

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer III



III 2022 139

Entscheid vom 25. November 2022

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident
lic.iur. Karl Gasser, Richter
Irene Thalman, Richterin
lic.iur. Josef Mathis, Gerichtsschreiber

Parteien

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

gegen

Gemeinderat Wollerau, Hauptstrasse 15, Postfach 335, 8832 Wollerau,
Vorinstanz,
vertreten durch Rechtsanwalt C. _____,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungsrecht (Arbeitsvergabe Baumeisterarbeiten
Etappe 2, Ersatzbau D. _____)

Sachverhalt:

A. (...) 2022 schrieb die Gemeinde Wollerau als federführende Bauherrin auf der Plattform www.simap.ch sowie im Amtsblatt des Kantons Schwyz (...) die Baumeisterarbeiten Etappe 2 (...) für den Neubau D._____ im offenen Verfahren, dem Staatsvertragsbereich nicht unterliegend, aus (Vi-act. 1 und 2). Innert Frist (...) gingen acht Offerten ein (Vi-act. 13), so unter anderem von der E._____AG, sowie der A._____AG.

B. Mit Beschluss Nr. 2022.284 vom 5. September 2022 vergab der Gemeinderat Wollerau die Arbeiten zum Betrag von Fr. 7'954'441.25 netto inkl. MwSt an die E._____AG mit der Begründung, es handle sich unter Berücksichtigung der in der Ausschreibung festgelegten Kriterien um das wirtschaftlich günstigste Angebot (Vi-act. 16). Der Beschluss wurde den Offerenten mit Schreiben vom 7. September 2022 zugestellt (Vi-act. 17).

C. Gegen die Zuschlagsverfügung erhob die A._____AG am 16. September 2022 fristgerecht Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz mit den Anträgen:

1. Es sei Ziffer 1 des Beschlusses des Gemeinderates Wollerau vom 05.09.2022 aufzuheben.
2. Es sei die erstplatzierte E._____AG, vom Submissionsverfahren auszuschliessen.
3. Es seien die Baumeisterarbeiten 2. Etappe zum Betrag von CHF 8'686'651.20 der Beschwerdeführerin zu vergeben.
4. Eventuell sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
5. Es sei der vorliegenden Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beschwerdegegners.

D. Mit Verfügung vom 19. September 2022 erteilte der verfahrensleitende Richter der Beschwerde einstweilen bis auf Widerruf aufschiebende Wirkung. Gleichzeitig wurde die Vorinstanz zur Vernehmlassung bis 6. Oktober 2022 eingeladen und der Zuschlagsempfängerin die Möglichkeit eingeräumt, dem Verfahren durch Einreichung einer Vernehmlassung innert derselben Frist als Beigeladene beizutreten.

E. Innert Frist liess sich die Zuschlagsempfängerin nicht verlauten, wodurch sie auf den Verfahrensbeitritt verzichtete.

F. Mit Vernehmlassung vom 6. Oktober 2022 beantragte der Gemeinderat Wollerau:

ANTRÄGE

1. Es sei die Beschwerde vom 16. September 2022 abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Beschwerdeführerin.

sowie folgende

PROZESSUALE ANTRÄGE:

1. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen bzw. die einstweilen verfügte aufschiebende Wirkung sofort wieder zu entziehen.
Eventualiter sei die Beschwerdeführerin innerhalb nützlicher Frist zur Leistung von Sicherheiten für die Verfahrenskosten und eine mögliche Parteientschädigung zu verpflichten.
2. Es seien die eingereichten Akten vertraulich zu behandeln und es sei vor Aktenbekanntgabe an andere Verfahrensparteien der Vorinstanz Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen.
3. Es sei der Vorinstanz vollumfängliche Akteneinsicht (insbesondere in die Beilagen der Beschwerdeführerin) zu gewähren und anschliessend Gelegenheit zur Ergänzung der Vernehmlassung zu geben.

G. Mit Zwischenbescheid III 2022 151 vom 7. Oktober 2022 lehnte der Einzelrichter den Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung ab. Er erwog im Rahmen einer prima-facie-Würdigung, die Eintretensvoraussetzungen seien - prima vista - erfüllt (Erw. 4.2). Hingegen lasse die prima-facie Würdigung keinen eindeutigen Schluss in dem Sinne zu, dass sich die Beschwerde mit dem Antrag, die Zuschlagsempfängerin sei vom Verfahren auszuschliessen, als klarerweise begründet oder unbegründet erweise (Erw. 5.3). Schliesslich könne prima vista der Vorwurf nicht entkräftet werden, dass die Vorinstanz die Angebote nicht entsprechend den publizierten Zuschlagskriterien ausgewertet habe (Erw. 5.4). Der Vorinstanz wurde Frist angesetzt, um die Vernehmlassung zu ergänzen und dabei insbesondere auch auf die Erwägungen im Zwischenentscheid einzugehen.

