



**Fall-Nr.:** B 2006/123  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 14.12.2006  
**Entscheiddatum:** 14.12.2006

### **Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 14. Dezember 2006**

**Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 1 Abs. 3 lit. a IVöB (sGS 841.32), Art. 5bis, Art. 12 Abs. 1, Art. 26 und Art. 34 Abs. 1 VöB (sGS 841.11). Es verletzt den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht, wenn mit der Ausschreibung ein geografisches Informationssystem verlangt wird, das demjenigen, das heute angewendet wird, weitgehend entspricht. Ein Konkurrenzverbot und die zwangsweise Abtretung von Kunden widersprechen den Zielsetzungen des Vergaberechts (Verwaltungsgericht, B 2006/123).**

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter Dr. E. Oesch-Frischkopf, lic. iur. A. Linder, Dr. B. Heer; Ersatzrichterin lic. iur. D. Gmünder Perrig; Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Haltinner-Schillig

---

In Sachen

Niederer + Pozzi AG, Zürcherstrasse 25, Postfach 365, 8730 Uznach,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Dominic Del Degan, Obergasse 28, Postfach 133, 8730 Uznach,

gegen

IG GIS AG, c/o Finanzdepartement, Davidstrasse 35,

9001 St. Gallen,



## St.Galler Gerichte

Vorinstanz,

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Bettina Deillon-Schegg, Marktplatz 4, 9004 St. Gallen,

und

GEOINFO Herisau AG, Kasernenstrasse 69, 9100 Herisau,

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Matthias Ebnetter,

Rosenbergstrasse 42b, 9000 St. Gallen,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen; Geografisches Informationssystem; Ausschreibung

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Die IG GIS AG betreibt im Auftrag der drei Kantone St. Gallen, Appenzell Ausserrhoden und Appenzell Innerrhoden und für rund 60 von total 109 Gemeinden dieser Kantone ein gemeinsames geografisches Informationssystem (GIS). Die GIS-Dienstleistungen werden heute im Auftrag der IG GIS AG durch die GEOINFO Herisau AG erbracht. Der entsprechende Vertrag ist auf Ende September 2007 befristet.

Im Amtsblatt des Kantons St. Gallen Nr. 25 vom 19. Juni 2006 wurde das Projekt "Geografisches Informationssystem Gemeinden/Kanton SG, AI, AR" im offenen Verfahren ausgeschrieben. Nach dem Kurzbeschrieb beinhalten die zu beschaffenden Dienstleistungen Aufbau und Betrieb eines gemeinsamen geografischen Informationssystems für die Kantone St. Gallen und beide Appenzell sowie für etwa 60 Gemeinden/Bezirke dieser drei Kantone.

Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 29. Juni 2006 erhob die Niederer + Pozzi AG gegen die Ausschreibung Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Sie beantragte, die



angefochtene Verfügung vom 19. Juni 2006 sei aufzuheben (Ziff. 1), die Bietergemeinschaft sei ausdrücklich als zulässig zu erklären (Ziff. 2), das Konkurrenzverbot sowie die Zwangsabtretung von bestehenden Kunden im Pflichtenheft (Ziff. 7.2.2.1-2 und -3 auf Seite 39) seien ersatzlos zu streichen (Ziff. 3), eventualiter zu Ziff. 2 und 3 sei die Sache mit entsprechenden Anweisungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (Ziff. 4) und die GEOINFO Herisau AG sei zur

Offertstellung nicht zuzulassen (Ziff. 5), unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Sodann stellte sie das Rechtsbegehren, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Zur Begründung wird im wesentlichen vorgebracht, es handle sich um eine wettbewerbsbehindernde Ausschreibung. Nur die bisherige Anbieterin, die GEOINFO Herisau AG, sei in der Lage, die geforderten Eignungskriterien zu erfüllen, oder aber eine Bietergemeinschaft, die indessen unzulässig sei.

In ihrer Vernehmlassung vom 3. Juli 2006 beantragte die IG GIS AG, dem Gesuch, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, sei keine Folge zu geben. Sodann sei die Beschwerde abzuweisen.

Am 7. Juli 2006 erteilte der Präsident des Verwaltungsgerichts der Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Er zog im wesentlichen in Erwägung, es sei unbestritten, dass die bisherige Anbieterin gegenüber anderen Anbietern insofern in einer vorteilhaften Position sei, als ihr System die Anforderungen der Auftraggeberin zum grossen Teil erfülle. Sodann seien die von der Vorinstanz angeführten Gründe für den Ausschluss einer Bietergemeinschaft, insbesondere der Hinweis auf den "vertragstechnischen Aufwand" aufgrund der gegenwärtigen Aktenlage nur bedingt überzeugend. Auch seien die von der Vorinstanz verlangten Anforderungen an die Exklusivität der Leistungserbringung und Konkurrenzbeschränkung nur bedingt einleuchtend.

Am 28. Juli 2006 liess sich die GEOINFO Herisau AG vernehmen. Sie stellte das Rechtsbegehren, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen (Ziff. 1), eventualiter sei der Antrag der Niederer + Pozzi AG auf Ausschluss der GEOINFO Herisau AG vom Verfahren abzuweisen (Ziff. 2). Die IG GIS AG nahm am 4. August 2006 Stellung und beantragte, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen.



