



AR GVP 31/2019, Nr. 3751

Submissionsrecht. Beschwerdelegitimation. Auch bei Beschwerden gegen Präqualifikationsentscheide sind nicht berücksichtigte Anbietende zur Beschwerde legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung realistische Chancen haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt (E. 1.3). Im vorliegenden Fall ist ein Ausschluss wegen der fehlenden Unterschrift eines Mitglieds einer Bietergemeinschaft nicht gerechtfertigt (E. 2.2).

Urteil des Einzelrichters des Obergerichts, 17.10.2019, ERV 19 56

Aus den Erwägungen:

1.3 Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen ihren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung. Ob eine solch reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen. Dies gilt auch bei Beschwerden gegen Präqualifikationsentscheide (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2016.00761 vom 4. Januar 2017 E. 1.3).

Die Vorinstanz macht geltend, der Gesuchsteller habe nicht hinreichend aufgezeigt, inwieweit er bei Gutheissung der Beschwerde eine Chance hätte, zum eigentlichen Wettbewerbsverfahren zugelassen zu werden. Bereits aus diesem Grund sei das Gesuch um aufschiebende Wirkung abzuweisen. Der Ansicht der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden. Es ist darauf hinzuweisen, dass die verlangte Erklärung gerade den Gegenstand des vorliegenden Präqualifikationsverfahrens bildet. Der Gesuchsteller hat seine Eignung zur Ausarbeitung eines Projekts bereits anhand der eingereichten Referenzobjekte dargetan. Insofern ist nicht einzusehen, weshalb von ihm im Beschwerdeverfahren höhere Anforderungen an die Begründung der Befähigung zur Projektarbeit gestellt werden sollten als zuvor im Präqualifikationsverfahren an seine Konkurrenten bzw. weshalb in der Beschwerdeschrift bei Geltung der Untersuchungsmaxime ein ausdrücklicher Verweis auf diese Unterlagen notwendig wäre. Zudem hat der Gesuchsteller im letzten Abschnitt seiner Eingabe erörtert, dass er wegen seiner lokalen Verankerung und aufgrund der früheren Befassung mit dem Projektobjekt zur Ausarbeitung motiviert sei (act. 1, S. 2). Sinngemäss kann bereits darin eine Begründung der Gewinnchancen erblickt werden. Der Gesuchsteller ist somit seiner Begründungspflicht nachgekommen. Der Klarstellung diene, dass der Gesuchsteller nicht dartun muss, sein Projekt sei besser als die sechs zum Präqualifikationsverfahren zugelassenen Projekte. Es geht hier nur um den Verbleib im Präqualifikationsverfahren. Erst wenn die Bewerbung des Gesuchstellers nach einer materiellen Prüfung durch das Preisgericht nicht berücksichtigt würde, müsste er den von der Vorinstanz geforderten Nachweis erbringen.

Die Vorinstanz hat den Ausschluss aus dem Verfahren mit der fehlenden Unterschrift des Verkehrsplaners begründet. Aufgrund der vorliegenden Akten ist davon auszugehen, dass die Chance für die Präqualifikation des Gesuchstellers bei der Aufhebung des angeordneten Ausschlusses intakt bliebe. Die Legitimation des Gesuchstellers zur Beschwerde ist zu bejahen.

2.2 Nach dem Ausgeführten ist somit vorab zu klären, ob sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet erweist. Im Vordergrund steht die Prüfung der Frage, ob der Ausschluss aus dem Selektionsprozess wegen der fehlenden Unterschrift des Verkehrsplaners gerechtfertigt war. Der Gesuchsteller vertritt hierzu die Ansicht, dass seine Bewerbungsunterlagen in formeller Hinsicht nicht zu beanstanden seien. Unterzeichnet habe das federführende Büro F Architekten GmbH. Weitere Unterschriften seien gemäss Programm und Formular nicht notwendig gewesen (act. 1, S. 2). Auf Seite 9 (recte: 11) des Bewerbungsformulars sei von der „SelbstdeklARATION des Planungsteams“ und von den „Verantwortlichen des Planungsteams“ die Rede. Nur von diesen werde eine Bestätigung verlangt, dass die entsprechenden Vorgaben erfüllt seien. Indem einzig das federführende Büro F. Architekten GmbH auf Seite 1 des Formulars eine solche Bestätigung abgegeben habe, entspreche der Gesuchsteller den Signaturanforderungen. Ein Ausschluss mangels Unterschrift des Verkehrsplaners sei darüber hinaus überspitzt formalistisch.

