

GR_GERICHTE U 2020 58 vom 26. Januar 2021

GR Gerichte, 2021-01-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2020_58

FR: GR_GERICHTE U 2020 58 du 26 janvier 2021

IT: GR_GERICHTE U 2020 58 del 26 gennaio 2021

Regeste

Submission - PVG 2021 Nr. 21 | Submissionen

Erwägungen

E. 1

Die B._____ wurde am 1. Januar 2019 gegründet. Sie ist aus der Fusion der beiden Stiftungen Alters- und Pflegeheim D._____ und Alterszentrum E._____ hervorgegangen. Die zuvor zur Stiftung Alters- und Pflegeheim D._____ gehörende Kindertagesstätte D._____ wurde ebenfalls in die neu gegründete B._____ überführt. Ebenfalls seit dem 1. Januar 2019 betreibt die Stiftung am Standort F._____ das neu gegründete G._____. Der Zweck der Stiftung ist gemäss Handelsregisterauszug wie folgt umschrieben: "Betrieb von stationären und ambulanten Einrichtungen, welche der Pflege und Betreuung insbesondere betagter Menschen und Menschen in ihrem letzten Lebensabschnitt dienen. Die Stiftung kann eine Kindertagesstätte führen, Beratungen im Gesundheits- und Pflegebereich anbieten sowie regionale Aufgaben im Gesundheitsbereich übernehmen. Die Stiftung kann im Sinne des Stiftungszweckes Kooperationen mit Partnern eingehen. Sie kann im Rahmen ihres Stiftungszwecks Grundstücke erwerben."

E. 1.1

Vorab ist die Frage der Fristeinholung zu klären. Was die Frist betrifft, ist Art. 26 Abs. 1 des Submissionsgesetzes (SubG; BR 803.300) einschlägig, weil vorliegend Beschwerdethema das Submissionswesen ist (daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die objektive Unterstellung unter das Submissionsgesetz strittig ist). Damit sind nicht etwa die Fristenregelungen des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100) anwendbar (also nicht 30 Tage und auch nicht zwei Monate nach Art. 22 VRG, falls keine Rechtsmittelbelehrung vorliegt). Die massgebende Beschwerdefrist nach Art. 26 Abs. 1 SubG beträgt somit zehn Tage. Es stellt

- 7 - sich allerdings die Frage, was das Anfechtungsobjekt ist und wann die Beschwerdefrist ausgelöst wird. Dem Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden U 13 86 und 87 vom 13. Januar 2014 ist zu entnehmen, dass die Vergabebehörde schriftlich eine versehentlich rechtswidrig erfolgte freihändige Vergabe einräumte. Eine der Beschwerden erfolgte innert der zehntägigen Beschwerdefrist, die andere eventuell (lässt sich aus dem Sachverhalt bzw. Urteil nicht mehr rekonstruieren). Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden thematisierte die Beschwerdefrist im besagten Urteil aber gar nicht, sondern lediglich den Umstand, dass kein Anfechtungsobjekt im Sinne von Art. 25 Abs. 2 SubG vorlag, was in der dortigen Konstellation aber nicht zum Nichteintreten auf die Beschwerde geführt hat (vgl. Erwägung 1a). Das ist vorliegend nicht anders: Es gibt kein Anfechtungsobjekt und damit kein klares, fristauslösendes Er-

eignis wie eine Verfügung, eine Publikation o.ä. Das Bundesgericht hat sich dieses Problems wie folgt angenommen: Erfährt ein potentieller Anbieter von einer erfolgten Vergabe (im Fall vor dem Bundesgericht war es ein Pressebericht), löst dies allein grundsätzlich keine Beschwerdefrist aus bezüglich der Rüge, das betreffende Geschäft sei zu Unrecht nicht öffentlich ausgeschrieben worden. Um sein Beschwerderecht nicht zu verlieren, muss der potentielle Anbieter aber nach Erhalt der Information ohne Verzug bei der Vergabebehörde nachfragen und fristgerecht Beschwerde erheben, sobald ihm die dafür erforderlichen Informationen vorliegen (Urteil Bundesgericht 2C_591/2014 vom 29. September 2014 E.5.3).

