

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Einzelrichter



III 2019 220

Entscheid vom 7. Januar 2020

Parteien

1. **A. _____ AG,**
2. **B. _____ AG,**
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Kanton Schwyz, Baudepartement, Tiefbauamt,
Postfach 1251, 6431 Schwyz,
Vorinstanz,

Gegenstand

Öff. Beschaffungsrecht (öff. Ausschreibung Ausführung Winterdienstleistungen auf Kantonsstrassen 2020-2030 [Schneeräumung u.w.], Los-Nr. 15: Kirche Schwyz-Passhöhe Ibergereg; Los-Nr. 211: Unteriberg-Oberiberg-Weid-Passhöhe Ibergereg)

Sachverhalt:

A. Im Amtsblatt Nr. 47 vom 22. November 2019 (S. 2747 ff.) und gleichentags auf www.simap.ch hat der Kanton Schwyz, vertreten durch das Baudepartement des Kantons Schwyz, die Ausführung von Winterdienstleistungen auf Kantonsstrassen 2020 - 2030 (Schneeräumung, Glatteisbekämpfung und teilweise Schneefräsarbeiten) im offenen Verfahren ausgeschrieben. Die Ausschreibung der Winterdienstleistungen enthielt insgesamt 19 Lose, darunter Los Nr. 15 (Kirche Schwyz - Passhöhe Ibergereg, inkl. Schneefräsarbeiten) sowie Los Nr. 211 (Unteriberg-Oberiberg-Weid-Passhöhe Ibergereg, inkl. Schneefräsarbeiten). Teilangebote wurden zugelassen als Teilangebot pro Los; Anbieter können Offerten für ein Los oder mehrere Lose gemäss Ausschreibung einreichen. Die Frist zur Einreichung des Angebotes wurde auf 15. Januar 2020, 14 Uhr, festgesetzt.

B. Mit Eingabe vom 2. Dezember 2019 reichen die A. _____ AG sowie die B. _____ AG beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz gegen die Ausschreibung vom 22. November 2019 fristgerecht Beschwerde ein mit dem Antrag:

Die Zuteilung der Strecke auf der Ibergeregstrasse soll analog der Ausschreibung von 2010 - 2020 vorgenommen werden, wodurch die Teilstrecke Weid, Oberiberg bis Gründel, Schwyz, durchgängig zusammenbleibt.

C. Mit Vernehmlassung vom 18. Dezember 2019 beantragt das Baudepartement des Kantons Schwyz:

1. Es sei auf die Beschwerde vom 2. Dezember 2019 nicht einzutreten und die aufschiebende Wirkung unverzüglich zu entziehen.
2. Eventualiter sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen.
3. Alles unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerinnen.

Die Vernehmlassung wurde den Beschwerdeführerinnen am 19. Dezember 2019 zugestellt. Weitere Eingaben der Parteien erfolgten nicht.

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Vor Erlass eines Entscheides prüft das Verwaltungsgericht von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für einen Sachentscheid erfüllt sind. So prüft es die Zuständigkeit, die Partei- und Verfahrensfähigkeit, die Vertretungsbefugnis der Parteivertreter, 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 Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRP, SRSZ

234.110). Ist eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt, trifft das Gericht einen Nichteintretensentscheid (§ 27 Abs. 2 VRP).

Ist auf eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde oder Klage offensichtlich mangels einer Sachurteilsvoraussetzung nicht einzutreten oder ist sie wegen klaren Rechts ohne weiteres begründet oder unbegründet, trifft der Präsident oder ein vom Verwaltungsgericht bezeichneter Richter einen Einzelrichterentscheid (§ 60 VRP; § 40 Justizgesetz [JG; SRSZ 231.110] vom 18.11.2009). Als Vizepräsident des Verwaltungsgerichts amtiert der unterzeichnende als Einzelrichter (§ 41 JG; Konstituierung, ABI 2016 S. 1727).

2.1 Gegen Verfügungen einer Vergabebehörde ist die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zulässig (vgl. Art. 15 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; SRSZ 430.120.1] vom 25.11.1994/ 15.3.2001 i.V.m. § 3 des KRB über den Beitritt des Kantons Schwyz zur IVöB [SRSZ 430.120] vom 17.12.2003). Als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügung gilt namentlich die Ausschreibung des Auftrages (Art. 15 Abs. 1^{bis} lit. a IVöB).

