

GR_GERICHTE U 2020 23 vom 24. August 2020

GR Gerichte, 2020-08-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2020_23

FR: GR_GERICHTE U 2020 23 du 24 août 2020

IT: GR_GERICHTE U 2020 23 del 24 agosto 2020

Regeste

Submission (Abbruch) - PVG 2020 Nr. 24 | Submissionen

Erwägungen

E. 1

Die Gemeinde B._____ schrieb am 31. Januar 2020 die Baumeister- und Belagsarbeiten im Zusammenhang mit der beabsichtigten Sanierung des Kreisels C._____ -strasse im Bereich der D._____ -strasse im offenen Verfahren aus, u.a. auf der Plattform simap.ch.

E. 1.1

Anfechtungsobjekt ist vorliegend der Entscheid vom 10./11. März 2020, worin die Beschwerdegegnerin den Abbruch des Vergabeverfahrens betreffend Strassenwerksanierung des Kreisels C._____ -strasse im Bereich der D._____ -strasse verfügte, womit die Beschwerdeführerin nicht einverstanden war und daher am 23. März 2020 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden erhob. Die Beschwerdeführerin beantragte darin die Erteilung des Zuschlags an sich zum Preis von Fr. 924'949.50; eventuell um Rückweisung der Sache zur Weiterführung des Submissionsverfahrens und Vergabe der ausgeschriebenen Arbeiten durch die Beschwerdegegnerin. Es geht also um die Rechtmässigkeit des angefochtenen Abbruchs des Vergabeverfahrens. Soweit die Beschwerdeführerin einen Zusammenhang

- 5 - des Abbruchentscheids mit den Streitigkeiten zwischen ihr und dem Kanton herstellen will, kann darauf hier – weil ausserhalb des Streitgegenstands liegend – nicht eingetreten werden. Sollte die Beschwerdeführerin damit indirekt das Nichtvorliegen wichtiger Gründe für den Abbruch des Verfahrens angesprochen haben, so ist darauf jedoch materiell einzugehen und diese Rüge nachfolgend zu behandeln und zu beurteilen.

E. 1.2

Die ausgeschriebenen Strassensanierungs- und Erneuerungsarbeiten beim Kreisel C._____ -/D._____ -strasse unterstehen unbestritten dem öffentlichen Beschaffungsrecht; konkret kommen die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SR 172.056.5 [BR 803.510]) und das Submissionsgesetz für den Kanton Graubünden (SubG; BR 803.300) inkl. zugehöriger Submissionsverordnung (SubV; BR 803.310) zur Anwendung. Für den Prozessverlauf und das Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht ist sodann das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (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.

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. 2 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

- 6 - 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. 2

Innert Frist gingen zwei Angebote ein. Anlässlich der Offertöffnung am 25. Februar 2020 ergab sich, dass die A. _____ AG das günstigste Angebot eingereicht hatte.

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 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 leichtthin 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

- 7 - 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 Auftraggeberin 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). 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 Ver-

- 8 - waltungsgericht 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 abbrechen 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 Zulässigkeit des Abbruchs eines Vergabeverfahrens in erster Linie als Problem der vorvertraglichen Treupflichten 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 abzubrechen. Dieser dürfe das Vergabeverfahren vielmehr nur aus einem wichtigen Grund abbrechen. Hierfür sei erforderlich, dass der für den Abbruch angeführte

- 9 - 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 abbrechen könne (BEYELER, a.a.O., S. 787). Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Vergabeverfahren abgebrochen werden dürfe, sei der Vergabebehörde ein weiter 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 Abbruchvoraussetzung 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 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 abbrechen und einen allfälligen bereits verfügten 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 abbrechen [...], 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 [...] abbrechen, 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 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 Vergabebehörde ein Verschulden bezüglich des Abbruchsgrundes trifft [...]. Ob die den Abbruch rechtfertigenden sachlichen Gründe voraussehbar waren und ob die Vergabestelle hierfür eine Verant-

- 11 - wortlichkeit 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 im Entscheid, ob sie abrechen 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

Am 10. März 2020 erachtete der Gemeinderat der Gemeinde B._____ eine Sistierung des ausgeschriebenen Bauvorhabens auf unbestimmte Zeit als notwendig. Gleichzeitig entschied der Gemeinderat, das laufende Vergabeverfahren abzubrechen. Der Abbruch wurde den Anbietern am 11. März 2020 mitgeteilt.

