



Fall-Nr.: B 2005/149
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 20.12.2005
Entscheiddatum: 20.12.2005

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 20. Dezember 2005

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 5bis VöB (sGS 841.11). Hat eine Anbieterin an der Vorbereitung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen so mitgewirkt, dass sie den Zuschlag zu ihren Gunsten beeinflussen kann, darf sie sich nicht am Vergabeverfahren beteiligen. Der Zuschlag an eine solche Anbieterin ist aufzuheben (Verwaltungsgericht, B 2005/149).

Urteil vom 20. Dezember 2005

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter Dr. E. Oesch-Frischkopf, lic. iur. A. Linder, Dr. B. Heer, lic. iur. A. Rufener; Gerichtsschreiber lic. iur. Th. Vögeli

In Sachen

INGE Nay + Partner AG / Verkehrsingenieure Eschen,

c/o Nay + Partner AG, Bahnhofstrasse 3, 9303 Wittenbach,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.oec. Alfred Paul Müller, Im Ochsenbrunnen 11, 7310 Bad Ragaz,

gegen

Baudepartement des Kantons St. Gallen, Lämmli brunnenstrasse 54, 9001 St. Gallen,



St.Galler Gerichte

Vorinstanz,

und

INGE Meyer/Sigmaplan, c/o Martin Meyer AG, Lukasstrasse 17, 9008 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen;

Erneuerung Verkehrsleitsystem (VLS) auf der Nationalstrasse A 1, Stadtautobahn St. Gallen

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Das Baudepartement schrieb im Amtsblatt 10/2005 vom 7. März 2005 die Erneuerung des Verkehrsleitsystems und der Verkehrstelevision auf der Stadtautobahn der Nationalstrasse A1 im offenen Verfahren aus. Innert der am 19. Mai 2005 abgelaufenen Eingabefrist reichten insgesamt sieben Ingenieurunternehmungen bzw. Ingenieurgemeinschaften eine Offerte ein. Am 16. August 2005 vergab das Baudepartement den Zuschlag zum Preis von Fr. 1'745'842.35 an die INGE Meyer/Sigmaplan, bestehend aus der Martin Meyer AG, St. Gallen, und der Sigmaplan AG, Bern. Zur Begründung wurde ausgeführt, das Angebot überzeuge hauptsächlich in den Punkten Auftragsverständnis, Referenzen, Struktur und Organisation. Gegenüber den Mitbewerbern habe sich die INGE Meyer/Sigmaplan durch Weitsicht (Nachtarbeit, Arbeitssicherheit, Kommunikation gegenüber Dritten, etc.) abgehoben. Bezüglich des Preises stehe sie an zweiter Stelle. Hinsichtlich der Termine sei ein Grossteil der insgesamt sieben eingereichten Angebote ebenbürtig.

B./ Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 29. August 2005 erhob die INGE Nay + Partner AG/Verkehringenieure Eschen gegen den Zuschlag Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragte, es sei der Zuschlag gemäss angefochtener Verfügung des Tiefbauamtes vom 16. August 2005 aufzuheben (Ziff. 1), das



Vergabeverfahren sei mit oder ohne verbindliche Anweisungen an die Vorinstanz/ Auftraggeberin zurückzuweisen (Ziff. 2) und der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen (Ziff. 3), unter Kosten- und Entschädigungsfolge (Ziff. 4). Zur Begründung wird im wesentlichen vorgebracht, die INGE Meyer/SigmaPlan sei als Verfasserin des Vorprojekts derart vorbefasst, dass sie am Vergabeverfahren nicht hätte teilnehmen dürfen. Zudem habe die Vorinstanz bei der Zuschlagsverfügung Kriterien zur Anwendung gebracht, welche in den Angebotsunterlagen gar nicht genannt worden seien, und sie habe bei der Beurteilung dieser Kriterien den ihr zustehenden Ermessensspielraum überschritten.

In seiner Vernehmlassung vom 5. September 2005 beantragt das Baudepartement, das Gesuch um aufschiebende Wirkung wie auch die Beschwerde seien abzuweisen. Es begründet diesen Antrag im wesentlichen damit, dass die INGE Meyer/SigmaPlan zwar das verkehrstechnische Vorprojekt erstellt habe, die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen jedoch vom Tiefbauamt ausgearbeitet worden seien. Letzteres habe im Rahmen der Ausschreibung die Art und Weise der Vorbefassung der INGE Meyer/SigmaPlan offen gelegt, indem es das Vorprojekt auch den anderen Anbietern habe zukommen lassen, eine grosszügige Frist von elf Wochen zur Einreichung der Angebote eingeräumt und ausdrücklich auf die Möglichkeit aufmerksam gemacht habe, dass zusätzliche Auskünfte eingeholt werden könnten. Die INGE Nay + Partner AG/Verkehringenieure Eschen habe hievon keinen Gebrauch gemacht. Zudem verhalte sich die Beschwerdeführerin treuwidrig, wenn sie sich gegen die angebliche Vorbefassung der INGE Meyer/SigmaPlan erst nach erfolgtem Zuschlag statt bereits bei der Ausschreibung wehre. Aus den Ausschreibungsunterlagen sei explizit hervorgegangen, dass die Verfasserin des Vorprojekts zur Submission zugelassen sei und dass die Anbieter durch Einreichen ihrer Angebote ihr Einverständnis hiezu bekunden würden. Zudem sei die Auswertung der Angebote von drei voneinander unabhängigen Personen nach den in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführten Zuschlagskriterien erfolgt.

