

# GR\_GERICHTE U 2014 8 vom 14. April 2014

GR Gerichte, 2014-04-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_U\\_2014\\_8](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2014_8)

FR: GR\_GERICHTE U 2014 8 du 14 avril 2014

IT: GR\_GERICHTE U 2014 8 del 14 aprile 2014

## Regeste

Submission | Submissionen

## Erwägungen

### E. 1

Die Gemeinde X.\_\_\_\_\_ schrieb am 17. Oktober 2013 u.a. die Arbeiten für die Lüftungsanlagen (BKP 244) einer geplanten Erweiterung der Küche des Restaurants C.\_\_\_\_\_, im offenen Verfahren aus. Der Ausschreibung ist u.a. folgendes zu entnehmen: - Eingabeadresse: "... Die Offerten sind mit A-Post aufzugeben. Angebote ohne Stempel einer schweizerischen Poststelle oder mit unvollständig ausgefüllten oder abgeänderten Formularen sowie Eingaben ohne die verlangten Beilagen oder ohne den Vermerk (rote Klebeetikette) auf dem Eingabekouvert sind ungültig." - Eingabefrist: "Montag, 29. November 2013 (A-Post, Poststempel massgebend)"

### E. 2

Am 29. November 2013 fand die Offertöffnung statt. Dabei wurden im Protokoll von der Firma B.\_\_\_\_\_ eine Offerte mit Offertbetrag Fr. 737'641.10 vermerkt, von der Firma A.\_\_\_\_\_ AG eine Offerte mit Offertbetrag Fr. 712'838.25 sowie eine Variante mit Offertbetrag Fr. 681'159.55 sowie drei weitere Offerten von verschiedenen Anbietern. Insgesamt umfasst das Offertöffnungsprotokoll somit sechs Offerten, davon eine Variante (vgl. Beilage 1 der Gemeinde X.\_\_\_\_\_). Die Auswertung der Offerten erfolgte durch das externe Planungsbüro Y.\_\_\_\_\_ AG in Chur. Im Zuge dieser Auswertung wurden die Zustellcouverts vernichtet.

### E. 3

B.\_\_\_\_\_, Variante 2 Fr. 694'597.25

### E. 4

A.\_\_\_\_\_ AG Fr. 712'838.25

### E. 5

D.\_\_\_\_\_ AG Fr. 745'623.65

- 3 -

### E. 6

B.\_\_\_\_\_ Fr. 722'888.30

### E. 7

E.\_\_\_\_\_ AG Fr. 777'531.85

## **E. 8**

Zu dieser Eingabe lässt sich die Gemeinde X.\_\_\_\_\_ am 18. März 2014 (Poststempel) vernehmen und hält an ihrem Rechtsbegehren vom 10. Februar 2014 unverändert fest. Es lägen zwei separate submissionsrechtliche Entscheide vor, nämlich die Vergabeverfügung vom 14./17. Januar 2014 und die Verfügung betreffend Widerruf und Neuausschreibung vom

## **E. 10**

Die Beschwerdeführerin nahm am 25. März 2014 (beschränkt) Einsicht in die Editionsakten der Gemeinde X.\_\_\_\_\_. Dabei wurden die einzelnen Offerten auch gewogen.