E. 3.1

Im konkreten Fall brachte die Beschwerdegegnerin zum Abbruch des Verfahrens vor, dass sie anlässlich der Ratssitzung vom 10. März 2020 aufgrund einer geänderten Sachlage und der dadurch notwendig gewordenen Neuurteilung erkannt habe, dass das Bauvorhaben 'Sanierung D._____ -strasse Kreisell C._____ -strasse' auf unbestimmte Zeit zu sistieren sei. Es gehe darum, eine Koordination mit dem Projekt des Kantons für den geplanten Neubau der W._____ an der C._____ -strasse XX (Baurechtsgrundstück Nr. YY) nicht zu gefährden. Insbesondere müssten vor der Sanierung des Kreisells die Standorte der Bushaltestellen, der Einfahrt in das neue Parkhaus sowie weitere verkehrstechnische Fragen geklärt werden. In welcher Form und zu welchem Zeitpunkt das Sanierungsprojekt wieder auf den Tisch kommen sollte, sei offen. Würde die Beschwerdegegnerin

- 12 - die vorgesehene Sanierung des Kreisells unabhängig davon fortsetzen, so hätte dies im Nachhinein mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zahlreiche bauliche Anpassungen zur Folge. Solche 'Mehrfachbaustellen' gelte es selbstredend zu verhindern. Der strittige Entscheid erweise sich aus all diesen Gründen als sachlich begründbar und nicht etwa als vorge-schoben. Allfällig bestehende Unstimmigkeiten zwischen der Beschwerde-führerin und dem Kanton Graubünden könnten selbstredend nicht der Beschwerdegegnerin angelastet werden. 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 Beschwerdegegnerin eine Koordination mit dem Bauvorhaben des Kantons (W._____) anstrebe gestützt auf Erkenntnisse und Informationen, die trotz sorgfältiger Vorbereitung erst im Nachhinein und damit nach der Ausschreibung des Auftrages bekannt geworden seien. Die Planungsfreiheit umfasse das Recht, den Zeitpunkt einer Beschaffung frei wählen zu dürfen. Die Vergabestelle könne nicht dazu gezwungen werden, eine Leistung zu bezahlen, für die sie (noch) keine Verwendung finde. Öffentliche Beschaffungen bezweckten nicht die Begünstigung, Unterstützung oder Förderung einzelner Unternehmen, sondern allein die Deckung eines ökonomischen Bedürfnisses des Gemeinwesens. Soweit der Bedarf nach der ausgeschriebenen Leistung freilich wie im vorliegenden Fall nicht (oder nicht mehr) bestehe, liege es im Ermessen der Vergabestelle, ob sie das diesbezügliche Vergabeverfahren weiterführen oder abbrechen wolle. Jedenfalls könne es nicht angehen, sie zum Erwerb einer Leistung zu nötigen, die sie nicht, nicht mehr oder erst viel später benötige. In diesem Sinne liege ein Abbruch wegen mangelnder (oder weggefallener) Beschaffungsabsicht im öffentlichen Interesse und sei als wichtiger Grund zu schützen.

E. 3.2

Die Beschwerdeführerin entgegnete dem, dass die Beschwerdegegnerin nicht definitiv auf die Sanierung des Kreisels an der C._____- verzichtet

- 13 - habe. Vielmehr liege es in der Natur der Sache, dass der bestehende und stark befahrende Kiesel unterhalten und entsprechend auch saniert werden müsse, andernfalls dieser eine Gefährdung für die Allgemeinheit darstellen würde. Es handle sich daher um einen provisorischen Abbruch. Bei einem solchen bleibe die Beschaffungsabsicht der Auftraggeberin mit Bezug auf einen bestimmten Leistungsbedarf bestehen und dem Abbruch folge (sogleich oder mittelfristig) die Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens. Bei einem provisorischen Abbruch sei immer zu prüfen, 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 Vergabebehörde anweisen, das Submissionsverfahren weiterzuführen. Die von der Beschwerdegegnerin vorgebrachten Gründe für den Aufschub der Bauarbeiten seien vorgeschoben. Aus dem Protokoll der Arbeitsgruppe 3 vom 12. Februar 2020 ergebe sich nicht, dass anlässlich der Besprechung der Arbeitsgruppe die streitgegenständliche Arbeitsausschreibung Thema gewesen sei und in der Folge eine Abstimmung des besagten Sanierungsprojekts mit der Erweiterung W.____ erwünscht worden sei. Die Beschwerdeführerin bestreite bis zur Vorlage des entsprechenden Protokollauszugs daher vollumfänglich, dass die Sanierung überhaupt, geschweige denn aus dem besagten Grund, angeordnet worden sei. Das Erweiterungsprojekt W.____ stecke noch in den Kinderschuhen. Demnächst erfolge erst der Projektwettbewerb. Mit dem Bauabschluss sei frühestens im Jahr 2025 zu rechnen. Die Beschwerdegegnerin habe die Beschwerdeführerin über die entscheiderelevanten Tatsachen, was die geänderte Sachlage darstelle, weshalb nun die Standorte der Bushaltestellen, die Einfahrt in das neue Parkhaus sowie weitere verkehrstechnische Fragen erneut abgeklärt werden müssten, erneut im Dunkeln gelassen. Das sei nicht nachvollziehbar. Es müsse vielmehr davon ausgegangen werden, dass es eine solche geän-

