

# GR\_GERICHTE U 2020 22 vom 24. August 2020

GR Gerichte, 2020-08-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_U\\_2020\\_22](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2020_22)

FR: GR\_GERICHTE U 2020 22 du 24 août 2020

IT: GR\_GERICHTE U 2020 22 del 24 agosto 2020

## Regeste

Submission | Submissionen

## Erwägungen

### E. 1

Die Gemeinde X.\_\_\_\_\_ stellte am 29. November 2019 das Baugesuch Nr. 2019-0337 zur Sanierung der B.-\_\_\_\_\_strasse (Belag, Werkleitungen etc.) zwischen C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_. Nach der Publikation am 20. Dezember 2019 sind keine Einsprachen gegen das Baugesuch eingegangen, jedoch hat die Fachstelle Hindernisfreies Bauen, W.\_\_\_\_\_ Graubünden, Bean- standungen und Hinweise für Verbesserungen in Bezug auf den Fussgän- gerverkehr ausgesprochen.

#### E. 1.1

Anfechtungsobjekt ist vorliegend der Entscheid vom 10./11. März 2020, worin die Beschwerdegegnerin den Abbruch des Vergabeverfahrens betref- fend Sanierung der B.-\_\_\_\_\_strasse (Belag, Werkleitungen etc.), Strecken- abschnitt C.\_\_\_\_\_ – D.\_\_\_\_\_, verfügte, womit die Beschwerdeführerin nicht einverstanden war und deshalb am 23. März 2020 Beschwerde beim Ver-

- 5 - waltungsgericht des Kantons Graubünden erhob. Die Beschwerdeführerin beantragte darin die Erteilung des Zuschlags an sich zum Preis von Fr. 973'091.85; eventuell um Rückweisung der Sache zur Weiterführung des Submissionsverfahrens und Vergabe der ausgeschriebenen Arbeiten durch die Beschwerdegegnerin. Es geht also um die Rechtmässigkeit des ange- fochtenen Abbruchs des Vergabeverfahrens. Soweit die Beschwerdeführe- rin einen Zusammenhang des Abbruchentscheids mit den Streitigkeiten zwischen ihr und dem Kanton herstellen will, kann darauf – weil ausserhalb des Streitgegenstands liegend – hier nicht eingetreten werden. Sollte die Beschwerdeführerin damit indirekt das Nichtvorliegen wichtiger Gründe für den Abbruch des Verfahrens angesprochen haben, so ist darauf jedoch ma- teriell einzugehen und diese Rüge zu beurteilen.

#### E. 1.2

Die ausgeschriebenen Strassensanierungs- und Erneuerungsarbeiten im Dorfzentrum der Beschwerdegegnerin unterstehen unbestritten dem öffent- lichen Beschaffungsrecht; konkret kommen die Interkantonale Vereinba- rung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SR 172.056.5 [BR 803.510]) sowie das Submissionsgesetz für den Kanton Graubünden (SubG; BR 803.300) inkl. zugehöriger Submissionsverordnung (SubV; BR 803.310) zur Anwendung. Für den Prozessverlauf und das Beschwerdever- fahren vor Verwaltungsgericht ist sodann das Gesetz über die Verwaltungs- rechtspflege

(VRG; BR 370.100) massgebend und anwendbar.

### **E. 1.3**

An der eingereichten Beschwerde gibt es weder bezüglich ihrer Form (Erfordernis an Rechtsschriften nach Art. 38 VRG [Rechtsbegehren; Sachverhalt; Begründung]) noch hinsichtlich der Wahrung der 10-tägigen Beschwerdefrist nach Art. 15 Abs. 2 IVöB bzw. Art. 26 Abs. 1 SubG etwas auszusetzen, weil das Ziel der Beschwerde materiell eindeutig ist und die Eingabe vom 23. März 2020 innert gesetzlicher Anfechtungsfrist erfolgt ist. Die Beschwerde ist daher frist- und formgerecht eingereicht worden.

- 6 -

### **E. 1.4**

Nach Art. 15 Abs. 1 lit. e IVöB (Beschwerde an unabhängige kantonale Instanz zulässig gegen Abbruch des Vergabeverfahrens) bzw. Art. 25 Abs. 1 lit. d SubG (Beschwerde ans Verwaltungsgericht u.a. bei Abbruch des Vergabeverfahrens) kann explizit auch gegen einen Abbruchentscheid Beschwerde erhoben werden. Laut Art. 13 lit. i IVöB (Beschränkung von Abbruch auf wichtige Gründe) und Art. 24 Abs. 2 SubG (Der Auftraggeber kann das Verfahren aus wichtigen Gründen abbrechen) kann ein eingeleitetes Vergabeverfahren aber einzig 'aus wichtigen Gründen' wieder abgebrochen werden. Jener Entscheid kann mit Beschwerde angefochten und gerichtlich überprüft werden. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des angerufenen Verwaltungsgerichts ist damit gegeben, weil es hier um die Rechtmässigkeit des Abbruchentscheids vom 10./11. März 2020 geht.

