

# GR\_GERICHTE U 2023 21 vom 4. Juli 2023

GR Gerichte, 2023-07-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_U\\_2023\\_21](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2023_21)

FR: GR\_GERICHTE U 2023 21 du 4 juillet 2023

IT: GR\_GERICHTE U 2023 21 del 4 luglio 2023

## Regeste

Submission | Submissionen

## Erwägungen

### E. 1

Die Gemeinde B.\_\_\_\_\_ schrieb am 22. Dezember 2022 im Kantonsamtsblatt und auf dem Ausschreibungsportal [www.simap.ch](http://www.simap.ch) im offenen Verfahren die Baumeisterarbeiten für die D.\_\_\_\_\_ – Vorlage 7 aus, einem weiteren Abschnitt des Projekts 'E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_'. Aus der Ausschreibung ging hervor, dass eine Begehung vorgesehen war, und zwar am 16. Januar 2023 um 09:00 Uhr. In den Ausschreibungsunterlagen wurde diese Begehung sodann als obligatorisch erklärt.

### E. 1.1

Anfechtungsobjekt der vorliegenden Beschwerde bildet der Vergabeentscheid vom 14. Februar 2023, worin die Beschwerdegegnerin die Baumeisterarbeiten für die D.\_\_\_\_\_ – Vorlage 7, einem Abschnitt des Projekts 'E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_', für CHF 1'120'989.70 an die Zuschlagsempfängerin (Beigeladene) und nicht an die am zweitgünstigste offerierende Beschwerdeführerin zum Angebotspreis von CHF 1'423'309.95 (Differenz CHF 302'320.20 teurer) erteilte, wogegen die Beschwerdeführerin am

### E. 1.2

Das anwendbare Recht bilden die Bestimmungen der Interkantonalen Vereinbarung zum öffentlichen Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019, in Kraft gesetzt am 1. Oktober 2022, weil das Verfahren am 22. Dezember 2022 und somit zeitlich nach dem Inkrafttreten der totalrevidierten IVöB eingeleitet wurde und daher (laut intertemporaler Regelung in Art. 64 Abs. 1 IVöB) auf den vorliegenden Fall das neue Recht anwendbar ist. Nach Art. 55 IVöB richtet sich das Verfügungs- und Beschwerdeverfahren nach den Bestimmungen der kantonalen Gesetze über die Verwaltungsrechtspflege (Ergo: Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRG]; BR 370.100).

### E. 1.3

An der schriftlich eingereichten Beschwerde vom 13. März 2023 gibt es bezüglich ihrer Form (Erfordernis an Rechtsschriften nach Art. 38 VRG) als auch betreffend Einhaltung der 20-tägigen Beschwerdefrist gemäss Art. 56 Abs. 1 IVöB nichts auszusetzen. Die Beschwerde ist infolgedessen frist- und formgerecht eingereicht worden.

### E. 1.4

Nach Art. 52 IVöB ist gegen Verfügungen (Entscheide) der Auftraggeber mindestens ab dem für das Einladungsverfahren massgebenden Auftragswert die Beschwerde an das

kantonale Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz zulässig. Auch nach Art. 49 Abs. 1 lit. a) VRG beurteilt das Verwaltungsgericht Beschwerden gegen Entscheide von Gemeinden [...], soweit diese nicht bei anderen Instanzen angefochten werden können oder nach kantonalem oder eidgenössischem Recht endgültig sind. Der Vergabeentscheid der Beschwerdegegnerin ist ein solcher Entscheid, der weder andernorts angefochten werden kann noch

- 8 - auf Kantons- oder Bundesebene endgültig ist. Er bildet deshalb – im Einklang mit Art. 52 IVöB – ein taugliches Anfechtungsobjekt vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden und das angerufene Gericht ist folglich sowohl sachlich, funktionell wie auch örtlich zur vorliegenden Streitentscheidung befugt.

