



**VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS GRAUBÜNDEN
DRETGIRA ADMINISTRATIVA DAL CHANTUN GRISCHUN
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO DEL CANTONE DEI GRIGIONI**

U 22 99

1. Kammer

Vorsitz Audétat
RichterIn Paganini und von Salis
Aktuar Gross

URTEIL

vom 13. Juni 2023

in der verwaltungsrechtlichen Streitsache

A. _____ AG,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Peter Rütimann,

Beschwerdeführerin

gegen

B. _____,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. HSG Hermann Just,

Beschwerdegegnerin

betreffend Submission

I. Sachverhalt:

1. Das B._____ schrieb am 2. Februar 2017 im Rahmen der Sanierung des C._____ (Etappe D._____) und des E._____ (Etappe F._____) u.a. die Leistungen 'SKP 237 Gebäudeautomation' aus. Die Gebäudeautomation umfasst die Funktion und Steuerung der gesamten Gebäudeleittechnik, so etwa der Steuerung der Raumwärme und Lüftung, der Lichtsteuerung, der Funktion der Storen etc. Den Zuschlag für diese Leistungen erhielt die A._____ AG. In der Folge unterzeichnete das B._____ am 14. Juli 2017 und am 27. Februar 2018 mit der Zuschlagsempfängerin zwei Werkverträge.
2. Parallel dazu unterzeichnete die A._____ AG am 23. Januar 2017 einen Rahmenvertrag mit der Vergabebehörde, welcher von dieser am 21. Februar 2017 gegengezeichnet wurde. Dieser diente dazu, die damals laufenden Arbeiten der Beschwerdeführerin am bestehenden System sicherzustellen.
3. Das in den Werkverträgen vereinbarte Optionsrecht für die Etappe Haus 2 übte die A._____ AG je am 31. Januar 2019 aus.
4. Nachdem es in der Abwicklung der Werkverträge für die Fertigstellung der Etappe Haus 1 zu Schwierigkeiten gekommen ist, löste das B._____ mit Schreiben vom 14. Juli 2022 die beiden Werkverträge SKP 237 Gebäudeautomation Managementebene und SKP 237 Gebäudeautomation mit der A._____ AG mit sofortiger Wirkung auf. Das B._____ begründete diesen Schritt mit dem Vorliegen unzumutbarer Umstände. Die Vertragsparteien blieben in der Folge in Bezug auf die Abwicklung der Vertragsauflösung in Verhandlung.
5. Mit Schreiben vom 29. November 2022 teilte das B._____ der A._____ AG ihre Beschlüsse mit, wonach die Werkverträge SKP 237

Gebäudeautomation Managementebene und SKP 237 Gebäudeautomation vom 16. Dezember 2016 aufgelöst und die Arbeiten im offenen Verfahren nochmals ausgeschrieben werden. Die Vertragsauflösung und Neuausschreibung begründete das B._____ damit, dass die mit den betrieblichen Anforderungen einhergehenden Arbeiten und die Anpassung des Gewerkes in den bestehenden Werkverträgen zu wenig abgebildet seien, da wesentliche zu erbringende Arbeiten nicht ausgeschrieben gewesen seien, weshalb es für diese Arbeiten an einer genügenden Basis fehlte; ausserdem hätten sich in der Planung und Verfeinerung derselben Neuerungen ergeben, welche in den bestehenden Verträgen nicht abgebildet seien. Die Auftraggeberin sehe sich deshalb gezwungen, die Verträge aufzulösen und die Arbeiten aufgrund der veränderten Rahmenbedingungen im offenen Verfahren neu auszuschreiben. Die Tatsache, dass die mit den bestehenden Verträgen die zu leistenden Arbeiten ungenügend abbilde, stelle einen wichtigen Grund dar, um das Submissionsverfahren zu wiederholen.