Am 7. September 2005 erteilte der Präsident des Verwaltungsgerichts der Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Er zog im wesentlichen in Erwägung, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die INGE Meyer/SigmaPlan an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen in einer Art und Weise mitgewirkt habe, dass sie den



St.Galler Gerichte

Zuschlag zu ihren Gunsten habe beeinflussen können. Daran ändere auch nichts, dass den übrigen Anbietern das Vorprojekt zugestellt und ihnen eine grosszügige Frist zur Einreichung ihrer Angebote eingeräumt worden sei.

In ihren Stellungnahmen vom 19. September resp. 3. Oktober 2005 halten die INGE Nay + Partner AG/Verkehrsingenieure Eschen sowie das Baudepartement an ihren Anträgen fest.

Auf die weiteren Vorbringen der Beteiligten wird, soweit wesentlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Die Beschwerdegegnerin beteiligte sich am Beschwerdeverfahren nicht.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1./ a) Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.1, abgekürzt EGöB). Der Zuschlag ist eine durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügung (Art. 15 Abs. 2 lit. e der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, abgekürzt IVöB). Die Mitglieder der INGE Nay + Partner AG/Verkehrsingenieure Eschen sind als nicht berücksichtigte Anbieter zur Beschwerde gegen den Zuschlag legitimiert (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP). Zudem entspricht die Beschwerdeschrift vom 29. August 2005 zeitlich, formal und inhaltlich den gesetzlichen Vorgaben (Art. 15 Abs. 3 IVöB in Verbindung mit Art. 64 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 VRP). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

b) Die Beschwerdeführerin rügt die Begründung des Zuschlags als mangelhaft.

In der Zuschlagsverfügung wird kurz begründet, weshalb das berücksichtigte Angebot mit Bezug auf die Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste ist. Die Begründung enthält insbesondere den Preis des berücksichtigten Angebots oder die tiefsten und höchsten Preise der in das Vergabeverfahren einbezogenen Angebote (Art. 41 Abs. 3 VöB).



Aus der Begründung des Zuschlags muss für den Anbieter nachvollziehbar sein, weshalb er mit seinem Angebot gegenüber einem anderen Anbieter unterlegen ist (vgl. GVP 2000 Nr. 24). Dies war anhand der vorliegenden Begründung sowie der ergänzend erteilten Auskünfte ohne weiteres der Fall. Ob die Begründung schlüssig und rechtlich haltbar ist oder nicht, ist nicht eine formelle, sondern eine inhaltliche Frage. In formeller Hinsicht ist jedenfalls die Zuschlagsverfügung nicht zu beanstanden.

2./ Die Vorinstanz führt zunächst an, dass sich die Beschwerdeführerin treuwidrig verhalte, wenn sie sich gegen die angebliche Vorbefassung der Beschwerdegegnerin erst nach dem Zuschlag wehre, nachdem sie ihr Angebot vorbehaltlos eingereicht und die Ausschreibungsunterlagen akzeptiert habe. Letztere hätten darauf hingewiesen, dass die Verfasser des Vorprojekts zur Submission zugelassen seien.

a) Die Vergabebehörde ist aufgrund des in Art. 5 Abs. 1 der Schweizerischen Bundesverfassung (SR 101) verankerten Legalitätsprinzips verpflichtet, die Gesetze und damit auch Art. 5bis der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) betreffend die Regelung der Vorbefassung von Amtes wegen zu beachten. Es ist ihr daher verwehrt, die Anbieter mittels Zustimmung zu den Modalitäten des Ausschreibungsverfahrens, insbesondere der Teilnahme der Verfasser des Vorprojekts, zu verpflichten, einen rechtswidrigen Zuschlag zu akzeptieren bzw. auf das Recht zur Anfechtung des Zuschlags zu verzichten (vgl. VerwGE vom 25. Oktober 2005 i.S. H., zur Zeit publiziert in: www.gerichte.sg.ch).

b) In den Ausschreibungsunterlagen wurden die Anbieter orientiert, dass die Verfasser des Vorprojekts zum Submissionsverfahren zugelassen werden. Es liesse sich deshalb fragen, ob die Rüge, die Projektverfasser seien derart vorbefasst, dass sie am Verfahren nicht hätten teilnehmen dürfen, bereits gegen die Ausschreibung hätte vorgebracht werden müssen. Dabei ist zu beachten, dass eine öffentliche Ausschreibung Anordnungen enthalten kann, deren volle Bedeutung und Tragweite auch bei objektiver Betrachtungsweise noch wenig klar ist und sich für die Interessenten erst im Verlaufe des weiteren Verfahrens mit genügender Eindeutigkeit ergibt, wobei die Anfechtungsmöglichkeit in einem späteren Verfahrensabschnitt, gegebenenfalls sogar erst im Rahmen der Zuschlagsverfügung, erhalten bleibt (Galli/

Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts,



Zürich 2003, Rz. 610 mit Hinweis). Wie nachfolgend ausgeführt wird (vgl. Erw. 3), ist nicht jeder vorbefasste Anbieter nicht zum Vergabeverfahren zuzulassen; massgeblich ist vielmehr die Intensität seiner Beeinflussung resp. die Art seiner vorgängigen Mitwirkung. Indem sich die übrigen Anbieter erstmals im Rahmen der Offertstellung vertieft mit der Problematik auseinandersetzen, die Ausschreibungsunterlagen würdigen und allfällige Vorprojekte prüfen konnten, ist ihnen eine Anfechtung der Ausschreibung wegen unzulässiger Teilnahme eines vorbefassten Mitbieters nicht vorher zuzumuten. Die Beschwerdeführerin hat somit ihr Recht zur Rüge der unzulässigen Vorbefassung der Beschwerdegegnerin nicht verwirkt.