2.2 Die Beschwerden sind schriftlich und begründet innert zehn Tagen seit Eröffnung der Verfügungen einzureichen (Art. 15 Abs. 2 IVöB).

2.3 Mit der Beschwerde können gerügt werden (Art. 16 Abs. 1 IVöB):

- a) Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens und
- b) unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes.

Unangemessenheit kann nicht geltend gemacht werden (Art. 16 Abs. 2 IVöB). Anzuführen ist, dass im Submissionsverfahren in ausgeprägtem Masse das Rügeprinzip anwendbar ist. Eine Rechtsanwendung von Amtes wegen drängt sich bei schwerwiegenden Verfahrensmängeln auf. Dies ist beispielsweise der Fall bei der Wahl einer nicht den Vorschriften entsprechenden Verfahrensart (EGV-SZ 2006 B 11.1 Erw. 4.1 sowie B 11.2 Erw. 3.2).

2.4 Nach konstanter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts reicht im Submissionsverfahren die unmittelbare Betroffenheit für die Bejahung der Beschwerdelegitimation nicht aus. Diese ist nur zu bejahen, wenn und soweit bei Beschwerdegutheissung die Stellung der Beschwerde führenden Partei unmittelbar beeinflusst wird (vgl. VGE III 2012 129 vom 15.11.2012 Erw. 2.1; VGE III 2010 101 vom 16.7.2010 Erw. 2.1; VGE III 2009 68 vom 10.6.2009 Erw. 2.1 mit zahlreichen Hinweisen; vgl. auch BGE 141 II 14 Erw. 5).

Vorliegend wird indes nicht eine Zuschlagsverfügung, sondern eine Ausschreibung angefochten. In Verfahren gegen die Ausschreibung ist für die Beschwerdelegitimation massgeblich, ob die beschwerdeführende Person als potentielle Anbieterin der nachgefragten Dienstleistung in Frage kommt und sie die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens bzw. die Feststellung von dessen Rechtswidrigkeit beantragt (Urteil BGer 2C_563/2016 vom 30.12.2016 Erw. 1.3.2). Denn zur Einreichung eines Rechtsmittels ist nur berechtigt, wer (u.a.) durch die angefochtene Verfügung (die Ausschreibung) besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung hat (vgl. § 37 Abs. 1 lit. b und c VRP).

2.5 Im offenen und selektiven Verfahren erfolgt die Ausschreibung von Aufträgen mindestens im kantonalen Amtsblatt (§ 10 Abs. 1 der Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [VIVöB; SRSZ 430.130] vom 15.12.2004). Die Ausschreibung hat unter anderem den Gegenstand, Umfang und die Dauer des Auftrages, einschliesslich Optionen für zusätzliche Leistungen sowie Informationen über Varianten und Daueraufträge, Teilangebote und Bildung von Losen zu enthalten (§ 12 Abs. 1 lit. c und d VIVöB). Bereits mit der Ausschreibung sind die Grundsätze des Submissionsrechtes einzuhalten, so unter anderem die Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Anbieter oder die Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbes (Art. 11 lit. a und b IVöB). Ein Beschaffungsgegenstand darf etwa nicht so definiert werden, dass gewisse Anbieter gezielt ausgeschlossen und damit diskriminiert werden oder dass nur einer oder wenige Anbieter offerieren können, was einen wirksamen Wettbewerb verhindert. Soweit die Vergabebehörde diese allgemeinen Grundsätze einhält, steht ihr in der Ausgestaltung der Ausschreibung, insbesondere auch in der Definition des Beschaffungsgegenstandes ein grosser Ermessensspielraum zu (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Rz. 401 ff.).

3.1 Die gerügte Losbildung für den Winterdienst auf der Ibergereggestrasse ist Teil der Ausschreibung selbst (vgl. Ingress Bst. A). Diese enthält auch die Rechtsmittelbelehrung, dass gegen die Ausschreibung innert 10 Tagen seit Publikation Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz eingereicht werden kann. Die vorliegende Beschwerdeschrift ist schriftlich und fristgerecht beim dafür zuständigen Gericht eingereicht worden.

