



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

U 19 122

1. Kammer

Vorsitz	Audétat
Richter	Racioppi, von Salis
Aktuar	Paganini

URTEIL

vom 18. Februar 2020

in der verwaltungsrechtlichen Streitsache

A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Matthias Becker,
Beschwerdeführerin

gegen

Gemeinde X._____,
Beschwerdegegnerin 1

und

B._____,
Beigeladene 1

und

C._____,
Beigeladene 2

betreffend Submission (Präqualifikation)

1. Die Gemeinde X._____ schrieb im selektiven Verfahren die Fachplanung Elektroingenieur und Gebäudeautomation (BKP _____) zum Neubau Bildungszentrum D._____ aus. Die Ausschreibung untersteht dem Staatsvertragsbereich und erfolgte im kantonalen Amtsblatt, der lokalen Zeitung und auf der Plattform simap.ch.

2. Innert der bis zum 18. Oktober 2019 dauernden Eingabefrist gingen 13 Bewerbungen ein. Die von der Gemeinde eingesetzte E._____ AG bereitete alle Bewerbungen auf und schlug u.a. vor, zwei Angebote auszuschliessen, nämlich die C._____ und die B._____, bei beiden wegen Unstimmigkeiten bei der Unterzeichnung der Bewerbung. Nachdem das zuständige Gremium der Gemeinde die Bewerbungen eingesehen und rechtliche bzw. telefonische Abklärungen getätigt hatte, kam es zum Schluss, die beiden Bewerber im Offertverfahren zu belassen.

3. In ihrem Präqualifikationsentscheid vom 20. November 2019 erklärte die Gemeinde, dass alle 13 Bewerber grundsätzlich befähigt seien, den Auftrag auszuführen. Aufgrund ihrer Bewertung und im Einklang mit den Ausschreibungsunterlagen lasse sie aber nur die fünf bestqualifizierten Unternehmungen zur Offertstellung zu. Aufgrund der Auswertung der eingegangenen Bewerbungen ergab sich folgende Reihenfolge:

1.	C._____	10.00 Punkte
2.	F._____	10.00 Punkte
3.	G._____	10.00 Punkte
4.	H._____	10.00 Punkte
5.	B._____	09.75 Punkte
6.	I._____	09.25 Punkte
7.	K._____	09.25 Punkte
8.	A._____	09.25 Punkte
9.	L._____	09.00 Punkte
10.	M._____	08.50 Punkte

11. N._____	08.50 Punkte
12. O._____	08.50 Punkte
13. P._____	03.00 Punkte

Entsprechend selektionierte die Gemeinde X._____ die fünf Unternehmungen mit den höchsten Bewertungen zur Abgabe eines Honorarangebots.

4. Gegen diesen Entscheid erhob die A._____ (nachfolgend Beschwerdeführerin) am 2. Dezember 2019 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden und beantragte die kosten- und entschädigungsfällige Aufhebung der angefochtenen Selektionsverfügung sowie den Ausschluss der Bewerber C._____ und B._____; weiter beantragte sie die Berechtigung, selber ein Honorarangebot abzugeben; eventualiter sei die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Gemeinde X._____ zurückzuweisen. Ferner stellte die Beschwerdeführerin verschiedene Verfahrensanhträge. Sie begründete ihre Anträge damit, dass zwar ursprünglich bei den beiden Konkurrenten C._____ und B._____ richtigerweise eine nicht rechtsgültige Unterzeichnung der Bewerbungen festgestellt worden sei, die beiden Unternehmungen dann aber dennoch im Verfahren belassen worden seien; im Übrigen sei im angefochtenen Entscheid mit keinem Wort begründet worden, weshalb die betreffenden Bewerber nicht ausgeschlossen worden seien. Nach Ausschluss der beiden Bewerber C._____ und B._____ würde sie in das Feld der fünf besten Bewerber nachrücken.

5. Die B._____ (nachfolgend Beigeladene 1) zeigte dem Gericht in ihrer Eingabe vom 6. Dezember 2019 auf, dass ihre Bewerbung von zwei Kollektiv-Zeichnungsberechtigten unterzeichnet sei, die Unterschriften aber unglücklicherweise so nahe beieinander liegen würden, dass man sie für eine einzige Unterschrift halten könnte. Im Weiteren wolle sie aber am Verfahren nicht teilnehmen und lehne jegliche Kostenübernahme ab.