3./ Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe als Verfasserin des verkehrstechnischen Vorprojektes über detailliertere Informationen und wesentlich mehr Angaben als die übrigen Anbieter und somit auch über einen wesentlichen Wettbewerbsvorteil verfügt.

a) Ein wesentliches Ziel des Vergaberechts besteht in der Gewährleistung eines echten, fairen und offenen Wettbewerbs. Ein solcher Wettbewerb ist nur möglich, wenn für alle Bewerber die gleichen Wettbewerbsbedingungen gelten. Neben dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Diskriminierungsverbot (Art. 5 VöB) steht deswegen auch der Grundsatz der Vorbefassung im Zentrum des öffentlichen Beschaffungsrechts (Art. 5bis VöB). Dieser besagt, dass Personen und Unternehmungen, die an der Vorbereitung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen dergestalt mitgewirkt haben, dass sie den Zuschlag zu ihren Gunsten beeinflussen können, sich am Vergabeverfahren nicht beteiligen dürfen. Kriterium zur Beurteilung der Zulässigkeit einer Vorbefassung ist demgemäss, inwieweit der vorbefasste Anbieter den Zuschlag zu seinen Gunsten beeinflussen konnte.

Die Vorbefassung eines Anbieters setzt voraus, dass er sich bereits vor der Teilnahme am Submissionsverfahren, also vor Eröffnung des Verfahrens, mit der konkret in Frage stehenden Beschaffung befasst hat. Dabei ist unbedeutend, auf welche Art der Anbieter mitgewirkt hat, sei es durch das Verfassen von Projektgrundlagen, durch das Erstellen von Ausschreibungsunterlagen oder durch das Informieren der Beschaffungsstelle über bestimmte technische Spezifikationen des zu beschaffenden



Gutes (vgl. Nyffenegger/Kobel, Vorbefassung im Submissionsverfahren, in: BVR 2004 S. 55 f. mit weiteren Hinweisen). Eine Verfahrensbeteiligung wird dabei als zulässig erachtet, wenn der durch die Vorbefassung bewirkte Wissensvorsprung nur zu einem geringfügigen Vorteil gegenüber den anderen Anbietern führt, wenn die Mitwirkung des vorbereiteten Anbieters bei der Vorbereitung des Submissionsverfahrens nur untergeordneter Natur ist und die Mitwirkung sowie dessen Wissensvorsprung gegenüber den übrigen Anbietern offen gelegt wird (vgl. Nyffenegger/Kobel, a.a.O., S. 64 f. mit weiteren Hinweisen).

Ebenfalls nicht zu beanstanden ist ein Wissensvorsprung, der nicht dem Submissionsverfahren, sondern der bisherigen Tätigkeit des Submittenten entspringt; so kann einem Anbieter nicht verwehrt werden, Vorwissen auszunützen, das er sich durch frühere Arbeiten für denselben Auftraggeber - allenfalls sogar am selben Objekt - erworben hat (vgl. VerwGE ZH vom 8. Dezember 2004, in: BEZ 2005 S. 21). So kann bspw. bei der Erweiterung eines Gebäudes der ursprüngliche Erbauer zum Angebot zugelassen werden.

Die Gefahr der Vorbefassung resp. die Art der Beeinflussung kann darin bestehen, dass der vorbereitete Anbieter versucht, die bevorstehende Beschaffung auf das von ihm angebotene Produkt bzw. die von ihm angebotene Dienstleistung auszurichten, um seine Chancen auf den Zuschlag zu erhöhen, oder dass er die im Rahmen der Vorbereitung des Submissionsverfahrens gewonnenen Kenntnisse bei der Erstellung der Offerte einsetzt oder durch vorgängigen Behördenkontakt persönliche Bekanntschaft mit den Behördemitgliedern schliessen und auf diese Weise Sympathien gewinnen kann (Nyffenegger/Kobel, a.a.O., S. 56 mit weiteren Hinweisen). Des weiteren liegt eine bloss untergeordnete Mitwirkung dann nicht vor, wenn ein Anbieter bei Bauvorhaben mit der Planung oder Projektierung beauftragt worden ist, wenn er zur gesamten Submission Studien oder Vorprojekte erstellt und zu diesem Zweck die konkreten Verhältnisse vertieft studiert oder wenn er wesentliche Teile oder gar die gesamten Ausschreibungsunterlagen ausgearbeitet hat (vgl. BGE 2P.164/2004, Erw. 3.3). Eine solche Vorbefassung erweist sich als unzulässig und hat im Grundsatz den Ausschluss aus dem Submissionsverfahren zur Folge (BGE a.a.O., Erw. 3.3). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung reicht zwar ein lediglich objektiv begründeter Anschein einer Vorbefassung noch nicht zum Ausschluss aus, da sich ein Unternehmer



einen Ausschluss solange nicht gefallen lassen müsse, als das Vorliegen eines unzulässigen Wettbewerbsvorteils aus Vorbefassung nicht erwiesen sei; die Beweislast hierfür obliege mangels gegenteiliger Regelung dem Konkurrenten, der sich vom Ausschluss des vorbefassten Anbieters bessere Aussichten für den Zuschlag verspreche (BGE a.a.O., Erw. 5.7.3). Nach Art. 5bis VöB ist in diesem Zusammenhang aber nicht entscheidend, ob die vorbefasste Unternehmung den Entscheid über den Zuschlag tatsächlich zu ihren Gunsten beeinflusste, sondern ob sie die Möglichkeit hatte, dies zu tun.