## St.Galler Gerichte

Nachdem die Niederer + Pozzi AG Einsicht in die

Akten genommen hatte, nahm sie am 28. August 2006 Stellung und hielt an ihren Rechtsbegehren gemäss Ziff. 1,2,3,4 und 6 der Beschwerdeschrift vom 29. Juni 2006 fest. Der Antrag gemäss Ziff. 5, wonach die GEOINFO Herisau AG zur Offertstellung nicht zuzulassen sei, wurde zurückgezogen. Am 20. September 2006 bzw. 5. Oktober 2006 liessen sich die GEOINFO Herisau AG und die IG GIS AG ein weiteres Mal vernehmen und hielten an ihren Rechtsbegehren fest.

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

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1./ Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.1, abgekürzt EGöB). Die Ausschreibung ist eine durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügung (Art. 15 Abs. 2 lit. a der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, abgekürzt IVöB). Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts sind Mängel in der Ausschreibung im Rechtsmittel gegen diese zu rügen und können nicht erst im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag vorgebracht werden (vgl. GVP 2005 Nr. 35 mit Hinweis). Gerügt werden können gemäss Art. 16 IVöB Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (lit. a) und unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (lit. b). Die Niederer + Pozzi AG ist berechtigt, gegen die Ausschreibung Beschwerde zu erheben (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP). Des weiteren entspricht die Beschwerdeschrift vom 29. Juni 2006 zeitlich, formal und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (Art. 15 Abs. 3 IVöB in Verbindung mit Art. 64 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 VRP).

Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2./ Die Beschwerdeführerin rügt, die angefochtene Ausschreibung widerspreche Art. 1 Abs. 3 lit. a IVöB, wonach der wirksame Wettbewerb unter den Anbieterinnen und



## St.Galler Gerichte

Anbietern zu fördern sei. Sie schalte jeden Wettbewerb aus und verletze den Grundsatz, wonach Gewerbetreibende gleich zu behandeln seien. Die Monopolstellung der Beschwerdegegnerin werde zementiert.

a) Der öffentliche Auftraggeber eröffnet das Vergabeverfahren im offenen Verfahren durch die Ausschreibung eines Auftrags. Die Ausschreibung und die dazugehörigen Unterlagen sind eine wichtige Grundlage nicht nur für das Vergabeverfahren, sondern auch für die Vertragsverhandlungen und den nachfolgend abzuschliessenden Vertrag (vgl. Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 271). Art. 19 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) umschreibt, was die Ausschreibung im offenen Verfahren wenigstens zu enthalten hat.

Ein wesentliches Ziel des Vergaberechts ist es,

einen offenen und fairen Wettbewerb zu gewährleisten. Ein solcher Wettbewerb ist nur möglich, wenn für alle Bewerber die gleichen Wettbewerbsbedingungen gelten. Der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot (Art. 1 Abs. 3 IVöB und Art. 5 VöB) stehen deswegen im Zentrum des Vergaberechts. Sie sind Richtschnur des öffentlichen Beschaffungswesens. Keinem Anbieter dürfen Nachteile auferlegt werden, die für andere Anbieter nicht gelten, und keinem Anbieter dürfen umgekehrt Vorteile gewährt werden, die anderen Anbietern nicht gewährt werden (vgl. GVP 1999 Nr. 34 mit Hinweis auf Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 402 f.).

b) Der öffentliche Auftraggeber ist grundsätzlich frei im Entscheid darüber, was beschafft werden soll. Bei der Umschreibung der geforderten Leistung kommt ihm demzufolge ein grosser Ermessensspielraum zu (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P. 282/1999, in: BR 2/2001, S. 65, S9; vgl. auch Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 209 mit Hinweis auf ein Urteil des VerwGE AG, publiziert in AGVE 1998, S. 410 ff.). Vergaberechtlich wird der Auftraggeber darin nur insoweit eingeschränkt, als diskriminierende Leistungsspezifikationen nicht zulässig sind (vgl. H. Stöckli, Anmerkung zu einem Urteil des VerwGE ZH vom 23. November 2001, VB 2000.00275, in: BR 2/2003, S. 60 S7). Aus Gründen der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs hat die Vergabestelle bei



der Leistungsdefinition deshalb darauf zu achten, dass die Anzahl der potentiellen Anbieter der Leistung so gross wie möglich bleibt und nicht durch Anforderungen verringert wird, die in sachlicher Hinsicht nicht als zwingend erscheinen.

Einschränkungen des Kreises potentieller Anbieter sind nur insoweit zulässig, als sie durch den Zweck der Beschaffung gerechtfertigt sind. Gewünschte, aber nicht notwendige technische Merkmale einer Leistung sind in diesem Sinn nicht als (absolute) technische Anforderungen zu formulieren. Sind die Anforderungen an die Beschaffung so geartet, dass von vornherein nur ein einziger Anbieter oder ein einziges Produkt in Frage kommt, so ist auf eine Ausschreibung zu verzichten und eine freihändige Vergabe vorzunehmen. Dieses Vorgehen steht allerdings nur unter dem Vorbehalt, dass die Voraussetzungen dieser Verfahrensart im konkreten Fall erfüllt sind (vgl. Zusammenfassung des erwähnten Urteils des VerwGE ZH in: H. Stöckli, Das Vergaberecht der Schweiz, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, S. 385).

c) Für das Vergaberecht von Bedeutung ist der Grundsatz der Vorbefassung. Dieser besagt, dass Personen und Unternehmen, die an der Vorbereitung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen so mitgewirkt haben, dass sie den Zuschlag zu ihren Gunsten beeinflussen können, sich am Vergabeverfahren nicht beteiligen dürfen (Art. 5bis VöB). 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. GVP 2005 Nr. 36 mit Hinweis auf Nyffenegger/Kobel, Vorbefassung im Submissionsverfahren, in: BVR 2004 S. 55 f.).