6. Die Gemeinde X._____ (nachfolgend Beschwerdegegnerin) beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 16. Dezember 2019 die Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin. Die zunächst unklaren Unterzeichnungen hätten sich aufgrund von Nachfragen im Nachhinein als korrekt erwiesen; selbst aber bei nicht korrekter Unterzeichnung wäre ein Ausschluss überspitzt formalistisch gewesen. Selbst wenn das Gericht zum Schluss käme, dass die beiden Bewerber hätten ausgeschlossen werden müssen, bedeute dies nicht, dass die Beschwerdeführerin nachrücken würde, gäbe es doch insgesamt drei Bewerber mit 9.25 Punkten, von denen aber nur zwei nachrücken könnten.
7. Am 19. Dezember 2019 erteilte der Instruktionsrichter der Beschwerde die aufschiebende Wirkung.
8. Die C._____ (nachfolgend Beigeladene 2) liess sich nicht vernehmen.
9. In ihrer Replik vom 27. Dezember 2019 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Rechtsbegehren zur Sache fest (die Verfahrensanträge erübrigten sich). Zudem ergänzte sie ihre Argumentation durch ein Eventualbegehren dahingehend, dass die Bewertung der Beigeladenen 2, sollte sie nicht ohnehin vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden, von 10 Punkten auf 9 Punkte zu reduzieren sei, weil sie keine Erfahrung mit Bauten in vergleichbarer Höhenlage vorgewiesen habe.
10. In ihrer Duplik vom 7. Januar 2020 hielt die Beschwerdegegnerin an ihren Anträgen und ihrer Argumentation fest. Zum neuen Vorbringen der Beschwerdeführerin führte sie aus, dass mit einer Ausnahme sämtliche Bewerber unter "Klimatische Bedingungen/Erfahren mit Bauten in vergleich-

barer Höhenlage" die volle Punktezahl erreicht hätten; neben der Beigeladenen 2 hätte auch die Beschwerdeführerin keine Referenzobjekte im Bereich von 1'800 m.ü.M. vorweisen können, sodass – wenn überhaupt – beiden Bewerbern ein Punkt abgezogen werden müsse, was dann aber für die Beschwerdeführerin keine Verbesserung ihrer Situation ergebe.

11. Diesem letzten Argument der Beschwerdegegnerin widersprach die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 13. Januar 2020 und verwies auf ihr Referenzprojekt Neubau Q._____, mithin auf eine Referenzhöhe von 1'716 m.ü.M., was mit der Höhe von X._____ vergleichbar sei. Ein Punkteabzug komme somit bei ihr – im Gegensatz zur Beigeladenen 2 – nicht in Frage. Mit ihrer Stellungnahme reichte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin seine Honorarnote ein.

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Anfechtungsobjekt ist der Präqualifikationsentscheid vom 20. November 2019, womit die Beschwerdegegnerin die fünf bestqualifizierten Unternehmungen (darunter die Beigeladenen aber nicht die Beschwerdeführerin) zur Offertstellung zuließ. Das Verwaltungsgericht ist für die Behandlung der gegen einen Entscheid über die Auswahl der Teilnehmer im selektiven Verfahren erhobenen Beschwerde zuständig (vgl. Art. 25 Abs. 2 lit. b des Submissionsgesetzes [SubG; BR 803.300]). Die Beschwerdeführerin ist als für die Offertphase nicht zugelassene Bewerberin zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 50 VRG). Die Beschwerdeschrift wurde zudem frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 26 Abs. 1 SubG und 38 VRG), weshalb darauf einzutreten ist.

2. Das selektive Verfahren (auch Präqualifikationsverfahren) gliedert sich in zwei Phasen. In einer ersten, der so genannten Präqualifikationsphase, lädt der Auftraggeber mit seiner Ausschreibung die an einer Auftragsausführung interessierten Anbieter ein, ein Gesuch um Teilnahme am Wettbewerb einzureichen. Der Auftraggeber überprüft dann die Eignung des Anbieters auf der Grundlage von im Voraus bekannt gegebenen Eignungskriterien und fällt den Entscheid, welche Anbieter für das weitere Verfahren zugelassen oder abgewiesen werden. In der zweiten Phase lädt der Auftraggeber die ausgewählten Anbieter zur Einreichung eines Angebotes ein, welches dann auf der Grundlage der Zuschlagskriterien beurteilt wird (Offerphase) (vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. b SubG; Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Graubünden, Stand: 01.01.2014, Bau-, Verkehrs- und Forstdepartement Graubünden [Hrsg.], Kap. 6.2). Hier ist das Ergebnis der Präqualifikationsphase zu prüfen.