### **E. 1.5**

Zur Beschwerde ans Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden ist legitimiert, wer durch den angefochtenen (Abbruch-) Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (Art. 50 VRG). Vorliegend beantragt die am preisgünstigsten offerierende Beschwerdeführerin die Aufhebung des Abbruchentscheids; eventuell die Rückweisung der Sache zur Fortsetzung des Vergabeverfahrens. Die Beschwerdeführerin ist bei dieser Fallkonstellation zweifelsfrei zur Erhebung der Beschwerde befugt, weil allein sie die ausgeschriebenen Sanierungs- und Erneuerungsarbeiten ohne den Abbruchentscheid hätte erledigen dürfen und dafür doch ein ansehnliches Entgelt erhalten hätte. Bei Abbruch des Verfahrens geht die Beschwerdeführerin hingegen leer aus.

### **E. 1.20**

m - Trottoir Süd (ohne bestehende Baumallee)

### **E. 2**

Parallel zum Baugesuch schrieb die Gemeinde X. \_\_\_\_\_ am 6. Dezember 2019 die Baumeister- und Belagsarbeiten im offenen Verfahren aus, u.a. auf der Plattform simap.ch.

### **E. 2.1**

In materieller Hinsicht hat sich das Verwaltungsgericht erst kürzlich zum Teilabbruch bzw. zur nachträglichen Änderung des Leistungsumfangs im Urteil (VGU) U 20 20 vom 19. Mai 2020 wie folgt geäußert (E.2.2.): Gemäss Art. 24 Abs. 1 SubG kann der Zuschlag aus wichtigen Gründen, insbesondere unter den Voraussetzungen von Art. 22 (Aufzählung Ausschlussgründe lit. a-m) widerrufen werden. Der Auftraggeber kann das Verfahren aus wichtigen Gründen abbrechen (Art. 24

- 7 - Abs. 2 SubG). Das Verfahren kann wiederholt werden, wenn namentlich u.a. eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistung erforderlich wird (Art. 24 Abs. 3 lit. d). Zwar ist es möglich, anhand neuer Erkenntnisse einen Abbruch oder Teilabbruch vorzunehmen. Die Voraussetzungen dafür sind aber, insbesondere wegen des bestehenden Missbrauchspotentials, nicht leicht zu bejahen. Abbruch und Wiederholung eines Vergabeverfahrens dürfen deshalb nur aus wichtigen Gründen erfolgen (Art. 13 lit. i IVöB) (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz 830, S. 368 – Zulässigkeit eines Teilabbruchs). Das Submissionsrecht vermag generell die Vergabebehörde nicht zu zwingen, eine konkrete Beschaffung vorzunehmen, wenn diese – auch nach erfolgter Ausschreibung des Beschaffungsgeschäfts – zum Schluss kommt, auf die Durchführung des Geschäfts verzichten zu wollen (keine Kontrahierungspflicht aus dem Vergaberecht). Der Verzicht auf das Beschaffungsgeschäft muss aber im öffentlichen Interesse liegen und darf somit nicht ohne triftigen Grund erfolgen. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich sodann, dass die im öffentlichen Interesse liegenden Gründe für den Abbruch des Vergabeverfahrens für die Auftragsgeberin im Zeitpunkt der Ausschreibung des Auftrags bzw. der weiteren Forderungen an die Submittenten nicht vorhersehbar gewesen sein durften (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz 793, S. 351).

## E. 2.2

Bereits in VGU U 13 101 vom 16. Dezember 2014 hatte sich das Verwaltungsgericht grundsätzlich mit dem (definitiven) Abbruch des Vergabeverfahrens auseinandergesetzt und diesen auch zugelassen (E.6b; insb. e,f): b) Gemäss Art. 13 lit. i IVöB dürfen die kantonalen Ausführungsbestimmungen den Abbruch und die Wiederholung eines Vergabeverfahrens nur aus wichtigen Gründen zulassen. Der Kanton Graubünden ist dieser Verpflichtung in Art. 24 Abs. 2 SubG nachgekommen, indem er vorgeschrieben hat, der öffentliche Auftraggeber dürfe ein Vergabeverfahren nur aus wichtigem Grund abbrechen. Diese Regelung hat er in Art. 24 Abs. 3 SubG – allerdings nur im Hinblick auf einen provisorischen Abbruch – dahingehend konkretisiert, als ein Vergabeverfahren wiederholt werden darf, wenn namentlich kein Angebot eingereicht wurde, das die in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien oder Anforderungen erfüllt (lit. a); wenn aufgrund veränderter Rahmenbedingungen günstigere Angebote zu erwarten sind (lit. b); wenn die eingereichten Unterlagen keinen wirksamen Wettbewerb garantieren (lit. c); wenn eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistung erforderlich wird (lit. d) und wenn die gültigen Angebote den Kostenrahmen erheblich sprengen (lit. e).

