



Fall-Nr.: B 2007/82
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 19.09.2007
Entscheiddatum: 19.09.2007

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 19. September 2007

Oeffentliches Beschaffungswesen, Art. 15 Abs. 2 IVöB (sGS 841.31), Art. 24 und Art. 41 Abs. 1 VöB (sGS 841.11). Unzulässigkeit der Erweiterung des Rechtsbegehrens nach Ablauf der Beschwerdefrist; Anforderungen an die Begründung einer Zuschlagsverfügung. - Uebernimmt eine Unternehmung von einer Anbieterin, die im selektiven Verfahren zur Offertstellung eingeladen wurde, den für die Beschaffung massgebenden Geschäftsbereich und hält sie am Angebot fest, so darf der Zuschlag der übernehmenden Unternehmung vergeben werden (Verwaltungsgericht, B 2007/82).

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

Ascom (Schweiz) AG, Belpstrasse 37, 3000 Bern,

Beschwerdeführerin,

gegen

Schweizerische Südostbahn AG, St. Gallerstrasse, 9100 Herisau,

Vorinstanz,



St.Galler Gerichte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. et oec. Dieter Kunz, Postfach 213, 9240 Uzwil,

und

PKE electronics (Schweiz) AG, im Schörli 5, 8600 Dübendorf,

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Albert Schmid, Dufourstrasse 101, 8008 Zürich,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen; Zuschlag Kommunikationssystem SOB

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Die Schweizerische Südostbahn AG schrieb die Beschaffung des Betriebskommunikations- und -informationssystems im selektiven Verfahren aus. Im August 2006 bestimmte sie insgesamt vierzehn Unternehmungen, die ein Angebot einreichen konnten. In der Folge reichten zehn dieser Anbieter eine Offerte ein, u.a. die Ascom (Schweiz) AG und die SAG Systemtechnik AG Schweiz. Am 19. April 2007 entschied der Verwaltungsrat, die Beschaffung des Kommunikationssystems inkl. optionalen Ausrüstungsteilen sowie zugehörigem Reservematerial für Fr. 4'200'000.-- der PKE electronics (Schweiz) AG, Dübendorf, zu vergeben. Mit Schreiben vom 23. April 2007 teilte die Geschäftsleitung den Vergabeentscheid den übrigen Anbietern mit.

B./ Mit Eingabe vom 4. Mai 2007 erhob die Ascom (Schweiz) AG, Bern, Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, der Zuschlag an die PKE electronics (Schweiz) AG sei aufzuheben und die Sache sei zur Neuurteilung bzw. zur Fällung eines neuen Vergabeentscheids an die Schweizerische Südostbahn AG zurückzuweisen, es sei festzustellen, dass das Konsortium aus den Firmen SAG Systemtechnik AG Schweiz, IMS Info Management Systems AG Winterthur, VOSSLOH



AG Werdohl und CABLEX AG Zürich für den Bau eines Kommunikationssystems gemäss Ausschreibung ungeeignet sei und daher deren Angebot bei der Fällung eines neuen Vergabeentscheides nicht zu berücksichtigen sei, und der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Zur Begründung wurde im wesentlichen geltend gemacht, die PKE electronics (Schweiz) AG habe kein Angebot eingereicht und sei auch nicht Rechtsnachfolgerin einer an der Ausschreibung teilnehmenden Gesellschaft. Demzufolge sei der Zuschlag rechtswidrig erfolgt und müsse aufgehoben werden. Weiter machte die Beschwerdeführerin geltend, das Konsortium, dem unter anderem die SAG Systemtechnik AG Schweiz angehört habe, sei im Rahmen des selektiven Verfahrens als geeignet eingestuft worden. In der Folge hätten fünf von sechs Mitarbeitern, welche als einzige über Erfahrung mit Kommunikationssystemen für Bahnbetreiber verfügt hätten, die SAG Systemtechnik AG Schweiz verlassen. Das besagte Konsortium verfüge daher nicht mehr über die notwendige Erfahrung auf dem Gebiet der Erstellung eines Kommunikationssystems für einen Bahnbetreiber und könne somit die Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten nicht mehr erfüllen, weshalb es bei einem neuen Vergabeentscheid nicht mehr berücksichtigt werden dürfe.