3. In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung der die Beschwerdegegnerin treffenden, aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) fließenden Begründungspflicht.
 - 3.1. Laut der Beschwerdeführerin werde in der angefochtenen Verfügung mit keinem Wort erwähnt, weshalb die Beigeladenen nicht vom Verfahren ausgeschlossen werden, obschon im Protokoll über den Eingang der Unterlagen Mängel bei der Unterzeichnung deren Bewerbungen aufgeführt seien. Für den Umstand, dass der Antrag bzw. das Dokument "Bewertungstag Gremium" nicht nachgeführt worden sei, nachdem Abklärungen und Rückfragen die Rechtsgültigkeit der Unterschriften ergeben habe, hat die Beschwerdegegnerin keine Erklärung.

 - 3.2. Gemäss Art. 23 Abs. 1 SubG i.V.m. mit Art. 13 lit. h der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BR 803.510)

ist der Zuschlag allen Anbietern mitzuteilen und – mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen – kurz zu begründen. Nach konstanter verwaltungsgewöhnlicher Rechtsprechung heisst dies, dass dabei wenigstens summarisch diejenigen Überlegungen zu nennen sind, von denen sich die Vergabebehörde hat leiten lassen und auf welche sich der Entscheid stützt (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Graubünden [VGU] U 14 27 vom 16. Juli 2014 E.4). Das Gericht erachtet kurze Begründungen denn auch regelmässig als zulässig, wenn zumindest zusammen mit den zur Einsichtnahme aufgelegten Vergabeakten klar hervorgeht, aus welchen Gründen die Vorinstanz den Zuschlag einem bestimmten Anbieter erteilt hat und wenn die Offerenten die Möglichkeit haben, bei der Vergabebehörde Rückfragen zu stellen, um ihre Rechte im nachfolgenden Beschwerdeverfahren sachgerecht wahren zu können (vgl. VGU U 19 07 vom 19. März 2019 E.5.1, 09 41 vom 19. Juni 2009 E.2b).

- 3.3. Im vorliegenden Fall geht es nicht um die Zuschlagerteilung, sondern um die Frage, weshalb die von der aufbereitenden Firma beantragten Ausschlüsse nicht vollzogen wurden. Tatsächlich besteht hier eine Differenz zwischen Antrag und Entscheid, welchen die Beschwerdegegnerin damit erklärt, dass der Antrag aus unerklärlichen Gründen nicht nachgeführt worden sei. So gesehen trifft das Argument der Beschwerdeführerin zu, dass der beanstandete Nicht-Ausschluss unzureichend (bzw. überhaupt nicht) begründet wurde. Man kann der Beschwerdeführerin auch nicht vorwerfen, sie habe sich während der Rechtsmittelfrist nicht um eine Klarstellung bemüht, hat sie doch bei der Beschwerdegegnerin per E-Mail um Akteneinsicht bzw. Auskunft über die Bewertungen gebeten und am folgenden Tag den – gemäss Angaben der Beschwerdegegnerin aus unerklärlichen Gründen nicht nachgeführten – Antrag bzw. das Dokument "Bewertungstag Gremium" (Bf-act. 4/Bg-act. 9) erhalten. Diese Tabelle enthielt aber im Teil

"Formelle Anforderungen" in der Spalte "Rechtsgültige Unterschrift" in Bezug auf die beiden in Frage stehenden Bewerbungen den Eintrag "Nein". Bei der Beigeladenen 2 findet sich zudem der Vermerk "R._____ nicht im Handelsregister" und bei der Beigeladenen 1 der Vermerk "Kollektivunterschrift zu zweien, nur S._____". Somit enthält das Dokument gerade nicht Informationen, welche es für die Beschwerdeführerin nachvollziehbar gemacht hätten, weshalb der von ihr erwartete Ausschluss nicht erfolgt ist, sondern bestärkte sie vielmehr darin, dass der Nichtausschluss fehlerhaft erfolgt ist. Es liegt somit eine Gehörsverletzung vor. Da aber die Beschwerde, wie nachfolgend dargelegt wird, aus materiellen Gründen gutzuheissen ist und der angefochtene Entscheid folglich ohnehin zu Gunsten der Beschwerdeführerin teilweise aufzuheben und anzupassen ist, erübrigt es sich, auf die Folgen dieser Gehörsverletzung einzugehen.