E. 1.2

Die Beschwerdeführerin erfuhr nach eigenen Angaben am 24. April 2020 um 17.00 Uhr von der strittigen Auftragserteilung (vgl. beschwerdeführerische Akten [Bf-act.] 3). Mit Schreiben vom 12. Mai 2020 zeigte sie sich gegenüber der Beschwerdegegnerin über das gewählte Vorgehen erstaunt und verlangte von ihr, dass sie die rechtliche Legitimation für ein freihändiges Verfahren begründe (vgl. Bf-act. 3). In ihrem Antwortschrei-

- 8 - ben vom 18. Mai 2020 verwies die Beschwerdegegnerin auf ein von ihr eingeholtes Rechtsgutachten, welches zum Schluss gelangte, dass das Bauprojekt einen gewerblichen Charakter aufweise und somit objektiv nicht dem öffentlichen Vergaberecht unterstehe. Gleichzeitig hielt sie fest, dass unter Berücksichtigung vergleichbarer Fälle für den Stiftungsrat kein Anlass bestehe, die Ergebnisse der Expertise in Zweifel zu ziehen (vgl. Bf-act. 4). Der inzwischen von der Beschwerdeführerin beigezogene Rechtsvertreter gelangte am 4. Juni 2020 per E-Mail an den Stiftungsratspräsidenten und ersuchte diesen um die Beantwortung weiterer Fragen, um vor der Einleitung allfälliger Verfahrensschritte beurteilen zu können, ob die freihändige Vergabe mit den Voraussetzungen des öffentlichen Rechts vereinbar sei. So fragte er unter anderem nach, ob die Beschwerdegegnerin im Zusammenhang mit dem geplanten Bau bereits freihändig und/oder im Einladungsverfahren irgendwelche Arbeiten vergeben habe, ob die Beschwerdegegnerin für das geplante Bauprojekt einen Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerb durchgeführt habe und ob für die Finanzierung des Bauprojekts öffentliche Mittel eingesetzt würden und falls ja, in welchem Verhältnis diese zu den Gesamtprojektkosten stünden (vgl. Bf-act. 5). Diese Anfrage beantwortete der Stiftungsratspräsident mit E-Mail vom 9. Juni 2020. In der Folge gelangte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 15. Juni 2020 an das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden.

E. 1.3

Während die Beschwerdegegnerin die Beschwerde als verspätet ansieht, argumentiert die Beschwerdeführerin dahingehend, dass sie Informationen beschaffen müssen und rechtzeitig gehandelt habe. Im Übrigen sei für sie zumindest in der ersten Phase nicht erkennbar gewesen, dass sie rasch handeln müsse, zumal ihr auch nie eine Frist angesetzt worden sei bzw. die Schreiben der Beschwerdegegnerin nie eine Rechtsmittelbelehrung enthalten hätten.

- 9 -

E. 1.4

Eine Verfügung liegt nicht vor, weshalb auch nie eine konkrete Frist ausgelöst wurde. Gemäss Bundesgericht muss jedoch ein potentieller Anbieter, um sein Beschwerderecht