- 14 - derte Sachlage schlicht nicht gebe. Der Abbruch des Submissionsverfahrens sei im Zuge eines gezielten Boykotts der Beschwerdeführerin erfolgt. Die Abrede zwischen dem Kanton und den Gemeinden finde direkt Aus- druck in den zahlreichen Submissionsverfahren, die gegenüber der Be- schwerdeführerin direkt oder indirekt abgebrochen worden seien. Seit Sommer 2019 sei in sämtlichen Bündner Vergabeverfahren, in denen die Beschwerdeführerin das wirtschaftlich günstigste Angebot eingegeben habe, entweder ein Abbruch erfolgt oder dieser rechtswidrig – ohne einen Abbruch zu verfügen – nicht weitergeführt worden. Nun sei zumindest der Kanton dazu übergegangen, den Ausschluss der Beschwerdeführerin (trotz kartellrechtlich noch nicht rechtskräftig abgeschlossener WEKO-Ver- fahren) offen zu verfügen. Damit werde die Beschwerdeführerin ohne sach- liche Gründe gegenüber anderen Anbietern diskriminiert, wenn Letztere bei Wiederholung des Submissionsverfahrens den Zuschlag erhielten. Aus all diesen Gründen sei die Beschwerde gutzuheissen und der Beschwerde- führerin der Zuschlag zu erteilen resp. die Beschwerdegegnerin anzuwei- sen, dass Submissionsverfahren weiterzuführen.

E. 3.3

Nach Auffassung des streitberufenen Verwaltungsgerichts macht die Be- schwerdegegnerin vorliegend konkrete, sachliche Gründe geltend, welche eine Überarbeitung des Projekts und damit den Abbruch des Vergabever- fahrens rechtfertigen. Die behördlich angeführten Abbruchgründe (Koordi- nation mit dem [Sanierungs-/Erweiterungs-] Projekt W._____; Standorte der Bushaltestellen; Einfahrt ins neue Parkhaus; Abklärung weiterer ver- kehrstechnischer Fragen) sind in ihrer Gesamtheit offensichtlich keine Pro- jektanpassungen von untergeordneter Bedeutung und deshalb 'sachlich wichtige Gründe' für eine Überarbeitung des gesamten Projekts im betref- fenden Streckenabschnitt rund um den viel befahrenen Kreisel 'D._____- strasse-C._____-strasse' mit hohem Publikumsverkehr auf den Fussgän- gerstreifen und an der Bushaltestelle wegen der zahlreichen Studenten und Dozenten der W._____. Daran ändert auch die Kritik der Beschwerdefüh-

- 15 - rerin nichts, wonach sie systematisch sowohl durch den Kanton als auch durch die Beschwerdegegnerin diskriminiert werde und die nun vorgeschobenen Abbruchgründe vorhersehbar und damit vermeidbar gewesen wären. Wie aus dem Protokoll vom 12. Februar 2020 betreffend Erweite- rung W._____, Arbeitsgruppe 3, Umsetzung Bauvorhaben/stadträumliche Einpassung hervorgeht, sollte das Erschliessungskonzept, die Bebauung und die Umgebungsgestaltung aufgrund der geäusserten Wünsche und Vorgaben der W._____ nochmals vertieft überarbeitet und angepasst wer- den. Nach der Ausschreibung vom 31. Januar 2020 sind deshalb neue Ge- sichtspunkte und Realitäten an die Beschwerdegegnerin herangetragen worden, deren Berücksichtigung bei objektiver Betrachtungsweise des Ver- kehrsknotenpunkts beim Kreisel an der Kreuzung D._____-/C._____- strasse und zur Vermeidung von zeitlich gestaffelten 'Mehrfachbewilligun- gen' für die Beschwerdegegnerin unumgänglich wurden. Die genannten Abbruchgründe erachtet das Gericht daher nicht als vorgeschoben oder konstruiert, sondern als real und zwecks verbesserter Verkehrs- und Platz- verhältnisse vor Ort durchaus angezeigt. Eine Diskriminierung der Be- schwerdeführerin durch die Beschwerdegegnerin ist im Weiteren nicht er- wiesen und wäre auch nicht nachvollziehbar. Die Berücksichtigung in einer anderen Ausschreibung (C._____-strasse Kreisel E._____- – Abzweiger F._____) der Beschwerdeführerin durch die Beschwerdegegnerin zeigt und beweist gerade das Gegenteil. Die diesbezüglich vorgebrachten Einwände und