4. Die Beschwerdeführerin verlangt den Ausschluss der Bewerbung der Beigeladenen 2, weil die Bewerbung nicht rechtsgültig unterzeichnet worden sei.
- 4.1. Die Beschwerdeführerin betont, dass die rechtsgültige Unterzeichnung aller Formulare gemäss Ausschreibungsunterlagen eine zwingende Voraussetzung für ein formell gültiges Angebot sei. Vorliegend habe R._____ die Bewerbung der Beigeladenen 2 unterzeichnet, der aber gemäss Handelsregister-Auszug gar nicht zeichnungsberechtigt sei. Ihr sei bekannt, dass auch Angebote mit der Unterschrift von Personen gültig seien, die eine allgemeine oder spezielle (interne) Vollmacht des Anbieters besässen, diese müsse aber bereits im Zeitpunkt der Offerteingabe vorgelegen haben (dazu verweist sie auf VGU U 00 100 vom 7. Dezember 2000 E.3 [= PVG 2000 Nr. 67]). Dies sei vorliegend aber gerade nicht der Fall gewesen, ansonsten keine Veranlassung bestanden hätte, in der Tabelle das Vorliegen einer rechtsgültigen Unterschrift zu verneinen.

Dem hält die Beschwerdegegnerin entgegen, dass der festgestellte formelle Mangel vom Beurteilungsgremium diskutiert worden sei und sich mittels telefonischer Rückfrage am 29. Oktober 2019 bei der Bewerberin versichert habe, dass R._____ bevollmächtigt war, die Bewerbung einzureichen. Damit habe eine (formlos gültige) Handlungsvollmacht vorgelegen, welche im Übrigen auch im Nachhinein nachgewiesen werden könne. Die Zweifel an der Rechtmässigkeit der Unterschrift seien umgehend ausgeräumt worden. Die Beschwerdegegnerin habe den ihr zustehenden Ermessensspielraum in diesem Zusammenhang weder überschritten noch missbraucht.

- 4.2. Gemäss Art. 22 Abs. 1 SubG wird ein Angebot von der Berücksichtigung u.a. dann ausgeschlossen, wenn der Anbieter ein Angebot oder eine Selbstdeklaration einreicht, die seine Unterschrift oder – im Falle einer Bietergemeinschaft – die der weiteren Vertragspartner nicht oder nicht vollständig enthalten (lit. b), oder wenn er ein Angebot einreicht, das unvollständig ist oder den Anforderungen der Ausschreibung nicht entspricht (lit. c). Gemäss Ziff. 6.5.1 der Ausschreibungsunterlagen, werden Bewerbungen, welche die formellen Anforderungen nicht erfüllen, aus dem Verfahren ausgeschlossen (Ausschreibungsunterlagen S. 26). Eine formelle Anforderung ist gemäss Ziff. 6.5.1 unter anderem die rechtsgültige Unterzeichnung aller Formulare. Den Ausschreibungsunterlagen ist ferner in Kapitel 6 (Präqualifikation) unter Ziff. 6.4.1 "Formulare" zu entnehmen, dass Formulare a) – g) gemäss Kapitel 6.3 vollständig ausgefüllt und rechtsgültig unterzeichnet einzureichen seien. Konkret geht es hier um die Selbstdeklaration auf S. 23 der Bewerbung der Beigeladenen 2, welche durch R._____ unterzeichnet worden ist. Dieser ist unstrittig im Handelsregister nicht unter den Zeichnungsberechtigten Personen aufgeführt. Während die Beschwerdeführerin anerkennt, dass auch nicht im Handelsregister aufgeführte Per-

sonen rechtsgültig unterzeichnen können, wenn sie über eine entsprechende Bevollmächtigung verfügen, reduziert sich das Streitthema im Wesentlichen auf die Fragen, ob eine solche interne Bevollmächtigung zusammen mit der Offerteingabe bzw. Bewerbung kommuniziert werden muss, oder ob eine nachträgliche Kenntnisausgabe ausreicht, und ob die Bevollmächtigung bereits im Zeitpunkt der Offerteingabe bzw. Bewerbung erteilt sein muss.