## **E. 11**

Am 26. März nahm die Beschwerdeführerin Stellung zu den edierten Akten und zu den Stellungnahmen der Gemeinde X.\_\_\_\_\_ sowie der B.\_\_\_\_\_. Nachdem das Wägen der Offerten ergeben hatte, dass eine vollständige Offerte ein Gewicht von ca. einem Kilo aufweist und die beiden Varianten der B.\_\_\_\_\_ 108 g bzw. 289 g wogen, räumte die Beschwerdeführerin ein, dass die Variantenofferten der B.\_\_\_\_\_ möglicherweise rechtzeitig eingereicht wurden (jedenfalls stimmte das Gewicht der drei Offerten mit dem Gesamtgewicht des aufgegebenen Pakets plausibel überein). Dennoch hält die Beschwerdeführerin die Varianten der B.\_\_\_\_\_ für ungültige Offerten, da diese unvollständig bzw. unzulässigerweise vom vorgegebenen Devis abwichen. Diese Unvollständigkeit ergebe sich nicht nur aus dem gemessenen Gewicht und der äusserlichen Betrachtung der Offerten, sondern zusätzlich auch aus dem "screenshot" der B.\_\_\_\_\_ (vgl. Beilage zu deren Vernehmlassung vom 26. März 2014) betreffend die elektronisch abgespeicherten Dateien der Offerten, aus welchem un schwer zu erkennen sei, dass die Grösse der Varianten 4 bis 7 Mal kleiner sei als diejenige der Grundofferte.

## **E. 12**

Nachdem die Beschwerdeführerin davon erfuhr, dass die Gemeinde X.\_\_\_\_\_ die Beschaffung am 6. März erneut ausgeschrieben und die Offertöffnung auf den 8. April 2014 festgesetzt hatte, gelangte sie mit Eingabe vom 2. April 2014 an das Verwaltungsgericht mit dem Antrag auf Erlass eines Superprovisoriums zur Unterbindung der Offertöffnung zwecks Untersagung jeglicher Vollzugshandlungen bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides im Verfahren U 14 8. Mit Anordnung vom 4. April 2014 wurde superprovisorisch die Gemeinde angewiesen, die Offert-

- 7 - öffnung vom 8. April 2014 abzusetzen und weitere Anordnungen abzuwarten, welche mit dem Hauptentscheid ergehen werden. Auch in Bezug auf das angebehrte Verbot an die Gemeinde, jegliche Vollstreckungsmassnahmen in Zusammenhang mit dem angefochtenen Vergabeentscheid oder mit der erneuten Ausschreibung zu unterlassen, wurden entsprechende Anordnungen erlassen. Auf eine Fristansetzung zwecks Überführung des Superprovisoriums in eine vorsorgliche Massnahme wurde angesichts des bald ergehenden Entscheides verzichtet. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

Anfechtungsobjekt ist vorliegend der Vergabeentscheid vom 14. Januar 2014 der Gemeinde (Beschwerdegegnerin 1) – welcher am 10. Februar 2014 von ihr widerrufen wurde – betreffend Neuausschreibung der Arbeiten für die Lüftungsanlagen (BKP 244) einer geplanten Erweiterung der Küche des Restaurants C.\_\_\_\_\_. Mit der Vergabe konnte sich die Beschwerdeführerin nicht einverstanden erklären, weshalb sie dagegen am 29. Januar 2014 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden erhob. Mit

Ergänzung zur Beschwerde vom 25. Februar 2014 bzw. 26. März 2014 bezüglich Widerrufs hielt die Beschwerdeführerin fest, dass sie gegen eine Neuausschreibung des Arbeitsauftrags sei. Mit Eingabe vom 2. April 2014 stellte die Beschwerdeführerin noch den Antrag auf Erlass eines Superprovisoriums zur Unterbindung jeglicher Vollzugshandlungen bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids im Verfahren U 14 8. Diesem Antrag wurde sowohl in Bezug auf den angefochtenen Vergabeentscheid vom 14. Januar 2014 als auch auf den Widerruf vom 10. Februar 2014 mit Verfügung des Instruktionsrichters vom 4. April 2014 (bis zum Entscheid in der Hauptsache) entsprochen. Strittig und zu klären ist hier, ob der Widerruf der Vorinstanz vom 10. Fe-