b) Vorliegend wurde den beiden Mitgliedern der Beschwerdegegnerin, d.h. der Martin Meyer AG und der Sigmoplan AG, im Rahmen eines freihändigen Verfahrens je der Zuschlag zur Fachplanung der verkehrstechnischen Belange für den Ersatz des Verkehrsleitsystems (VLS) im Umfange von Fr. 145'260.-- bzw. Fr. 150'000.-- erteilt. Beide Mitglieder der Beschwerdegegnerin waren bereits früher am fraglichen Objekt tätig: So war Gustaaf Kooijman, vorgesehener Projektleiter der Sigmoplan AG, beim bestehenden Leitsystem aus den 80er-Jahren bereits als Projektleiter an der Planung, Realisierungsbegleitung und Inbetriebsetzung beteiligt. Darüber hinaus hat er die Anlage seit Inbetriebnahme bis heute betreut. Auch die Martin Meyer AG kennt gemäss eigenen Angaben die fraglichen Projekte, welche sie teilweise bereits für den Kanton St. Gallen realisiert hat.

Dass die Mitglieder der Beschwerdegegnerin bereits vor dem streitigen Vergabeverfahren resp. vor dem Vorprojekt für die Bauherrschaft tätig waren und gar das zu ersetzende Verkehrsleitsystem planten, realisierten und über die gesamte bisherige Betriebsdauer betreuten, kann ihnen aufgrund des vorstehend Ausgeführten hinsichtlich der Frage der Zulassung zum Vergabeverfahren grundsätzlich nicht zum Nachteil gereichen, selbst wenn damit zwangsläufig ein gewisser Wissensvorsprung verknüpft ist.

Hingegen erweist sich die Mitwirkung bei der Ausarbeitung des Vorprojekts als problematisch. Die Arbeiten im Rahmen der Vorprojektierung umfassten den verkehrstechnischen Teil für das Verkehrsleitsystem und das Verkehrserfassungssystem, die Tunnelfernsehüberwachung (TV-Anlage, Ereignisdetektion und Bildspeicherung), die Sicherheitseinrichtungen in den



St.Galler Gerichte

Tunnelanlagen gemäss den Richtlinien des Bundesamtes für Strassen (Bankettbeleuchtung, Fluchtwegsignalisation, Hinweistafeln in SOS-Nischen, etc.) sowie die Anpassung und Ergänzung der Infrastruktur zu den genannten Systemen. Dabei wurden die Mitglieder der Beschwerdegegnerin nicht lediglich als Sachverständige zur Beurteilung einzelner Sachbereiche beigezogen. Sie prüften vielmehr in einem Vorprojekt den Ist-Zustand, beschrieben die neu notwendigen Funktionalitäten und erarbeiteten gestützt hierauf ein Bauprojekt, in welchem die vorgesehenen Sanierungs- und Ergänzungsarbeiten erläutert wurden und in dem die geplante Signalisation dargestellt wurde. Diese wurde ausserdem dem ASTRA zur Genehmigung eingereicht, und es wurde eine relativ detaillierte Gesamtkostenschätzung erstellt. Anlässlich dieser Vorprojektierung nahmen die Mitglieder der Beschwerdegegnerin mehrfach an Sitzungen mit Vertretern der Bauherrschaft und weiterer involvierter Planer sowie an Begehungen der fraglichen Örtlichkeiten teil.

Damit ging die Mitwirkung der an der Beschwerdegegnerin beteiligten Unternehmungen am Vorprojekt weit über eine lediglich untergeordnete Tätigkeit resp. punktuelle Unterstützung hinaus, bildet das Vorprojekt doch die wesentliche Grundlage der streitigen Vergabe. Durch die Ausarbeitung dieses Konzepts sowie durch die persönlichen Besprechungen mit Vertretern der Bauherrschaft und weiterer Projektmitarbeiter konnten sich die beteiligten Unternehmungen mit den Bedürfnissen der Bauherrschaft und den Problemstellungen bedeutend intensiver und viel früher auseinandersetzen als die anderen Anbieter. Hieran vermag auch nichts zu ändern, dass die Vorinstanz das Vorprojekt den übrigen Anbietern zukommen liess und ihnen eine gemäss eigenem Dafürhalten grosszügige Frist von elf Wochen zur Offertstellung eingeräumt hat. Des weitern konnten die an der Beschwerdegegnerin Beteiligten bereits im Hinblick auf das ASTRA-Genehmigungsverfahren verschiedene Lösungsmöglichkeiten mit der Vergabebehörde diskutieren und so eher einschätzen, worauf die Vergabebehörde besonderes Gewicht zu legen beabsichtigt. Von einem aus solcher Vorbefassung resultierenden Wissensvorsprung geht letztlich auch die Vorinstanz aus, wenn sie anführt, dass die Beschwerdegegnerin hauptsächlich nebst Referenzen, Struktur und Organisation hinsichtlich des Auftragsverständnisses überzeugt habe. Es ist offensichtlich, dass die Beschwerdegegnerin als Verfasserin des Vorprojekts und Teilnehmerin an diversen Sitzungen und an der Begehung der