- 8 - c) Diese Regelungen wurden anlässlich des Beitritts des Kantons Graubünden zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung mit Wirkung ab dem 1. Juli 2004 ins kantonale Recht eingefügt (vgl. Botschaft der Regierung an den Grossen Rat Heft Nr. 8/2003-2004 S. 331). Mit Art. 17 Abs. 2 SubG in der bis dahin geltenden Fassung kannte allerdings bereits das alte Submissionsgesetz eine Regelung, welche den Abbruch eines Vergabeverfahrens nur aus wichtigen Gründen zulies. Im Urteil U 10 75 vom 24. August 2010 E.1a hat das Verwaltungsgericht entschieden, die dazu entwickelte Praxis unter der Herrschaft des neuen Rechts fortzuführen. aa) Danach dient die Beschränkung der Zulässigkeit des Abbruchs auf wichtige Gründe einerseits der Verwirklichung des wirksamen Wettbewerbes, andererseits schützt sie das Vertrauen der Anbieter in die im Rahmen der Ausschreibung gemachten Zusicherungen, gestützt auf welche diese in die Offertstellung investiert haben. Die

Enttäuschung dieses Vertrauens ist nur zulässig, wenn ein wichtiger Grund den Abbruch des Submissionsverfahrens rechtfertigt, was von der Vergabebehörde zu beweisen ist (Urteile des Verwaltungsgerichts U 10 75 vom 24. August 2010 E.1a; U 04 72 vom 17. November 2004 E.2; U 04 75 vom 23. September 2004 E.2; U 03 34 vom 10. Juni 2003 E.2). bb) Ein wichtiger Grund für den Abbruch liegt praxisgemäss in aller Regel dann vor, wenn dieser aus objektiver Sicht so schwer wiegt, dass dem Auftraggeber die Weiterführung des Vergabeverfahrens nicht zugemutet werden kann. Ausserdem darf der für den Abbruch des Vergabeverfahrens angeführte Grund für den Auftraggeber bei Einleitung des Verfahrens nicht erkennbar gewesen sein (vgl. VGU U 10 75 E.1a; U 04 72 E.2; U 04 75 E.2; U 03 34 E.2). Soweit der Bedarf nach einer ausgeschriebenen Leistung freilich nicht (oder nicht mehr) besteht, mithin ein definitiver Abbruch verfügt wird, ist es dem Ermessen der Vergabestelle überlassen, ob sie das diesbezügliche Vergabeverfahren weiterführen oder abrechnen will. Jedenfalls kann es nicht angehen, sie zum Erwerb einer Leistung zu nötigen, die sie nicht, nicht mehr oder erst viel später benötigt. In diesem Sinne liegt ein Abbruch wegen mangelnder (oder weggefallener) Beschaffungsabsicht im öffentlichen Interesse und ist als wichtiger Grund zu schützen. Wäre die Ursache für den Abbruch des Vergabeverfahrens für die Vergabestelle bei Aufwendung der gebotenen Sorgfalt bereits erkennbar gewesen, als sie die Anbieter zur Offertstellung einlud, so dürfte diese Einladung gegen Treu und Glauben verstossen, woraus sich gegebenenfalls haftungsrechtliche Ansprüche ableiten liessen (Urteil des Verwaltungsgerichts U 04 72 vom 10. November 2004 E.2). Ein Abbruch des Vergabeverfahrens wegen fehlender Beschaffungsabsicht ist indes stets zulässig. d) Diese Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts basiert im Wesentlichen auf der Lehrmeinung von PETER GALLI, DANIEL LEHMANN und PETER RECHSTEINER, welche die Zulässig-

- 9 - keit des Abbruchs eines Vergabeverfahrens in erster Linie als Problem der vorvertraglichen Treuepflichten begreifen. Die diesbezüglich in Art. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) enthaltene allgemeine Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben verbiete es dem öffentlichen Auftraggeber, ein einmal eingeleitetes Verfahren grundlos abzuberechnen. Dieser dürfe das Vergabeverfahren vielmehr nur aus einem wichtigen Grund abrechnen. Hierfür sei erforderlich, dass der für den Abbruch angeführte Grund bei Einleitung des Verfahrens nicht voraussehbar gewesen sei. Ferner müsse er objektiv so schwer sein, dass dem Auftraggeber die Weiterführung des Submissionsverfahrens nicht zugemutet werden könne (GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 454 und 456). Dieser Meinung haben sich in der neueren Lehre PETER GALLI, ANDRÉ MOSER, ELISABETH LANG und MARC STEINER angeschlossen, die einen Verfahrensabbruch – mit Ausnahme der wesentlichen Leistungsverhinderung – ablehnen, wenn dieser durch die Vergabebehörde selbst verschuldet bzw. herbeigeführt wurde (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N. 821). e) Demgegenüber sind MARTIN BEYELER und STEFAN SUTER der Auffassung, beim Abbruch des Vergabeverfahrens handle es sich nicht um eine Vertrauensschutzproblematik. Denn der öffentliche Auftraggeber verspreche in der Ausschreibung nicht, einen Auftrag zu vergeben, würde doch jeder vergaberechtliche Schritt den inhärenten Vorbehalt enthalten, dass der Auftraggeber das Vergabeverfahren zumindest bei Vorliegen bestimmter Gründe abrechnen könne (BEYELER, a.a.O., S. 787). Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Vergabeverfahren abgebrochen werden dürfe, sei der Vergabebehörde ein weiterer Ermessensspielraum einzuräumen. Dieses Ermessen kenne immerhin zwei Schranken: Zunächst sei