### **E. 1.5**

Zur Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht ist legitimiert, wer durch den angefochtenen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (Art. 50 VRG). Die Beschwerdeführerin wird durch die Auftragsvergabe der Baumeiterarbeiten an die Zuschlagsempfängerin offenkundig wirtschaftlich nachteilig berührt, weil nicht sie die ausgeschriebenen Strassenarbeiten erledigen darf. Es entgeht ihr damit ein lukrativer Auftrag in der Grössenordnung von rund CHF 1.4 Mio. laut eigener Preisofferte. Als Adressatin des Entscheids ist die Beschwerdeführerin demnach auch zu dessen Überprüfung berechtigt.

### **E. 1.6**

Auf die Beschwerde ist daher aus verfahrensrechtlicher Sicht einzutreten. 2. Streitgegenstand ist die zu klärende Frage, ob die Zuschlagsempfängerin hätte vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen, weil sie an der Begehung vom 16. Januar 2023 weder anwesend noch entschuldigt war. Beschwerdeobjekt bildet der Zuschlag an die Mitbieterin nach Art. 53 Abs.1 lit. e IVöB bzw. deren (Nicht-)Ausschluss nach Art. 53 Abs. 1 lit. h IVöB.

### **E. 2**

In der Folge nahmen an der Begehung vom 16. Januar 2023 ein Vertreter der A.\_\_\_\_\_ AG teil, ein Vertreter der Gemeinde B.\_\_\_\_\_, zwei Vertreter der externen Projektleitung sowie ein Mitglied einer weiteren Bauunternehmung. Zwei weitere Personen waren von der Begehung entschuldigt. Von der Bauunternehmung C.\_\_\_\_\_ AG war weder ein Vertreter anwesend noch entschuldigt. Nachdem die abwesende Anbieterin das Versäumnis entdeckt hatte, erkundigte sie sich bei der Vergabebehörde, ob sie dennoch ein Angebot einreichen solle, was bejaht wurde.

### **E. 2.1**

Nach Art. 41 IVöB erhält das vorteilhafteste Angebot den Zuschlag. Laut Art. 44 Abs. 1 lit. a) IVöB kann der Auftraggeber einen Anbieter von einem Vergabeverfahren ausschliessen [...], wenn festgestellt wird, dass ein Anbieter die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht oder nicht mehr erfüllt, oder der rechtskonforme Ablauf des Vergabeverfahrens

- 9 - durch dessen Verhalten beeinträchtigt wird; oder nach Art. 44 Abs. 1 lit. b) IVöB, wenn die Angebote oder Anträge auf Teilnahme wesentliche Formfehler aufweisen oder wesentlich von den verbindlichen Anforderungen einer Ausschreibung abweichen. Weiter gilt es immer die allgemeinen Verfahrensgrundsätze nach Art. 11 IVöB zu beachten, u.a.

dass der Auftraggeber das Vergabeverfahren transparent, objektiv und unparteiisch durchführt (lit. a) und derselbe in allen Phasen des Verfahrens auf die Gleichbehandlung [und laut Art. 2 lit. c IVöB der Nichtdiskriminierung] der Anbieter achtet (lit. c). Der Ablauf des Vergabeverfahrens wird in Art. 35 (Inhalt der Ausschreibung) und Art. 36 (Inhalt der Ausschreibungsunterlagen) IVöB geregelt. Nach Art. 35 lit. 1 (1. Halbsatz) IVöB enthält die Veröffentlichung einer Ausschreibung mindestens die Formerfordernisse zur Einreichung von Angeboten oder Teilnahmeanträgen. Nach Art. 36 lit. c (1. Halbsatz) IVöB müssen die Ausschreibungsunterlagen – soweit diese Angaben nicht bereits in der Ausschreibung enthalten sind – Aufschluss über die Formerfordernisse und Teilnahmebedingungen für die Anbieter, einschliesslich einer Liste mit Angaben und Unterlagen, welche die Anbieter im Zusammenhang mit den Teilnahmebedingungen einreichen müssen, geben. Dasselbe gilt nach Art. 36 lit. h (1. Halbsatz) IVöB für alle anderen für die Erstellung der Angebote erforderlichen Modalitäten und Bedingungen. In Anwendung dieser gesetzlichen Vorgaben gilt es hier auch die Streitigkeit betreffend 'unentschuldig versäumter Nichtteilnahme' an der Baustellenortsbesichtigung vom 16. Januar 2023 zu beurteilen.