- 8 - bruar 2014 bereits in Rechtskraft erwachsen ist und damit die Beschwerde vom 29. Januar 2014 (infolge erfolgter Neuausschreibung) gestandslos geworden ist, oder ob der Widerruf keine Verbindlichkeit erlangt hat und die Beschwerde deshalb materiell beurteilt werden kann. 2. Vorab gilt es dazu festzuhalten, dass nach Ansicht des Gerichts die Darstellung und Argumentation der Beschwerdegegnerin 1 zutrifft, wonach die Anfechtung ihrer Verfügung vom 10. Februar 2014 betreffend Widerruf und Neuausschreibung verspätet erfolgte. Hiernach ist der angefochtene Widerruf der Beschwerdeführerin am 13. Februar 2014 zugegangen, der 10. Tag fiel dabei auf einen Sonntag, weshalb die 10-tägige Beschwerdefrist korrekt am Montag den 24. Februar 2014 abgelaufen ist. Die Ergänzung der Beschwerdeführerin bezüglich des Widerrufs datiert aber vom 25. Februar 2014, womit die einzuhaltende Beschwerdefrist – wenn auch nur knapp – verpasst wurde. Die Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin 1 den Widerruf vom 10. Februar 2014 nur der Beschwerdeführerin, nicht aber auch deren Rechtsvertreter im Verfahren U 14 8 eröffnet hat, vermag keinen Rechtsnachteil zu begründen, da es sich dabei – im Vergleich zum Vergabeentscheid – um einen neuen und selbständig anfechtbaren Entscheid handelt. Bei diesem Zwischenergebnis stellt sich noch die Frage, ob die Beschwerdegegnerin 1 zulässigerweise während laufendem Beschwerdeverfahren ihren Vergabeentscheid vom 14. Januar 2014 widerrufen und die Neuausschreibung angeordnet hat. Wäre der zu spät angefochtene Widerruf hingegen sogar nichtig, so würde selbst eine verspätete Anfechtung nicht schaden (vgl. zum Ganzen auch das vereinigte Verwaltungsgerichtsurteil [VGU] U 10 57 und U 10 68 vom 17. August 2010 einschliesslich das dieses Urteil bestätigende Bundesgerichtsurteil 2D\_59/2010 vom 28. Februar 2011).

- 9 - 3. a) Zur Klärung dieser Frage (Vorliegen Nichtigkeit, womit die verspätete Beschwerdeerhebung irrelevant bliebe) muss das Verhältnis zwischen den einschlägigen Bestimmungen des Submissionsgesetzes für den Kanton Graubünden (SubG; BR 803.300) und des kantonalen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100) untersucht werden. Das Gericht ist dabei zur Überzeugung gelangt, dass die vorliegend massgebenden Bestimmungen von Art. 24 SubG (Widerruf, Abbruch und Wiederholung) sowie Art. 55 VRG (Abänderung durch Vorinstanz) nebeneinander anwendbar und miteinander zu koordinieren sind. Zwar stellt Art. 24 SubG eine Spezialnorm dar, weil das SubG zahlreiche spezifische – vom VRG abweichende – Verfahrensregelungen enthält (wie z.B. die Definition der Anfechtungsobjekte in Art. 25 Abs. 2 SubG; nur 10-tägige Beschwerdefrist nach Art. 26 Abs. 1 SubG; die Gewährung der aufschiebenden Wirkung nach Art. 28 SubG verlangt eine viel detaillierte Regelung als der entsprechende Art. 53 VRG). Während eines hängigen Beschwerdeverfahrens schliesst Art. 24 SubG aber trotzdem die – wenn auch lediglich eingeschränkte – Anwendbarkeit von Art. 55 VRG nicht