6. Mit Beschwerde vom 12. Dezember 2022 erhob die A._____ AG (Beschwerdeführerin) Submissionsbeschwerde gegen die Anordnung der Stiftung B._____ (Vergabebehörde, Beschwerdegegnerin) und beantragte die Feststellung der Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung, eventualiter die Aufhebung derselben und subeventualiter deren Aufhebung, insofern damit implizit der Zuschlagsentscheid vom 14. Juli 2017 widerrufen werde, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vergabebehörde. Die Beschwerdeführerin begründet die Nichtigkeit mit Formfehlern. In materieller Hinsicht bringt sie vor, dass bestehende Werkverträge via submissionsrechtliche Verfügung nicht aufgelöst werden könnten; ebenso wenig könne ein Zuschlag widerrufen und das ursprüngliche Verfahren wiederholt werden, um so Kosten für die Entschädigung eines Vertragspartners aus dem ersten Zuschlag zu sparen. Wolle die Vergabebehörde ein anderes Gebäudeleitsystem

bestellen, müsse sie dafür eine neue Submission durchführen; die Kosten für das ursprüngliche System müsse sie aber gleichwohl bezahlen.

7. Die Beschwerdegegnerin beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 27. Januar 2023 die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin. Sie begründet ihre Position im Wesentlichen damit, dass die angefochtene Verfügung an keinem formellen Mangel hafte, weshalb keine Nichtigkeit vorliege. Weiter sei der Widerruf bei Dauerschuldverhältnissen möglich, wenn sich die Verhältnisse entscheidend verändert hätten, was hier der Fall sei, indem man aufgrund der Erfahrungen der ersten Etappe die Gebäudeautomation überarbeitet habe und dabei eine ungenügende Abbildung der zu leistenden Arbeiten im bestehenden Vertrag erkannt habe. Mit der separaten Eröffnung des Widerrufs wolle die Beschwerdegegnerin zudem frühzeitig die Frage der Zulässigkeit einer Neuausschreibung klären.
8. In ihrer Replik vom 24. Februar 2023 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Rechtsbegehren fest. Sie führt darin u.a. aus, dass der wahre Grund für den Widerruf des Zuschlags darin zu sehen sei, dass die Beschwerdegegnerin für die Etappe F._____ auf Managementebene anstelle der bisherigen Systemsoftware APROL das Konkurrenzprodukt DESIGO-CC einsetzen wolle. Dieses Vorgehen sei unverständlich vor dem Hintergrund, dass in der ursprünglichen Ausschreibung als zentrale Zielsetzung verlangt worden sei, dass nur mit einer Systemsoftware gearbeitet werden solle um zusätzliche Betriebskosten zu vermeiden. Ein Systemwechsel sei nicht erforderlich, mit unnötigen Kosten verbunden und bringe keine Vorteile mit sich. Die Unterlagen der Beschwerdegegnerin zeigten auf, dass nicht das Projekt abgeändert werden sollte, sondern die Beschwerdeführerin aus dem Projekt gedrängt werden sollte. Die nachträgliche Suche nach Widerrufsgründen diene allein der Begründung für eine Verdrängung der Beschwerdeführerin aus

dem Projekt. Ein solches Vorgehen sei aber rechtswidrig und verdiene keinen Rechtsschutz.

9. Die Beschwerdegegnerin hielt in ihrer Duplik vom 28. März 2023 an ihren Anträgen fest. Weiter lässt sie durchblicken, dass sie bereit wäre, die angefochtene Verfügung zurückzunehmen, wenn die Beschwerdeführerin verbindlich ihre Bereitschaft erkläre, bereit zu sein, die Leistungen für die Etappe 2 auf der Grundlage des in der ursprünglichen Submission eingereichten Angebots zu erbringen und dass diesbezüglich keine wesentlich neuen Leistungen zu erbringen seien, welche im ursprünglichen Angebot nicht abgebildet sind und (unzulässige) neue Preisverhandlungen notwendig machten. Sollte die Beschwerdeführerin eine solche Erklärung nicht abgeben wollen, stehe fest, dass sich die Verhältnisse derart geändert haben, dass eine neue Ausschreibung und damit einhergehend der Widerruf des ursprünglichen Zuschlags unumgänglich seien. Sollte die Beschwerdeführerin sich mangels genügender Unterlagen noch nicht in der Lage sehen, eine solche Erklärung abzugeben, stellt die Beschwerdegegnerin den Antrag auf Sistierung des Verfahrens bis unter den Parteien darüber Klarheit herrscht, ob die ursprüngliche Ausschreibung trotz geänderter Rahmenbedingungen eine genügende Basis für die Etappe 2 darstelle, oder sich zeige, dass sich die Rahmenbedingungen grundlegend geändert hätten.
10. An der Honorarnote des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin kritisierte die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 21. April 2023 die verspätet eingereichte Honorarvereinbarung, einen zu hohen Stundenansatz sowie einen zu hohen Zeitaufwand.