Örtlichkeiten ein vertieftes Verständnis der Auftragslage hat. Umgekehrt weist auch die Beschwerdegegnerin in ihrer Offerte darauf hin, dass sie bereits das Vorprojekt verfasst und dabei auf wichtige Punkte bei der Realisierung des Projektes hingewiesen habe; die im Rahmen der Offerteingabe eingebrachte Projektanalyse zeige deshalb die wichtigsten Aspekte für die bevorstehende Sanierung noch einmal kurz auf. Auch scheint das Kriterium, wonach im Vergabeverfahren Ingenieurgemeinschaften gesucht werden, die bereits gemeinsam bei ähnlichen Projekten zusammengearbeitet haben, insofern auf die Beschwerdegegnerin zugeschnitten zu sein, als das Vorprojekt im freihändigen Verfahren noch getrennt an beide Mitglieder der Beschwerdegegnerin vergeben wurde und letztere dann bei der Angabe entsprechender Referenzen in ihrer Offerte auf die Projektgemeinschaft beim Vorprojekt hinweist. Auffallend ist des weitern, dass die Bewertungen der Offerte der Beschwerdegegnerin von allen drei Prüfenden deckungsgleich sind, obwohl sie unabhängig voneinander vom Kantonsingenieur-Stellvertreter, vom Leiter Elektroplanung und vom Leiter Verkehrstechnik vorgenommen wurden. Nicht nur die Punktezahl stimmt überein, sondern sämtliche der einzelnen Kriterien wurden von allen drei Experten genau gleich gewichtet, was ungewöhnlich erscheint und bei keiner der übrigen Bewertungen der Fall ist. Sollten die Bewertungen der Beschwerdegegnerin unabhängig voneinander zum gleichen Resultat geführt haben, so würde dies ebenfalls die Folgerung bestärken, dass es der Beschwerdegegnerin aufgrund ihrer vorgängigen Mitwirkung gelungen ist, ihr Angebot in besonderem Masse auf die Wünsche und Erwartungen der Vergabebehörde auszurichten.

c) Aufgrund der vorstehenden Ausführungen steht fest, dass die an der Beschwerdegegnerin Beteiligten nicht lediglich Grundlagen, sondern ein umfassendes und teilweise sehr detailliertes Vorprojekt erstellt haben, im Rahmen dieser Projektarbeit mehrmals mit verschiedenen Vertretern der Bauherrschaft sowie weiterer involvierter Projektmitarbeiter über Mach- und Wünschbarkeit des Projekts diskutiert und hierzu die fraglichen Örtlichkeiten begangen haben, in ihrer Offertstellung auf die Vorprojektierung verwiesen und die Vorinstanz insbesondere das Auftragsverständnis der Beschwerdegegnerin als massgebliches Zuschlagskriterium würdigt, woraus sich ergibt, dass die an der Beschwerdegegnerin beteiligten Unternehmungen in einer Art und Weise an der Vorbereitung der Ausschreibung mitwirkten, dass sie die Möglichkeit



hatten, den Zuschlag zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Daraus folgt, dass die Beschwerdegegnerin nicht am Verfahren hätte teilnehmen dürfen.

4./ Die Beschwerdeführerin rügt des weitern, die Vorinstanz habe beim Zuschlag Kriterien zur Anwendung gebracht, welche in den Ausschreibungsunterlagen nicht genannt worden seien. Insbesondere sei unbegründet, weshalb sich die Beschwerdegegnerin, wie von der Vorinstanz ausgeführt, "mit Weitsicht (Nachtarbeit, Arbeitssicherheit, Kommunikation gegenüber Dritten, etc.)" von den übrigen Anbietern abgehoben habe. Zudem sei nicht nachvollziehbar, weshalb das Kriterium des Auftragsverständnisses bei ihr, der Beschwerdeführerin, lediglich als "verstanden" qualifiziert worden sei, nachdem sie gar eine normgerechte Auftragsanalyse eingereicht habe. Des weitern sei das Erfordernis des Versicherungsausweises nicht im Formular "Eignungsprüfung" enthalten gewesen, weshalb ihr das Nichteinreichen eines solchen nicht zur Last gelegt werden dürfe. Sodann sei das Kriterium, dass eine Arbeitsgemeinschaft von Bietern Referenzen über gemeinsame Projekte einreichen müsse, willkürlich. Die abgegebenen Referenzen seien nicht berücksichtigt worden; Referenzen des Schlüsselpersonals und Personaleinsatzprogramm hätten nicht bewertet werden können, da diese nicht Bestandteil der mit der Offerte abzugebenden Unterlagen gewesen seien. Es sei ausserdem nicht nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz hinsichtlich der Struktur der Beschwerdeführerin von "keiner oder schlechter Struktur" spreche; schliesslich hätte auch der Nachweis eines projektbezogenen Qualitätsmanagements nicht bewertet werden können, da auch ein solches nicht Bestandteil der mit der Offerte abzugebenden Unterlagen gewesen sei.

a) Art. 34 Abs. 1 VöB bestimmt, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält. Das wirtschaftlich günstigste Angebot ist nicht identisch mit dem preisgünstigsten bzw. preislich tiefsten Angebot. Bei der Wirtschaftlichkeit können neben dem Preis noch weitere Kriterien berücksichtigt werden (vgl. GVP 2004 Nr. 36 mit weiteren Hinweisen). Diese sind in Art. 34 Abs. 2 VöB aufgeführt. Es handelt sich um Qualität, Termin, Garantie- und Unterhaltsleistungen, Kundendienst, Betriebskosten, Innovationsgehalt, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, Erfahrung, Sicherung des Ausbildungsstandes einer Berufsgattung, Vereinbarkeit mit technischen Systemen von Bund, anderen Kantonen und Gemeinden sowie Arbeitssicherheit (Art. 34 Abs. 2 lit. a bis n VöB). Die Aufzählung ist nicht abschliessend, wie der Begriff



"insbesondere" in Art. 34 Abs. 2 Ingress VöB zum Ausdruck bringt. Der Auftraggeberin wird dadurch ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt.