ein (provisorischer) Abbruch dann vergaberechtswidrig, wenn er der gezielten Diskriminierung von Anbietern diene. Ein definitiver Abbruch eines Vergabeverfahrens, bei welchem die Vergabebehörde endgültig auf die ausgeschriebene Beschaffung verzichte, könne von vornherein nicht in diese Kategorie fallen, da in diesem Fall alle Anbieter gleich (schlecht) behandelt und damit nicht diskriminiert würden. Sodann sei in Übereinstimmung mit den massgeblichen gesetzlichen Grundlagen zu verlangen, dass der Abbruch nicht 'grundlos', sondern aus einem sachlichen Grund erfolge. Die einschlägigen Regelungen sprächen zwar bisweilen von der Abbruchsvoraussetzung des öffentlichen Interesses oder des wichtigen Grundes. Doch dies widerspreche der These vom 'sachlichen Grund' als einziger materieller Zulässigkeitsvoraussetzung für den Abbruch des Vergabeverfahrens nicht, liege doch ein Abbruch bei Vorliegen eines sachlichen Grundes stets im öffentlichen Interesse und decke sich der wichtige Grund – da nicht eng auszulegen – mit dem sachlichen Grund vollkommen (BEYELER, a.a.O., S. 789 f.; SUTER, a.a.O., S. 91). Ob die den Abbruch rechtfertigenden Gründe für die Vergabebehörde voraussehbar gewesen seien

- 10 - und ob diese hierfür verantwortlich sei, könne für die Schadenersatzpflicht, nicht aber für die Zulässigkeit des Abbruches eine Rolle spielen (BEYELER, a.a.O., S. 790 f.). f) Das Bundesgericht hat sich in BGE 134 II 192 E.2.3 dieser Lehrmeinung für das bundesrechtliche Vergabeverfahren angeschlossen. Danach kann die Vergabestelle ein bundesrechtliches Vergabeverfahren definitiv oder zwecks Neuauflage eines geänderten Projektes abrechnen und einen allfälligen bereits verfügbaren Zuschlag widerrufen, wenn sachliche Gründe dieses Vorgehen rechtfertigen und die Vergabebehörde dadurch nicht beabsichtigt, Anbieter gezielt zu diskriminieren. Ob diese Grundsätze auch für die kantonalrechtlichen Vergabeverfahren gelten, hat das Bundesgericht in diesem Entscheid ausdrücklich offengelassen und, soweit ersichtlich, bis anhin nicht entschieden.

### **E. 2.3**

Zur Zulässigkeit des Verfahrensabbruchs hat sich das Bundesverwaltungsgericht im Urteil (BVGer) B-5608/2017 vom 5. April 2018 geäussert: (Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, Martin Beyeler, N 324 S. 217) Generell darf eine Vergabestelle ein Vergabeverfahren abrechnen [...], wenn sachliche Gründe dieses Vorgehen rechtfertigen und damit nicht die gezielte Diskriminierung von Bewerbern beabsichtigt ist. Die Aufhebung der ganzen Ausschreibung ohne Not kann im Ergebnis einem unzulässigen Abbruch ohne wichtigen Grund gleichkommen [...]. Demzufolge darf die Vergabestelle das Verfahren nach einer Rückweisung der Sache an sie nach Aufhebung der Zuschlagsverfügung nicht [...] abrechnen, um den Beschwerdeführer auszubooten.