Nach Ansicht der Vorinstanz sind die Ausschreibungsunterlagen hingegen insofern unvollständig, als dass nicht nur die Unterschriften der am Planerteam mitbeteiligten Firmen B. Architekten GmbH und L. Landschaftsarchitektur fehlen, sondern auch diejenigen des Verkehrsplaners. Der im Programm zwingend geforderte Verkehrsplaner sei nicht Teil des Teams E. und hätte daher separat unterzeichnen müssen (act. 4, S. 3).

Im selektiven Verfahren können alle Anbietenden einen Antrag auf Teilnahme einreichen (Art. 23 Abs. 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen, kVöB, bGS 712.11). Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. j kVöB wird vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, wer wesentliche Formerfordernisse verletzt. In der eben genannten Bestimmung wird ausdrücklich das Fehlen von Unterschriften erwähnt. Fraglich ist, ob ein Ausschluss nur dann ausgesprochen werden darf, wenn eine Unterschrift auch innert einer Nachfrist nicht geleistet wird, oder ob ein Direktausschluss, d.h. ohne Einladung zur Nachbesserung, zulässig ist. Für ersteres tritt MARTIN BEYELER (Vergaberechtliche Entscheide 2016/2017, 2018, Rz. 226) ein. Nach einer anderen Meinung kann eine fehlende Unterzeichnung des Angebots nach Ablauf der Eingabefrist nicht mehr nachgebracht werden (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013., Rz. 482). Bei der Beurteilung formeller Mängel wird im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein strenger Massstab angelegt (vgl. das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2016.00761 vom 4. Januar 2017 E. 2.1). Zu vermeiden ist aber ein überspitzter Formalismus (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 446 ff und Rz. 456). Von einem überspitzten Formalismus ist dann auszugehen, wenn der formelle Mangel auf eine Unklarheit der Ausschreibungsunterlagen oder aber ein offensichtliches Versehen des Anbieters zurückzuführen ist (vgl. das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2016.00761 vom 4. Januar 2017 E. 2.1).

Gemäss dem Programm des Projektwettbewerbs zur „X Y“, welches in verbindlicher Weise die Anforderungen für das Präqualifikationsverfahren vorgibt, ist der Beizug einer Fachperson für die Verkehrsplanung zwingend (act. 2, S. 7, Ziffer 2.4 Absatz 2). Der Gesuchsteller hat diese Vorschrift erfüllt; das geforderte Verkehrsbüro wurde vom Gesuchsteller im Bewerbungsformular angegeben (act. 6/14, S. 5). Es trifft zu, dass der vom Gesuchsteller beigezogene Verkehrsplaner das Bewerbungsformular nicht unterzeichnet hat. Zu prüfen ist, ob dies einen Ausschluss rechtfertigt.

Nach Art. 27 Abs. 2 kVöB muss ein Angebot mit rechtsgültiger Unterschrift versehen sein. Die Verordnung regelt nicht, welche Unterschriften bei einer Bietergemeinschaft geleistet werden müssen. Festgelegt ist nur, dass gemeinsame Angebote von mehreren Anbietenden zulässig sind (Art. 26 Abs. 1 kVöB; die IVöB schweigt sich dazu aus). Hervorzuheben ist, dass vorliegend nicht ein Angebot (im Sinne von Art. 27 kVöB) zu beurteilen ist, sondern ein Teilnahmeantrag (nach Art. 23 Abs. 1 kVöB). Das Programm des Projektwettbewerbs zur „X Y“ schreibt vor, dass das Bewerbungsformular unterschrieben sein müsse (act. 2, S. 12, Ziffer 3.3). Obwohl in Ziffer 3.1 des Programms ausdrücklich auch Teams angesprochen sind, präzisiert Ziffer 3.3 nicht, welche Personen eines Teams unterzeichnen müssen. Im Bewerbungsformular wird sodann ausdrücklich das „feder-