Die Kriterien werden mit allfälligen Unterkriterien im Rahmen der Ausschreibung in der Reihenfolge ihrer Bedeutung oder mit ihrer Gewichtung bekannt gegeben (Art. 34 Abs. 3 VöB). Die Gewichtung der einzelnen Kriterien ist einer Rechtskontrolle nur beschränkt zugänglich. Wie beispielsweise die Ästhetik eines Bauwerkes oder die Erfahrung einer Unternehmung gewichtet und in Relation zu einer bestimmten Preisdifferenz gesetzt werden, ist weitgehend eine Ermessensfrage, in die das Verwaltungsgericht nicht eingreifen darf. Es kann lediglich einschreiten, wenn einzelne Kriterien in unzulässiger Weise ausser Acht gelassen bzw. fehlerhaft angewendet wurden. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn unter Berufung auf ökologische Gründe generell einheimische Anbieter bevorzugt werden, weil sie einen kürzeren Anfahrtsweg haben (vgl. GVP 2004 Nr. 36 mit weiteren Hinweisen).

Auch hinsichtlich der Frage, wie die Sachverhaltselemente unter die festgelegten Kriterien zu subsumieren sind, kommt der Vergabebehörde grundsätzlich ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der Anbieter gebieten jedoch, dass die Vergabebehörde wichtige Einzelgesichtspunkte, die sie im Rahmen eines Zuschlagskriteriums zu berücksichtigen gedenkt, explizit in Form von Subkriterien definiert und bekannt gibt (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 445).

b) In ihrer Zuschlagsverfügung vom 16. August 2005 führt die Vorinstanz an, dass sich das Angebot der Beschwerdegegnerin hinsichtlich Leistung und Qualität als das beste erweise. Es überzeuge hauptsächlich in den Punkten Auftragsverständnis, Referenzen, Struktur und Organisation. Gegenüber den Mitbewerbern habe sich die Beschwerdegegnerin durch Weitsicht (Nachtarbeit, Arbeitssicherheit, Kommunikation gegenüber Dritten, etc.) abgehoben. Bezüglich des Preises stehe sie an zweiter Stelle. Punkto Termine sei ein Grossteil der Angebote ebenbürtig. Gesamthaft betrachtet sei das Angebot der Beschwerdegegnerin das wirtschaftlich günstigste.

In den Ausschreibungsunterlagen wurden als Zuschlagskriterien Leistung, Preis und Termine vermerkt. Bei der Leistung wurden als Unterkriterien neben dem Stichwort



"Qualität" die Begriffe Auftragsverständnis, Gesamteindruck, Referenzen der letzten 5 Jahre vergleichbarer Anlagen, Erfahrung und Referenzen des Schlüsselpersonals, namentliches Personaleinsatzdiagramm, Struktur und Organisation des Anbieters, Unternehmergespräch, allg. Eindruck, Konzept, Verständnis, Kompetenz, Projektmanagement sowie projektbezogenes Qualitätsmanagement angeführt.

c) Weder die Arbeitssicherheit noch die Ausgestaltung der Kommunikation mit Dritten oder die Handhabung der Nachtarbeit sind in den Ausschreibungsunterlagen als Zuschlags- oder als Unterkriterien explizit aufgeführt. Die Vorinstanz hält in ihrer Vernehmlassung fest, mit dem Hinweis auf diese Umstände seien nicht zusätzliche Kriterien angewendet, sondern sei bloss zusammenfassend begründet worden, inwiefern die Beschwerdegegnerin das Unterkriterium Auftragsverständnis und Gesamteindruck am besten erfüllt habe.

Auch das Prüfungsprogramm der Offertauswertungen enthält lediglich die Zuschlags- und Unterkriterien, welche in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt wurden. Die Elemente der Nachtarbeit, Arbeitssicherheit und Kommunikation gegenüber Dritten sind dagegen nicht explizit aufgeführt.

Da die Vorinstanz das Angebot der Beschwerdegegnerin hauptsächlich in den Punkten Auftragsverständnis, Referenzen, Struktur und Organisation (und somit in den vorgegebenen Zuschlags- resp. Unterkriterien) als überzeugend betrachtete und die Elemente Nachtarbeit, Arbeitssicherheit und Kommunikation gegenüber Dritten bei der Beschwerdeführerin negativ bewertete, geht somit aus der Begründung des Zuschlags hervor, dass diesen Elementen eine besondere Bedeutung beigemessen und sie nicht lediglich nebst anderen als Teilelemente des Auftragsverständnisses berücksichtigt wurden. Zur Wahrung der Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung der Anbieter hätte die Vorinstanz deshalb in den Ausschreibungsunterlagen das Kriterium des Auftragsverständnisses detaillierter umschreiben und somit die wesentlichen Gesichtspunkte offen darlegen müssen.

Die geringere Bewertung der Beschwerdeführerin im Punkt Auftragsverständnis bzw. Eindruck ist nach dem Gesagten nicht überzeugend begründet. Bestätigt wird dies mit der Begründung der Vorinstanz vom 22. August 2005, wo unter dem erwähnten



Kriterium das Fehlen eines Versicherungsnachweises und gemeinsamer Referenzen bemängelt wurde. Inwiefern diese Elemente unter das Kriterium des Auftragsverständnisses subsumiert werden können, ist nicht nachvollziehbar, da die Referenzen als separates Unterkriterium aufgeführt sind und ein Versicherungsnachweis den Eignungskriterien zuzuordnen wäre.