nicht zu verlieren, nach Erhalt der Information ohne Verzug bei der Vergabebehörde nachfragen und fristgerecht Beschwerde erheben, sobald ihm die dafür erforderlichen Informationen vorliegen (vgl. Erwägung 1.1 hiervor). Aus dem Schreiben der Beschwerdeführerin an die Beschwerdegegnerin vom 12. Mai 2020 geht hervor, dass sie am 24. April 2020 um 17.00 Uhr anlässlich einer Besprechung von der Zuschlagsempfängerin darüber in Kenntnis gesetzt wurde, dass ein grosser Architekturauftrag betreffend Neubau Nebenbau auf dem Areal D._____ in H._____ an ein anderes Architekturbüro vergeben wurde (vgl. Bf-act. 3). Daraus hätte die Beschwerdeführerin als sachkundiges Architekturbüro, welches zumindest grob die Regeln und Abläufe des öffentlichen Beschaffungswesens kennt, ohne Weiteres schliessen müssen/können, dass ein Vergabeverfahren durchgeführt wurde, zu welchem sie keinen Zugang hatte. Art und Umfang des Auftrages konnte sich die Beschwerdeführerin leicht vorstellen, weil sie unbestrittenermassen auf demselben Gelände wenige Jahre zuvor bereits das Alters- und Pflegeheim geplant und ausgeführt hatte. Mit anderen Worten erlangte die Beschwerdeführerin am 24. April 2020 nicht nur Kenntnis von der Auftragsvergabe, sondern auch vom Umstand, dass diese ohne ein vorgängiges formelles Vergabeverfahren, also freihändig erfolgt war. Ein Zuwarten von zweieinhalb Wochen (25. April bis 12. Mai 2020) bis zur Nachfrage bei der Beschwerdegegnerin betreffend die rechtliche Legitimation für ein freihändiges Verfahren (vgl. Bf-act. 3) ist nach Auffassung des angerufenen Gerichts nicht mehr als "ohne Verzug" einzuordnen, weshalb das Beschwerderecht schon durch dieses Zuwarten als verloren bzw. verwirkt anzusehen ist. Spätestens aber nachdem die Beschwerdegegnerin mit Antwortschreiben vom 18. Mai 2020 konkret begründete, weshalb sie eine freihändige Vergabe vornahm (keine objektive Unterstellung unter das Submissionsgesetz) (vgl. Bf-act. 4), verfügte die Beschwerdeführerin über genü-

- 10 - gend Angaben, welche ihr klar zu erkennen gaben, dass ein Vergabeverfahren durchgeführt wurde, bei welchem ihr allenfalls zu Unrecht eine Teilnahme verweigert worden war. Weitere Details zum Auftrag und zu den Umständen der Vergabe waren für die Beurteilung der Arbeitsvergabe nicht mehr notwendig, wusste die Beschwerdeführerin doch damit über die wesentlichen Punkte des Vergabeverfahrens Bescheid. Wieder wartete die Beschwerdeführerin ca. 14 Tage (19. Mai bis 4. Juni 2020) zu, bevor sie – nunmehr anwaltlich vertreten – bei der Beschwerdegegnerin weitere Informationen anforderte (vgl. Bf-act. 5) und dann gestützt auf die Antwort des Stiftungsratspräsidenten vom 9. Juni 2020 (vgl. Bf-act. 6) schliesslich am 15. Juni 2020 Beschwerde einreichte. Ein Handeln ohne Verzug, wie es das Bundesgericht verlangt (vgl. Erwägung 1.1 hiervor), liegt nach dem Gesagten nicht vor. Dabei fällt zusätzlich ins Gewicht, dass die Beschwerdeführerin – wie bereits dargelegt – keine Laiin im Beschaffungsrecht ist, sondern als Architekturbüro, welches regelmässig auch für öffentliche Auftraggeber tätig ist, ständig mit dem öffentlichen Beschaffungsrecht in Berührung ist und deshalb für sich auch nicht in Anspruch nehmen kann, vom Beschwerdewesen und den kurzen Fristen in Submissionsangelegenheiten nichts gewusst zu haben. Somit ist vorliegend das Beschwerderecht der Beschwerdeführerin verwirkt und ihre Eingabe vom 15. Juni 2020 verspätet, weshalb auf diese nicht einzutreten ist. Damit erübrigen sich materielle Ausführungen.