3.2 Ob die Beschwerdeführerinnen zur Beschwerdeführung befugt sind, hängt mitunter davon ab, ob sie als potentielle Anbieterinnen von der Ausschreibung betroffen sind. Die Beschwerdeschrift enthält hierzu keine Ausführungen. Die

Beschwerdeführerinnen begründen nicht, dass sie zur Beschwerde befugt wären. Weder zeigen sie auf, dass sie in der Vergangenheit für den Kanton Winterdienstleistungen (etwa auf der Ibergereggestrasse) erbracht hätten, noch, dass sie fähig und gewillt wären, entsprechende Leistungen künftig zu erbringen und sie dem entsprechend ein Angebot einzureichen gedenken. Auch implizit geht aus ihren Ausführungen nicht hervor, dass sie sich als potentielle Anbieterinnen von Winterdienstleistungen namentlich auf der Strecke der Lose 15 und 211 gegen die Ausschreibung beschweren.

Beschweren sich die Beschwerdeführerinnen nicht als potentielle Anbieterinnen, würde ihnen - wie die Vorinstanz vernehmlassend zutreffend ausführt - die Legitimation zur Beschwerdeführung fehlen (vgl. oben Erw. 2.4). Das Nämliche gilt, wenn sie zwar Winterdienstleistungen anbieten, aber die von der Vorinstanz gewählte Losbildung nicht bedienen könnten, mithin diesen Auftrag nicht erfüllen könnten. Sie kämen dann als Anbieter nicht in Frage und wären somit zur Beschwerde nicht legitimiert (vgl. BGE 137 II 313 Erw. 3.3.1). Auf die Beschwerde wäre folglich nicht einzutreten.

Weitere Abklärungen hierzu - etwa im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels - erübrigen sich indes. Selbst wenn die Beschwerdeführerinnen aufzuzeigen vermöchten, dass sie von der Ausschreibung als potentielle Anbieterinnen betroffen sind, wäre auf die Beschwerde aus nachfolgenden Gründen nicht einzutreten.

3.3.1 Die Beschwerdeführerinnen fordern, die Winterdienstleistung auf der Ibergereggestrasse solle analog der Ausschreibung von 2010 - 2020 vorgenommen werden. Mithin verlangen sie die Anpassung der in der Ausschreibung vom 22. November 2019 definierten Lose 15 und 211.

3.3.2 Die Beschwerdeführerinnen führen als Begründung an, die Strecke von Schwyz über die Ibergereggestrasse nach Oberiberg weise unterschiedliche Anforderungen an den Winterdienst auf. Die Schneefallgrenze liege meist bei rund 1'100 m.ü.M. Oberhalb sei die Schneeräumung öfters notwendig und habe bislang problemlos von der Passhöhe aus bewerkstelligt werden können. Zudem sei die ganze Strecke von Schwyz resp. von Unteriberg bis auf die Passhöhe zu lang, die Schneeräumung dauere zu lange, so dass bei Fertigstellung schon wieder Schnee liege. Gerade bei starkem Schneefall wäre das Räumungsfahrzeug wohl immer am falschen Ort. Die gesamte Strasse sei für das ganze Gebiet von grosser Bedeutung, die Bedürfnisse der Strassenbenützer auf den verschiedenen Abschnitten seien indes unterschiedlich. Auch dem Sicherheitsaspekt schenke die gewählte Losbildung zu wenig Beachtung. Die Losgrenze solle gemäss Bedarf und Bedürfnis abgesteckt werden, anstatt künstlich auf dem höchsten Punkt

(Passhöhe). Dem habe der Auftrag der Jahre 2010 - 2020 entsprochen, weshalb auch in der neuen Ausschreibung dieselbe Losbildung vorgenommen werden solle.

3.3.3 Mit diesen Ausführungen rügen die Beschwerdeführerinnen weder eine Rechtsverletzung noch eine unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes. Sie zeigen nicht auf, inwiefern die vorgenommene Ausschreibung resp. Losbildung gegen anzuwendendes Recht verstösst. Es ist denn auch nicht ersichtlich, inwiefern die von der Vorinstanz gewählte Losbildung etwa gegen das Diskriminierungsverbot verstossen würde oder einen wirksamen Wettbewerb verhindert oder sonst gegen Submissionsrecht verstösst. Auch die Beschwerdeführerinnen machen nicht geltend, die Losbildung sei gezielt so gewählt, dass sie selbst kein Angebot einreichen könnten oder dass die Losbildung gar keinen wirksamen Wettbewerb ermögliche. Andere als die genannten Rügen sind im Rahmen einer Submissionsbeschwerde indes unzulässig (vgl. Art. 16 IVöB).