Eine solche Vorbefassung kann mit dem Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter kollidieren (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 25. Januar 2005, 2P.164/2004). Eine Verfahrensbeteiligung wird indessen als zulässig erachtet, wenn der durch die Vorbefassung bewirkte Wissensvorsprung nur zu einem geringfügigen Vorteil gegenüber den anderen Anbietern führt, wenn die Mitwirkung des vorbefassten Anbieters bei der Vorbereitung des Submissionsverfahrens nur untergeordneter Natur ist und die Mitwirkung sowie dessen Wissensvorsprung gegenüber den übrigen



Anbietern offen gelegt wird. 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 durch frühere Arbeiten für denselben Auftraggeber - allenfalls sogar am selben Objekt - erworben hat (vgl. GVP 2005 Nr. 36 mit Hinweis auf Nyffenegger/Kobel, a.a.O., S. 64 ff. und VerwGE ZH vom 8. Dezember 2004, in: BEZ 2005 S. 21).

d) Die Beschwerdeführerin macht geltend, es werde ein GIS-Projekt verlangt, das demjenigen, das heute angewendet werde, im wesentlichen entspreche. Weil es sich um das GIS-Projekt der Beschwerdegegnerin handle und diese deshalb über spezifisches Fachwissen verfüge, verletze die Ausschreibung den Gleichbehandlungsgrundsatz.

aa) Unbestritten ist, dass die Vorinstanz für die Definition der Eignungs- und Zuschlagskriterien Teile aus der von der Beschwerdegegnerin verfassten Systembeschreibung verwendet hat, namentlich um das bestehende System der Funktionalitäten zu beschreiben. Die Vorinstanz begründet dies damit, die Ausschreibung habe zum Ziel, die GIS-Dienstleistungen auch nach Ablauf des Vertrags mit der Beschwerdegegnerin mindestens im Rahmen der bisherigen Funktionalitäten an die Endkunden weitergeben zu können. Für die Endkunden müsse die Neuevaluation jedoch so erfolgen, dass ein allfälliger Wechsel des Dienstleisters keinen oder nur minimalen Aufwand bewirke. Die Ausschreibung habe deshalb zu gewährleisten, dass die benötigten Daten und Funktionen auch bei einem Wechsel des Anbieters in ähnlicher Weise und ohne massiven Migrationsaufwand zu ihren oder zu Lasten der Endkunden zur Verfügung stünden. Deshalb seien wohl gewisse Änderungen in der Bedienung und der Strukturierung der Datenbestände möglich, die bestehenden funktionellen Möglichkeiten müssten den Kunden indessen erhalten bleiben.

bb) Ziel der zur Diskussion stehenden Ausschreibung ist es somit, das bisherige Dienstleistungsangebot der Vorinstanz gegenüber ihren Kunden in der bis anhin durch die Beschwerdegegnerin gewährleisteten Qualität und Quantität langfristig sicherzustellen, ohne dass der Vorinstanz oder ihren Endkunden dadurch ein ins



Gewicht fallender Migrationsaufwand entsteht. Sodann soll die GIS-Lösung möglichst kostengünstig sein. Dementsprechend erscheint es folgerichtig und sachgerecht, dass die Ausschreibung der Neuevaluation alle heute erbrachten GIS-Dienstleistungen und Produkte umfasst. Weil die Vergabebehörde bei der Umschreibung ihres Leistungsbedarfs weitgehend frei ist, ist eine solche Vorgabe mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Diskriminierungsverbot vereinbar, zumal die Beschwerdeführerin nicht behauptet, die Beschwerdegegnerin habe an der Vorbereitung der Ausschreibung mitgewirkt. Sodann ist unbestritten, dass die gewählten Kriterien ohne Unterschied für sämtliche Anbieter gelten. An dieser Beurteilung ändert nichts, dass es in der Natur der Sache liegt, dass die Beschwerdegegnerin, die im Jahr 2002 aufgrund einer GATT/WTO-konformen Ausschreibung den Zuschlag erhalten hat, die GIS-Dienstleistungen zu erbringen und diese seither erbringt, im Verhältnis zu anderen Anbietern einen erheblichen Wissensvorsprung hat, und dass sie in diesem Bereich über grosse durch Erfahrung erworbene Kompetenz und über ein System verfügt, das sich bewährt hat und die Anforderungen der Vorinstanz und ihrer Endkunden weitgehend erfüllt. Die Tatsache allein, dass die Anbieter ungleiche Voraussetzungen mitbringen bzw. dass die Beschwerdegegnerin möglicherweise besser als Mitbewerber geeignet ist, die geforderte Dienstleistung zu erbringen, macht die Ausschreibung nicht vergaberechtswidrig. Hinzu kommt im vorliegenden Fall, dass die Anbieter zwar in der Lage sein müssen, die geforderten Funktionalitäten anzubieten, dass die Vorinstanz aber bei der Umsetzung der im wesentlichen bereits zur Verfügung stehenden Funktionen und bezüglich des Systems keine Vorgaben macht, sieht man davon ab, dass dieses die grundlegenden funktionellen Anforderungen erfüllt bzw. dass es das bestehende System ablösen kann (vgl. Pflichtenheft Ziff. 1.1. S. 2 und Eign-3.2.-7, S. 11).