### **E. 2.2**

Allseits unbestritten ist, dass die Beschwerdegegnerin grundsätzlich eine Baustellenbegehung für obligatorisch erklären kann. Ebenso klar ist, dass das (unentschuldigte) Fernbleiben an einer Begehung/Besichtigung zum Ausschluss des (säumigen) Anbieters führen kann (s. Art. 44 lit. a/b IVöB). Im vorliegenden Fall geht es aber um die rechtliche Würdigung des

- 10 - Umstands, dass in der öffentlichen Ausschreibung vom 22. Dezember 2022 (Art. 35 lit. 1 IVöB) eine Begehung für den 16. Januar 2023 zwar terminiert worden ist, diese aber nicht für obligatorisch erklärt wurde, wogegen im nachgelagerten Leistungsverzeichnis/Devis der Ausschreibungsunterlagen (Art. 36 lit. c/h IVöB) die Begehung als obligatorisch erklärt worden ist.

### **E. 2.3**

Die Beschwerdeführerin ist diesbezüglich der Ansicht, dass die Beschwerdegegnerin die Zuschlagsempfängerin (hier Beigeladene) aus dem Vergabeverfahren hätte ausschliessen müssen. Der obligatorischen Begehung komme im Sinne einer Teilnahmebedingung die gleiche Bedeutung zu wie den Eignungs- und Zuschlagskriterien, weshalb es dem Angebot der Zuschlagsempfängerin an einer Zulassungsvoraussetzung mangle. An der Begehung seien seitens der Beschwerdegegnerin zahlreiche relevante Informationen vermittelt worden, etwa bezüglich Zufahrten, Erfahrungen aus der letzten Vergabe (Baulos ' I. \_\_\_\_\_ '); weiter habe die Beschwerdegegnerin diejenigen, welche an der Begehung teilgenommen hätten, auf die Verkehrsführung, die Heuet und allfällige Gewichtsbegrenzungen hingewiesen. Vor diesem Hintergrund erscheine eine obligatorische Begehung aus objektiven Gründen als sachgerecht, und zwar gerade auch deshalb, weil es bei der vorhergehenden Etappe Schwierigkeiten mit dem Untergrund und damit zu Kostenüberschreitungen gekommen sei. Gemäss Art. 36 Abs. 1 lit. c und h IVöB reiche es, wenn die Teilnahmebedingungen in den Ausschreibungsunterlagen festgehalten seien. Aus diesem klaren Wortlaut des neuen Rechts folge, dass die bisherige Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden zur obligatorischen Begehung, welche sich auf die nicht mehr anwendbaren Artikel 11 lit. e und 12 lit. d SubV stütze, überholt sei

(etwa VGU U 14 75 [25. November 2014] E.3b).

- 11 -

#### **E. 2.4**

Die Beschwerdegegnerin führt hierzu aus, dass das Fernbleiben der Zuschlagsempfängerin (Beigeladenen) an der Begehung auf eine Unklarheit in der Ausschreibung zurückzuführen sei. Unklarheiten seien im Zweifelsfall zugunsten des Anbieters und zu Ungunsten der Vergabebehörde auszulegen. Im vorliegenden Fall habe sich zudem die Zuschlagsempfängerin durch ihre Nichtteilnahme an der Begehung auch keinerlei Vorteil verschaffen können, noch habe sie zu tief offeriert. Eine Begehung sei auch rein objektiv betrachtet nicht zwingend erforderlich gewesen; so habe es bei den vorherigen Etappen derselben Meliorationsstrasse nie eine obligatorische Begehung gegeben, obschon diese komplexer gewesen seien als die vorliegende Etappe. Schliesslich sei an der Begehung nichts besprochen worden, was sich aus den Ausschreibungsunterlagen selber ergeben hätte.

#### **E. 2.5**

Die Zuschlagsempfängerin (Beigeladene) argumentiert im Wesentlichen mit dem Vertrauensschutz. So sei sie in ihrem berechtigten Vertrauen zu schützen, dass in der Ausschreibung die Begehung nicht für obligatorisch erklärt und entsprechend nicht als Teilnahmebedingung deklariert worden sei. Weil sie die Bearbeitung ihrer Offerte für die zweite Januarhälfte terminiert hatte, habe sie das Erfordernis in den Ausschreibungsunterlagen erst nach dem Begehungstermin überhaupt erkannt. Nach Rücksprache mit dem für die Beschaffung verantwortlichen Ingenieurbüro sei sie (die Beigeladene) aufgefordert worden, trotzdem ihr Angebot einzureichen.