- 4.3. Im Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Graubünden wird mit Verweis auf die Rechtsprechung festgehalten, dass nicht nur im Handelsregister als zeichnungsberechtigt bezeichnete Personen eine Offerte rechtsgültig unterzeichnen können. So sind auch Angebote mit der Unterschrift von Personen gültig, die eine allgemeine oder spezielle (interne) Vollmacht des Anbieters besitzen. Diese Vollmacht ist an keine besonderen Formen gebunden. Vorausgesetzt wird aber, dass sie bereits im Zeitpunkt der Offerteingabe vorlag (Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Graubünden, a.a.O., Kap. 9.4 m.H.a. VGU U 00 100 vom 7. Dezember 2000 E.3 [= PVG 2000 Nr. 67], U 01 108 vom 16. Oktober 2001 E.1 und U 99 2 vom 11. Mai 1999 E.2h). Diese letzte Voraussetzung des Vorliegens einer Vollmacht im Zeitpunkt der Offerteingabe ist jedoch hinsichtlich des Erteilungszeitpunkts der Vollmacht zu präzisieren. In der im Handbuch zitierten Rechtsprechung, nämlich in VGU U 00 100 E.3 (= PVG 2000 Nr. 67), wurde es für zulässig erachtet, dass eine im Zeitpunkt der Offerteingabe nicht vorgelegte Vollmacht im Nachhinein (in jenem Fall im Beschwerdeverfahren) nachgereicht wird. In jenem Fall war die Vollmacht (eine interne Prokura zur Firmenvertretung im Rahmen der Einreichung von Submissionsofferten) dem gemäss Handelsregister nur kollektiv zeichnungsberechtigten Firmenteilhaber bereits vor dem strittigen Submissionsverfahren, also vor Offerteinreichung, erteilt worden (in diesem Sinne lag sie also bereits im Zeitpunkt der Offerteingabe vor, wurde jedoch nicht mit

der Offerte miteingereicht). Die sich hier stellende Frage, ob die entsprechende Vollmacht im Zeitpunkt der Offerteingabe erteilt worden sein muss, hatte das Verwaltungsgericht indessen – im Gegensatz zur obzitierten Schlussfolgerung im Handbuch – dort nicht explizit geklärt. Die Praxis zur rechtsgültigen Unterzeichnung einer Offerte ist daher insoweit zu präzisieren, als die Anbieterin bzw. Bewerberin nachzuweisen hat (zu den Anforderungen am Nachweis siehe nachfolgende Erwägung), dass die Vollmacht im Zeitpunkt der Offerteingabe bereits erteilt wurde. Denn nur dadurch wird gewährleistet, dass im Zeitpunkt der Offerteinreichung ein formgültiges Angebot vorliegt. Andernfalls, sprich durch nachträgliche Validierung der Offerte, werden die Submissionsvorgaben ausgehöhlt. Diese verbieten es nämlich auch, dass eine fehlende Unterzeichnung nach Ablauf der Eingabefrist noch nachgebracht werden kann. Dasselbe muss deshalb bei einer fehlenden Vollmacht gelten, damit die Anbieter nach Offertöffnung nicht über die Verbindlichkeit ihrer Offerten entscheiden können.

- 4.4. Im vorliegenden Fall begnügt sich die Beschwerdegegnerin mit dem Hinweis, das Beurteilungsgremium habe sich am 29. Oktober 2019 vergewissert, dass R._____ über eine derartige interne Vollmacht verfüge. Schriftliche Belege würden in der Tat keine bestehen, eine Bevollmächtigung sei aber auch formlos gültig. Der Beschwerdegegnerin ist darin beizustimmen, dass eine Bevollmächtigung – vorbehältlich hier nicht zutreffender Fälle (Formpflicht gemäss Vertrag oder Gesetz) – nach herrschender Lehre und Rechtsprechung formfrei, und dabei ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen kann (vgl. KUT in: FURRER/SCHNYDER [Hrsg.], OR-Handkommentar, 2012, Art. 33 N 6 f.). Wenn nun die Beigeladene 2 gegenüber der Beschwerdegegnerin das Bestehen einer – wenn auch nur mündlich erteilten – Vollmacht bestätigt hat, kann es gut sein, dass diese bereits bei der Offerteingabe vorlag. Damit aber verhindert werden kann, dass Anbieter nach Offertabgabe über die Verbindlichkeit ihrer Offerten bestimmen können,