e) Die Beschwerdeführerin beruft sich weiter darauf, es gebe in der Schweiz keine GIS-Lösung privater Anbieter in vergleichbarem Umfang. Deshalb könne nur die Beschwerdegegnerin das Eignungskriterium erfüllen, wonach der Anbieter über nachweisbare Erfahrung im Planen und Realisieren von mit diesem Projekt vergleichbaren Lösungen und Dienstleistungen verfügen müsse (Pflichtenheft Eign-3.2.-1, S. 10). Dasselbe gelte für das Eign-3.2.-5, wonach der Anbieter für die



## St.Galler Gerichte

Projektorganisation einen Projektleiter vorsehen müsse, der einschlägige Ausbildung und Erfahrung in mindestens einem vergleichbaren Projekt vorweisen könne.

aa) Eignungskriterien und andere Teilnahmebedingungen im Sinn von Art. 12 Abs. 1 VöB umschreiben die Anforderungen, welche an die Anbieter gestellt werden, um zu gewährleisten, dass sie zur Ausführung des Auftrags in der Lage sind.

Eignungskriterien sind im Normalfall Ausschlusskriterien, die entweder erfüllt oder nicht erfüllt sind (vgl. VerwGE vom 22. Mai 2003 i.S. R.S.G. AG mit Hinweis auf BR 3/2001, S. 100 mit Hinweis auf Gauch/Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, Ziff. 10).

bb) Die Vorinstanz verlangt vom Anbieter keine Erfahrung mit einem identischen Projekt, sondern Erfahrung im Planen und Realisieren "von mit diesem Projekt vergleichbaren Lösungen und Dienstleistungen". In den Ausschreibungsunterlagen wird sodann definiert, unter welchen Voraussetzungen eine Referenz als "vergleichbar" gilt bzw. wann die Eignung nachgewiesen ist: Dies trifft zu, wenn eine GIS-Gesamtlösung für mindestens 3 autonome Kunden auf einer gemeinsamen Plattform realisiert wurde; der Anbieter einen wesentlichen Anteil als Eigenleistung bei deren Planung und Realisierung geleistet hat und der Inbetriebnahmezeitpunkt nicht länger als 5 Jahre zurückliegt; ein vergleichbarer Umfang wie im vorliegenden Projekt (mindestens 50 Benutzer, 50 Datenbestände, 5 Applikationsmodule) ausgewiesen ist; die Lösung in einer heterogenen IT- und Infrastrukturlandschaft erfolgte (die Lösung wird von mehreren unabhängigen Endkunden verwendet, welche nicht über eine gemeinsame, homogene IT-Infrastruktur verfügen); ein feingranulares Berechtigungskonzept implementiert wurde, das es erlaubt, den Zugriff der beteiligten Endkunden auf den gesamten Datenbestand so zu steuern, dass jeder Datenbestand individuell zur Nutzung durch einen der mehreren beteiligten Endkunden freigegeben werden kann; der Anbieter selber für den Betrieb der referenzierten Lösung verantwortlich ist und die Lösung mindestens seit 18 Monaten selber betreibt.

Die in diesem Sinn geforderte Erfahrung mit Lösungen und Dienstleistungen im GIS-Bereich wie auch die Tatsache, dass ein fachlich kompetenter Projektleiter zur Verfügung stehen muss, sind sachgerecht und wirken sich nicht diskriminierend aus, zumal der Anbieter, der den Zuschlag erhält, wesentlich mehr als 3 autonome Kunden



zu bedienen hat und in der Lage sein muss, die Lösung mit eigenem Know-how aufzubauen und zu betreiben. Von Anbietern, die sich um einen Auftrag von der hier zur Diskussion stehenden Grösse und Komplexität bewerben, darf verlangt werden, dass sie die gegenüber den Anforderungen der heutigen Systemlösung wesentlich reduzierte Referenz beibringen. Andernfalls ist nicht gewährleistet, dass sie befähigt sind, die nachgefragten Leistungen zu erbringen. Auch die Tatsache, dass Leistungen verlangt werden, die nur von einigen wenigen spezialisierten Anbietern erbracht werden können, wirkt sich nicht wettbewerbsverzerrend aus. Unbestritten ist, dass in der Schweiz GIS-Lösungen, wenn auch in kleinerem Umfang, angeboten werden. Somit ist davon auszugehen, dass neben der Beschwerdegegnerin auch andere Unternehmen das von der Vorinstanz definierte Eignungskriterium bezüglich Erfahrung erfüllen können.

f) Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die mit den Muss-Kriterien definierte Programmfunktionalität werde in den Ausschreibungsunterlagen nur grob umschrieben (Pflichtenheft Kapitel 12.11 und Kapitel 23 Anhang 4 und "Muss-12.11.1.1-1" [S. 128] bis "Muss-12.11.19.1-1" [S. 149]), weshalb sich der Aufwand, der erforderlich sei, um ein Angebot zu machen, nicht abschätzen lasse.

