zur Vernehmlassung ein sowie die G.\_\_\_\_\_ AG zum Verfahrensbeitritt als Beigeladene. Gleichzeitig wurde der Beschwerde einstweilen bis auf Widerruf aufschiebende Wirkung erteilt.

**C.** Innert Frist reagiert die G.\_\_\_\_\_ AG nicht, was einen Verzicht auf Verfahrensbeitritt darstellt.

**D.** Die Vorinstanz beantragt mit Vernehmlassung vom 9. Januar 2019 innert erstreckter Frist die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Zudem beantragt sie den Entzug der aufschiebenden Wirkung. Die Beschwerdeführerin nimmt hierzu keine Stellung.

## **Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.1** Die Beschwerdeführerin begründet ihre Beschwerde, sie habe am 24. November 2018 aus der Zeitung erfahren, dass die Genossame C.\_\_\_\_\_ am 27. April 2018 einem Planungskredit für die Überbauung Alters- und Pflegeheim E.\_\_\_\_\_ und Wohnen im Alter beim APH E.\_\_\_\_\_ in der Höhe von Fr. 44'000.-- zugestimmt habe. Anschliessend habe die Genossame C.\_\_\_\_\_ mittels freihändigem Zuschlag eine Planungskommission unter der Leitung des Genossenpräsidenten eingesetzt, der (u.a.) ein Architekt der G.\_\_\_\_\_ angehöre. Gemäss Zeitung seien die Planungsarbeiten an das Architekturbüro G.\_\_\_\_\_ vergeben worden. Das Gesamtprojekt belaufe sich auf schätzungs-

weise Fr. 4'850'000.--, die mutmasslichen Planungskosten auf mindestens Fr. 420'000.--. Die Genossame C.\_\_\_\_\_ müsse die Bestimmungen zum öffentlichen Beschaffungsrecht anwenden. Der Wert für die Planungsarbeiten von Fr. 420'000.-- liege weit über dem Schwellenwert, weshalb eine freihändige Vergabe ausgeschlossen gewesen wäre und ein offenes Vergabeverfahren hätte durchgeführt werden müssen. Eine anwendbare Ausnahmebestimmung sei vorliegendenfalls nicht erkenntlich. Und selbst wenn die Vergabe freihändig möglich gewesen wäre, so hätten praxismässig mindestens drei Konkurrenten eingeladen werden müssen.

**1.2** Die Vorinstanz bestätigt den Planungskreditbeschluss der Genossengemeinde C.\_\_\_\_\_ über Fr. 44'000.--. Es sei die G.\_\_\_\_\_ AG beauftragt worden, ein Sachgeschäft für das Projekt 'Wohnen im Alter' auszuarbeiten, damit die Genossengemeinde darüber beschliessen könne. Es liege keine unzulässige Stückelung vor, da der Planungskredit lediglich die Ausarbeitung eines Sachgeschäfts zum Gegenstand habe und nicht die Planung und Ausführung des Projektes. Falsch sei damit, die Genossame C.\_\_\_\_\_ habe Planungs- und Architekturleistungen im Umfange von mindestens Fr. 420'000.-- vergeben. Zudem sei die Genossame C.\_\_\_\_\_ nicht öffentlich kapitalisiert, erhalte keine Subventionen und auch für das Projekt seien keine Subventionen vorgesehen. Die Erstellung von Alterswohnungen stelle auch keine öffentliche Aufgabe dar, solange dies nicht von Gesetzes her vorgesehen sei, was nicht der Fall sei. Und schliesslich sei die Genossame C.\_\_\_\_\_ auch keine öffentliche Organisation, sondern eine selbständige Körperschaft (Genossenschaft) des kantonalen öffentlichen Rechts. Die Genossame C.\_\_\_\_\_ befasse sich mit der Erstellung eines privaten Bauprojektes mit eigenen Mitteln. Insgesamt sei sie daher berechtigt, Aufträge und Arbeiten - gleich in welcher Höhe - freihändig zu vergeben.