Die Beschwerdeführerin rügt, dass ihr Auftragsverständnis von der Vorinstanz lediglich mit "verstanden" qualifiziert wurde, was einen Abzug von 30 Punkten gegenüber der höchsten Bewertung ergab. Die Vorinstanz konnte diese Bewertung nicht plausibel begründen, da die von ihr angeführten Gründe wie erwähnt überwiegend anderen Kriterien zuzuordnen sind.

d) Weiter rügt die Beschwerdeführerin, ihre Referenzen seien nicht bewertet worden. Die Vorinstanz wendet dagegen ein, es sei bezüglich der Elektroingenieure keine für dieses Projekt relevante Empfehlung abgegeben worden, und bei den übrigen Referenzen sei das Projekt noch nicht abgeschlossen bzw. hätten die Arbeiten die Tunnelbeleuchtung und -belüftung betroffen, nicht aber das Verkehrsleitsystem. Dieser Bereich wurde von der Vergabebehörde als wesentlich betrachtet, weshalb es nicht ausschlaggebend ist, ob bei den von der Beschwerdeführerin angegebenen Arbeiten noch zusätzliche Aspekte massgebend waren. Bei dieser Sachlage kann die unterschiedliche Bewertung jedenfalls nicht als geradezu ermessensmissbräuchlich qualifiziert werden, zumal sich die Vergabebehörde auf die angegebenen Referenzen der an der Beschwerde beurteilten Unternehmungen beschränken durfte und nicht gehalten war, weitere Referenzen von weiteren Unternehmungen zu berücksichtigen, die allenfalls von der Beschwerdeführerin beigezogen werden können.

e) Die Rüge, dass Nachweise über Erfahrung, Referenzen des Schlüsselpersonals und des Personaleinsatzprogramms sowie des projektbezogenen Qualitätsmanagements nicht hätten bewertet werden dürfen, weil sie nicht Bestandteil der mit der Offerte einzureichenden Unterlagen gewesen seien, ist nicht stichhaltig.

In den Ausschreibungsunterlagen waren als Unterkriterien der Leistung u.a. ein projektbezogenes Qualitätsmanagement, Erfahrung und Referenzen des Schlüsselpersonals sowie ein namentliches Personaleinsatzdiagramm aufgeführt. Es ist



daher offensichtlich, dass die Anbieter in ihrer Offerte in der einen oder anderen Form Unterlagen beizubringen hatten, die zur Beurteilung dieser Elemente verwendet werden konnten. Ein Nachweis hierüber war somit entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin Bestandteil der einzureichenden Offerte. Wie diese Referenzen dann bewertet werden, steht wiederum im Ermessen der Vergabebehörde. Es ist deshalb auch an dieser zu entscheiden, ob sie einzelne Referenzen näher untersucht und hierzu von den Kontaktpersonen zusätzliche Informationen einholt oder ob sie lediglich auf die von der Beschwerdeführerin gemachten Angaben abstellt. Ein Ermessensmissbrauch ist darin ebenso wenig zu erblicken wie eine Ermessensunterschreitung oder -überschreitung. Die Bewertung erweist sich daher auch in diesem Kriterium als rechtmässig.

f) Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorlage eines Versicherungsnachweises habe bei der Bewertung nicht berücksichtigt werden dürfen, weil eine solche nicht im Formular "Eignungsprüfung" aufgeführt gewesen sei. In den Ausschreibungsunterlagen wurde jedoch ausdrücklich gefordert, dass der Versicherungsnachweis als Eignungskriterium mit Eingabe der Offerte zu erbringen sei. Daran ändert nichts, dass dieses Eignungskriterium im Formular "Eignungsprüfung" nicht mehr aufgeführt wurde. Selbst wenn es sich hierbei um ein Versehen der Vergabebehörde handeln sollte, wäre es der Beschwerdeführerin zuzumuten gewesen, sich bei der Vergabebehörde vorgängig zu erkundigen, ob ein solcher Nachweis zu erbringen sei oder nicht, nachdem in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich darauf hingewiesen worden ist. Dass ein Versicherungsnachweis überhaupt verlangt wurde, ist bei einem Auftragsvolumen zwischen 1,5 und 2,5 Mio. Franken im übrigen durchaus legitim.

g) Weiter bemängelt die Beschwerdeführerin die Bewertung des Kriteriums "Struktur und Organisation" des Anbieters. Mit der Offerte sei ein Organigramm eingereicht worden, aus welchem übersichtlich eine klare Struktur hervorgehe. Das Organigramm sei allgemein gehalten und zeige auf, dass jegliche elektromechanische Infrastrukturen durch die Nay + Partner AG realisiert werden könnten. Aus der Vereinbarung mit der an der INGE Beteiligten seien die Zuständigkeiten und Schnittstellen klar ersichtlich.



Dagegen wendet die Vorinstanz ein, aus dem projektbezogenen Organigramm der Beschwerdegegnerin gehe klar hervor, wie die Elektro- und Verkehrsingenieure miteinander verknüpft seien, während die Beschwerdeführerin lediglich das Standardorganigramm des Elektroingenieurunternehmens eingereicht habe, aus dem die Einbindung der Verkehrsingenieure nicht hervorgegangen sei. Die unterschiedliche Beurteilung von Struktur und Organisation sowie des projektbezogenen Qualitätsmanagements ist daher aufgrund der eingereichten Offerten nicht zu beanstanden; insofern ist eine unterschiedliche Bewertung nachvollziehbar. Die Bewertung kann nicht als rechtswidrig eingestuft werden, wenn ein allgemeines Qualitätsmanagement-Zertifikat weniger hoch gewichtet wird als ein projektbezogenes Qualitätsmanagement.