### **E. 2.4**

Das Appellationsgericht des Kantons BS hat sich im Urteil (VD.2017.215) vom 7. März 2018 zur 'Irrelevanz von Selbstverschulden' geäussert: (Vergaberechtlich Entscheide 2018/2019, Martin Beyeler; N 326 S. 217/8) Der Abbruch ist immer dann zulässig, wenn ein sachlicher Grund ihn rechtfertigt, kein Missbrauch vorliegt und er nicht einzelne Submittenten gezielt diskriminiert [...]. Dies folgt daraus, dass das Vergabeverfahren allein dem öffentlichen Interesse an der wirtschaftlichen Beschaffung benötigter Mittel zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient und den Submittenten kein eigenständiges subjektives Recht auf Verfahrensführung, sondern einzig auf Gleichbehandlung zukommt. Solange im Abbruch nicht eine gezielte Diskriminierung liegt, haben die Anbieter allfällige Ungleichbehandlungen, die sich etwa aus der Neudefinition der Leistungsanforderungen im

neuen Verfahren ergeben können, hinzunehmen, denn ihr Anspruch auf Gleichbehandlung - 11 - lung vermag die Vergabestelle grundsätzlich nicht daran zu hindern, das Beschaffungsvorhaben nach [deren] tatsächlichen Bedürfnissen auszurichten. Irrelevant ist für die Frage der Zulässigkeit eines Abbruchs, ob die Vergabestelle ein Verschulden bezüglich des Abbruchsgrundes trifft [..]. Ob die den Abbruch rechtfertigenden sachlichen Gründe voraussehbar waren und ob die Vergabestelle hierfür eine Verantwortung trifft, kann einzig für die Schadenersatzpflicht, nicht aber für die Zulässigkeit des Abbruchs eine Rolle spielen.

### **E. 2.5**

Das Bundesverwaltungsgericht hat bereits im Urteil (BVGer) B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E.3.1-3-5, E. 3.8.6 zur Thematik Stellung bezogen: (Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, Martin Beyeler, N 327 S. 141f) Nach dem Bundesverwaltungsgericht muss ein Abbruch aus sachlichem Grund erfolgen, also der Sicherstellung einer bedarfsgerechten Beschaffung, dem Schutz des Vergabewettbewerbs oder der Korrektur von Fehlern dienen. Zudem darf er nicht diskriminierend bzw. missbräuchlich sein, namentlich darf damit nicht die Verhinderung der Zuschlagerteilung an eine bestimmte Unternehmung angestrebt werden. Zur Missbrauchsprävention sind an die Substantiierung der Abbruchbegründung erhöhte Anforderungen zu stellen. Zwingende Gründe sind dagegen für einen Abbruch nicht vorausgesetzt; bei Vorliegen von sachlichen Gründen genießt die Vergabestelle Ermessen in der Entscheidung, ob sie abbrechen will. Neben den Situationen, in denen ein Abbruch im Ermessen der Vergabestelle liegt, gibt es allerdings auch jene, in denen ein Abbruch rechtlich unumgänglich ist. Ein sachlicher Grund kann insbesondere in nicht untergeordneten Projektanpassungen liegen, die aufgrund des Zeitablaufs vorgenommen werden sollen. Im Übrigen ist es in allen Fällen eine von der Zulässigkeit des Abbruchs als solchen zu trennende Frage, ob der Abbruch für die Auftraggeberin allenfalls Haftungsfolgen nach sich zieht.

### **E. 3**

Innert Frist gingen fünf Angebote ein. Anlässlich der Offertöffnung am 21. Januar 2020 ergab sich, dass die A.\_\_\_\_\_ AG das günstigste Angebot eingereicht hatte.

#### **E. 3.1**

Im konkreten Fall brachte die Beschwerdegegnerin zur Begründung des umstrittenen Abbruchs des Vergabeverfahrens vor, dass es aufgrund der Planungsfreiheit einzig ihre Sache sei, zu entscheiden, ob die geplante Überarbeitung des Projektes und der Rückzug des Baugesuches sinnvoll oder notwendig seien. Dies sei hier zu bejahen und die dazu angeführte Begründung erweise sich mitnichten als vorgeschoben. Aus dem Situationsplan vom 11. Dezember 2019 seien folgende Masse ersichtlich: - Trottiord Nord (mit bestehender Baumallee) 4.50 m - Radstreifen

#### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerin entgegnete dem, dass bei einem provisorischen Abbruch – wie vorliegend – immer zu prüfen sei, ob das Gemeinwesen für den Abbruch wichtige Gründe beweisen könne. Ein erneutes Ausschreiben einer Arbeitsleistung ohne das Vorliegen wichtiger Gründe stelle nämlich eine verpönte zweite Angebotsrunde dar. Diesfalls müsse die Rechtsmittelinstanz die verpönte zweite Angebotsrunde unterbinden und dem Anbieter den Zuschlag erteilen resp. die Vergabestelle anweisen, das Submissionsverfahren