Erklärungsversuche seitens der Beschwerdeführerin hält das Gericht für eher gewagt und abenteuerlich; jedenfalls entbehren sie in beweisrechtlicher Hinsicht jeglicher Grundlage. Daran ändert selbst nichts, dass der Beschwerdegegnerin die Absichten des Kantons für einen Neubau oder Erweiterungsbau W. _____ seit längerer Zeit bekannt gewesen sein dürften und deshalb eine frühzeitige Kontaktaufnahme vor der Ausschreibung dieser Baumeisterarbeiten sicherlich möglich und sinnvoll gewesen wäre. Ein allfälliges Mitverschulden der Beschwerdegegnerin am Abbruch des Verfahrens und an den damit unnütz gewordenen Aufwendungen der Be-

- 16 -
schwerdeführerin ist für die Rechtmässigkeit des Vergabeabbruchs indes ohne Relevanz, da der haushälterische Umgang mit öffentlichen Mitteln vorrangig ist; davon nicht betroffen sind allerdings denkbare/mögliche Haftungsansprüche gegenüber einem sich möglicherweise unredlich und in ihrem Geschäftsgebaren befremdlich anmutenden Gemeinwesen. Vorliegend ist jedoch einzig über die Rechtmässigkeit des Abbruchs des Vergabeverfahrens zu befinden und diese aufgrund der erwähnten Gründe zu bejahen. Für das Gericht ergibt sich demzufolge, dass es der Beschwerdegegnerin gelungen ist, sachlich hinreichend triftige Gründe darzulegen, welche den verfügten und angefochtenen Abbruch des Vergabeverfahrens rechtfertigen und objektiv haltbar erscheinen lassen, zumal mit öffentlichen Mitteln der Steuerzahlenden stets sorgfältig, zukunftsorientiert und sparsam bzw. effizient umzugehen ist. Die Beschwerde vom 23. März 2020 ist daher – weil unbegründet – abzuweisen.

E. 4

Gegen diese Verfügung erhob die A. _____ AG (Beschwerdeführerin) am 23. März 2020 Beschwerde. Darin beantragte sie kostenfällig die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Erteilung des Zuschlags zum Preis von Fr. 924'949.50 an sich selber, eventualiter sei die Sache an die Gemeinde B. _____ zur Weiterführung des Submissionsverfahrens und Vergabe der ausgeschriebenen Arbeiten zurückzuweisen. 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 Gemeinderat 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. 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. 924'949.50 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.

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.

- 17 - Demnach erkennt das Gericht:

E. 5

Die Gemeinde B._____ (Beschwerdegegnerin) beantragt in ihrer Vernehmung vom 6. April 2020 kostenfällig, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen. Der Gemeinderat erachte es als not-

- 3 - wendig, eine Koordination mit dem Projekt des Kantons für den geplanten Neubau der W._____ an der C._____ -strasse XX (Baurechtsgrundstück Nr. YY) nicht zu gefährden; insbesondere müssten vor der Sanierung des Kreisels die Standorte der Bushaltestellen, der Einfahrt in das neue Parkhaus sowie weitere verkehrstechnische Fragen geklärt werden. 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 einzutreten sei. Hinsichtlich der Akteneinsicht verlangte sie, dass aufgrund überwiegender Geheimhaltungsinteressen jegliche Akteneinsicht in Protokolle der Gemeinderatssitzungen zu verweigern sei.

E. 6

Mit Verfügung vom 8. April 2020 hiess der Instruktionsrichter die von der Gemeinde B._____ beantragte Beschränkung der Akteneinsicht teilweise gut (keine Einsicht in das Protokoll des Gemeinderates; Einsicht in das Protokoll der Sitzung der Arbeitsgruppe 3 zum Projekt Erweiterung W._____).

E. 7

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, entweder durch einen Verfahrensabbruch oder eine (rechtswidrige) Nichtweiterführung des Verfahrens.

E. 8

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 wirtschaftlich zu verwenden; es sei ein legitimes Ziel, eine bedarfsgerechte Beschaf-

- 4 - fung sicherzustellen und nachträglich entdeckte Projektierungsfehler zu korrigieren.

E. 9

Am 23. Juni 2020 reichte die Beschwerdegegnerin den Beschluss des Gemeinderates 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 entkräftet.

E. 10

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. 11

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.