II. Das Gericht zieht in Erwägung:

- 1.1. Anfechtungsobjekt des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet das Schreiben (Verfügung) der Beschwerdegegnerin vom 29. November 2022 (vgl. Akten der Beschwerdeführerin [Bf-act.] 7), worin (zumindest implizit) der Widerruf des Vergabeentscheids (mit Auflösung Werkverträge [Bf-act. 5]) vom 14. Juli 2017 und die Neuausschreibung im offenen Verfahren erfolgt ist, wogegen die Beschwerdeführerin am 12. Dezember 2022 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden erhob und darin die Feststellung der Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung beantragte; evtl. die Aufhebung derselben und subevtl. deren Aufhebung, insofern dadurch der Vergabeentscheid vom 14. Juli 2017 widerrufen werde; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Beschwerdethema ist somit nur der Widerruf des Zuschlags vom 14. Juli 2017 bzw. der Beschluss, die Beschaffung neu auszuschreiben.

- 1.2. Die vorliegende Streitsache untersteht klar und unbestritten dem öffentlichen Beschaffungsrecht. Konkret kommen die einschlägigen Normen der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB; SR 12.056.5 [BR 803.510]) sowie das Submissionsgesetz für den Kanton Graubünden (SubG; BR 803.300) mitsamt zugehöriger Submissionsverordnung (SubV; BR 803.310) zur Anwendung. Die totalrevidierten Bestimmungen der IVöB vom 15. November 2019, in Kraft gesetzt/getreten am 1. Oktober 2022, kommen laut Übergangsrecht (Art. 64 Abs. 1 IVöB) noch nicht zum Zuge, da Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieser neuen Vereinbarung eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt werden. Der vorliegend widerrufenen Vergabeentscheid datiert unwiderlegt vom 14. Juli 2017 und das entsprechende Verfahren wurde somit längst vor dem 1. Oktober 2022 eingeleitet, weshalb hier (intertemporal) noch die bis dahin rechtsgültige IVöB anwendbar ist. Das Verfahren vor dem

Verwaltungsgericht richtet sich nach dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100).

- 1.3. An der schriftlich eingereichten Beschwerde vom 12. Dezember 2022 gibt es bezüglich ihrer Form (Erfordernis an Rechtsschriften nach Art. 38 VRG) als auch betreffend Einhaltung der 10-tägigen Beschwerdefrist laut Art. 15 Abs. 2 IVöB und Art. 26 Abs. 1 SubG nichts auszusetzen. Die Beschwerde ist daher frist- und formgerecht eingereicht worden.
- 1.4. Gemäss Art. 15 Abs. 1 IVöB (Beschwerde an unabhängige kantonale Instanz) sowie Art. 25 Abs. 2 lit. d SubG (Beschwerde an das Verwaltungsgericht) kann namentlich gegen den Widerruf, den Abbruch und die Wiederholung des Verfahrens Beschwerde erhoben werden. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des angerufenen Verwaltungsgerichts ist damit gegeben, weil es hier um die gerichtlich unabhängige Überprüfung der angefochtenen Mitteilung des Widerrufs samt Neuausschreibung geht.
- 1.5. Zur Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden 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 den Widerruf der Auftragsvergabe vom 14. Juli 2017 offensichtlich sowohl in ihren geschäftlichen als auch rein finanziellen Interessen negativ berührt, weshalb sie zur Anfechtung des Widerrufs der Auftragsvergabe als auch der angekündigten Neuvergabe befugt ist. Ihre Beschwerdelegitimation ist demnach zu bejahen.
- 1.6. Nicht eingetreten kann auf die Beschwerde allerdings insofern, als die Beschwerdeführerin für die Beurteilung der ebenso angeordneten Auflösung der beiden Werkverträge (Bf-act. 5) auch das Verwaltungsgericht für sachlich zuständig hält. Die Zulässigkeit der kritisierten Vertragsauflösung und deren Rechtsfolgen sind hingegen allein

Sache der Zivilgerichtsbarkeit. Die Aufhebung der verfügten Auflösung der beiden Werkverträge ist somit ausschliesslich vor einem Zivilrichter einklag- und beurteilbar. Auf diesen Kritikpunkt tritt das Verwaltungsgericht in folgedessen vorweg nicht ein.