#### **E. 2.6**

Nach den Feststellungen und Erkenntnissen des streitberufenen Gerichts ist die öffentliche Ausschreibung in die Kapitel '1. Auftraggeber', '2. Beschaffungsobjekt', '3. Bedingungen' und '4. Andere Informationen' aufgegliedert. Der Hinweis für die Begehung ist nicht etwa im Kapitel '3. Bedingungen' aufgeführt, sondern unter '4. Andere Informationen'. Dort steht (vgl. dazu Akten der Beschwerdeführerin [Bf-act.] 3, S. 4):

- 12 -

##### **E. 2.6.1**

Das alte Recht verlangte einen expliziten Hinweis auf ein Obligatorium einer Begehung in der Ausschreibung mitsamt Bekanntgabe des genauen Orts und Zeitpunkts derselben (VGU U 14 75 [25. November 2014] E.3a): Sofern im konkreten Einzelfall die Art und Komplexität des Auftrags eine Begehung erfordern, kann der Auftraggeber eine Teilnahme der Anbieter an der Begehung für obligatorisch erklären. Dabei ist in der Ausschreibung gemäss Art. 11 lit. e SubV der genaue Ort und Zeitpunkt der Begehung bekannt zu geben und ausdrücklich auf das Teilnahme-Obligatorium hinzuweisen. Die Gründe, welche eine obligatorische Begehung nahelegen, können verschiedenartig sein. Sie sollen aber restriktiv gehandhabt werden. So etwa, wenn sich die Anbieter bei einem Bauauftrag ein klares Bild über die gegebenen Verhältnisse machen sollten, wenn an Ort und Stelle spezifische Auflagen gemacht werden, oder wenn anlässlich der Begehung allfällige für die Ausarbeitung der Offerte erforderlichen Zusatzinformationen abgegeben werden müssen. Der Auftraggeber muss die Notwendigkeit einer obligatorischen Begehung jederzeit

sachlich begründen können. Bei Bauaufträgen hat der Anbieter Mitarbeitende zu entsenden, die an der Erarbeitung und Preisgestaltung der Offerte massgebend mitwirken. Bei einer obligatorischen Begehung handelt es sich um eine Zulassungsvoraussetzung. Anbieter, die der obligatorischen Begehung fernbleiben, dürfen am Vergabeverfahren nicht teilnehmen. Der Auftraggeber hat allfällige Angebote solcher Anbieter wegen Fehlens dieser Zulassungsvoraussetzung auszuschliessen (vgl. Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Graubünden, Stand 1. Januar 2014, Kapitel 8.14).

- 13 -

### **E. 2.6.2**

Im neuen Recht ist die Bestimmung von Art. 11 lit. e SubV nicht mehr ersichtlich. Im neuen Recht werden in separaten Artikeln die Mindestanforderungen an die Ausschreibung (Art. 35 IVöB) und an die Ausschreibungsunterlagen (Art. 36 IVöB) umschrieben. Es trifft dabei zu, dass die Teilnahmebedingungen in Art. 36 Abs. 1 lit. c IVöB aufgeführt sind, nicht aber in Art. 35 IVöB (dort ist bloss von 'Teilnahmeanträgen' die Rede). Mit der Zuschlagsempfängerin (Beigeladenen) ist festzuhalten, dass es der Rechtssicherheit nicht dienlich und es daher kontraproduktiv wäre, wenn neu Teilnahmebedingungen wie eine obligatorische Begehung nicht mehr publiziert werden müsste, sondern sie einzig aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich wäre. Diese Problematik muss vorliegend aber nicht abschliessend beantwortet werden, weil sie nicht entscheidrelevant ist, denn es geht hier um eine andere Streitfrage, nämlich die Widersprüchlichkeit von Angaben: Wenn die Beschwerdeführerin also aus den Bestimmungen der IVöB ableiten möchte, dass die Zuschlagsempfängerin auf jeden Fall die klare Formulierung in den Ausschreibungsunterlagen hätte erkennen und somit einhalten müssen, verkennt sie, dass im vorliegenden Fall das Teilnahmekriterium der Begehung sowohl in der Ausschreibung als auch in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt war, und zwar unterschiedlich. Somit ist die Streitfrage unter dem Aspekt der widersprüchlichen bzw. mangelhaften Beschaffungsunterlagen zu klären: Grundsätzlich trägt die negativen Folgen einer unvollständigen oder unklaren Umschreibung des Auftrags oder des Leistungsbeschriebs die Vergabebehörde (vgl. D. KUONEN in: H.R. TRÜEB [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 35 N. 16), hat sie doch das Resultat zu verantworten. Gemäss Literatur kann es nicht sein, dass die Anbieterin die Nachteile eines ungenügenden Leistungsbeschriebs tragen muss. Eine Fragepflicht der Anbieterin ist nur dann zu bejahen, wenn feststeht, dass das Unterlassen der Anfrage bei