H. Innert erstreckter Frist reichte die Vorinstanz am 14. November 2022 die ergänzte Vernehmlassung ein mit den Anträgen:

1. Es sei die Beschwerde vom 16. September 2022 gutzuheissen und es sei Ziffer 1 des Beschlusses des Gemeinderates Wollerau vom 5. September 2022 aufzuheben. Die ursprünglich erstplatzierte E. AG sei vom Submissionsverfahren auszuschliessen und der Zuschlag der Vergabe (Baumeisterarbeiten

2. Etappe) zum Betrag von CHF 8'686'651.20 (fest bis Bauende, ohne Teuerungsanspruch) an die Beschwerdeführerin zu erteilen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gemeinde Wollerau.

I. Am 22. November 2022 nahm die Beschwerdeführerin Stellung zu der ihr am 15. November 2022 zugestellten Vernehmlassung (vom 6.10.2022) und der ergänzten Vernehmlassung (vom 14.11.2022) der Vorinstanz.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Betreffend Sachurteilsvoraussetzungen kann auf die Ausführungen im Zwischenbescheid III 2022 151 vom 7. Oktober 2022 verwiesen werden. Es drängt sich nichts auf, um von der Erfüllung der Voraussetzungen gemäss prima-facie-Würdigung abzuweichen.

2. Laut der Vorinstanz habe es der Zwischenbescheid notwendig gemacht, einen Marschhalt einzulegen und die Ausgangslage gründlich zu analysieren. Nach dieser neuerlichen Beurteilung beantragt sie mit ergänzter Vernehmlassung vom 14. November 2022 die Gutheissung der Beschwerde, den Verfahrensausschluss der Zuschlagsempfängerin (sowie drei weiterer Offertsteller) und Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin.

2.1 Aufgrund der neuerlichen Prüfung des Sachverhalts und der Originalakten habe sie feststellen müssen, dass der Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin nicht zu Recht erfolgt sei. Die Ausschreibungsunterlagen seien mit deren Aussagen zum Festpreis in unzulässiger Weise abgeändert worden. Dies treffe so auch für weitere drei Unternehmungen (die acht-, sechst- und fünftplatzierten Offerenten) zu, welche demzufolge ebenfalls auszuschliessen seien. Zudem habe die Zuschlagsempfängerin den Betreibungsregisterauszug erst nachträglich eingereicht; er datiere vom 23. August 2022. Dies hätte mindestens in Kombination, wenn nicht gar je gesondert, zum Ausschluss führen müssen.

Mit dem Verzicht auf eine Verfahrensteilnahme der Zuschlagsempfängerin, welche um den mit der Beschwerde beantragten Ausschluss wisse, habe sie auch zum Ausdruck gebracht, dass sie an den Vorwürfen betreffend Festpreis nichts auszusetzen habe. Vor diesem Hintergrund müsse deren Schreiben vom 22. August 2022 neu dahingehend verstanden werden, dass sie keinen Festpreis offeriert habe. Damit handle es sich nicht, wie im angefochtenen Entscheid angenommen, um einen Hinweis auf die Geltendmachung einer a.o. Teuerung gestützt auf OR und SIA-Norm 118, sondern um eine unzulässige Abänderung der Ausschreibung.

Der angefochtene Entscheid sei damit dahingehend zu korrigieren, als die Zuschlagsempfängerin die Ausschreibungsunterlagen abgeändert habe, indem sie explizit zum Ausdruck gebracht habe, dass sie keinen Festpreis bis Bauende garantieren könne und einen Teuerungsanspruch, entgegen den explizit anderslautenden Ausführungen auf Seite 13 der Ausschreibungsunterlagen, geltend machen würde. Damit habe sie einen Ausschlussgrund gemäss § 26 Abs. 1 lit. g Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (VIVöB; SRSZ 430.130) vom 15. Dezember 2004 gesetzt. Zudem sei das Angebot nicht vollständig gewesen und damit ein publiziertes Eignungskriterium nicht erfüllt.

2.2 Dem Zwischenbescheid sei sodann insofern zuzustimmen, als die publizierten Zuschlagskriterien nicht kongruent angewendet worden seien. Es seien vor diesem Hintergrund sämtliche noch verbleibenden Offerten im Hinblick auf die publizierten Zuschlagskriterien geprüft worden. Dies mit dem Resultat, dass der Zuschlag weiterhin an das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgen könne; dies sei nach dem Ausschluss der Zuschlagsempfängerin die Beschwerdeführerin.

Der im Zwischenbescheid geäusserte Verdacht, das publizierte Subkriterium "Referenzauskünfte zu Firmenreferenz" sei überhaupt nicht ausgewertet worden, werde bestritten. Die Referenzen seien telefonisch eingeholt und überprüft worden, wenn auch keine Aktennotizen erstellt worden seien. Sämtliche relevanten Referenzen seien neuerlich überprüft und bewertet worden.

Richtig sei im Zwischenbescheid, dass fälschlicherweise ein nicht publiziertes Subkriterium 'Lehrlinge' ausgewertet worden sei. Dieses sei neu nicht berücksichtigt worden.

Richtig dargestellt sei im Zwischenbescheid auch, dass die Kapazität der Unternehmung anhand technischer Angaben definierter Teilkriterien ausgewertet worden sei, wogegen die Kapazität in der publizierten Ausschreibung rein personell zu verstehen gewesen sei. Auch dies habe man überarbeitet.

Das Kriterium Preis habe man gemäss linearer Formel des Handbuches ausgewertet, wobei die Formel falsch wiedergegeben worden sei. Zudem genüge die angewendete Preisspanne von 150% den rechtlichen Anforderungen möglicherweise nicht. Entsprechend sei eine Neuberechnung mit einer Preisspanne von 50% vorgenommen worden, was sowohl dem Beschaffungsgegenstand als auch den ursprünglich geschätzten voraussichtlichen Angebotspreisen bzw. den nun vorliegenden tatsächlichen Preisen Rechnung trage.

Bei dieser neuerlichen, korrekten Auswertung der Offerten sei das Angebot der Beschwerdeführerin das wirtschaftlich günstigste, weshalb ihr der Zuschlag zu erteilen sei.

2.3 Die Vorinstanz beantragt Gutheissung der Beschwerde, Ausschluss der Zuschlagsempfängerin (und drei weiterer Offertsteller) vom Verfahren und Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin. Dies könne das Gericht reformatorisch beschliessen. Eine Rückweisung zur neuerlichen Auswertung an die Vorinstanz sei vorliegend nicht notwendig und würde keine neuen Erkenntnisse bringen. Der Fall sei hinreichend geklärt. Auch habe die Vorinstanz mit der Neuurteilung das ihr zustehende Ermessen bereits ausgeübt, weshalb mit einem reformatorischen Urteil nicht in ihr Ermessen eingegriffen würde. Auch liege klar ein Antrag ihrerseits auf Beschwerdegutheissung und Zuweisung an die Beschwerdeführerin vor. Diese verfüge über das wirtschaftlich günstigste Angebot. Sie sei im angefochtenen Verfahren bereits Zweitplatzierte gewesen und die damalige Zuschlagsempfängerin sei dem vorliegenden Verfahren trotz entsprechender Einladung nicht beigetreten.

3. Mit Stellungnahme vom 22. November 2022 hält die Beschwerdeführerin fest, aufgrund der ergänzten Vernehmlassung der Vorinstanz seien die Rechtsbegehren beider Parteien identisch. Das Verfahren sei deshalb durch Anerkennung der Beschwerde abzuschreiben oder im Sinne des Antrags der Beschwerdeführerin zu entscheiden.

4.1 Die Vorinstanz bestätigt die Rüge der Beschwerdeführerin, dass die Zuschlagsempfängerin zu Unrecht nicht vom Verfahren ausgeschlossen worden sei. Neben dieser seien zudem drei weitere Offertsteller vom Verfahren auszuschliessen. Auch bestätigt die Vorinstanz, dass ihr bei der Bewertung der Offerten Fehler (falsche Zuschlagskriterien) unterlaufen sind, weshalb sie eine Neubewertung vorgenommen habe. Dies führt die Vorinstanz in der Summe dazu, Gutheissung der Beschwerde, Ausschluss der Zuschlagsempfängerin und Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin zu beantragen.

4.2 Art. 18 Abs. 1 der (im vorliegenden Fall anwendbaren) Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; SRSZ 430.120.1] vom 25.11.1994 / 15.3.2001 sieht die Möglichkeit der Fällung eines reformatorischen Entscheides ausdrücklich vor. Rechtsprechungsgemäss hat die Beschwerdeinstanz ihre Kompetenz, im Sinne von Art. 18 Abs. 1 IVöB reformatorisch zu urteilen, jedoch nur mit Zurückhaltung wahrzunehmen und die Angelegenheit im Grundsatz an die Vergabebehörde zurückzuweisen, damit diese in Beachtung des ihr zustehenden Ermessensspielraums eine Neuurteilung vor-

nimmt. Zudem soll nur da reformatorisch entschieden werden, wo hinreichend geklärte Konstellationen vorliegen (zum Ganzen BGE 146 II 276 Erw. 6.2). Zu beachten ist schliesslich, dass die Aufhebung eines Zuschlages nicht nur zwischen den Verfahrensparteien wirkt, sondern ungeteilte Rechtswirkung für alle Offertsteller entfaltet (BGE 141 II 14 Erw. 4.7).

4.3 Vorliegend beantragt die Vorinstanz Gutheissung der Beschwerde und einen reformatorischen Entscheid, nachdem sie die eingereichten Offerten im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens noch einmal grundsätzlich neu geprüft und bewertet habe.

Damit aber handelt es sich um eine gänzlich neue Ausgangslage, von welcher nach Aufhebung des Zuschlages nicht nur die Beschwerdeführerin und Zuschlagsempfängerin betroffen sind, sondern aufgrund des Prinzips der ungeteilten Wirkung der Zuschlagsaufhebung sämtliche Offertsteller (vgl. BGE 141 II 14 Erw. 4.7). Beantragt ist nicht bloss eine Änderung der Rangierung aufgrund der Berücksichtigung neuer (der richtigen) Zuschlagskriterien, sondern ebenso der Ausschluss mehrerer Offertsteller.

Würde das Gericht in einem solchen Fall reformatorisch entscheiden, würde dies bedeuten, dass es den Zuschlag an die im Beschwerdeverfahren einzig beteiligte Anbieterin aufgrund (zu Recht) neu berücksichtigter Zuschlagskriterien und nach dem Ausschluss mehrerer Offertsteller ohne deren Beteiligung erteilen würde. Es wäre eine Zuschlagserteilung gestützt auf eine umfassend neu durchgeführte Auswertung der Offerten; bei korrekter Betrachtung gestützt auf ein gänzlich neues Beurteilungsverfahren. Dies aber sprengt den Rahmen der Möglichkeiten eines reformatorischen Entscheides. Vielmehr muss es mit der Kassation des Zuschlagsbeschlusses und der Rückweisung an die Vorinstanz sein Bewenden haben, damit sie sämtliche Angebote neu korrekt in Beachtung der Ausschreibungsunterlagen prüft und bewertet und die Vorinstanz selbst als Zuschlagsbehörde erstinstanzlich dem wirtschaftlich günstigsten Angebot unter Wahrung der Verfahrensrechte sämtlicher Offertsteller den Zuschlag erteilt.

5. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde damit insoweit als begründet, als der Zuschlag an die E. _____ AG aufgehoben und die Sache zur Durchführung einer neuen Beurteilung der eingereichten Offerten und neuem Zuschlag an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

6. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens und des Zwischenbescheidverfahrens (III 2022 151) werden auf gesamthaft Fr. 2'000.-- (Gerichtsgebühr, Kanzleikosten und Barauslagen) festgesetzt und der Vorinstanz auferlegt.

7. Die Vorinstanz hat der obsiegenden beanwalteten Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zu leisten (§ 74 Abs. 1 VRP). Die Entschädigung richtet sich nach dem Gebührentarif für Rechtsanwälte (GebTRA, SRSZ 280.411). § 2 des Gebührentarifs 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).

Mit der Stellungnahme vom 22. November 2022 hat der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin auch eine Kostennote eingereicht. Darin werden ein Aufwand von 12.5 Std. à Fr. 300.-- (Stundenansatz inkl. Dringlichkeitszuschlag) = Fr. 3'750.-- sowie eine Auslagenpauschale von 3% (von Fr. 3'570.--) geltend gemacht zzgl. MwSt, mithin eine Entschädigung von total Fr. 4'159.90.

In Berücksichtigung der eingangs wiedergegebenen Grundlagen, dem Fehlen einer detaillierten Leistungserfassung, der Pauschalisierung der Auslagen sowie dem maximal anrechenbaren Stundenansatz rechtfertigt es sich vorliegend, der Beschwerdeführerin zu Lasten der Vorinstanz eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 2'800.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) zuzusprechen.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss des Gemeinderates Wollerau vom 5. September 2022 (Beschluss-Nr. 2022.284; Zuschlagerteilung) aufgehoben und die Sache zur neuerlichen Prüfung und Bewertung der Angebote und neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die Kosten von Fr. 2'000.-- (Gerichtsgebühr, Kanzleikosten und Barauslagen) für das Hauptverfahren (III 2022 139) und das Zwischenbescheidverfahren (III 2022 151) werden der Vorinstanz auferlegt. Sie hat den Betrag innert 30 Tagen auf das Postkonto IBAN CH10 0900 0000 6002 2238 6 des Verwaltungsgerichts zu überweisen.

Die Beschwerdeführerin hat am 21. September 2022 einen Kostenvorschuss von Fr. 2'500.-- geleistet, der ihr aus der Gerichtskasse zurückerstattet wird.

3. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'800 (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; unter Beilage der beschwerdeführerischen Eingabe vom 22.11.2022)
- E. _____ AG (R; nur Dispositiv)
- das Baudepartement des Kantons Schwyz
- und die Eidg. Wettbewerbskommission, 3003 Bern (A).

Schwyz, 25. November 2022

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: 25. November 2022