Die Beschwerdegegnerin beantragte mit Vernehmlassung ihres Rechtsvertreters vom 11. Mai 2007, auf das Gesuch um aufschiebende Wirkung sei nicht einzutreten, eventuell sei das Gesuch abzuweisen, subeventuell sei die Beschwerdeführerin im Falle einer Gutheissung des Begehrens um aufschiebende Wirkung zu verpflichten, eine Garantiehinterlage von mindestens Fr. 40'000.-- zu leisten, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Auch die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung ihres Rechtsvertreters vom 11. Mai 2007, das Begehren um aufschiebende Wirkung sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Der Präsident des Verwaltungsgerichts wies das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit Verfügung vom 15. Mai 2007 ab. Er erwo, im Rahmen der summarischen Prüfung könne die Beschwerdegegnerin als Rechtsnachfolgerin der SAG Systemtechnik AG Schweiz betrachtet werden, weshalb der Eintritt der Beschwerdegegnerin in das Vergabeverfahren zulässig und der Einwand der



St.Galler Gerichte

Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin habe sich nicht am Vergabeverfahren beteiligt und hätte daher den Zuschlag nicht erhalten dürfen, unbegründet erscheine. Weiter erwog er, die Beschwerdegegnerin sei eine Tochtergesellschaft einer grösseren international tätigen Unternehmung mit Erfahrung im einschlägigen Bereich, weshalb das Ausscheiden einzelner Mitarbeiter aus der SAG Systemtechnik AG Schweiz die Eignung der Beschwerdegegnerin nicht in Frage zu stellen vermöge.

In ihrer Vernehmlassung vom 31. Mai 2007 hielt die Beschwerdeführerin an ihrem Rechtsbegehren fest, der Zuschlag an die Beschwerdegegnerin sei aufzuheben und die Sache sei zur neuen Beurteilung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ausserdem beantragte sie, es sei festzustellen, dass die SAG Systemtechnik AG Schweiz für den Bau eines Kommunikationssystems gemäss der Ausschreibung ungeeignet und daher deren Angebot bei einem neuen Vergabeentscheid nicht zu berücksichtigen sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Sie hält fest, es treffe nicht zu, dass der Geschäftsbereich Verkehrslösungen der SAG Systemtechnik AG Schweiz gesamthaft von der Beschwerdegegnerin übernommen worden sei. Kein Teil der SAG Systemtechnik AG Schweiz sei in die Beschwerdegegnerin integriert worden, weshalb diese auch nicht die Rechtsnachfolgerin des Geschäftsbereichs Verkehrslösungen der SAG Systemtechnik AG Schweiz sein könne. Auch könne die SAG Systemtechnik AG Schweiz nicht rückwirkend mittels Absorptionsfusion per Ende Dezember 2006 übernommen worden sein. Im heutigen Zeitpunkt bestehe die SAG Systemtechnik AG Schweiz noch, so dass die Beschwerdegegnerin nicht deren Rechtsnachfolgerin sein könne. Da fünf von sechs Mitarbeitern, welche als einzige über Erfahrung mit Kommunikationssystemen für Bahnbetreiber verfügt hätten, die SAG Systemtechnik AG Schweiz verlassen hätten, sei diese im heutigen Zeitpunkt für die Durchführung des ausgeschriebenen Projekts nicht geeignet. Zudem dürfe die Vorinstanz bei einem neuen Vergabeentscheid die SAG Systemtechnik AG Schweiz nicht mit der Begründung berücksichtigen, diese könne als Tochtergesellschaft auf allfällig vorhandene Erfahrungen des Konzerns der Beschwerdegegnerin zurückgreifen. Die Vorinstanz dürfe einen Anbieter aufgrund des nachträglichen Wegfalls der Eignung vom Verfahren ausschliessen bzw. den diesbezüglichen Zuschlag widerrufen, nicht jedoch nach der Präqualifikation die Eignung von allfälligen zwecks Erfüllung des Auftrags beigezogenen anderen Unternehmen überprüfen.