aus. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin heisst "im Sinn der Anträge der beschwerdeführenden Partei" (Art. 55 Abs. 1 VRG) nicht, dass die Abänderung des angefochtenen Entscheids durch die Beschwerdegegnerin 1 den Anträgen der beschwerdeführenden Partei vollumfänglich entsprechen müsste. Es ist auch eine teilweise Abänderung des angefochtenen Entscheids möglich, welcher den Anträgen der beschwerdeführenden Partei entgegenkommt, d.h. ihnen teilweise entspricht. Dies geht aus dem klaren Wortlaut von Art. 55 VRG und dessen Marginale (dort steht "Änderung" und nicht etwa "Aufhebung") hervor. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung kann der angefochtene Entscheid durch die Beschwerdegegnerin 1 abgeändert werden. "Abändern" heisst aber klarerweise nicht einzig und allein "aufheben". Nach Abs. 3 dieser Bestimmung hat das Verwaltungsgericht die Beschwerde nur noch insoweit zu behandeln, als sie durch

- 10 - den abgeänderten Entscheid nicht gegenstandslos geworden ist. Würde "im Sinn der Anträge der beschwerdeführenden Partei" heissen, dass bei entsprechender Antragstellung durch die beschwerdeführende Partei nur die Aufhebung des angefochtenen Entscheids in Frage käme, würde Art. 55 Abs. 3 VRG folglich keinen Sinn machen. Das Prozedere, welches auf eine (vollständige) Rücknahme eines angefochtenen Entscheids folgt, ist zudem in Art. 20 VRG bzw. in Art. 9 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG; BR 173.000) geregelt und nicht in Art. 55 Abs. 2 und 3 VRG (so bereits prozessleitende Verfügung R 12 133b des zuständigen Instruktionsrichters vom 14. August 2013 E.1b). b) Der Widerruf vom 10. Februar 2014 stützt sich demnach korrekterweise auf Art. 24 SubG in Verbindung mit Art. 55 VRG. Ein Nichtigkeitsgrund könnte sich in dieser Konstellation daraus ergeben, dass die "wichtigen Gründe" für einen Widerruf oder die Begründung für eine Wiederholung der Ausschreibung nicht haltbar wären. Zu den im Gesetz genannten "wichtigen Gründen", die einen Widerruf des Vergabeentscheids erlauben würden, gilt es festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin mit dem Widerruf des Vergabeentscheids einverstanden ist bzw. ihn in ihren Rechtsbehelfen stets verlangt hat. Die Zuschlagsempfängerin (Beschwerdegegnerin 2) hat den Widerruf vom 10. Februar 2014 überhaupt nicht angefochten, sodass die Aufhebung des Vergabeentscheids vom 14. Januar 2014 unbestritten ist und das Vorliegen "wichtiger Gründe" offen bleiben kann. c) Bestritten ist hingegen die zweite Anordnung, nämlich die Neuausschreibung der Arbeitsvergabe. Art. 24 Abs. 3 SubG zählt nicht abschliessend die Gründe für eine Wiederholung des Vergabeverfahrens auf, was mit der Formulierung "namentlich" klar zum Ausdruck kommt. Die Voraussetzungen für diese Wiederholung werden auch nicht eingeschränkt durch "wichtige Gründe" wie beim Widerruf oder beim Abbruch des Verfahrens

- 11 - (Art. 24 Abs. 1 und 2 SubG). Insofern erscheint dem Gericht die Begründung der Beschwerdegegnerin 1, der Fehler im Offertöffnungsprotokoll gehe ausschliesslich zu ihren Lasten und dürfe der Zuschlagsempfängerin (Beschwerdegegnerin 2) nicht zum Nachteil gereichen, als hinreichenden Grund, eine Wiederholung des Vergabeverfahrens anzuordnen; zumal seitens der Beschwerdegegnerin 1 kein rechtsmissbräuchliches Verhalten oder gar eine gezielte Wettbewerbsverfälschung erkennbar ist. d) Letztlich kann festgestellt werden, dass der Widerruf vom 10. Februar 2014 der Beschwerdegegnerin 1 lediglich anfechtbar war – genau gleich wie der angefochtene Vergabeentscheid vom 14. Januar 2014 – und daher wegen verspäteter Anfechtung (25. Februar 2014) bereits in Rechtskraft erwachsen ist, was zur Verbindlichkeit des Widerrufs und zum Nichteintreten auf die (verspätete) Ergänzung der Beschwerde vom 25. Februar 2014 führt. Die