führende Büro“ erwähnt (S. 2) und es werden Angaben zu dessen „Schlüsselperson“ verlangt (S. 3). Zu beachten ist schliesslich Ziffer 5 des Bewerbungsformulars. Dort wird unter dem Titel „Selbstdeklaration des Planungsteams“ ausdrücklich der „Verantwortliche“ des Planungsteams angesprochen. Mit der Forderung nach der Angabe eines „federführenden Büros“ hat die Vorinstanz nach allgemeinem Verständnis den Wunsch nach Rationalisierung der Projektorganisation geäussert, indem dem öffentlichen Auftraggeber ein für alles verantwortlicher einziger Ansprechpartner gegenübergestellt wird, über den grundsätzlich sämtliche Kommunikation zwischen den beiden Vertragspartnern laufen kann und soll (BR 2009, S. 174, Anmerkung 6 zu Nr. S61). Aus der zitierten Verordnung und den von der Vorinstanz zu verantwortenden Unterlagen lässt sich nicht ableiten, dass neben dem federführenden Büro auch der Verkehrsplaner die Bewerbungsunterlagen unterzeichnen muss. Die eben dargelegten Umstände weisen eher darauf hin, dass die Unterschrift des Verantwortlichen des federführenden Büros verlangt, aber auch ausreichend ist. Zumindest ist unklar, ob neben dieser Person weitere Personen die Bewerbung unterzeichnen müssen. Es erstaunt deshalb nicht, dass die Vorinstanz weder in der angefochtenen Verfügung vom 27. August 2019 noch in der Stellungnahme vom 16. September 2019 (act. 4, insbesondere Rz. 9) eine Grundlage für die Pflicht des Verkehrsplaners zur Unterzeichnung der Bewerbung genannt hat. Kommt folgendes hinzu: Eine Bietergemeinschaft untersteht in der Regel den Vorschriften über die einfache Gesellschaft (Art. 530 ff OR; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 1465; DANIELA LUTZ, Bietergemeinschaften und Subunternehmer, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2018, 2018, S. 239). Deren Vertretung ist in Art. 543 Abs. 2 OR geregelt. Danach kann ein einzelner Gesellschafter im Namen der Gesellschaft Geschäfte abschliessen; eine Berechtigung und Verpflichtung der übrigen Gesellschafter entsteht aber nur im Umfang der Bestimmungen über die Stellvertretung. Eine Ermächtigung des einzelnen Gesellschafters, die Gesellschaft zu vertreten, wird indessen vermutet, sobald ihm die Geschäftsführung überlassen wird (Art. 543 Abs. 3 OR). Weder die einschlägigen Normen noch das Wettbewerbsprogramm der Vorinstanz verlangen, dass eine schriftliche Vollmacht (Art. 32 ff OR) einzureichen wäre. Liegt eine Unterschrift vor, aber von einer nicht zeichnungsberechtigten Person, so kann nach Ansicht des Verwaltungsgerichts Tessin eine rechtsgenügende Vollmacht *nachgereicht* werden (Urteil 52.2017.105 vom 26. September 2017, in: MARTIN BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2016/2017, Rz. 225).

Vorliegend ist die Bewerbung von S., dem Geschäftsführer der in der Bewerbung als federführendes Büro bezeichneten F. Architektur GmbH, unterzeichnet worden. Nach dem Gesagten ist dies ausreichend. Die Vorinstanz hat demnach zu Unrecht angenommen, es fehle die Unterschrift des Verkehrsplaners. Gleiches gilt bezüglich der in der Stellungnahme der Vorinstanz nachgeschobenen Begründung, auch seitens der B. GmbH und der L. Landschaftsarchitektur fehlten die Unterschriften