3.4.1 Im Wesentlichen machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die mit der Ausschreibung vom 22. November 2019 gebildeten Lose für den Winterdienst auf der Ibergereggestrasse zwischen Schwyz und Unteriberg seien weniger geeignet als die bisherige Aufteilung resp. gar ungeeignet.

3.4.2 Die Beschwerdeführerinnen verkennen, dass die öffentliche Vergabebehörde als Auftraggeberin grundsätzlich frei darüber bestimmen können muss, welche Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie bezüglich Qualität, Ausstattung, Service usw. stellt, was also im Einzelnen Gegenstand und Inhalt der Submission ist. Beim Entscheid über den Gegenstand und den Umfang der Beschaffung handelt es sich daher um einen vom Verwaltungsgericht gemäss Art. 16 Abs. 2 IVöB nicht überprüfbaren Ermessensentscheid. Es ist ausschliesslich Sache der zuständigen Vergabebehörde, über die Notwendigkeit und Zweckmässigkeit einer Beschaffung zu befinden. Diese Freiheit beinhaltet ebenso die Frage, ob und wie Lose gebildet werden (soweit dabei die Grundsätze des Submissionsrechtes eingehalten sind). Mit der Submissionsbeschwerde kann deshalb nicht verlangt und erreicht werden, dass das Verwaltungsgericht der Vergabebehörde vorschreibt, ein anderes Produkt zu beschaffen als dasjenige, das sie zu beschaffen beabsichtigt, oder andere Lose zu bilden. Das Verwaltungsgericht hat lediglich darüber zu wachen, dass die Beschaffung in Übereinstimmung mit der Submissionsgesetzgebung erfolgt (vgl. VPB-66.38 vom 16.11.2001 Erw. 5a; Urteil BVGer B-822/2010 vom 10.3.2010 Erw. 4.2). Soweit sich die Definition des Beschaffungsgegenstandes

auf objektive, vertretbare Gründe stützt (solche zeigt die Vorinstanz vernehmlassend zweifellos auf), bleibt sie der gerichtlichen Überprüfung entzogen. Einzig grundlose, unsinnige und ungerechtfertigt diskriminierende Festlegungen sind rechtswidrig (vgl. auch BGE 137 II 313 Erw. 3.3.1; Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015 Rz. 82 f.). Solches machen die Beschwerdeführerinnen zu Recht nicht geltend.

4.1 Zusammenfassend ist die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerinnen fraglich, was aber offen bleiben kann. Denn in ihrer Beschwerde vom 2. Dezember 2019 bringen sie keine zulässigen Beschwerdegründe gegen die Ausschreibung vom 22. November 2019 vor. Soweit sie die von der Vorinstanz gewählte Losbildung für den Winterdienst auf der Ibergereggsstrasse zwischen Schwyz und Unteriberg als ungeeignet rügen, ist darauf nicht einzutreten, da Unangemessenheit nicht geltend gemacht werden kann.

4.2 Auf die Beschwerde ist somit nicht einzutreten.

4.3 Mit dieser Entscheidung wird der vorinstanzliche Antrag, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen, gegenstandslos.

4.4 Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 500.-- (Gerichtsgebühr, Kanzleikosten und Barauslagen) festgesetzt und den Beschwerdeführerinnen in solidarischer Haftung auferlegt (§ 72 VRP).

Demnach erkennt der Einzelrichter:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 500.-- (Gerichtsgebühr, Kanzleikosten und Barauslagen) werden den Beschwerdeführerinnen in solidarischer Haftung auferlegt. Sie haben am 11. Dezember 2019 einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'500.-- geleistet, so dass ihnen aus der Gerichtskasse Fr. 2'000.-- zurückzuerstatten sind.
3. 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 Rechtsschrift einzureichen.
4. Zustellung an:
 - die Beschwerdeführerinnen (2/R; Zustelladresse Beschwerdeführerin Ziff. 1)
 - die Vorinstanz
 - und die Eidg. Wettbewerbskommission WEKO, 3003 Bern (A).

Schwyz, 7. Januar 2020

Der Einzelrichter:

Dr.iur. Vital Zehnder

***Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Romansch 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: 7. Januar 2020