2. In materieller Hinsicht gilt es zunächst festzuhalten, dass der Zuschlag (bzw. die Auftragsvergabe) nach Art. 24 Abs. 1 SubG aus wichtigen Gründen, insbesondere unter den Voraussetzungen von Art. 22 SubG (Aufzählung Ausschlussgründe), widerrufen werden kann. Dabei dürfen Umstände, die der Vergabebehörde zur Zeit des Zuschlagsentscheids bekannt waren, nicht nachträglich zur Rechtfertigung eines Widerrufs dienen. Vielmehr müssen die Widerrufsgründe nachträglich zu Tage treten und für sich allein oder zusammen mit früher festgestellten Tatsachen zu einem anderen Zuschlagsentscheid führen (siehe GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, N 548). Die Beschwerdegegnerin hat ihren auf Art. 24 Abs. 3 lit. d SubG (=Erfordernis einer wesentlichen Änderung der nachgefragten Leistung) gestützten Widerrufsentscheid mit geänderten Rahmenbedingungen begründet, welche eine Neuausschreibung erforderten. So seien die mit den betrieblichen Anforderungen einhergehenden Arbeiten und Anpassungen an das Gewerk in den bestehenden Werkverträgen zu wenig abgebildet, da wesentliche zu erbringende Arbeiten damals nicht ausgeschrieben wurden, weshalb heute keine genügende Basis für die zu erbringenden Arbeiten bestehe. Im vorliegenden Verfahren kann das Gericht einzig die Frage nach der Zulässigkeit des Widerrufs und der Neuausschreibung beurteilen. Wie bereits (vgl. E.1.6., hiavor) dargetan, ist das Verwaltungsgericht für die Beurteilung der Zulässigkeit und der Rechtsfolgen bei der Auflösung oder Nichteinhaltung eines bereits abgeschlossenen Werkvertrags sachlich nicht zuständig. Gestützt auf Art. 29 SubG kann das Gericht für den Fall, dass der Werkvertrag – wie vorliegend – bereits abgeschlossen ist, bei Gutheissung der Beschwerde einzig feststellen, dass die angefochtene Verfügung rechtswidrig ist.

- 2.1. Die Beschwerdeführerin beantragt die Feststellung der Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung. Sie begründet ihren Antrag damit, dass die Widerrufsverfügung nicht nur der Beschwerdeführerin als damalige Zuschlagsempfängerin hätte eröffnet werden dürfen, sondern allen Anbieterinnen. Weiter sei der Widerruf nicht als solcher erkennbar gewesen, da weder als Beschluss noch Verfügung gekennzeichnet und nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen. Schliesslich sei der Beschluss durch nicht zeichnungsberechtigte Angestellte der Beschwerdegegnerin unterzeichnet worden. Ausserdem sei unklar, inwieweit der Lenkungsausschuss zum Erlass der strittigen Verfügung überhaupt legitimiert gewesen sei.

- 2.2. Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, dass die Zeichnungsberechtigung sehr wohl gegeben sei und legte eine entsprechende Handlungsvollmacht für diejenige der unterzeichnenden Personen ein, die zum Zeitpunkt der Unterzeichnung im Handelsregister nicht eingetragen war. Ausserdem habe die Beschwerdeführerin die angefochtene Verfügung klarerweise als rechtlich relevante Mitteilung erkannt, zumal sie sich am Tag des Erhalts derselben an ihren Rechtsvertreter gewandt und die Angelegenheit mit diesem besprochen habe.

- 2.3. Nach Ansicht des Gerichts verhält es sich dazu wie folgt: Art. 24 Abs. 4 SubG schreibt den Vergabebehörden bezüglich Widerruf von Vergabeentscheiden vor, den Widerruf, den Abbruch oder die Wiederholung eines Vergabeverfahrens nach den Vorschriften über die Eröffnung des Zuschlags bekannt zu geben. Danach ist der Zuschlag kurz zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung gleichzeitig allen Anbietern zu eröffnen (Art. 23 Abs. 1 SubG; vgl. auch Art. 13 lit. h IVöB). Die verwiesene Formvorschrift ist für einen Widerruf mehrere Jahre nach erfolgtem Zuschlag nicht einschlägig, weil sie den ihr zugedachten Zweck – nämlich die Substitution des mit dem Widerruf belegten Angebots – nicht mehr erfüllen kann. Dies gilt umso mehr, wenn als Grund des Widerrufs veränderte Bedürfnisse der