aa) Bei der funktionalen Ausschreibung beschränkt sich das Leistungsverzeichnis auf die Festlegung des Beschaffungsziels bzw. eines Leistungsprogramms, ohne den Gegenstand und den Umfang der nachgesuchten Leistung abschliessend und genau zu umschreiben. Die Auftraggeber streben die Mithilfe der Anbieter bei der Leistungsermittlung unter Ausnützung ihres Know-how an. Die Wettbewerbsintensität kann auf diese Weise gesteigert werden, wobei infolge der erhöhten Offertkosten der Anbieter deren Anzahl reduziert und damit bezüglich Wettbewerbsintensität auch der gegenteilige Effekt resultieren kann. Sinnvoll ist diese Ausschreibungsform dann, wenn es darum geht, am Markt neue, z.B. technisch innovative Lösungen zu suchen, welche den Zielvorstellungen der Vergabebehörde entsprechen sollen. Die Innovationskraft des Marktes zugunsten der öffentlichen Hand für die Suche nach noch nicht allgemein bekannter Lösungen auszuschöpfen erscheint hier sinnvoll und legitim. Es kann bei der funktionalen Ausschreibung jedoch nicht darum gehen, der Vergabebehörde durch Inanspruchnahme des Know-how der Anbieter bloss die Kosten des Beschaffungsverfahrens zu reduzieren. Angesichts des Umstands, dass die funktionale



Umschreibung die Vergleichbarkeit der Angebote reduziert und damit erhöhte Gefahren für die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes schafft, verlangt die Lehre, dass die Vergabebehörde bei dieser Ausschreibungsart verpflichtet ist, zumindest die technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen und funktionsbedingten Eckwerte zuhanden der Anbieter zu umschreiben (vgl. Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 215 und Rz. 216 mit Hinweis auf Gauch/Stöckli, a.a.O., Ziff. 8.1).

bb) Unter dem Titel "Anforderungen an das Desktop-GIS DTG" wird für den Bereich "Applikationsmodule" bezüglich Abwasser DATAVER (12.11.1.), Baugesuchsverwaltung (12.11.2.), Brückenkataster (12.11.3.), Entwässerungsflächen (12.11.4.), Feuerwehr (12.11.5.), GEP AR (12.11.6.), GEP-Sanierungsplan(12.11.7.), Gewässernetz GN10 (12.11.8.), Kantonsgrenzsteine (12.11.9.), Landwirtschaftliche Nutzflächen (12.11.10.), Ökomorphologie (12.11.12.), Ortsbildinventar (12.11.13.), Routing (12.11.14.), Rutschgebiet (12.11.15.), Signalisation (12.11.16.), Strassenunterhalt (12.11.17.), Unterhaltsdienst (12.11.18.) und Winterdienst (12.11.19.) verlangt, dass der Anbieter die Übernahme der bestehenden Daten gewährleistet und dass er die nötigen Programmfunktionen zur Verfügung stellt, mit denen das entsprechende Applikationsmodul ersetzt werden kann. Sodann hat er das Konzept für das entsprechende Applikationsmodul zu erläutern und im Detail die zur Verfügung stehende Funktionalität aufzuzeigen, sowie die Art und Weise, wie die bestehenden Daten übernommen werden. Dafür werden ihm die entsprechenden Datenmodelle im Pflichtenheft, Kapitel 23, Anhang 4, zur Verfügung gestellt.

cc) Mit der Beschreibung der Leistung in den Ausschreibungsunterlagen wird hinreichend zum Ausdruck gebracht, welche Funktionalität die Vorinstanz verlangt und was der Anbieter aufzuzeigen und zu erläutern hat. Die Vergabebehörde bestreitet nicht, dass die Kriterien knapp gehalten und bewusst offen formuliert sind bzw. dass sie Spielraum für Implementierungsvarianten zulassen. Sie verzichtet indessen darauf, die technische Umsetzung zu definieren oder gar vorzuschreiben, dass das bestehende System übernommen und ausgebaut werden müsse, was unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung problematisch wäre. Potentiellen Anbietern wird es somit ermöglicht, entsprechend ihrem Systemumfeld die optimale Lösung zu offerieren. Ins Gewicht fällt weiter, dass die Beschwerdeführerin im GIS-Umfeld tätig ist und dass sie deshalb über entsprechende Erfahrungen im



## St.Galler Gerichte

Offerieren von Dienstleistungen dieser Art verfügt. Sodann hat sie darauf verzichtet, näher zu begründen, warum die Angaben in den Ausschreibungsunterlagen für die Abschätzung des Aufwands zur Ausarbeitung eines Angebots nicht ausreichen bzw. welche zusätzlichen Informationen ihrer Meinung nach erforderlich gewesen wären. Weiter bleiben gemäss Ausschreibung technische Verhandlungen vorbehalten und die Beschwerdeführerin hätte gemäss Schreiben der Vorinstanz vom 26. Juni 2006 im Fall von Unklarheiten die Möglichkeit gehabt, bei der im Pflichtenheft ausgewiesenen Stelle Informationen einzuholen.

3./ Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, im Kanton St. Gallen seien neun Unternehmen in der Lage, namhafte Leistungen im Bereich des Geodatenmanagements zu erbringen. (Darunter befinden sich die GEOINFO Gossau AG, die GEOINFO Wattwil AG und die GEOINFO Wil AG, die wie die Beschwerdegegnerin zur GEOINFO Gruppe gehören). Die von der Vorinstanz definierten Muss-Kriterien seien indessen in wirtschaftlicher Hinsicht nur durch die Beschwerdegegnerin oder aber durch eine Bietergemeinschaft zu erfüllen, weshalb diese ausdrücklich als zulässig zu erklären sei. Die Vergabebehörde dürfe Bietergemeinschaften nicht verbieten, wenn damit der wirksame Wettbewerb unter Anbietern unterbunden werde. Auch mit der Gewichtung des Preises mit 40 % und der Anforderung (Funktionalität) von 40 % werde der Wettbewerb faktisch ausgeschlossen.