muss ein strikter Beweis über den Zeitpunkt der Vollmachterteilung verlangt werden. Vorliegend behauptet die Beschwerdegegnerin nicht und weist vor allem nicht nach (etwa durch einen Verwaltungsratsbeschluss), dass diese interne Vollmacht schon am 30. September 2019 (Datum der Unterschrift) bzw. allgemein im Zeitraum bis und mit dem 18. Oktober 2019 (Schlusstermin für die Einreichung der Bewerbung) vorgelegen hat. Auch die Beigeladene 2 hat nichts zur Klärung dieser Frage beigetragen. Die Beweislosigkeit geht deshalb zu Lasten der Beschwerdegegnerin bzw. Beigeladenen 2, was grundsätzlich zum Ausschluss letzterer führt.

4.5. Allerdings stellt sich noch die Frage, ob ein Ausschluss der Beigeladenen 2 mangels Nachweis einer formgültigen Zeichnungsberechtigung im Zeitpunkt der Offerteingabe bzw. am Schlusstermin vom 18. Oktober 2019 gegen das Verbot des überspitzten Formalismus verstösst.

4.5.1. Nach gefestigter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden wird ein strenger Massstab an das Erfordernis der Übereinstimmung zwischen den Grundlagen der Ausschreibung und den tatsächlich dargebotenen Offerten gelegt (vgl. PVG 1999 Nr. 61, 1997 Nr. 60, 2001 Nr. 41, 2004 Nr. 27, 2005 Nr. 33). Diese streng gehabte Praxis erfährt aber eine Einschränkung insbesondere durch das Verbot des überspitzten Formalismus und den Verhältnismässigkeitsgrundsatz. Grundsätzlich besteht ein gewisser Ermessensspielraum der Vergabestelle, ob sie ein unvollständiges Angebot von der Vergabe überhaupt ausschliessen oder aber die fehlenden Angaben und Unterlagen nachträglich noch einholen bzw. vorhandene Unklarheiten durch entsprechende Rückfragen beseitigen will. Die Vergabebehörde muss jedoch vermeiden, dass mit der nachträglichen Behebung des Mangels eine Ungleichbehandlung oder Bevorzugung einzelner Anbieter entsteht. Die Tendenz in Lehre und Rechtsprechung geht denn auch dahin, in Beachtung des Gleichbehandlungsgebots in solchen

Fällen eine strenge Haltung einzunehmen und auch in nur geringem Masse unvollständige oder veränderte Angebote konsequent von der Vergabe auszuschliessen. Von einem überspitzten Formalismus ist eher dann auszugehen, wenn der Mangel auf eine Unklarheit der Ausschreibungsunterlagen oder ein offensichtliches Versehen des Anbieters zurückzuführen ist, als wenn er von diesem bewusst in Kauf genommen wurde (vgl. VGU U 17 7 vom 22. März 2017 E.3c m.H.a. VB.2014.0021 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 21. August 2014 E.6; U 19 93 vom 24. Oktober 2019 E.4.3).

- 4.5.2. Dieses Gericht hat etwa bereits einen Ausschluss rückgängig gemacht, obschon die Anbieterin die Selbstdeklaration nicht unterzeichnet hatte (vgl. VGU U 17 7 vom 22. März 2017). Dort hatte die Anbieterin aber an drei gleichzeitig stattfindenden Ausschreibungen derselben Vergabebehörde teilgenommen und in den zwei anderen die Selbstdeklaration unterzeichnet, sodass es überspitzt formalistisch gewesen wäre, diesen Flüchtigkeitsfehler mit einem Ausschluss zu ahnden; im Übrigen war das Angebot andernorts (nämlich auf dem Deckblatt des Leistungsverzeichnisses) rechtsgültig unterzeichnet. Im vorliegenden Verfahren ist die Situation nicht vergleichbar, weil es hier um die einzige Unterschrift geht, welche die Bewerbung legitimieren kann. Wenn diese nicht rechtsgültig erfolgt ist bzw. kein Nachweis erfolgt ist, dass die Unterschrift rechtsgültig ist, so ist es nach Auffassung dieses Gerichts nicht überspitzt formalistisch, sondern – im Gegenteil – folgerichtig und notwendig, das Angebot der Beigeladenen 2 aus dem Verfahren auszuschliessen. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist somit stichhaltig und die Beschwerde in diesem Punkt gutzuheissen.
5. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass auch die Bewerbung der Beigeladenen 1 auszuschliessen sei.