**2.1** Gegen Verfügungen einer Auftraggeberin ist die Beschwerde an eine unabhängige kantonale Instanz zulässig. Diese entscheidet endgültig. Als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügungen gelten u.a. der Zuschlag, dessen Widerruf oder der Abbruch des Vergabeverfahrens (Art. 15 Abs. 1 und Abs. 1<sup>bis</sup> lit. e Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; SRSZ 430.120.1] vom 25.11.1994/15.3.2001).

**2.2** Gemäss ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes sind freihändige Vergaben grundsätzlich nicht anfechtbar. Die Annahme eines formalisierten Vergabezuschlages steht im Widerspruch zum Begriff einer freihändigen Vergabe, die sich dadurch auszeichnet, dass eine Vergabe direkt, d.h. ohne Ausschreibung und ohne Einladung erfolgt (Art. 12 Abs. 1 lit. c IVöB). Die freihändige

Vergabe ist nicht an strenge formelle Voraussetzungen gebunden und erfolgt nicht mittels Verfügung. Entsprechend kann sie auch nicht auf die Anwendung von Zuschlagskriterien, die es formalisiert gar nicht geben muss, überprüft werden. Mithin widerspricht die Durchführung eines Rechtsmittelverfahrens dem Sinn und Zweck der freihändigen Vergabe (EGV-SZ 2005 B 11.1; VGE III 2017 45 vom 24.7.2017 Erw. 1.2; VGE 1055/05 vom 9.12.2005 Erw. 4.1 m.w.H., insbesondere auf das Urteil BGer 2P.189/2004 vom 11.2.2005).

**2.3** Vorbehalten bleibt allerdings die Möglichkeit, dass ein Bewerber beschwerdeweise die Verfahrenswahl an sich (d.h. die Zulässigkeit des freihändigen Verfahrens) in Frage stellt oder geltend macht, eine zulässigerweise freihändig erfolgte Vergebung beruhe auf gegen das Binnenmarktgesetz verstossenden Vorschriften oder Weisungen, welche auf den Ausschluss ortsfremder Anbieter ausgerichtet sind, oder wenn sich der Vergabeentscheid erklärermassen auf eine dahingehende behördliche Praxis stützt (BGE 131 I 137 Erw. 2.6; VGE 1036/05 vom 31.8.2005 Erw. 4.1 f.).

**3.1** Aus den Akten der Vorinstanz ergibt sich, dass der Genossengemeinde vom 27. April 2018 ein Antrag für einen Planungskredit "Wohnen im Alter beim APH E. \_\_\_\_\_" in der Höhe von Fr. 44'000.-- unterbreitet wurde. Dies bei geschätzten Baukosten von Fr. 4'850'000.--. Der Planungskredit wurde einstimmig angenommen (Vi-act. 2 und 3). Ziel des Planungskredites war es, ein Projekt soweit auszuarbeiten, dass der Genossengemeinde 2019 ein Baukredit-Antrag unterbreitet werden kann (Vi-act. 4). Die Planungskosten setzten sich wie folgt zusammen: Architekt Fr. 28'000.--; Bauingenieur Fr. 5'000.--; Energieplanung Fr. 5'000.--; Geologie Fr. 3'000.-- und Nebenkosten Fr. 3'000.-- (Vi-act. 3).

**3.2** Damit steht fest, dass die Genossame C. \_\_\_\_\_ verschiedene Dienstleistungen je mit einem Auftragswert von weit unter dem Schwellenwert beschafft hat. In dem - hier massgeblichen - von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich können Dienstleistungen bis Fr. 150'000.-- freihändig beschafft werden (Anhang 2 Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; SRSZ 430.120.1] vom 25.11.1994/15.3.2001). Freihändige Beschaffung bedeutet die direkte Vergabe eines Auftrages ohne Ausschreibung (Art. 12 Abs. 1 lit. c IVöB). Die Vergabe erfolgt ohne Verfügung und ist nicht anfechtbar (vgl. Erw. 2).