a) Nach Art. 26 Abs. 1 VöB sind gemeinsame Angebote von mehreren Anbietern zulässig. Nach Abs. 2 dieser Vorschrift bleiben abweichende Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen vorbehalten (vgl. auch Art. 20 lit. i VöB). Der Ausschluss von Bietergemeinschaften muss unter dem Gesichtspunkt der Grundsätze von Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung sachlich gerechtfertigt sein. Ein sachlicher Grund für eine Beschränkung bzw. einen Ausschluss von Arbeitsgemeinschaften kann namentlich dann vorliegen, wenn zu befürchten ist, dass sich die Anbieter eines bestimmten Gebiets zusammenschliessen und so den Wettbewerb faktisch unterbinden (vgl. Handbuch Öffentliches Beschaffungswesen im Kanton St. Gallen, St. Gallen 2002, K7, N 2 zu Art. 26 VöB; vgl. auch Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 286).

aa) Nach der Ausschreibung vom 19. Juni 2006 sind



Bietergemeinschaften unzulässig. Im Pflichtenheft wird dazu ausgeführt: "Der Anbieter tritt als Generalunternehmer auf. Die Bildung von Bietergemeinschaften ist nicht zulässig. Der Anbieter ist als Generalunternehmer für Wartung, Betrieb, Support und Weiterausbau der GIS-Dienstleistungen verantwortlich. Hingegen ist der Beizug von Subunternehmern erlaubt. Subunternehmer müssen offengelegt und dürfen nicht ohne schriftliche Genehmigung des Auftraggebers gewechselt werden. Die Haftung bleibt in jedem Fall beim Anbieter" (Eign-3.2.-2).

bb) Die Vorinstanz stellt nicht in Abrede, dass es im Zusammenhang mit Aufbau, Betrieb, Support und Weiterentwicklung des GIS-Systems möglich ist, dass verschiedene Unternehmen Teilleistungen erbringen. Dementsprechend ist ein Angebot einer Bietergemeinschaft bzw. einer einfachen Gesellschaft zwar unzulässig, nicht aber die Zusammenarbeit verschiedener Unternehmen in anderer Form. Nach den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich gestattet ist die Delegation von Teilleistungen an Dritte. Die Vorinstanz begründet dieses Vorgehen damit, sie sei gegenüber ihren Kunden verpflichtet, GIS-Dienstleistungen in der einzelvertraglich definierten Qualität anzubieten. In Anbetracht der technisch komplexen und anspruchsvollen Aufgabe sei sie darauf angewiesen, einen einzigen Ansprechpartner zu haben, der dafür verantwortlich sei, dass die Gesamtleistung ordnungsgemäss erbracht werde bzw. dass das System funktioniere und weiterentwickelt werde. Die Vorinstanz beruft sich weiter darauf, sie verfüge über kein eigenes Personal und wäre deshalb nicht in der Lage, auftretende Probleme selber zu lokalisieren und eine Analyse vorzunehmen, um anschliessend an die Person zu gelangen, die in der Bietergemeinschaft für die Behebung möglicherweise verantwortlich wäre.

Die Vorinstanz bringt somit sachliche Gründe vor, die es rechtfertigen, dass sie Angebote von Bietergemeinschaften nicht akzeptiert. Es ist ihr weder möglich noch zumutbar, im Zusammenhang mit der Erbringung der GIS-Dienstleistungen nach der Neuevaluation operative Aufgaben zu übernehmen, die Tätigkeit der Anbieter zu überwachen und die erforderlichen Massnahmen jeweils selber in die Wege zu leiten. Hinzu kommt, dass bei einer Bietergemeinschaft eine erhöhte Gefahr von Zuständigkeitskonflikten besteht, was zu unerwünschten Verzögerungen bei der Behebung von Systemproblemen führen kann. Ob die Berufung der Vorinstanz auf einen "vertragstechnischen Aufwand" für den Ausschluss von Bietergemeinschaften



genügt, kann deshalb offen bleiben. Insgesamt ergibt sich, dass das von der Beschwerdeführerin beanstandete Verbot von Bietergemeinschaften unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung zulässig ist. Ihrem Antrag, die Bietergemeinschaft sei ausdrücklich zuzulassen, kann somit nicht entsprochen werden.

b) Zu prüfen ist weiter, ob sich die Gewichtung der Zuschlagskriterien Kosten und Funktionalität mit je 40 % diskriminierend auswirkt.

aa) 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 weitere Kriterien berücksichtigt werden (vgl. GVP 1999 Nr. 37 mit Hinweis). Art. 34 Abs. 2 VöB beinhaltet eine (unvollständige) Reihe von Kriterien, darunter Preis, Qualität und Erfahrung.