- 5.1. Sie bringt dazu vor, die Beschwerdegegnerin hätte zu Beginn nur eine Unterschrift erkannt und trotz Empfehlung für einen Ausschluss durch die Fach-Unterstützerin erwogen, dass ein Ausschluss überspitzt formalistisch wäre. Erst nachträglich habe sich herausgestellt, dass zwei (nahe beieinanderliegende) Unterschriften vorlägen und somit von Beginn weg die Bewerbung rechtsgültig unterzeichnet gewesen sei. Die Beschwerdegegnerin vertieft diese Frage noch mit einem Hinweis auf VGU U 08 51, der sich aber im Wesentlichen auf den oben bereits besprochenen Fall PVG 2000 Nr. 67 stützt.
- 5.2. In diesem Punkt erübrigt sich die Frage nach einer internen Vollmacht und dem Zeitpunkt, ab welchem diese vorlag, da sich nachträglich herausgestellt hat, dass beide Kollektivunterschriften auf dem Dokument angebracht sind. Die Bewerbung war somit zweifelsohne von Beginn weg rechtsgültig unterzeichnet, weshalb sie im Verfahren verbleibt. Diese Rüge ist deshalb abzuweisen.
6. Sodann ist aufgrund des oben entschiedenen Ausschlusses der Beigeladenen 2 zu klären, ob die Beschwerdeführerin in der Rangliste nachrückt.
- 6.1. Die Beschwerdeführerin macht dazu geltend, dass die Beschwerdegegnerin sich dafür entschieden habe, fünf Anbieter zur Einreichung eines Honorarangebots einzuladen; wenn von den fünf selektionierten zwei Anbieter ausgeschlossen würden, erfülle sie die Voraussetzungen, ebenfalls zur Einreichung eines Honorarangebots eingeladen zu werden, nachdem sie die beste Bewertung der nicht berücksichtigten Anbieter aufweise. Dass dabei zwei weitere Anbieter gleichwertige Angebote eingereicht hätten, bleibe ohne Einfluss.

Die Beschwerdegegnerin stellt sich hingegen auf den Standpunkt, dass sie die Beschwerdeführerin selbst dann nicht zur Abgabe eines Angebots einladen müsste, wenn das Angebot der Beigeladenen 2 vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden müsste. Angesichts der Punktedifferenz zwischen den vier besten Bewerbern (je 10 Punkte) und der Beschwerdeführerin (9.25 Punkte) würden sich die Verhältnisse für die Beurteilung wesentlich ändern, weshalb am Entscheid, insgesamt fünf Bewerber für die zweite Phase zuzulassen, nicht ohne weiteres festgehalten werden könnte.

- 6.2. In den Ausschreibungsunterlagen hat die Beschwerdegegnerin festgehalten, dass sie von den rangierten Angeboten 3 bis 5 zur Abgabe eines Angebots einladen würde (Ausschreibungsunterlagen Ziff. 6.4.3 [recte: 6.5.3] S. 28). Vor der Beschwerde präsentierte sich die Situation so, dass vier Anbieter mit 10 Punkten bewertet wurden, ein Anbieter mit 9.75 und die nächsten drei mit 9.25 Punkten. Die Beschwerdegegnerin hat sich dafür entschieden, fünf Anbieter zur Abgabe eines Angebots einzuladen. Sie hat sich somit bewusst dafür entschieden, auch Angebote unter 10 Punkten für das weitere Verfahren zuzulassen.