St.Galler Gerichte

Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 28. Juni 2007, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführerin. Sie habe den von der SAG Systemtechnik Austria GmbH, der PKE Verkehrstechnik GmbH sowie der Beschwerdegegnerin gemeinsam verfassten Kundenbrief so interpretiert, dass der Geschäftsbereich Verkehrslösungen der SAG Systemtechnik AG Schweiz per Ende 2006 in die PKE

electronics Schweiz AG integriert werde. Offenbar sei es nun jedoch so, dass nicht nur der fragliche Geschäftsbereich, sondern die ganze Gesellschaft mittels Absorptionsfusion in die PKE electronics (Schweiz) AG eingebracht werde und in der Zwischenzeit auch eingebracht worden sei, was im Ergebnis dasselbe bewirke, nämlich dass der Geschäftsbereich Verkehrslösungen der SAG Verkehrssysteme AG Schweiz nunmehr der Beschwerdegegnerin als deren Rechtsnachfolgerin angehöre. Im übrigen hätten die am Verfahren beteiligten Anbieter keinen Rechtsanspruch gehabt, dass ein Ausschluss eines Konkurrenten verfügt werde. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin könne sie daher sehr wohl prüfen, ob die Beschwerdegegnerin über die einschlägigen Eignungskriterien verfüge. Sie nehme damit keine neue Eignungsprüfung vor, sondern kläre in freier Entscheidung ab, ob die ursprünglich nachgewiesene Eignung noch gegeben sei.

Die Beschwerdegegnerin beantragte mit Eingabe vom 29. Juni 2007 ebenfalls die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Sie führt aus, ihre Muttergesellschaft, die PKE electronics AG, Wien, habe mit Kaufvertrag vom 30. November 2006 sämtliche Aktien der SAG Systemtechnik AG Schweiz erworben mit der Absicht, sie, die Beschwerdegegnerin, rückwirkend auf den 1. Januar 2007 mit der SAG Systemtechnik AG Schweiz zu fusionieren. Der entsprechende Fusionsvertrag sei am 14. Juni 2007 unterzeichnet und die Fusion am 19. Juni 2007 im Handelsregister Zürich eingetragen worden. Mit dieser Universalsukzession sei sie, die Beschwerdegegnerin, in die Rechte und Pflichten der SAG Systemtechnik AG Schweiz gegenüber der Vorinstanz im Zusammenhang mit dem erteilten Zuschlag eingetreten. Die Beschwerdeführerin lege nicht dar, inwiefern die Zuschlagsverfügung auf einem unrichtig oder unvollständig festgestellten Sachverhalt beruhe oder rechtswidrig sei. Vielmehr mache sie geltend, dass die von der Vorinstanz im Rahmen des Beschaffungsverfahrens festgelegten Eignungskriterien, die bei der Präselektion und dem Zuschlag unbestrittenermassen



St.Galler Gerichte

erfüllt gewesen seien, später weggefallen seien. Beim Wegfall von Eignungskriterien nach dem rechtmässigen Zuschlag habe einzig die Vergabestelle die Möglichkeit, den Zuschlag zu widerrufen. Für die Beschwerdeführerin bestehe somit kein Beschwerdegrund, selbst wenn sie, die Beschwerdegegnerin, als Rechtsnachfolgerin der SAG Systemtechnik AG Schweiz die Eignungskriterien nicht erfüllen würde. Dies sei aber nicht der Fall.

Die Beschwerdeführerin erhielt Gelegenheit, sich zu den Vernehmlassungen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin zu äussern. Sie nahm mit Eingabe vom 18. Juli 2007 Stellung und hielt an ihrem Antrag fest, der Zuschlag an die Beschwerdegegnerin sei aufzuheben und die Sache sei zur Neu beurteilung und Fällung eines neuen Vergabeentscheides an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ausserdem beantragte sie, bei der Fällung eines neuen Vergabeentscheides sei die Vorinstanz zu verpflichten, zu überprüfen, ob die Beschwerdegegnerin als Rechtsnachfolgerin der SAG Systemtechnik AG Schweiz die in den Ausschreibungsunterlagen aufgelisteten Eignungskriterien einhalte; zudem sei die Vorinstanz zu verpflichten, den Zuschlag nur dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Die weiteren Ausführungen der Beteiligten werden, soweit notwendig, in den nachstehenden Erwägungen dargelegt und gewürdigt.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist von Amtes wegen zu prüfen (Art. 6 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP).

1.1. Das st. gallische Einführungsgesetz zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.1, abgekürzt EGöB) regelt den Vollzug des eidgenössischen Binnenmarktgesetzes (SR 943.02) im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens sowie den Vollzug der internationalen und interkantonalen Vereinbarungen über das öffentliche Beschaffungswesen. Das EGöB wird nach Art. 2 Abs. 1 lit. c auf Unternehmen und Organisationen angewendet, die in Wasser-,



Energie- und Verkehrsversorgung sowie in Telekommunikation tätig sind, soweit diese internationalen und interkantonalen Vereinbarungen unterstehen.