Im übrigen wurde bei sämtlichen Anbietern auf ein Unternehmergespräch verzichtet und auf eine Bewertung dieses Kriteriums verzichtet. Somit liegt keine Ungleichbehandlung vor (vgl. GVP 2002 Nr. 32 zur Problematik der rechtsgleichen Behandlung bei sog. Unternehmergesprächen).

h) Sodann rügt die Beschwerdeführerin, dass das Eignungskriterium, wonach eine Arbeitsgemeinschaft von Bietern Referenzen über gemeinsame Projekte einreichen müsse, willkürlich und verfassungswidrig sei. Diese Rüge ist nicht hinreichend substantiiert. Insbesondere wird nicht dargelegt, inwiefern durch ein solches Eignungskriterium gesetzliche Bestimmungen oder allgemeine Rechtsgrundsätze verletzt werden. Hinzu kommt, dass dieses Kriterium bereits in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt war und deshalb eine Rüge bereits gegen die Ausschreibung hätte vorgebracht werden müssen (VerwGE vom 24. Oktober 2002 i.S. T. AG mit Hinweis auf frühere Entscheide). Die Tragweite des besagten Eignungskriteriums war für die Beschwerdeführerin bereits aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich, und zwar ungeachtet des Umstandes, dass dieses Kriterium den Verfassern des Vorprojekts in besonderem Masse einen Vorteil verschaffte und darauf auch die Rüge der unzulässigen Vorbefassung gestützt werden konnte.

i) Weiter rügt die Beschwerdeführerin, dass der Angebotspreis nur mit 35 Prozent gewichtet worden sei. Es dürfe nicht sein, dass dem Preis kein höherer Stellenwert



St.Galler Gerichte

beigemessen werde, dies insbesondere beim vorliegenden Kriterium der Leistung, welches mit 55 Prozent ins Gewicht falle und äusserst fragwürdig bewertet worden sei. Dem Preis sei eine höhere Bewertung zuzumessen.

Die Kriterien werden nach Art. 34 Abs. 3 VöB wie erwähnt in der Reihenfolge ihrer Bedeutung oder mit ihrer Gewichtung bekannt gegeben. Es ist somit nach dieser Bestimmung zulässig, die einzelnen Kriterien lediglich in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzuführen. Das Gewicht der einzelnen Kriterien wurde denn auch nach Massgabe ihrer Reihenfolge festgelegt. Inwiefern eine Gewichtung der Leistung bzw. deren Qualität mit 55 Prozent oder des Preises mit 35 Prozent rechtswidrig oder unzumässig ist, legt die Beschwerdeführerin nicht dar. Im vorliegenden Fall handelte es sich um eine spezialisierte Dienstleistung, bei welcher gute Gründe für eine überdurchschnittlich hohe Gewichtung der Qualität vorliegen. Zudem war die Formel zur Gewichtung des Preises in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt. Die Einwendungen gegen diese Formel können daher in der Beschwerde gegen den Zuschlag nicht mehr gehört werden (vgl. oben Erw. g). Im übrigen bestehen auch keine Anhaltspunkte, dass die Offerte mit dem höchsten Preis eine sog. Scheinofferte darstellt, welche ausschliesslich zur Beeinflussung der Preisbewertung gestellt wurde.

Die Einwendungen gegen die Bewertung des Angebotspreises sind nach dem Gesagten unbegründet.

5./ Zusammenfassend ergibt sich, dass die Zuschlagsverfügung vom 16. August 2005 aufzuheben ist. Die Angelegenheit ist gestützt auf Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 56 Abs. 2 VRP an die Vorinstanz zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen und zur neuen Entscheidung unter Ausschluss der Beschwerdegegnerin vom Verfahren zurückzuweisen. Dies entspricht einer Gutheissung der Beschwerde.

Dem Verfahrensausgang entsprechend gehen die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zulasten der Vorinstanz (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidegebühr von Fr. 5'000.-- ist angemessen (mit Einschluss der Kosten von Fr. 750.-- der Verfügung vom 7. September 2005, Ziff. 381 und 382 Gerichtskostentarif, sGS 941.12). Auf die Erhebung der Kosten ist zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP). Der



St.Galler Gerichte

geleistete Kostenvorschuss von Fr. 5'000.-- ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten.

Die Beschwerdeführerin hat Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung (Art. 98bis VRP). Ihr Rechtsvertreter hat keine Kostennote eingereicht, weshalb die Entschädigung ermessensweise festzusetzen ist (Art. 6 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75, abgekürzt HonO). Im vorliegenden Fall erscheint eine Entschädigung von Fr. 4'000.-- zuzügl. MWSt angemessen (Art. 22 Abs. 1 lit. c HonO), nachdem für das Zwischenverfahren betr. aufschiebende Wirkung bereits eine Entschädigung von Fr. 750.-- zugesprochen wurde.

Demnach hat das Verwaltungsgericht zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Zuschlagsverfügung vom 16. August 2005 aufgehoben.

2./ Die Angelegenheit wird zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung unter Ausschluss der Beschwerdegegnerin vom Verfahren an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 5'000.-- werden der Vorinstanz auferlegt; auf ihre Erhebung wird verzichtet. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 5'000.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

4./ Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin für das Hauptverfahren mit Fr. 4'000.-- zuzügl. MWSt ausser- amtlich zu entschädigen.

V. R. W.

Derr Präsident: Der Gerichtsschreiber:



Zustellung dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin (durch Rechtsanwalt

lic. oec. Alfred Paul Müller, 7310 Bad Ragaz)

- die Vorinstanz
- die Beschwerdegegnerin