Beschwerde vom 29. Januar 2014 gegen den ursprünglichen - inzwischen rechtsgültig widerrufenen - Vergabeentscheid vom 14. Januar 2014 muss damit aber konsequenterweise infolge Gegenstandlosigkeit abgeschrieben werden. 4. Die vom Instruktionsrichter mit prozessleitender Verfügung vom 4. April 2014 angeordneten Vollzugshindernisse sind damit hinfällig geworden. 5. a) Aufgrund dieses Ausgangs des Beschwerdeverfahrens sind die Gerichtskosten nach Art. 73 Abs. 1 VRG zum kleineren Teil ( $\frac{1}{4}$ ) der Beschwerdeführerin und zum grösseren Teil ( $\frac{3}{4}$ ) der Beschwerdegegnerin 1 (Gemeinde) aufzuerlegen. Während sich die Beschwerdeführerin über weite Strecken in gutem Treuen wehrte und nur mit dem Antrag auf Neuausschreibung und Direktvergabe an sie unterlegen ist, muss sich die Beschwerdegegnerin 1 den Vorwurf gefallen lassen, dass sie durch ihren unnötigen Widerruf bzw. die voreilige Verneinung der Beweisbarkeit der Vollständig-

- 12 - keit der Offerte der Zuschlagsempfängerin das Verfahren erst verursacht hat. Das Verhalten der Beschwerdegegnerin 1 muss denn auch als völlig unprofessionell bezeichnet werden, soweit "die Original-Offertcouverts" einfach weggeworfen wurden, wobei sie sich das Verhalten des mit der Offertprüfung beauftragten (externen) Planungsbüros anrechnen lassen muss. Weiter wäre es der Beschwerdegegner 1 durchaus zumutbar und möglich gewesen, rechtzeitig eine Gewichtskontrolle der eingereichten Offertcouverts vorzunehmen. Dabei wäre festgestellt worden, dass die Grundofferte und die Varianten der Zuschlagsempfängerin (Beschwerdegegnerin 2) zusammen 1.373 kg wogen und damit (plausibel) noch 30 g für Verpackung und Adressierung verblieben, um auf das tatsächlich ermittelte Endgewicht von 1.403 kg zu kommen. Auf eine Kostenbelastung der Beschwerdegegnerin 2 wird demgegenüber verzichtet, da sie mit ihrer Eingabe vom 14. März 2014 lediglich zur Sachverhaltsaufklärung beitrug. b) Aussergerichtlich hat die Beschwerdegegnerin 1 die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 78 Abs. 1 VRG noch angemessen zu entschädigen, wobei das Verwaltungsgericht – aus den bereits oben unter E. 5a genannten Überlegungen – ebenfalls  $\frac{3}{4}$  der anwaltlich gestellten Honorarnote vom 26. März 2014 (Fr. 8'387.50) für angemessen erachtet, was schliesslich eine Parteientschädigung von Fr. 6'290.60 (inkl. MWST) zu Gunsten der Beschwerdeführerin bzw. zu Lasten der Beschwerdegegnerin 1 ergibt. Ziffernmässig resultiert diese Entschädigung aus 29 Stunden anrechenbarem Anwaltsaufwand à Fr. 260.-- (laut separater Honorarvereinbarung; ergibt Fr. 7'540.--) zuzüglich 3 % Spesenpauschale (Fr. 226.20) und 8 % Mehrwertsteuer (Fr. 621.30); zusammen also Fr. 8'387.50 minus  $\frac{1}{4}$ ; ergibt am Ende noch die reduzierte Parteientschädigung von Fr. 6'290.60. Demnach erkennt das Gericht:

- 13 -

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.