E. 2

Die B._____ beabsichtigt, am Standort D._____ einen Neubau zu erstellen (Projekt Neubau Nebengebäude D._____). Gemäss vorbereitetem (aber noch nicht eingereichtem)

Baubewilligungsgesuch sind 3 Wohnungen à 3.5 Zimmer und 3 Wohnungen à 2.5 Zimmer sowie 35 gewerbliche Räume (Büros) geplant. Als Zweck gibt die Bauherrin an: "KiTa D._____, Saal, Büroräumlichkeiten, Sitzungszimmer." Die Investition beträgt rund CHF 9.6 Mio.

E. 2.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten gestützt auf Art. 73 Abs. 1 VRG der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Die Staatsgebühr wird auf CHF 3'000.-- festgesetzt (vgl. etwa: Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden U 20 19 vom 5. Mai 2020 [Planung und Projektierung Strassenbauprojekt durch Bauingenieurbüro], Auftragswert rund CHF 700'000.--, Staatsgebühr bei Abweisung CHF 5'000.--). Dabei ist zu Gunsten der Beschwerdeführerin berücksichtigt, dass sich das Gericht im Urteil mit den materiellen Rügen nicht befassen musste.

- 11 -

E. 2.2

Nach Art. 78 Abs. 1 VRG steht der Beigeladenen für die durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten eine angemessene Entschädigung zu, zumal sie sich zur Verteidigung ihrer Rechte anwaltlich vertreten liess und damit Mehrkosten entstanden sind. Vorliegend weist die vom Rechtsvertreter der Beigeladenen eingereichte Honorarnote einen detailliert aufgelisteten Aufwand von 10.8 Stunden aus, was für die Instruktion, das Einlesen, das Verfassen einer "Stellungnahme II" und für ein weiteres kurzes Schreiben an das streitberufene Gericht gerechtfertigt erscheint. Der vereinbarte Stundenansatz von CHF 270.-- ist in der Vollmacht vom 30. Oktober 2020 ausgewiesen. Die geltend gemachten Spesen von CHF 20.30 erweisen sich zudem als geringfügig. Die Beigeladene ist gemäss UID-Register mehrwertsteuerpflichtig und damit vorsteuerabzugsberechtigt, weshalb die vorliegende Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen ist (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden R 16 58 vom 14. Februar 2017 E.7b; PVG 2015 Nr. 19). Die Parteientschädigung wird demnach auf CHF 2'936.30 (ohne MWST) festgesetzt.

E. 2.3

Bund, Kanton und Gemeinden sowie mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen wird gemäss Art. 78 Abs. 2 VRG in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen, wenn sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegen. Vorliegend argumentiert die Beschwerdegegnerin, dass sie ausserhalb des öffentlichen Beschaffungswesens tätig gewesen sei und somit auch ausserhalb ihres amtlichen Wirkungskreises. Auch wenn dies im Rahmen einer materiellen Prüfung festgestellt worden wäre, ist aber genau dieser Punkt vor Gericht strittig, weshalb der Charakter des Verfahrens eben doch submissionsrechtlicher Natur ist und sich die Beschwerdegegnerin so gesehen innerhalb ihres amtlichen Wirkungskreises verteidigt hat. Gleichzeitig kann der Beschwerdeführerin keine mutwillige Prozessführung vorgeworfen werden, weil sich die von ihr aufgeworfenen

- 12 - Fragen als gerechtfertigt und schwierig erweisen. Vor diesem Hintergrund wird der Beschwerdegegnerin keine Parteientschädigung zugesprochen. III. Demnach erkennt das Gericht:

E. 3

Der Stiftungsrat beschloss am 9. Oktober 2019, den Architekturauftrag für das Neubauprojekt freihändig zu vergeben. Am 28. Februar/18. März 2020 schloss die B._____ mit der C._____ AG einen Architekturvertrag über Leistungen im Umfang von rund CHF 750'000.-- (inkl. MWST).

- 3 -

E. 4

Am 12. Mai 2020 richtete die A._____ AG, welche vor rund zehn Jahren das angrenzende Pflegeheim projektiert und umgesetzt hat, eine schriftliche Anfrage an die B._____. Darin schrieb sie, dass sie anlässlich eines Termins am 24. April 2020 vernommen habe, dass die Vergabe des Architekturauftrages für das Bauprojekt auf dem Areal D._____ offenbar freihändig erfolgt sei. Darüber zeigte sie sich erstaunt und verlangte von der Stiftung Aufklärung über die rechtliche Legitimation dieses Vorgehens.

E. 5

Die B._____ beantwortete das Schreiben am 18. Mai 2020 und führte darin aus, dass der geplante Neubau gewerblichen Charakter aufweise und dessen Erstellung daher objektiv nicht dem Vergaberecht unterstehe.

E. 6

Mit E-Mail vom 4. Juni 2020 stellte der von der A._____ AG inzwischen mandatierte Rechtsvertreter der B._____ diverse Fragen im Zusammenhang mit der strittigen Auftragsvergabe. Der Stiftungsratspräsident beantwortete die Fragen mit E-Mail vom 9. Juni 2020.

E. 7

Am 15. Juni 2020 erhob die A._____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden Beschwerde und beantragte, der Zuschlagsentscheid der B._____, die Architekturleistungen für den Erweiterungsbau des Pflege- und Beratungszentrums D._____ in H._____ freihändig dem Architekturbüro C._____ AG zu vergeben, sei aufzuheben und die B._____ sei anzuweisen, für die Vergabe des Architekturauftrages ein Submissionsverfahren nach den anwendbaren Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens durchzuführen. Eventualiter sei für den Fall, dass die B._____ bereits eine vertraglich rechtgültige Bindung eingegangen sein sollte, die Rechtswidrigkeit der freihändigen Vergabe des Architekturauftrages festzustellen. Die Beschwerdeführerin begründete ihre Anträge im Wesentlichen damit, dass die B._____ nicht nur in subjektiver Hinsicht dem Vergaberecht unterstehe, sondern für die strittige Vergabe auch in objektiver Hinsicht. So erfülle die B._____ auf dem Areal D._____ eine öffentliche Aufgabe, indem

- 4 - sie dort ein Alters- und Pflegeheim betreibe und als solche Institution auch auf der kantonalen Pflegeheimliste geführt werde. Der Zweckartikel der B._____ sehe keinerlei kommerzielle Tätigkeiten vor. Hinzu kommt, dass das Bauvorhaben in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen (ZöBA) geplant sei, wo eine kommerzielle Wohnbaute gar nicht zulässig sei. Das geplante Bauprojekt diene unmittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, weshalb der strittige Architekturauftrag öffentlich hätte ausgeschrieben werden müssen.

E. 8

Die B._____ (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 29. Juni 2020, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten; eventualiter sei sie abzuweisen. Den Antrag auf Nichteintreten begründete die Beschwerdegegnerin mit dem Argument der Verspätung. So habe die Beschwerdeführerin bereits am 24. April 2020 einen Verdacht gehabt, dass der strittige Auftrag freihändig vergeben worden sei. In ihrem Schreiben vom 12. Mai 2020 habe sie dies zum Ausdruck gebracht und von Seiten der Beschwerdegegnerin Auskunft darüber verlangt. Die Auskunft, wonach der strittige Auftrag freihändig vergeben worden sei, habe ihr die Beschwerdegegnerin am 18. Mai 2020 schriftlich bestätigt. Die Beschwerde vom 15. Juni 2020 sei deshalb deutlich verspätet. In materieller Hinsicht sei die Beschwerde abzuweisen, weil die Neubaute als Rendite-liegenschaft diene und nicht zur Erfüllung des öffentlichen Leistungsauftrages. Mit anderen Worten sei die Beschwerdegegnerin mit der strittigen Neubaute kommerziell tätig, weshalb sie von der objektiven Unterstellung unter die Submissionsgesetzgebung ausgenommen sei.