Die Gewichtung der Kriterien ist einer Rechtskontrolle nur beschränkt zugänglich. Wie beispielsweise die Erfahrung einer Unternehmung gewichtet und in Relation zu einer bestimmten Preisdifferenz gesetzt wird, 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 werden (vgl. GVP 2005 Nr. 37). Diskriminierend ist es etwa, unter Berufung auf ökologische Gründe generell einheimische Anbieter zu bevorzugen, weil sie einen kürzeren Arbeitsweg haben (vgl. GVP 1999 Nr. 37; vgl. auch Handbuch Öffentliches Beschaffungswesen im Kanton St. Gallen, K9, N 3 zu Art. 34 VöB).

bb) Die Vorinstanz hat folgende Zuschlagskriterien wie folgt gewichtet: Kosten 40 %, Anforderungen 40 %, Referenzen 10 %, Beurteilung der Anbieterpräsentation 5 % und Umsetzbarkeit 5 %. Die Gewichtung von Kosten und Funktionalität mit je 40 % ist von der Sache her nachvollziehbar und unter dem Gesichtspunkt des Zwecks des öffentlichen Beschaffungsrechts sachgerecht, zumal die Anbieter frei sind, die Offerte auf ihrem GIS-System aufzubauen, sofern dieses die grundlegenden funktionellen Anforderungen erfüllt. Sodann ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin, die GIS-Dienstleistungen anbietet, über einschlägiges Vorwissen verfügt. Zu



berücksichtigen ist weiter, dass auch die Beschwerdegegnerin im Rahmen der Ausschreibung gehalten ist, eine vollständige Offerte einzureichen, welche die definierten Anforderungen der Vorinstanz erfüllt und sämtliche Kosten ausweist. An dieser Beurteilung ändert nichts, dass die Beschwerdegegnerin bereits über ein bewährtes System verfügt, das in ihrem Eigentum steht, und dass der Beschwerdeführerin für Aufbau und Implementierung des Gesamtsystems im Verhältnis zur Beschwerdegegnerin unter Umständen höhere Aufwendungen erwachsen. In diesem Zusammenhang stellt sich vielmehr die Frage, ob die Vorinstanz nach Art. 16 lit. d VöB den Auftrag nicht im freihändigen Verfahren hätte vergeben können, weil aufgrund der technischen Besonderheiten oder wegen Schutzrechten des geistigen Eigentums nur ein Anbieter in Frage kommt. Dies kann indessen offen bleiben, da sich die Vorinstanz für ein offenes Verfahren entschieden hat und darauf nicht zurückgekommen werden kann. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Vorwurf der Beschwerdeführerin, mit der Gewichtung der Zuschlagskriterien Kosten und Anforderungen verfolge die Vorinstanz das Ziel, die Konkurrenz der Beschwerdegegnerin auszuschalten, weil diese einen nicht einholbaren Vorteil betreffend Hard- und Software habe, unbegründet ist.

4./ Die Beschwerdeführerin beantragt weiter, das

Konkurrenzverbot sowie die im Pflichtenheft vorgesehene zwangsweise Abtretung bestehender Kunden seien ersatzlos zu streichen. Es handle sich um ein unzulässiges Mittel der Vorinstanz, sich im Bereich GIS eine Monopolstellung zu verschaffen, was den Zielsetzungen des Vergaberechts widerspreche.

Unter den Titeln "Anforderungen an den Anbieter" (Ziff. 7.2.) und "Exklusivität der Leistungserbringung, Konkurrenzbeschränkung" (Ziff. 7.2.2.) verlangt die Vorinstanz im Pflichtenheft, dass der in der Ausschreibung enthaltene Dienstleistungsumfang durch den Auftragnehmer in ihrem Marktgebiet exklusiv für sie erstellt wird (Muss-7.2.2.1-1); dass der Auftragnehmer bestehende eigene Kunden im Marktgebiet oder Marktsegment der Vorinstanz in einen Dienstleistungsvertrag der Vorinstanz übergibt (Muss-7.2.2.1-2); die Akquisition von eigenen Kunden im Marktgebiet oder Marktsegment der Vorinstanz nur mit Einverständnis der Vorinstanz erfolgt (Muss-7.2.2.1-3). Unter dem Titel "Verwertungsrechte" (Ziff. 7.2.3.) fordert die



Vorinstanz weiter, dass die Einschränkungen des Kapitels 7.2.2. Exklusivität der Leistungserbringung, Konkurrenzbeschränkung während der Dauer, während der die Vereinbarung zwischen Anbieter und IG GIS läuft, sowie zwei Jahre nach Beendigung der Vereinbarung gelten und dass der Anbieter dazu sein Einverständnis erteilt (Muss-7.2.3.1-1).

Diese Muss-Kriterien gelten für alle Anbieter in gleicher Weise. Dementsprechend behauptet die Beschwerdeführerin nicht, sie würden den offenen und fairen Wettbewerb unter den Anbietern behindern, sondern lediglich, die Vorinstanz wolle sich damit eine Monopolstellung im Bereich GIS verschaffen, was Art. 3 IVöB (richtig: Art. 1 Abs. 3 IVöB) widerspreche. Nach dieser Vorschrift will die Vereinbarung den wirksamen Wettbewerb unter den Anbieterinnen und Anbietern fördern und die Gleichbehandlung aller Anbieterinnen und Anbieter, eine unparteiische Vergabe sowie die Transparenz der Vergabeverfahren und die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel gewährleisten. Zutreffend ist zwar, dass es jedem Anbieter frei steht, die Muss-Kriterien bezüglich Exklusivität der Leistungserbringung zu akzeptieren oder aber weiterhin alleine oder im Verbund mit anderen Unternehmen am GIS-Markt teilzunehmen und Dienstleistungen anzubieten, die mit denjenigen, die die Beschwerdegegnerin offeriert, konkurrieren. Die Verpflichtungen, die ein Anbieter bezüglich exklusiver Erstellung der Dienstleistung, Abtretung von Kunden und Aquisition neuer Kunden eingehen muss, haben indessen zur Folge, dass es ihm verwehrt ist, am GIS-Markt weiterhin teilzunehmen, wenn er den Zuschlag erhält. Diese Einschränkung der wirtschaftlichen Tätigkeit lässt sich nicht dadurch rechtfertigen, dass sich die Vorinstanz das Marktsegment GIS weitgehend vorbehalten will, weil sie beabsichtigt, ein möglichst flächendeckendes GIS-Verbundsystem im Monopol zur Verfügung zu stellen. Vielmehr widerspricht diese Absicht dem freien Wettbewerb und Sinn und Zweck des öffentlichen Beschaffungswesens diametral. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin gar nicht in der Lage ist, dieses Kriterium bei Eingabe der Offerte zu erfüllen. Es kann von ihr nicht erwartet werden, dass sie bisherigen Kunden ihre Dienstleistungen lediglich auf die Hoffnung hin, den Zuschlag zu erhalten, kündigt und sich dadurch noch allfällige Vertragsverletzungen zu Schulden kommen lässt. Schliesslich ist auch der Geltungsbereich des Exklusivanspruchs fließend, ist doch nicht auszuschliessen, dass die Vorinstanz im Lauf der Zeit auch Gemeinden Dienstleistungen erbringt, die heute noch nicht zu ihrem Einzugsgebiet gehören.