1.2. Die Vorinstanz ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in St. Gallen. Soweit der streitige Auftrag in anderen Kantonen ausgeführt wird, ist die Anwendbarkeit des st. gallischen Rechts aufgrund von Art. 8 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.32, abgekürzt IVöB) gegeben. Danach unterstehen Vergaben, deren Ausführung nicht im Rechtsgebiet des Sitzes erfolgen, dem Recht am Ort des Sitzes der Auftraggeberin oder am Ort des Schwergewichts der Tätigkeit. Damit ist die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen gegeben.

1.3. Seit dem Inkrafttreten der bilateralen Verträge zwischen der Schweiz und der Europäischen Union unterstehen auch der Betrieb von Eisenbahnanlagen durch die SBB, durch Unternehmen, bei denen sie die Aktienmehrheit besitzen, oder durch andere unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehende Betreiber von Eisenbahnanlagen (wie z.B. die Furka-Oberalp-Bahn) grundsätzlich dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BGE 2P.47/2003 vom 9. September 2003, E. 2.2).

Der Bund ist mit einem Anteil von 35,82 % an der Vorinstanz beteiligt und verfügt somit nicht über eine Aktienmehrheit. Auch anderweitig ist kein beherrschender Einfluss des Bundes ersichtlich. Ein solcher ist insbesondere auch aufgrund des Anteils des Bundes von 33,87 % an der Finanzierung der Investitionen 2007/2010 nicht anzunehmen (vgl. ABI 2007, S. 184; VPB 2003/67 Nr. 66 E. 3). Nach Art. 2a Abs. 2 lit. b der Verordnung des Bundes über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.11) ist somit die streitige Beschaffung nicht dem Bundesrecht unterstellt. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen wird denn auch von den Verfahrensbeteiligten nicht bestritten oder in Frage gestellt.

1.4. Die Mitteilung der Vorinstanz über die Beschaffung des Kommunikationssystems erging am 23. April 2007. Die Beschwerde vom 4. Mai 2007 wurde somit rechtzeitig innerhalb der zehntägigen Beschwerdefrist nach Art. 15 Abs. 3 IVöB eingereicht. Die Beschwerdeeingabe vom 4. Mai 2007 enthält einen Antrag sowie eine Begründung und



St.Galler Gerichte

entspricht insoweit formal und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (Art. 15 Abs. 3 IVöB). Auch ist die Beschwerdeführerin als nicht berücksichtigte Anbieterin zur Anfechtung des Zuschlags legitimiert (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Somit ist auf die Beschwerde grundsätzlich einzutreten.

1.5. Die Beschwerdeführerin stellte in Ziff. 2 ihres Rechtsbegehrens in der Beschwerdeschrift vom 4. Mai 2007 den Antrag, es sei festzustellen, dass das Konsortium, bestehend aus der SAG Systemtechnik AG Schweiz, der IMS

Info Management Systems AG Winterthur, der VOSSLOH AG Werdohl und der CABLEX AG, Zürich für den Bau des ausgeschriebenen Kommunikationssystems ungeeignet und daher deren Angebot bei der Fällung eines neuen Vergabeentscheids nicht zu berücksichtigen sei. In ihrer Stellungnahme vom 31. Mai 2007 änderte sie dieses Rechtsbegehren dahingehend ab, dass sich der genannte Feststellungsantrag lediglich noch auf die SAG Systemtechnik AG Schweiz bezog und nicht mehr auf das zuvor genannte Konsortium. In ihrer Vernehmlassung vom 18. Juli 2007 stellte die Beschwerdeführerin zudem ein neues Rechtsbegehren, indem sie in Ziff. 2 beantragte, die Vorinstanz sei bei der Fällung eines neuen Vergabeentscheides zur Prüfung zu verpflichten, ob die Beschwerdegegnerin die Eignungskriterien einhalte, und anzuhalten, den Zuschlag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen.

1.5.1. Rechtsbegehren sind innerhalb der gesetzlichen Beschwerdefrist einzureichen. Nachträgliche Ergänzungen und Erweiterungen des Rechtsbegehrens sind nach der Praxis des Verwaltungsgerichts nicht zulässig (vgl. Galli/ Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 629 mit Hinweis auf GVP 2001 Nr. 18; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, St. Gallen 2003, Rz. 919). Es ist daher nicht zulässig, in Stellungnahmen zu Vernehmlassungen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin neue Rechtsbegehren zu stellen bzw. das Rechtsbegehren zu erweitern.