- 14 - der Auftraggeberin und die anschliessende Berufung auf den Mangel der Ausschreibungsunterlagen einen Verstoss gegen den Grundsatz gegen Treu und Glauben darstellen. Die Fragepflicht besteht demnach nur dann, wenn die Anbieterin den ungenügenden Leistungsbeschrieb zum Zeitpunkt der Ausschreibung klar erkennt und der Auftraggeberin trotzdem keine Frage unterbreitet (D. KUONEN, a.a.O. mit Hinweis auf GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 388).

### **E. 2.6.3**

Nach Ansicht des Gerichts hat die Zuschlagsempfängerin (Beigeladene) im vorliegenden Fall plausibel dargelegt, dass sie aufgrund der Ausschreibung vom 22. Dezember 2022 die Begehung vom 16. Januar 2023 als nicht obligatorisch angesehen hat und aufgrund der Festtage/Ferienzeit und der Eingabefrist vom 27. Januar 2023 vor dem 16. Januar 2023

keinen Anlass hatte, die Ausschreibungsunterlagen bzw. das Leistungsverzeichnis durchzusehen. Zudem kannte die Zuschlagsempfängerin (Beigeladene) das Projekt der Meliorationsstrasse von früheren Etappen her, sodass sie aufgrund der Ausschreibungsunterlagen auch ohne Begehung eine korrekte Offerte erstellen konnte. Schliesslich ist sie nach Entdeckung des Widerspruchs bei der Beschwerdegegnerin vorstellig geworden und sie wurde trotz Fehlens an der Begehung zur Offertstellung aufgefordert. Vor diesem Hintergrund kann der Zuschlagsempfängerin (Beigeladenen) keinerlei treuwidriges Verhalten vorgeworfen werden.

#### **E. 2.6.4**

Ein Ausschluss der Zuschlagsempfängerin (Beigeladenen) vom Vergabeverfahren gestützt auf Art. 44 Abs. 1 lit. a) oder lit. b) IVöB ist demnach nicht angezeigt und würde zudem dem Verbot des überspitzten Formalismus zuwiderlaufen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C\_920/2020 vom 2. Juni 2021 E.3.3 m.H.a. BGE 142 I 10 E.2.4.2, 2C\_698/2019 vom - 15 - 24. April 2020 E.5.3, 2C\_969/2018 vom 30. Oktober 2019 E.5.1, 2C\_257/2016 vom 16. September 2016 E.1.2.3, 4P.152/2004 vom 28. Februar 2005 E.7.1.1; VGU U 22 83 vom 11. Januar 2023 E.1.6.3, U 21

#### **E. 3**

Innert Eingabefrist reichten zwei Anbieter ihre Offerten ein. Bei der Offert-öffnung am 31. Januar 2023 bot sich folgendes Bild: 1. C.\_\_\_\_\_ AG, G.\_\_\_\_\_ Fr. 1'120'989.70 2. A.\_\_\_\_\_ AG, H.\_\_\_\_\_ Fr. 1'423'309.95

#### **E. 3.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten gestützt auf Art. 73 Abs. 1 VRG der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Angesichts vergleichbarer Fälle (so etwa VGU U 20 21 betreffend Meliorationsstrasse mit Bauvolumen CHF 1.4 Mio.; Streitgegenstand Teilnahmebedingung) sowie dem Umstand, dass der Streitgegenstand im vorliegenden Verfahren begrenzt war (Begehung/Widersprüchlichkeit von Ausschreibungsunterlagen), erachtet das Gericht eine Staatsgebühr von CHF 3'000.-- für angemessen.