weiterzuführen. Nicht durch wichtige Gründe gerechtfertigte Abbrüche oder solche von manipulatorischer Natur seien keinesfalls zu akzeptieren. Um den gesetzlichen Anforderungen zu entsprechen, müsse der Trottoir-Randabschluss im Bereich der Querung auf 3 cm Absatz abgesenkt werden und zudem müssten die Querungen des Fussgängerstreifens rechtwinklig zum Fahrbahnrand erfolgen. Die diesbezüglich monierten Details seien aber aus den Plänen der Beschwerdegegnerin gar nicht ersichtlich gewesen. Sie könnten im Rahmen der Umsetzung des Bauprojekts ohne Weiteres umgesetzt werden und rechtfertigten auf jeden Fall keine Neu Beurteilung des Projekts. Was die von der Fachstelle Hindernisfreies Bauen angeregte Breite der Fussgängerinsel von 1.80 m betreffe, sei hier situationsbedingt eine breitere Insel als 1.50 m nicht möglich. Dies habe auch die Beschwerdegegnerin so gesehen, sei der Abbruch des Verfahrens doch nicht deshalb, sondern nur aufgrund der offenen Fragen zur Trottoirbreite, im Zusammenhang mit der fehlenden Baumallee und zur Breite des Radstreifens erfolgt. Bezüglich dieser Aspekte sei bereits in der Beschwerde aufgezeigt worden, dass solche Anpassungen am Projekt situationsbedingt gar nicht möglich seien. Die wahren Motive der Beschwerdegegnerin für den Abbruch seien nämlich der Boykott der Beschwerdeführerin gewesen. Ein Boykott zeichne sich durch die Verweigerung der Auftrags-

- 14 - erteilung nicht nur in einem Einzelfall, sondern in einer Vielzahl von Fällen aus. Seit Sommer 2019 sei in sämtlichen Bündner Vergabeverfahren, in denen die Beschwerdeführerin das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben habe, entweder ein Abbruch erfolgt oder das Verfahren rechtswidrig – ohne einen Abbruch zu verfügen – nicht weitergeführt worden. Mittlerweile sei zumindest der Kanton dazu übergegangen, den Ausschluss der Beschwerdeführerin (trotz noch nicht rechtskräftig abgeschlossener WEKO-Verfahren gegen sie) offen zu verfügen. Damit werde die Beschwerdeführerin ohne sachliche Gründe gegenüber anderen Anbietern diskriminiert, wenn Letztere bei Wiederholung des Submissionsverfahrens den Zuschlag erhielten. Aus all den genannten Gründen sei die Beschwerde gutzuheissen und der Beschwerdeführerin der Zuschlag zu erteilen resp. die Beschwerdegegnerin anzuweisen, dass Submissionsverfahren weiterzuführen.

### **E. 3.3**

Nach Auffassung des streitberufenen Verwaltungsgerichts macht die Beschwerdegegnerin vorliegend konkrete, sachliche Gründe geltend, welche eine Überarbeitung des Projekts und damit einen Abbruch des Vergabeverfahrens rechtfertigen. Die behördlich angeführten Abbruchgründe (Mittelsel bei Fussgängerstreifen zu schmal; Überprüfung der Trottoirbreite; fehlende Baumallee; ungenügende Radstreifenbreite) sind in ihrer Gesamtheit offensichtlich keine Projektanpassungen von untergeordneter Bedeutung und deshalb 'sachlich wichtige Gründe' für eine Überarbeitung des gesamten Projekts im betreffenden Streckenabschnitt im Dorfzentrum, was den Abbruch des Vergabeverfahrens nach sich ziehen musste. Daran ändert auch die Kritik der Beschwerdeführerin nichts, wonach sie systematisch sowohl durch den Kanton als auch die Beschwerdegegnerin diskriminiert werde und die nun vorgeschobenen Abbruchgründe vorhersehbar und damit vermeidbar gewesen wären. Wie aus den Akten klarerweise hervorgeht, ist beim Strassenprojekt 'Abschnitt C.\_\_\_\_\_ – D.\_\_\_\_\_' eine zeitliche Überschneidung zwischen der Projektplanung durch die Beschwerdegegnerin und den erst späteren Einwänden der Behindertenorganisation (Fachstelle

- 15 - für Hindernisfreies Bauen/W.\_\_\_\_\_) mit der Notwendigkeit für Plananpassungen (Absenken der Randsteine auf 3 cm und breitere Mittelinsel für Rollstuhlfahrer; rechtwinklige Zufahrtsmöglichkeit auf Fussgängerstreifen) nachvollziehbar und daher sachlich begründbar. Eine Diskriminierung der Beschwerdeführerin durch die Beschwerdegegnerin ist nicht erwiesen und wäre auch nicht einleuchtend. Die Berücksichtigung in einer anderen Ausschreibung ("E.\_\_\_\_ - Abzweiger F.\_\_\_\_") der Beschwerdeführerin durch die Beschwerdegegnerin zeigt und beweist gerade das Gegenteil. Die dazu vorgebrachten Einwände und Erklärungsversuche seitens der Beschwerdeführerin hält das Gericht für eher gewagt und abenteuerlich; jedenfalls entbehren sie in beweisrechtlicher Hinsicht jeglicher Grundlage. Für das Gericht ergibt sich daher, dass es der Beschwerdegegnerin gelungen ist, sachlich triftige Gründe darzutun, welche den verfügten und angefochtenen Abbruch des Vergabeverfahrens rechtfertigen und haltbar erscheinen lassen, zumal mit öffentlichen Mitteln der Steuerzahlenden immer sorgfältig, zukunftsorientiert und sparsam bzw. effizient umzugehen ist. Die Beschwerde vom 23. März 2020 ist daher – weil unbegründet – abzuweisen.