1.5.2. Die Aenderung von Ziff. 2 des Rechtsbegehrens in der Eingabe vom 31. Mai 2007 gegenüber Ziff. 2 der Beschwerdeschrift vom 4. Mai 2007 liesse sich allenfalls als Berichtigung der Parteibezeichnung qualifizieren. Allerdings wurde in der Mitteilung über die Vergabe festgehalten, dass der Zuschlag der Beschwerdegegnerin und nicht



dem von der Beschwerdeführerin genannten Konsortium erteilt wurde. In der Ausschreibung wurde zudem festgehalten, dass das vollständige System von einem Lieferanten erstellt werden solle und Schnittstellen unter Unterlieferanten geregelt werden sollten. Es ist nicht ersichtlich, worauf die Beschwerdeführerin ihre Annahme stützte, der Zuschlag sei einem Konsortium erteilt worden. Vielmehr waren die als Konsortialpartner aufgeführten Unternehmungen als Lieferanten der Beschwerdegegnerin vorgesehen. Wie es sich damit genau verhält, kann aber offen bleiben, da die Aenderung der Rechtsbegehren aufgrund der vorstehenden Ausführungen nicht zulässig ist.

1.5.3. Soweit die Beschwerdeführerin Feststellungsanträge stellte, sind diese nicht zulässig. Sie hatte die Möglichkeit, mit einem Begehren auf Erlass eines Gestaltungsurteils die Aufhebung oder Aenderung des Zuschlags zu verlangen. Damit besteht kein Raum für ein Feststellungsbegehren (BGE 126 II 303).

1.5.4. Einzutreten ist nach dem Gesagten auf Ziff. 1 des Antrags in der Beschwerdeeingabe vom 4. Mai 2007,

ebenso auf Ziff. 4 bezüglich der Kosten. Ueber Ziff. 3

wurde mit der Verfügung betr. Erteilung der aufschiebenden Wirkung entschieden.

2. Nach Art. 16 Abs. 1 IVöB können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen, einschliesslich Ueberschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie unrichtige oder unvollständige Feststellungen des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden. Dagegen kann Unangemessenheit nicht gerügt werden (Art. 16 Abs. 2 IVöB). Diese Vorschriften entsprechen den allgemeinen Grundsätzen des st. gallischen Verfahrensrechts (Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP). Im Beschwerdeverfahren gegen Beschaffungsverfügungen kann somit nur geprüft werden, ob die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat und damit rechtswidrig handelte (vgl. statt vieler GVP 2006 Nr. 59).

2.1. Art. 35 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) bestimmt, dass der Auftraggeber den Anbietern den Zuschlag durch



St.Galler Gerichte

Verfügung eröffnet. Nach Art. 15 Abs. 2 lit. e IVöB gilt der Zuschlag als selbständig anfechtbare Verfügung. Nach Art. 41 Abs. 1 VöB sind Verfügungen des Auftraggebers kurz zu begründen.

Die Vorinstanz hat den nicht berücksichtigten Anbietern lediglich durch ein formloses Schreiben mitgeteilt, der Auftrag sei der Beschwerdegegnerin vergeben worden. Sie äusserte zudem die Bereitschaft, die Gründe der Nichtberücksichtigung zu erläutern. Eine Rechtsmittelbelehrung enthielt die Mitteilung nicht.

Das Verwaltungsgericht hat die Anforderungen an die Begründung einer Zuschlagsverfügung in zahlreichen Urteilen umschrieben und seine Praxis publiziert (vgl. statt vieler GVP 2000 Nr. 24 und 2006 Nr. 59; VerwGE B 2006/1 vom 9. Mai 2006, in: www.gerichte.sg.ch). Die Auftraggeberin muss in der Begründung einer Verfügung - zwar kurz, aber immerhin - darlegen, weshalb sie das Angebot einer bestimmten Unternehmung als das wirtschaftlich günstigste qualifiziert. Die Anbieter müssen aufgrund der Verfügung bzw. deren Begründung darüber in Kenntnis gesetzt werden. Die Begründung hat insbesondere den Preis des berücksichtigten Angebots oder die tiefsten und höchsten Preise der in das Vergabeverfahren einbezogenen Angebote zu enthalten (Art. 41 Abs. 3 VöB). Im vorliegenden Fall fehlten in der Mitteilung des Zuschlags jegliche Angaben über den Preis der Leistung oder die Preise der Angebote sowie über die Bewertung von Zuschlagskriterien. Wie erwähnt, fehlt auch eine Rechtsmittelbelehrung. Die Zuschlagsverfügung wies somit in mehrfacher Hinsicht gravierende formale Mängel auf.