Beschwerdegegnerin angeführt werden. Gerade weil im vorliegenden Fall die Neuausschreibung im offenen Verfahren erfolgen wird, entsteht auch niemandem ein Nachteil, weil wiederum sämtliche interessierten Anbieterinnen ihr Angebot einreichen können werden. Im Übrigen ist beim Widerruf nur die ursprüngliche Zuschlagsempfängerin Verfügungsadressatin; die anderen Anbieterinnen sind durch den Widerruf – im Gegensatz zum Zuschlag – durch die Verfügung nicht in ihren schutzwürdigen Interessen berührt. Was die Erkennbarkeit der Mitteilung als Verfügung anbelangt, ist der Beschwerdegegnerin beizupflichten: Die Beschwerdeführerin hat die rechtliche Bedeutung des Dokuments offensichtlich sofort erkannt, sodass ihr aus allfälligen Mängeln keine Nachteile erwachsen sind. Indes sind auch keine relevanten Mängel erkennbar, zumal die Mitteilung einen Adressaten, ein Dispositiv und eine Begründung enthält. Die fehlende Rechtsmittelbelehrung bewirkt, dass die Anfechtungsfrist um zwei Monate verlängert wird (Art. 22 Abs. 2 VRG). Schliesslich sind auch keine Mängel bei der Zeichnungsberechtigung zu erkennen. Wie die Beschwerdegegnerin richtigerweise vorträgt, ist die Befugnis von G._____, welche zum relevanten Zeitpunkt nicht als Zeichnungsberechtigte im Handelsregister verzeichnet war, durch eine Vollmacht von zwei Zeichnungsberechtigten abgedeckt; massgeblich für die Zeichnungsberechtigung für die Vollmachterteilung ist das Datum der Unterschrift, sodass es nicht schadet, wenn eine der unterzeichneten Personen später ausscheidet. Der angefochtene Entscheid ist somit korrekt eröffnet. Soweit die Beschwerdeführerin die Legitimation des Lenkungsausschusses für den Erlass der strittigen Verfügung in Frage stellt, sei nochmals darauf hingewiesen, dass die Zulässigkeit und die Rechtsfolgen der Auflösung der Werkverträge vom angerufenen Gericht nicht beurteilt werden. Dass der Lenkungsausschuss aber befugt ist, über die submissionsrechtlichen Belange der Sanierung, Um- und Neubau der Beschwerdegegnerin zu befinden, liegt hingegen auf der Hand. Insofern lastet der strittigen Verfügung auch diesbezüglich kein Mangel an.

- 3.1. Im Weiteren gilt es das Vorliegen eines "wichtigen Grundes" zu beurteilen. Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass Art. 24 Abs. 1 SubG den wichtigen Grund für einen Widerruf nicht näher definiere. Die Bestimmung verweise auf Art. 22 SubG betreffend Ausschlussgründe, wobei diese Gründe allesamt im Verantwortungsbereich des Anbieters lägen. Als Beispiel für einen Widerruf nenne das Handbuch zum öffentlichen Beschaffungswesen im Kanton Graubünden etwa die Verletzung wesentlicher Submissionsvorschriften oder wenn sich nachträglich herausstelle, dass ein Ausstandsgrund erfüllt sei. Es könne aber keine nachträgliche Rechtswidrigkeit bzw. Verletzung von Submissionsvorschriften festgestellt werden, sodass kein wichtiger Grund für einen Widerruf vorliege.
- 3.2. Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, dass der Widerruf auch bei Dauerschuldverhältnissen möglich sein müsse, und zwar dann, wenn sich die Verhältnisse entscheidend verändert haben; dies sei vorliegend der Fall, nämlich indem eine wesentliche Änderung des Projekts oder des Leistungsumfangs erforderlich geworden sei. Lägen solche objektiven Gründe vor, müsse es der Bauherrschaft möglich sein, trotz erteiltem Zuschlag auf die Beschaffung in der ursprünglichen Form zu verzichten. Wolle sie ein neues Vergabeverfahren durchführen, müsse sie den Zuschlag durch Widerruf beseitigen.
- 3.3. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts ist der Beschwerdegegnerin in ihrer Argumentation mit Verweis auf das Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2005.00068 vom 20. April 2005 zuzustimmen. Der im vorliegenden Verfahren angefochtene Widerruf aufgrund einer nachträglichen Änderung des Leistungsumfangs entspricht in der Sache einem Abbruch oder Teilabbruch; entsprechend ist die diesbezügliche Praxis bzw. Rechtsprechung heranzuziehen; so etwa Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden (VGU) U 20 20 vom 19. Mai 2020 E.2.2 (betreffend Teilabbruch bzw. nachträgliche Änderung des Leistungsumfangs), mit folgendem Wortlaut:

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 leichthin 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).