E. 9

Die C._____ AG (Zuschlagsempfängerin) zeigte dem Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden am 29. Juni 2020 an, dass sie sich am Verfahren nicht beteiligen wolle. Gleichzeitig teilte sie aber mit, dass sie aus dem bereits abgeschlossenen Architekturvertrag bereits Leistungen im Umfang von CHF 180'000.-- erbracht habe.

- 5 -

E. 10

In ihrer Replik vom 20. Juli 2020 passte die Beschwerdeführerin ihre Rechtsbegehren insofern an, als sie anstelle der Anweisung an die Beschwerdegegnerin, für die Vergabe des Architekturauftrages ein Submissionsverfahren nach den anwendbaren Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens durchzuführen, nun die Anweisung an die Beschwerdegegnerin beantragte, den mit der Zuschlagsempfängerin am 28. Februar 2020 geschlossenen Architekturvertrag mit Wirkung ex nunc für die noch nicht ausgeführte Arbeit aufzulösen und mindestens für die noch nicht ausgeführten Architekturleistungen ein öffentliches Submissionsverfahren nach den anwendbaren Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens durchzuführen. In Bezug auf die Beschwerdefrist argumentierte die Beschwerdeführerin, dass sie erst mit der Beantwortung ihrer Fragen durch den Stiftungsratspräsidenten am 9. Juni 2020 konkrete Angaben zum Vertragsschluss erhalten habe. In materieller Hinsicht sei der von der Beschwerdegegnerin mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossene Vertrag rechtlich unwirksam und könne deshalb vom Gericht aufgehoben werden. Das Projekt sei klar auf den öffentlichen Zweck der Beschwerdegegnerin ausgerichtet. Eine saubere Abgrenzung einer kommerziellen Tätigkeit sei nicht möglich.

E. 11

In ihrer Duplik vom 17. August 2020 hielt die Beschwerdegegnerin an ihren Rechtsbegehren fest und vertiefte ihre Argumentation. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin sei der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin rechtsgültig abgeschlossen worden. Aber auch nach der bestrittenen Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin wäre der primäre Rechtsschutz zu verwehren. Es wäre zudem unverhältnismässig, den Vertrag aufzulösen und für die gesamte Bauleitung eine neue Ausschreibung vorzunehmen, nachdem bereits das gesamte Projekt mitsamt Ausführungs-

planung vorliege.

E. 12

Die Beschwerdeführerin stellte in ihrer Triplik vom 16. September 2020 insbesondere den Ausführungsgrad des Architekturauftrages in Frage,

- 6 - was am 28. September 2020 die Zuschlagsempfängerin und die Beschwerdegegnerin veranlasste, diesen Behauptungen mit entsprechenden Ausführungen entgegenzutreten.

E. 13

Auf die Quintuplik der Beschwerdeführerin vom 22. Oktober 2020 folgten am 16. bzw. 17. November 2020 die Sextuplik der Beschwerdegegnerin und eine "Stellungnahme II" der inzwischen anwaltlich vertretenen Zuschlagsempfängerin, welche in ihrem erstmaligen Rechtsbegehren die kostenfällige Abweisung der Beschwerde beantragte, soweit darauf überhaupt eingetreten werden könne.

E. 14

Am 7. Dezember 2020 reichte die Beschwerdeführerin ihre Septuplik ein. Die Zuschlagsempfängerin verzichtete am 14. Dezember 2020 auf weitere Ausführungen. Am 17. Dezember 2020 reichte die Beschwerdegegnerin ihre abschliessende Stellungnahme ein.

E. 15

Die Rechtsvertreter der Parteien reichten am 13. November, 19. November und 17. Dezember 2020 ihre Honorarnoten ein. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien in den Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen. II. Das Gericht zieht in Erwägung:

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