Durch diese Mängel erlitt die Beschwerdeführerin allerdings keinen erheblichen Nachteil, da sie innerhalb der Beschwerdefrist formgerecht Beschwerde erhob und ihren Antrag substantiiert begründen konnte. Auch hatte sie Gelegenheit, in die Akten Einsicht und zu den Vernehmlassungen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin Stellung zu nehmen. Das Verwaltungsgericht überprüft einen angefochtenen Zuschlag nicht von Amtes wegen auf allfällige materielle Mängel, sondern geht lediglich auf diejenigen Rügen ein, die in der Beschwerde vorgebracht werden. Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin die Gewichtung und Bewertung der einzelnen Zuschlagskriterien nicht beanstandet. Sie rügt ausschliesslich, die



Beschwerdegegnerin habe sich nicht am Verfahren beteiligt bzw. sei nicht Rechtsnachfolgerin einer am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmung, und zudem sei die Eignung der von der Vorinstanz als Rechtsvorgängerin der Beschwerdegegnerin betrachteten Unternehmung nach dem Entscheid über die Präqualifikation weggefallen. Diese Rügen sind im folgenden zu prüfen. Die formellen Mängel sind bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen (Art. 95 Abs. 2 VRP).

2.2. Fest steht, dass die Beschwerdegegnerin im Submissionsverfahren keine Offerte eingereicht hat. Unter anderem hatte aber die SAG Systemtechnik AG Schweiz eine Offerte eingereicht.

Die Vorinstanz führte ein selektives Verfahren gemäss Art. 24 VöB durch. Die Beschwerdeführerin rügt im wesentlichen, die Vorinstanz habe den Zuschlag einer Unternehmung vergeben, die sich nicht am Verfahren beteiligt bzw. keinen Antrag auf Teilnahme eingereicht habe. Darin ist die Rüge einer fehlerhaften Anwendung von Art. 24 VöB zu erblicken. Diese Bestimmung gebietet, dass Angebote nur von solchen Unternehmen eingereicht werden können, die im Rahmen des Präqualifikationsentscheids eingeladen wurden.

2.2.1. Die Beschwerdegegnerin hält fest, am 30. November 2006 habe ihre Muttergesellschaft die SAG Systemtechnik AG Schweiz gekauft. Im Anschluss daran seien die Geschäftspartner, darunter auch die Vorinstanz, in einem Kundenbrief darüber informiert worden, dass die SAG Verkehrstechnik AG Schweiz per 31. Dezember 2006 in die PKE electronics (Schweiz) AG integriert werde. Aus diesem Grund sei die Information über den Zuschlag an die PKE electronics (Schweiz) AG ergangen. Diese werde die SAG Systemtechnik AG Schweiz demnächst (spätestens bis Ende Juli 2007) rückwirkend mittels Absorptionsfusion übernehmen.

2.2.2. Die SAG Systemtechnik Austria GmbH, Wien, die PKE Verkehrstechnik GmbH, Wien, und die PKE electronics (Schweiz) AG teilten der Vorinstanz mit, die SAG Systemtechnik Austria und die PKE electronics AG freuten sich, die erfolgreiche Weiterführung der Verkehrslösungsaktivitäten, erweitert um die Systemkompetenzen der PKE-Gruppe, ankündigen zu dürfen. Im Zuge der Konzentration der SAG Gruppe auf ihr Kerngeschäft sei für den Bereich "Verkehrslösungen" der SAG Systemtechnik



Austria und Schweiz ein kompetenter Partner gesucht worden. Dieser sei in der PKE Electronics AG gefunden worden. Der Geschäftsbereich "Verkehrslösungen" der SAG Systemtechnik Austria sei per 1. Dezember 2006 an die PKE Verkehrstechnik GmbH veräussert worden. Das Unternehmen der SAG Verkehrstechnik Schweiz AG werde per Ende 2006 in die PKE Tochter PKE electronics (Schweiz) AG integriert. Die PKE genieße das volle Vertrauen der SAG Systemtechnik Austria. Die von der SAG gewohnten Ansprechpartner im Bereich Verkehrslösungen stünden bei der PKE Verkehrstechnik GmbH in Wien und der PKE electronics (Schweiz) AG weiterhin uneingeschränkt zur Verfügung.