**3.3** Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, die Vorinstanz habe die Arbeiten zum Planungskredit im falschen Verfahren vergeben oder die freihändige Vergabe verstosse gegen Grundsätze des Binnenmarktgesetzes (im Submissionsverfahren gilt in ausgeprägtem Masse das Rügeprinzip; VGE III 2017 45 vom 24.7.2017 Erw. 1.2). Vielmehr geht die Beschwerdeführerin irrtümlich von der

Annahme aus, es seien Dienstleistungen im Werte weit über dem Schwellenwert beschafft worden, nämlich Planungs- und Architekturleistungen in der Höhe von mindestens Fr. 420'000.--. Dies aber hält vor den Akten nicht stand. Die Genossame C. \_\_\_\_\_ hat nur einen Kredit über Fr. 44'000.-- gesprochen, was allein schon die Beschaffung von Leistungen von Fr. 150'000.-- und mehr ausschliesst. Ein Baukredit liegt noch gar nicht vor.

**3.4** Steht aber fest, dass die Vorinstanz keine Dienstleistungen mit einem Wert höher als Fr. 150'000.-- beschaffen konnte und/oder beschafft hat, durfte sie die Arbeiten gestützt auf Art. 12 Abs. 1 lit. c IVöB im freihändigen Verfahren ohne Ausschreibung direkt vergeben. Entgegen der beschwerdeführerischen Darstellung bestand für die Beschaffung dieser Dienstleistungen auch keine Pflicht, Konkurrenzofferten einzuholen (vgl. dazu EGV-SZ 2005 B 11.1 Erw. 3.4). Und selbst wenn Konkurrenzofferten eingeholt würden, bleibt es eine freihändige, nicht anfechtbare Vergabe (vgl. VGE III 2017 45 vom 24.7.2017 Erw. 2.3).

**3.5** Mithin durften die Arbeiten im Rahmen des Planungskredites freihändig vergeben werden. Die freihändige Vergabe ist nicht anfechtbar. Auf die Beschwerde ist daher praxisgemäss nicht einzutreten. Dies gilt für den Fall, dass die Genossame C. \_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit dem Projekt "Wohnen im Alter beim APH E. \_\_\_\_\_" dem Submissionsrecht unterstehen würde. Auf die Beschwerde nicht einzutreten wäre auch dann, wenn die Genossame C. \_\_\_\_\_ - wie von der Vorinstanz vorgetragen - dem Submissionsrecht gar nicht unterstehen würde (vgl. dazu Handbuch Öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Schwyz, Stand 2011, S.14), was letztlich offen bleiben kann.

**4.** Ist mit vorliegendem Entscheid auf die Beschwerde nicht einzutreten, erübrigt sich eine gesonderte Beschlussfassung über den von der Vorinstanz beantragten Entzug der aufschiebenden Wirkung. Der entsprechende Antrag ist gegenstandslos.

**5.1** Die auf Fr. 1'000.-- festzusetzenden Verfahrenskosten (Gerichtsgebühr, Kanzleikosten und Barauslagen) werden der Beschwerdeführerin auferlegt (§ 72 Abs. 1 Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRP; SRSZ 234.110] vom 6.6.1974).

**5.2** Die Beschwerdeführerin hat der beanwalteten, obsiegenden Vorinstanz eine Parteientschädigung zu leisten (§ 74 VRP). Diese wird in Beachtung des kantonalen Gebührentarifs für Rechtsanwälte (GebTRA; SRSZ 280.411) vom 27. Januar 1975, der ordentlicherweise für das Honorar in Verfahren vor dem Verwaltungsgericht in § 14 einen Rahmen von Fr. 300.-- bis Fr. 8'400.-- vorsieht und

in § 2 die Bemessungskriterien erwähnt, unter Ausübung des pflichtgemässen Ermessens auf Fr.1'700.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) festgelegt.

**Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:**

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Verfahrenskosten (Gerichtsgebühr, Kanzleikosten und Barauslagen) von Fr. 1'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie hat am 11. Dezember 2018 einen Kostenvorschuss von Fr. 2'500.-- geleistet, so dass ihr ein Betrag von Fr. 1'500.-- aus der Gerichtskasse zurückerstattet wird.
3. Die Beschwerdeführerin hat der Vorinstanz eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'700.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) zu leisten.

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 Rechtsvertreter der Vorinstanz (2/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: 14. Februar 2019