Sowie VGU U 13 101 vom 16. Dezember 2014 E.6, im Besonderen E.6e und E.6f (betreffend Auseinandersetzung und Zulassung [definitiver] Abbruch):

- 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 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 Zulässigkeit 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 abzubrechen. 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 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 Abbruchs 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.

- 3.4. Die Beschwerdegegnerin begründet die veränderten Verhältnisse damit, dass sich das in der ersten Etappe von der Beschwerdeführerin implementierte Produkt nicht bewährt habe, weshalb der Beschluss gefasst worden sei, dieses zu ersetzen. Konkret hat sich die Bauherrschaft dazu entschieden, das seit 2013 durch die Beschwerdeführerin installierte Energieleitsystem auf der Managementebene der Gebäudetechnik, auf welcher die Anforderungen an Wärme, Licht, Strom, Wasser und Luftfeuchtigkeit gesteuert werden, und auf dem der Rahmenvertrag von 2017 basiert, durch das Konkurrenzprodukt Desigo-CC zu ersetzen. Der Grund für diesen Wechsel ist im Wesentlichen der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin unter Berücksichtigung der Erfahrungen, welche sie im Rahmen der ersten Etappe gewonnen hatte, die Gebäudeautomation mit Blick auf die zweite Etappe überarbeitet hatte. Der damit einhergehende, im Jahr 2021 beschlossene Systemwechsel auf der Managementebene führte dazu, dass die auf der ursprünglichen Ausschreibung von 2017 basierenden Werkverträge SKP 237 Gebäudeautomation Managementebene und SKP 237 Gebäudeautomation die zu leistenden Arbeiten nicht mehr genügend abbildeten. Um eine neue Ausschreibung zu ermöglichen hat die Beschwerdegegnerin die ursprüngliche Vergabe widerrufen, weil nur mit diesem Vorgehen der Weg frei wird, die Arbeiten – angepasst auf die neuen Verhältnisse – neu auszuschreiben. Nach Überzeugung des Gerichts ist das Vorgehen der Beschwerdegegnerin legitim bzw. liegen "wichtige Gründe" in der Form von objektiv betrachtet gewichtigen veränderten Verhältnissen vor. Ob diese den Abbruch rechtfertigenden Gründe für die Beschwerdegegnerin voraussehbar gewesen waren und ob diese für die Neuausschreibung verantwortlich sind, kann – wie das Bundesgericht bestätigt hat – für die Schadenersatzpflicht, nicht aber für die Zulässigkeit des Abbruchs – oder eben hier des Widerrufs – eine Rolle spielen. Die Rüge des fehlenden wichtigen Grundes für einen Widerruf ist somit abzuweisen.

Damit ist indes nichts gesagt zu den Modalitäten der Auflösung der Werkverträge und einer allenfalls damit einhergehenden Schadenersatzpflicht. Das Verwaltungsgericht ist für diese Beurteilung nicht zuständig (E.1.6, hiavor).

- 4.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Gerichtskosten gestützt auf Art. 73 Abs. 1 VRG zu Lasten der Beschwerdeführerin. Aufgrund der Bedeutung und der Höhe des Auftrags von rund CHF 6 Mio. sowie des Umstands, dass es sich um einen Widerruf und nicht den Zuschlag handelt, erachtet das Gericht eine (reduzierte) Gebühr von CHF 7'500.-- für angemessen.
- 4.2. Der Beschwerdegegnerin steht keine Parteientschädigung zu, da sie im Rahmen ihres amtlichen Wirkungskreises obsiegt hat (Art. 78 Abs. 2 VRG).

III. Demnach erkennt das Gericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Gerichtskosten, bestehend aus

- einer Staatsgebühr von	CHF	7'500.--
- und den Kanzleiauslagen von	CHF	338.--
zusammen	CHF	7'838.--

gehen zulasten der A. _____ AG.
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Mitteilung]