Mit dem Ausschluss der Beigeladenen 2 entfällt zwar ein mit 10 Punkten bewerteter Anbieter. Es gibt nun aber keinen nachvollziehbaren Grund, das Teilnehmerfeld nachträglich zu verkleinern. Anders wäre die Situation, wenn die Beschwerdegegnerin angesichts der vier mit dem Punktemaximum von 10 Punkten bewerteten Anbietern eben nur diese vier zur Abgabe eines Angebots eingeladen hätte, denn in dieser Situation hätte die Beschwerdegegnerin sagen können, sie wolle nur Anbieter berücksichtigen, die in der Präqualifikation das Punktemaximum erreicht haben. Davon ist sie aber durch die Zulassung der Beigeladenen 1 mit 9.75 Punkten abgewichen, sodass sie sich auf der Zulassung von fünf Anbietern behaften lassen muss. Es ist auch nicht einzusehen, warum – wie von der Beschwer-

degegnerin behauptet aber nicht dargelegt – nach dem Ausschluss der Beigeladenen 2 eine wesentliche Änderung im Verhältnis zu den 4 besten Bewerbern (drei Bewerbern mit je 10 Punkten und der Beigeladenen 1 mit 9.75 Punkten) vorliegen sollte, wenn nun die Beschwerdeführerin mit 9.25 Punkten zugelassen wird.

Dass von den drei mit 9.25 bewerteten Anbietern nur die Beschwerdeführerin zu berücksichtigen ist, ergibt sich aus dem Umstand, dass die anderen beiden Anbieter mangels Anfechtung des Präqualifikationsentscheids ihre Nichtberücksichtigung akzeptiert haben. Demnach muss die Beschwerdeführerin zur Offertphase zugelassen werden.

7. Die Rüge betreffend den Punkteabzug hinsichtlich der klimatischen Bedingungen/Erfahrungen mit Bauten in vergleichbarer Höhe entfällt, nachdem der Beschwerdeführerin das Nachrücken zuzugestehen ist.
8. Zusammenfassend dringt die Beschwerdeführerin zwar nicht mit allen Rügen durch, obsiegt aber letztlich mit ihrem Anliegen, zur Offertabgabe zugelassen zu werden, weshalb der Präqualifikationsentscheid entsprechend aufzuheben und anzupassen ist.
9. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als voll-obsiegend. Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung der Vergabe und dem gleichzeitig beschränkten Prozessthema hält das Gericht eine Staatsgebühr in der Höhe von Fr. 2'000.-- für angemessen. Diese geht gestützt auf Art. 73 Abs. 1 VRG zulasten der unterliegenden Beschwerdegegnerin. Die Beigeladenen haben sich am Verfahren nicht beteiligt und sind deshalb finanziell nicht zu belasten. Weiter hat die Beschwerdeführerin gemäss Art. 78 Abs. 1 VRG Anspruch auf eine Parteientschädigung. Der sich aus der Honorarnote vom 14. Januar 2020 ergebende Aufwand von 5.58 h erscheint angemessen. Mangels eingelegter Honorarvereinbarung ist der

Stundenansatz allerdings von Fr. 250.-- auf Fr. 240.-- zu reduzieren (vgl. zu dieser Praxis etwa VGU S 18 14 vom 17. April 2018 E.5c); entsprechend erfährt das Honorar eine Reduktion um Fr. 55.80 auf Fr. 1'339.20. Die Kosten für Fotokopien von Fr. 210.-- sind angesichts des offensichtlich grösseren Aktenumfangs gerechtfertigt, ebenso die Porti von Fr. 12.60. Daraus ergibt sich eine leicht angepasste Parteientschädigung von Fr. 1'561.80. Die MWST wird (zu Recht) nicht geltend gemacht, zumal die Beschwerdeführerin vorsteuerabzugsberechtigt ist.

Demnach erkennt das Gericht:

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die angefochtene Präqualifikationsverfügung vom 20. November 2019 betreffend "Planausschreibung Elektroingenieur und Gebäudeautomation" wird teilweise aufgehoben und wie folgt angepasst:
 - a) Die C._____ wird vom Verfahren ausgeschlossen.
 - b) Die A._____ ist zur Abgabe eines Angebots berechtigt.

2. Die Gerichtskosten, bestehend

- aus einer Staatsgebühr von	Fr. 2'000.--
- und den Kanzleiauslagen von	Fr. 444.--
zusammen	<u>Fr. 2'444.--</u>

gehen zulasten der Gemeinde X._____ und sind innert 30 Tagen seit Zustellung dieses Entscheides an die Finanzverwaltung des Kantons Graubünden, Chur, zu bezahlen.

3. Die Gemeinde X._____ hat der A._____ eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'561.80 auszurichten.

4. [Rechtsmittelbelehrung]

5. [Mitteilungen]