#### **E. 3.2**

Aussergerichtlich steht der Beschwerdegegnerin keine Parteientschädigung zu, weil sie im Rahmen ihres amtlichen Wirkungskreises obsiegt hat (Art. 78 Abs. 2 VRG).

#### **E. 3.3**

Die Zuschlagsempfängerin (Beigeladene) hat hingegen Anspruch auf Ersatz der ihr durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten. Trotz Aufforderung hat ihr Rechtsvertreter keine Kostennote beim Gericht eingereicht, weshalb das Gericht die Parteientschädigung praxisgemäss nach freiem Ermessen festsetzt. Es erachtet dabei eine aussergerichtliche Entschädigung von pauschal CHF 3'000.-- für angemessen. Die Beigeladene ist zudem gemäss UID-Register mehrwertsteuerpflichtig und damit vorsteuerabzugsberechtigt, weshalb keine MWST geschuldet ist bzw. gerichtlich gewährt wird (vgl. Leiturteil: PVG 2015 Nr. 19). Die

- 16 - bezeichnete Entschädigung ist von der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 78 Abs. 1 VRG an die obsiegende Beigeladene zu bezahlen. III. Demnach erkennt das Gericht:

#### **E. 4**

Mit Vergabeentscheid vom 14. Februar 2023 beschloss die Gemeinde, den Auftrag der Bauunternehmung C.\_\_\_\_\_ AG (Zuschlagsempfängerin) zu vergeben und teilte den Anbieterinnen diesen Entscheid mit Schreiben vom 21. Februar 2023 mit.

- 4 -

### **E. 4.3**

Begehungen Begehung am 16. Januar 2023 / 09:00 Uhr B.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_ ([Koordinaten])  
Im Leistungsverzeichnis findet sich dann unter den Besonderen Bestimmungen im Kapitel 'A. Informationen' (vgl. Akten der Beschwerdegegnerin [Bg-act.] 3, S. 5) der folgende Eintrag: 2. Submission Begehung obligatorisch 16.01.2023 / 09:00 Uhr, Treffpunkt B.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_ ([Koordinaten])

### **E. 5**

Gegen diesen Vergabeentscheid erhob die A.\_\_\_\_\_ AG (Beschwerdeführerin) am 13. März 2023 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden. Sie beantragte kostenfällig die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Vergabe an sich selber, eventualiter die Rückweisung der Angelegenheit an die Vergabebehörde zur Neuvergabe. In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung sowie umfassende Akteneinsicht. Sie begründete ihre Beschwerde im Wesentlichen mit der Argumentation, dass die Vergabebehörde die Begehung vom 16. Januar 2023 in den Ausschreibungsunterlagen für obligatorisch erklärt habe; weil die Zuschlagsempfängerin unbestrittenermassen an dieser Begehung unentschuldigt ferngeblieben sei, hätte sie von der Vergabebehörde ausgeschlossen werden müssen. Der angefochtene Entscheid verstosse somit gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Transparenzgebot.

### **E. 6**

Die Vergabebehörde beantragte in der Vernehmlassung vom 6. April 2023 die Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolge gemäss Gesetz. Weil die Ausschreibung hinsichtlich der Begehung unklar und widersprüchlich gewesen sei, würde ein Ausschluss der Zuschlagsempfängerin gegen das Verbot des überspitzten Formalismus verstossen; ausserdem sei die Begehung objektiv gesehen gar nicht zwingend gewesen, zumal der Zuschlagsempfängerin die örtlichen Verhältnisse bereits bestens bekannt gewesen seien.