#### **E. 4**

Am 10. März 2020 zog der Gemeinderat der Gemeinde X.\_\_\_\_ das Baugesuch Nr. 2019-0337 zurück. Gleichzeitig mit dem Rückzug des Baugesuchs brach der Gemeinderat das laufende Vergabeverfahren ab. Der Abbruch wurde den Anbietern am 11. März 2020 mitgeteilt.

#### **E. 4.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten gestützt auf Art. 73 Abs. 1 VRG der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Inhaltlich ist es um Baumeister- und Belagsarbeiten in der Höhe von Fr. 973'091.85 gegangen, für die sich die Beschwerdeführerin den Zuschlag erstreiten wollte. Angesichts des Auftragswerts von weniger als Fr. 1 Mio. und der eher geringen Komplexität der Streitsache erscheint dem Gericht ermessensweise eine Staatsgebühr von Fr. 4'000.-- als angemessen; dem ist hier umso mehr zuzustimmen, als es konkret nicht um den Erhalt des Zuschlags gegen einen anderen Anbieter ging, sondern um die Zulässigkeit des Abbruchs des Verfahrens, womit sich eine etwas tiefere Staatsgebühr als sonst üblich (siehe U 10 40 [Streitwert 1.06 Mio.] und U 10 69 [Fr. 0.95 Mio.]; Staatsgebühr jeweils Fr. 6'000.--) durchaus rechtfertigen lässt.

- 16 -

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdegegnerin steht nach Art. 78 Abs. 2 VRG aussergerichtlich keine (Partei-) Entschädigung zu, da sie lediglich in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegte. Demnach erkennt das Gericht:

#### **E. 4.10**

Die Beschwerdegegnerin habe im Rahmen der Prüfung des Baugesuchs feststellen müssen, dass bei der Projektplanung verschiedenen Vorgaben nur ungenügend Beachtung geschenkt worden sei und sich daher eine Überarbeitung und Neuauflage des Baugesuches als notwendig erweise. Beim Trottoir ergebe sich aus den Beanstandungen und Auflagen der Fachstelle Hindernisfreies Bauen W.\_\_\_\_ Graubünden vom 9. Januar 2020, dass dieses im Bereich der Querung (Fussgängerstreifen) auf einen drei Zentimeter hohen Absatz abgesenkt werden müsse. Zudem müsse die Fussgängerinsel mindestens 1.80 m

breit sein (vorgesehen sei 1.50 m). Wie diese Vorgaben umgesetzt werden könnten, werde im Baugesuch nicht aufgezeigt. Ebenso wenig sei beim Trottoir Süd ersichtlich, unter welchen Rahmenbedingungen allenfalls auch auf der gegenüberliegenden Seite eine Baumallee verwirklicht werden könnte. Schliesslich sei festzuhalten, dass die Radstreifen in der Regel eine Breite zwischen 1.50 – 1.75 m aufzuweisen haben (siehe Fachstelle Langsamverkehr Graubünden, Sachplan Velo: Anhang A Projektierungsrichtlinie Velo – Alltagsverkehr, Ziff. 2.2). Vorliegend sei für den Radstreifen nur eine Breite von je 1.20 m vorgesehen, obwohl es sich bei der B.-\_\_\_\_\_strasse um eine vielbefahrene Verkehrsachse handle. Auch insofern sei das Projekt noch einmal vertieft zu prüfen. All diese Massnahmen hätten zudem Auswirkungen auf die Werkleitungen und nicht zuletzt auf das Bauprogramm. Ob und wie sorgfältig sich das Projektteam mit den angesprochenen Punkten befasst habe und ob Änderungen noch umsetzbar seien oder nicht, sei irrelevant und ohnehin nicht Thema des vorliegenden Verfahrens. Tatsache sei einzig und alleine, dass die Beschwerdeführerin hierzu weitere Abklärungen vornehmen lassen wolle gestützt auf Erkenntnisse, die trotz sorgfältiger Vorbereitung erst im Baubewilligungsverfahren und damit nach der Ausschreibung des Auftrages bekannt geworden seien. Die Vergabestelle könne nicht dazu gezwungen werden, eine Leistung zu bezahlen, für die sich (noch) keine Verwendung finde. Öff-

- 13 - fentliche Beschaffungen bezweckten nicht die Begünstigung, Unterstützung oder Förderung einzelner Unternehmen, sondern allein die Deckung eines ökonomischen Bedürfnisses des Gemeinwesens.