Die Rüge, die von der Vorinstanz verlangte Exklusivität der Leistungserbringung und Konkurrenzbeschränkung sei nicht rechtskonform, erweist sich somit als begründet.

5./ Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen ist. Ziff. 7.2.2. des Pflichtenhefts "Exklusivität der Leistungserbringung, Konkurrenzbeschränkung" und Muss-7.2.3.1-1 unter Ziff. 7.2.3. "Verwertungsrechte" der Ausschreibung vom 19. Juni 2006 werden aufgehoben. Dies hat zur Folge, dass eine neue Ausschreibung der GIS-Dienstleistungen ohne diese Vorgaben zu erfolgen hat.

a) Bei diesem Verfahrensausgang obsiegt die Beschwerdeführerin zu einem Viertel. Entsprechend sind die amtlichen Kosten des vorliegenden Verfahrens der Beschwerdeführerin zu drei Vierteln und der Vorinstanz zu einem Viertel aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von Fr. 3'000.-- ist angemessen (Ziff. 382 des Gerichtskostentarifs, sGS 941.12). Die auf die Beschwerdeführerin entfallende Entscheidgebühr von Fr. 2'250.-- ist mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- zu verrechnen. Der Rest von Fr. 750.-- wird ihr zurückerstattet. Auf die Erhebung der auf die Vorinstanz entfallenden Entscheidgebühr von Fr. 750.-- wird nicht verzichtet (Art. 95 Abs. 3 VRP).

b) Weil die Beschwerdeführerin nicht mehrheitlich obsiegt, hat sie keinen Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung (Art. 98 Abs. 1, Art. 98bis und Art. 98ter VRP; VerwGE vom 14. Februar 1990 i.S. R.W.; GVP 1983 Nr. 56).

c) Die Vorinstanz stellt das Rechtsbegehren, es sei ihr eine ausseramtliche Entschädigung zuzusprechen. Ein derartiger Anspruch besteht nicht, weil die Vorinstanz verfügt hat (vgl. Art. 98 Abs. 1, Art. 98bis und Art. 98ter VRP; vgl. auch R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Diss. St. Gallen 2004, S. 176 f.), weshalb dem Antrag nicht entsprochen werden kann.

d) Nachdem die Beschwerdegegnerin zu drei Vierteln obsiegt hat, hat sie Anspruch auf eine hälftige ausseramtliche Entschädigung (Art. 98bis VRP; vgl. auch Hirt, a.a.O., S. 183). Die Entschädigung geht zu Lasten der Vorinstanz. Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin hat keine Kostennote eingereicht, weshalb die Entschädigung



## St.Galler Gerichte

nach Ermessen festzusetzen ist (Art. 6 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75). In diesem Zusammenhang ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin diese in einem weiteren vergleichbaren Fall vertritt. Dementsprechend scheint ein Betrag von Fr. 1'000.-- (zuzüglich MWSt) angemessen.

Demnach hat das Verwaltungsgericht zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und Ziff. 7.2.2. des Pflichtenhefts "Exklusivität der Leistungserbringung, Konkurrenzbeschränkung" und Muss-7.2.3.1-1 unter Ziff. 7.2.3. "Verwertungsrechte" der Ausschreibung vom 19. Juni 2006 werden aufgehoben.

Im übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 3'000.-- (ohne Kosten der Verfügung vom 7. Juli 2006) werden der Beschwerdeführerin zu drei Vierteln und der Vorinstanz zu einem Viertel auferlegt. Auf die Beschwerdeführerin entfallen Fr. 2'250.-- und auf die Vorinstanz Fr. 750.--. Der Kostenanteil der Beschwerdeführerin wird mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- verrechnet, und der Rest von Fr. 750.-- wird ihr zurückerstattet. Auf die Erhebung der Kosten bei der Vorinstanz wird nicht verzichtet.

3./ Die Vorinstanz hat die Beschwerdegegnerin mit Fr. 1'000.-- (zuzüglich MWSt) ausseramtlich zu entschädigen.

V. R. W.

Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin:

Zustellung dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin (durch Rechtsanwalt Dominic Del Degan, 8730 Uznach)



## St.Galler Gerichte

- die Vorinstanz (durch Rechtsanwältin Dr. Bettina Deillon-Schegg, 9004 St. Gallen)
- die Beschwerdegegnerin (durch Rechtsanwalt Matthias Ebnetter, 9000 St. Gallen)

am: