

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer III



III 2024 12

Entscheid vom 22. April 2024

Besetzung

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

Parteien

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

gegen

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

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungsrecht (Ersatzbeschaffung Kommunalfahrzeuge 2023 - 2027; Vergabe)

Sachverhalt:

A. Mit Publikation auf der Plattform Simap (...) schrieb das Baudepartement des Kantons Schwyz im offenen Verfahren (dem Staatsvertrag unterliegend) die Beschaffung (Lieferauftrag, Kauf) von Kommunalfahrzeugen 2023 - 2027 in drei Losen aus (Vi-act. 1). Los 1 umfasste die Beschaffung von Kommunalfahrzeugen Typ A1 ohne Knicklenkung, Breite 1250mm - 1400mm, min. > 105 PS, 4x4, max. 45 km/h, (Schneepflug, Aufbausalzstreuer, Schneefrässchleuder).

Innert Frist wurden drei Angebote für Los 1 eingereicht, so unter anderem von der A. _____ AG und der D. _____ AG

B. Mit RRB Nr. 4/2024 vom 9. Januar 2024 vergab der Regierungsrat die Lieferung für das Los 1 an die D. _____ AG zum Angebotspreis von Fr. 2'345'084.50 (inkl. MwSt). Das Tiefbauamt wurde mit der schriftlichen Mitteilung des Vergabeentscheidendes an die Offertsteller beauftragt (Vi-act. 6.1). Mit Schreiben vom 30. August 2023 [sic], versandt am 11. Januar 2024 wurde die A. _____ AG durch das Tiefbauamt über die Vergabe an die D. _____ AG informiert (Vi-act. 6.3). Als Begründung für die Vergabe wurde ausgeführt:

Gestützt auf Art. 29 und Art. 41 IVöB erfolgt die Vergabe an das vorteilhafteste Angebot. Ausschlaggebend für die Vergabe ist vor allem die Bewertung der Zuschlagskriterien Preis, Qualität/Erfahrung/Referenz/Service und Einhaltung technischer Angaben und Voraussetzungen.

C. Am 31. Januar 2024 lässt die A. _____ AG beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz fristgerecht Beschwerde erheben mit den Anträgen:

1. Hauptanträge

- 1.1. Die Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 9. Januar 2024 betreffend "Ersatzbeschaffung Kommunalfahrzeuge 2023-2027, Lieferauftrag Los 1 (9 Kommunalfahrzeuge)" sei aufzuheben und es sei der Beschwerdeführerin den Zuschlag zu erteilen.
- 1.2. Eventualiter sei die Zuschlagsverfügung vom 9. Januar 2024 der Vorinstanz betreffend "Ersatzbeschaffung Kommunalfahrzeuge 2023-2027, Lieferauftrag Los 1 (9 Kommunalfahrzeuge)" aufzuheben und es sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zur Neuurteilung, subeventualiter zur Neudurchführung des Vergabeverfahrens, zurückzuweisen.
- 1.3. Subsubeventualiter, für den Fall, dass der Vertrag mit der Beschwerdegegnerin 2 bereits abgeschlossen ist,
 - 1.3.1. sei die Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 9. Januar 2024 betreffend "Ersatzbeschaffung Kommunalfahrzeuge 2023-2027, Lieferauftrag Los 1 (9 Kommunalfahrzeuge)" aufzuheben und es sei festzustellen, dass der Vertrag in rechtswidriger Weise abgeschlossen worden ist. Zudem sei die Vorinstanz anzuweisen, vom Vertrag zurückzutreten, eventualiter auf den nächstmöglichen Kündigungstermin zu kündigen,

und eine neue Beurteilung der Angebote, unter Berücksichtigung des Angebots der Beschwerdeführerin, eventualiter ein neues Vergabeverfahren, durchzuführen.

- 1.3.2. Eventualiter zu Antrag Ziff. 1.4.1 [recte 1.3.1] sei festzustellen, dass die Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 9. Januar 2024 rechtswidrig ist und der Vertrag mit der Beschwerdegegnerin 2 rechtswidrig abgeschlossen ist und es sei der Beschwerdeführerin der Betrag von mindestens CHF 15'000.00 zu bezahlen.

2. Prozesanträge

- 2.1 Der vorliegenden Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei **superprovisorisch** und dann definitiv die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei der Vorinstanz superprovisorisch und dann definitiv zu untersagen, mit der Zuschlagsempfängerin/Beschwerdegegnerin 2 oder mit einer dritten Partei, einen Vertrag abzuschliessen.
- 2.2 Es sei die Vorinstanz zu verpflichten, die vollumfänglichen Akten einzureichen und es sei der Beschwerdeführerin uneingeschränkt Akteneinsicht zu gewähren.
- 2.3 Es sei der Beschwerdeführerin nach Gewährung der Akteneinsicht Möglichkeit zur Beschwerdeergänzung zu geben und es sei ein zweiter Schriftwechsel anzuordnen und der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben, zu den Vernehmlassungen der Vorinstanz / Beschwerdegegnerin 2 Stellung zu nehmen.

D. Mit Verfügung vom 2. Februar 2024 wurde der Beschwerde einstweilen bis auf Widerruf aufschiebende Wirkung erteilt. Dem Baudepartement wurde Frist zur Vernehmlassung und Akteneinreichung angesetzt; die Zuschlagsempfängerin wurde eingeladen, durch Einreichen einer Vernehmlassung dem Verfahren als Beigeladene beizutreten. Sämtliche Parteien wurden aufgefordert, zum Umfang der Einsichtnahme in die vorinstanzlichen Akten Stellung zu nehmen.

E. Am 13. Februar 2024 nahm die Beschwerdeführerin Stellung betreffend Umfang der Akteneinsicht.

F. Mit Vernehmlassung vom 22. Februar 2024 beantragt das Baudepartement:

1. Der Beschwerde vom 31. Januar 2024 sei die aufschiebende Wirkung wieder zu entziehen.
2. Die Beschwerde vom 31. Januar 2024 sei vollumfänglich abzuweisen.
3. Alles unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin.

Seitens der Zuschlagsempfängerin ging keine Vernehmlassung und/oder Stellungnahme betreffend Akteneinsicht ein.

G. Mit Zwischenbescheid III 2024 21 vom 23. Februar 2024 wies der Einzelrichter den Antrag um Entzug der aufschiebenden Wirkung ab. Gleichzeitig wurde dem Baudepartement eine Frist angesetzt, um die Verfahrensakten und ggf. die Vernehmlassung unter Bezugnahme auf die Erwägungen im Zwischenbescheid zu ergänzen.

H. Am 6. März 2024 informierte das Baudepartement das Gericht, der Regierungsrat habe mit RRB Nr. 155/2024 vom 5. März 2024 den am 9. Januar 2024 erteilten Zuschlag für die Lieferung von neun Kommunalfahrzeugen an die D._____ AG widerrufen und das genannte Vergabeverfahren abgebrochen (vgl. VG-act. 12). Es stellte die prozessualen Anträge:

1. Der Vergabestelle sei die mit Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 23. Februar 2024 angesetzte Frist bis 8. März 2024 einstweilen abzunehmen.
2. Das Verfahren III 2024 12 sei bis zum Eintritt der Rechtskraft des mit Regierungsratsbeschluss Nr. 155 vom 5. März 2024 beschlossenen Widerrufs des Zuschlags und des Abbruchs des Vergabeverfahrens zu sistieren.
3. Nach Eintritt der Rechtskraft des erwähnten RRB und damit des Zuschlagswiderrufs und des Verfahrensabbruchs sei das Verfahren III 2024 12 abzuschreiben.

I. Der verfahrensleitende Richter nahm dem Baudepartement mit Schreiben vom 7. März 2024 die Frist ab und sistierte das Verfahren einstweilen bis auf Widerruf.

J. Mit Schreiben vom 18. März 2024 reichte die Beschwerdeführerin eine Honorarnote ein. Für den Fall, dass das Verfahren als gegenstandslos geworden abgeschrieben werden sollte, ersuche sie um Zusprechung einer Parteientschädigung in der Höhe der angefallenen Kosten von total Fr. 8'900.10 zzgl. 8.1% MwSt bzw. sei die Vorinstanz zu verpflichten, der Beschwerdeführerin die vollen Parteikosten zu ersetzen.

K. Am 28. März 2024 stellte das Baudepartement den prozessualen Antrag, das Verfahren III 2024 12 sei vorbehältlich einer rechtzeitigen Einreichung einer Beschwerde abzuschreiben.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Mit RRB Nr. 155/2024 vom 5. März 2024 hat der Regierungsrat seinen Vergabeentscheid RRB Nr. 4/2024 vom 9. Januar 2024 widerrufen und das Vergabeverfahren Ersatzbeschaffung von Kommunalfahrzeugen, Los 1, abgebrochen. Dieser Beschluss trat unangefochten in Rechtskraft.

2. Mit dem Widerruf des Vergabeentscheides ist das mit Beschwerde vom 31. Januar 2024 angefochtene Objekt dahingefallen, wodurch das Beschwerdeverfahren gegenstandslos geworden ist und entsprechend abzuschreiben ist (§ 28 lit. c Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRP; SRSZ 234.110] vom 6.6.1974).

3.1 Wird ein Beschwerdeverfahren gegenstandslos, so liegt der Entscheid über die Kostenfolge im Ermessen der Behörde (§ 72 Abs. 4 VRP). Vorliegend sind für das durch den Widerruf gegenstandslos gewordene Verfahren keine Kosten zu erheben (§ 25 Ziff. 32 Gebührenordnung für die Verwaltung und die Rechtspflege im Kanton Schwyz [GebO; SRSZ 173.111] vom 20.1.1975).

3.2.1 Bei Abschreibung zufolge Gegenstandslosigkeit ist eine Parteientschädigung gemäss konstanter Praxis dann zuzusprechen, wenn die vorinstanzliche Behörde die angefochtene Verfügung widerruft und lite pendente so abändert, dass die abgeänderte Verfügung einem vollständigen Obsiegen der Beschwerde führenden Partei gleichzusetzen ist (VGE III 2018 39 vom 16.3.2018; Martin Bernet, Die Parteientschädigung in der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege, S. 143 ff.; Plüss, in: Kommentar VRG § 17 Rz. 31).

3.2.2 Mit der Beschwerde vom 31. Januar 2024 beantragte die Beschwerdeführerin eventualiter, die Zuschlagsverfügung sei aufzuheben und es sei die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, subeventualiter zur Neudurchführung des Vergabeverfahrens (vgl. Ingress Bst. C). Mit RRB Nr. 155/2024 vom 5. März 2024 hat der Regierungsrat den Vergabeentscheid widerrufen und das Vergabeverfahren abgebrochen. Der Vergabegegenstand solle neu ausgeschrieben werden (vgl. VG-act. 12). Dies entspricht dem Antrag der Beschwerdeführerin, weshalb der Widerruf einem vollständigen Obsiegen der Beschwerde führenden Partei gleichkommt.

3.3.1 Der anwaltschaftlich vertretenen Beschwerdeführerin ist zulasten der Vorinstanz eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen (§ 74 Abs. 1 VRP). Die Entschädigung richtet sich nach dem Gebührentarif für Rechtsanwälte (GebTRA, SRSZ 280.411) vom 27. Januar 1975. § 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). Auch spezifizierte Kostennoten sind, soweit die Anwaltskosten ganz oder teilweise der Gegenpartei überbunden werden, auf ihre Angemessenheit zu prüfen (§ 6 Abs. 3 lit. a GebTRA).

3.3.2 Gestützt auf die obzitierten Normen befolgen die Verwaltungsbehörden und das Verwaltungsgericht bei der Entschädigungsbemessung eine zurückhaltende Praxis. Dies entspricht § 74 Abs. 1 VRP, welcher nur von einer angemessenen Entschädigung und nicht vom Anspruch auf Ersatz der Kosten der Prozessführung und Vertretung nach gerichtlicher Festsetzung (vgl. Art. 105 f. der Zivilprozessordnung, ZPO, SR 272) spricht. § 74 Abs. 1 VRP verlangt nicht die Ausrichtung einer vollen, sondern nur einer angemessenen, im Rahmen des Gebührentarifs sich bewegenden und anhand des notwendigen Aufwandes bestimmten Parteientschädigung. Die Parteientschädigung versteht sich als Beitrag an die Anwaltskosten und muss nicht vollumfänglich dem in einer eingereichten Kostennote aufgeführten Betrag entsprechen (Urteil BGer 2A.453/2004 vom 23.3.2005 E. 5). 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 (EGV-SZ 2014 B1.3). Die Zurückhaltung bei der Bemessung der Parteientschädigung geht einher mit einer ebenso grossen Zurückhaltung bei der Bemessung der Verfahrenskosten (EGV 1986 Nr. 2; VGE 708/97 vom 2.9.1997 E. 1c). Sodann beträgt der aktuell vom Verwaltungsgericht akzeptierte maximale Stundenansatz Fr. 220.-- inkl. MwSt (vgl. VGE III 2015 176 vom 22.12.2015 E. 4).

3.3.3 Die Beschwerdeführerin hat am 18. März 2024 eine Kostennote eingereicht. Bis dato seien für das Beschwerdeverfahren Parteikosten von Fr. 8'864.10 zzgl. 8.1% MwSt und Auslagen von Fr. 36 zzgl. 8.1% MwSt entstanden. Es handle sich um umfangreiche Akten und die Ermittlung der Sachlage sei besonders zeitintensiv, insbesondere, da vorgängig keine vollständige Akteneinsicht gewährt worden sei. Für den Fall, dass das Verfahren als gegenstandslos geworden abgeschrieben werde, sei die Vorinstanz zu verpflichten, der Beschwerdeführerin die vollen Parteikosten in der Höhe von total Fr. 8'900.10 zzgl. 8.1% MwSt zu ersetzen.

3.3.4 Die Beschwerdeführerin weist mit der eingereichten Leistungsübersicht einen zeitlichen Aufwand von 32h 14' à Fr. 275 plus Auslagen aus (VG-act. 14).

Der Beizug einer Rechtsvertretung seitens der Beschwerdeführerin erscheint im Rahmen eines Submissionsverfahrens, wo Beschwerde mit reduzierten Informationen bezüglich Auswertung der Offerten und Zuschlagserteilung zu erheben ist, nachvollziehbar. Hingegen rechtfertigen weder die Komplexität der Streitsache noch der einfache Schriftenwechsel (plus Stellungnahme betr. Akteneinsicht) eine Parteientschädigung über der gesetzlichen Maximalhöhe, welche aufwandin-

tensivsten Vertretungen vorbehalten ist. Unberücksichtigt lässt die Beschwerdeführerin ebenso den maximalen Stundenansatz von Fr. 220 inkl. MwSt, was bei den ausgewiesenen Stunden (32h 14') einen Betrag von rund Fr. 7'000 ergibt. Unter Beachtung der in § 2 des Gebührentarifs enthaltenen Kriterien, der eingereichten Honorarnote sowie in Ausübung des pflichtgemässen Ermessens ist die Parteientschädigung auf insgesamt Fr. 3'000 (inkl. Barauslagen und MwSt) festzusetzen.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Verfahrenssistierung wird aufgehoben.
2. Das Beschwerdeverfahren wird infolge Widerrufs des angefochtenen Vergabeentscheides und Abbruchs des Vergabeverfahrens als gegenstandslos geworden abgeschlossen.
3. Es werden keine Kosten erhoben. Die Beschwerdeführerin hat am 6. Februar 2024 einen Kostenvorschuss von Fr. 2'500 geleistet, der ihr aus der Gerichtskasse zurückerstattet wird.
4. Die Vorinstanz hat der anwaltschaftlich vertretenen Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'000 (inkl. Barauslagen und MwSt) zu leisten.
5. 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.
6. Zustellung an:
 - die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin (2/R)
 - das Baudepartement Kanton Schwyz (EB)
 - den Regierungsrat des Kantons Schwyz (EB)
 - und die Eidg. Wettbewerbskommission, 3003 Bern (A).

Schwyz, 22. April 2024

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. April 2024