#### **E. 5**

Gegen diese Verfügung erhebt die A.\_\_\_\_\_ AG (Beschwerdeführerin) am 23. März 2020 Beschwerde. Darin beantragt sie kostenfällig die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Erteilung des Zuschlags zum Preis von Fr. 973'091.85 an sich selber, eventualiter sei die Sache an die Gemeinde X.\_\_\_\_\_ zur Weiterführung des Submissionsverfahrens und Vergabe der ausgeschriebenen Arbeiten zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht verlangt die Beschwerdeführerin Einsicht in die act. 1-5 und 18 der vorinstanzlichen Akten in der strittigen Ausschreibung. Ihre Beschwerde begründet die Beschwerdeführerin im Wesentlichen damit, dass keine wichtigen Gründe vorlägen, welche einen Abbruch des Submissionsverfahrens rechtfertigten. Das Projekt sei sorgfältig geplant worden; die vom Gemein-

- 3 - derat gewünschten Änderungen seien teilweise im Projekt bereits berücksichtigt oder nicht umsetzbar. Die für den Abbruch angeführten Gründe seien vorgeschoben; vielmehr gehe es darum, die Beschwerdeführerin bei den Vergabeverfahren zu boykottieren.

#### **E. 6**

Die Gemeinde X.\_\_\_\_\_ (Beschwerdegegnerin) beantragt in ihrer Vernehmung vom 6. April 2020 kostenfällig, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen. Der Gemeinderat erachte aufgrund einer Neubeurteilung die Überarbeitung des Projekts als notwendig, um offene Fragen zur Trottoirbreite, im Zusammenhang mit der fehlenden Baumallee und zur Breite des Radstreifens vorab zu klären. In welcher Form und zu welchem Zeitpunkt das Sanierungsprojekt wieder auf den Tisch kommen solle, sei derzeit auch wegen der ausserordentlichen Lage (COVID-19) offen. Ein Abbruch wegen mangelnder bzw. weggefallener Beschaffungsabsicht liege im öffentlichen Interesse und sei als wichtiger Grund zu schützen. Eine allfällige

Diskriminierung der Beschwerdeführerin liege ausserhalb des Streitgegenstandes, weshalb auf diese Rüge nicht ein- zutreten sei. Hinsichtlich der Akteneinsicht verlangte sie, dass aufgrund überwiegender Geheimhaltungsinteressen jegliche Akteneinsicht in Proto- kolle der Gemeinderatssitzungen zu verweigern sei.

#### **E. 6.00**

m (2 x 3.00 m) - Radstreifen

#### **E. 7**

Mit Verfügung vom 8. April 2020 beschränkte der Instruktionsrichter die Ak- teneinsicht in Bezug auf den Gemeinderatsbeschluss SRB.2020.152.

#### **E. 8**

In ihrer Replik vom 14. Mai 2020 vertieft die Beschwerdeführerin ihren Standpunkt; sie bringt insbesondere vor, dass sie seit Sommer 2019 in sämtlichen Bündner Vergabeverfahren, in welchen sie das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben hat, nicht zum Zuge gekommen sei, entwe- der durch einen Verfahrensabbruch oder eine (rechtswidrige) Nichtweiter- führung des Verfahrens.

- 4 -

#### **E. 9**

Die Beschwerdegegnerin entgegnet in ihrer Duplik vom 15. Juni 2020, dass das Sanierungsprojekt nicht dringlich und auf unbestimmte Zeit verschoben sei. Die Rüge der Diskriminierung sei weder nachgewiesen noch begründet. Die Beschwerdegegnerin sei einzig bestrebt, öffentliche Gelder wirtschaft- lich zu verwenden; es sei ein legitimes Ziel, eine bedarfsgerechte Beschaf- fung sicherzustellen und nachträglich entdeckte Projektierungsfehler zu korrigieren.

#### **E. 10**

Am 23. Juni 2020 reichte die Beschwerdegegnerin den Beschluss des Ge- meinderates vom 16. Juni 2020 zu den Akten, aus dem hervorgeht, dass der Beschwerdeführerin in einem anderen Vergabeverfahren der Zuschlag erteilt worden ist. Der Vorwurf eines Boykotts sei damit nachweislich ent- kräftet.

#### **E. 11**

Dem hält die Beschwerdeführerin am 6. Juli 2020 entgegen, dass ihr zuge- tragen worden sei, die Beschwerdegegnerin habe rechtliche Abklärungen gemacht, um einen Weg zu finden, auch in diesem Fall die Beschwerdefüh- rerin nicht zu berücksichtigen, dies aber aufgrund der Dringlichkeit des Pro- jekts als zu riskant beurteilt worden sei.

#### **E. 12**

Dies wiederum weist die Beschwerdegegnerin am 14. Juli 2020 scharf als unangebrachte Polemik zurück. Das Gericht zieht in Erwägung:

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