### **E. 7**

Mit Eingabe ebenfalls vom 6. April 2023 liess auch die beigelegene Zuschlagsempfängerin die Abweisung der Beschwerde beantragen. In formeller Hinsicht beantragt sie die Präzisierung des Umfangs der Akteneinsicht durch die Beschwerdeführerin, eventualiter die Abweisung

- 5 - des Gesuchs mangels Substantiierung. In der Ausschreibung sei zwar von einer Begehung die Rede gewesen, diese sei aber weder als Teilnahmebedingung noch als Obligatorium bezeichnet worden. Aufgrund ihrer profunden Ortskenntnisse habe sie keinerlei Veranlassung gesehen, an der Begehung teilzunehmen. Weil sie auch keinen Anlass dazu hatte, ihr Angebot vor dem Begehungstermin zu bearbeiten, sei es ihr auch nicht anzulasten, den Widerspruch zwischen der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen nicht bemerkt zu haben.

## **E. 8**

Mit Replik vom 5. Mai 2023 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Rechtsbegehren fest. Sie führte aus, dass sich die Ausschreibung und die dazu gehörenden Unterlagen nicht widersprechen, sondern ergänzen würden; zudem könne von einer Anbieterin erwartet werden, dass sie alle verfügbaren Unterlagen rechtzeitig prüfe. Die Nichtteilnahme an der obligatorischen Teilnahme sei somit selbstverschuldet und könne nicht geschützt werden. Im Weiteren zeige ein Vergleich der Offerten, dass die Begehung die Beschwerdeführerin zu einer vorsichtigeren und somit einer höheren Kalkulation bewegt habe, weil sie anlässlich der Begehung den Eindruck gewonnen hatte, dass diese Etappe besonders schwierig sei angesichts der harten Felsen und des Baugrundes. Schliesslich habe es die Vergabebehörde versäumt, das strittige Obligatorium der Begehung anlässlich der Begehung selber oder kurz danach zu präzisieren.

## **E. 9**

Die Vergabebehörde hielt in ihrer Duplik vom 19. Mai 2023 fest, dass an der Begehung nichts erörtert worden sei, was nicht auch aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgegangen wäre; die behauptete Preisdifferenz könne somit nicht auf Ausführungen an der Begehung zurückgeführt werden. Auch hält die Vergabebehörde an ihrer Einschätzung fest, wonach sie mit der Zulassung der Zuschlagsempfängerin zum Vergabeverfahren ihre missverständliche

- 6 - Ausschreibung in fairer, sachgerechter und rechtsgenügender Art und Weise korrigiert habe.

## **E. 10**

Mit Eingabe vom 30. Mai 2023 hält auch die Zuschlagsempfängerin an ihren Anträgen und ihrer Argumentation fest.

## **E. 11**

Am 26. Mai 2023 ersuchte die Vergabebehörde das Gericht darum, das Beschwerdeverfahren für dringlich zu erklären und beförderlich zu behandeln, weil ein Baustart nach August eine Verschiebung des Projekts um mehrere Jahre zur Folge hätte.

## **E. 12**

Der Instruktionsrichter wies das Gesuch mit Schreiben vom 1. Juni 2023 ab mit dem Hinweis, dass Submissions-Beschwerdeverfahren ex lege dringlich seien und das Gericht bemüht sei, die Angelegenheit so rasch wie möglich zu behandeln.

## **E. 13**

März 2023 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden erhob und die Aufhebung des angefochtenen Vergabeentscheids und die Vergabe an sich selber

- 7 - beantragte, evtl. um Rückweisung der Sache an die Beschwerdegegnerin zur Neuvergabe; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Beschwerdethema ist die Rechtmässigkeit des Vergabeentscheids betreffend 'Strassenerneuerungsarbeiten'.

## **E. 17**

vom 28. Juni 2021 E.2.4, U 19 35 vom 18. Juli 2019 E.5.2, U 18 51 vom

## **E. 18**

Dezember 2018 E.4.1; PVG 2005 Nr. 33, 1999 Nr. 61, 1997 Nr. 60). Der angefochtene Vergabeentscheid der Beschwerdegegnerin ist folglich rechtens und verhältnismässig, was zur Abweisung der Beschwerde führt.

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