2.2.3. Die Vorinstanz ging in der Folge davon aus, dass die Beschwerdegegnerin das von der SAG Systemtechnik AG Schweiz vorgelegte Angebot unverändert übernimmt. Bei der Bewertung behandelte sie das Angebot der SAG Systemtechnik AG Schweiz als jenes der Beschwerdegegnerin. Das Angebot erzielte einen Erfüllungsgrad von 92,76 Prozent gegenüber jenem der Beschwerdeführerin von 89,32 Prozent. Aufgrund der oben erwähnten Mitteilung durfte die Vorinstanz davon ausgehen, dass die Beschwerdegegnerin in bezug auf die besagte Ausschreibung die Rechtsnachfolgerin der SAG Systemtechnik AG Schweiz ist, nachdem die Muttergesellschaft der ursprünglichen Anbieterin und die Beschwerdegegnerin sowie deren Muttergesellschaft die Uebertragung des Bereichs Verkehrslösungen bzw. der ursprünglichen Anbieterin kundtat. Hinzu kommt, dass die von der SAG Systemtechnik AG Schweiz vorgesehene Unterlieferantin Vossloh GmbH der Beschwerdegegnerin ausdrücklich bestätigte, dass sie im besagten Beschaffungsvorhaben ihren Auftrag erbringen würde, falls sie, die Beschwerdegegnerin, den Zuschlag erhalte, wobei als Basis das Angebot an die SAG Systemtechnik AG Schweiz gelte. Auch seitens der Unterlieferantin Info Management Systems AG liegt eine entsprechende Erklärung vor.

Zwar wurde in der Kundenorientierung festgehalten, das Unternehmen der SAG "Verkehrstechnik" Schweiz AG werde per Ende 2006 in die Beschwerdegegnerin integriert. Ob damit die SAG Systemtechnik AG Schweiz irrtümlich bezeichnet wurde oder ob damit zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass lediglich ein bestimmter Geschäftsbereich der SAG Systemtechnik AG Schweiz übertragen werden sollte, ist nicht ausschlaggebend. Für die Vorinstanz bestand aufgrund der Mitteilung jedenfalls kein Anlass, an der Rechtmässigkeit der Uebertragung der Rechte und Pflichten aus



dem Angebot der SAG Systemtechnik AG Schweiz AG auf die Beschwerdegegnerin per Ende 2006 zu zweifeln. Ob die Rechtsnachfolge auf einer förmlichen Fusion, einer Veräusserung eines bestimmten Geschäftsbereichs oder einer anderweitigen Uebertragung gewisser Geschäftsaktivitäten beruhte, ist nicht von entscheidender Bedeutung. Wesentlich ist, dass die als Rechtsnachfolgerin auftretende Unternehmung an der ursprünglich eingereichten Offerte festhielt und die entsprechenden Leistungen zu den zugesicherten Bedingungen zu erfüllen bereit war, und dass die Vorinstanz die Eignung der Rechtsnachfolgerin als gegeben erachtete. Hinzu kommt, dass die SAG Systemtechnik AG Schweiz im Beschwerdeverfahren durch den Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin ausdrücklich deren Rechtsbegehren unterstützt.

2.2.4. Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Eingabe vom 31. Mai 2007 geltend, gemäss den Vorbemerkungen im Kaufvertrag vom 30. November 2006 sollte die PKE Verkehrstechnik GmbH Wien den gesamten Teilbetrieb Verkehrslösungen der SAG Systemtechnik Austria GmbH mit Ausnahme der SAG Systemtechnik AG Schweiz erwerben. Die SAG Systemtechnik AG Schweiz werde hingegen aufgrund von § 1 an die PKE electronics AG, Wien, verkauft. Entsprechend sei dem Kundenschreiben zu entnehmen, dass der Bereich Verkehrslösungen der SAG Systemtechnik Austria in die PKE Verkehrstechnik GmbH, Wien, integriert worden sei; die SAG Verkehrstechnik AG Schweiz werde aber per Ende 2006 in die PKE electronics (Schweiz) AG integriert. Entgegen der Aussage der Vorinstanz treffe es folglich nicht zu, dass der Geschäftsbereich Verkehrslösungen der SAG Systemtechnik AG Schweiz gesamthaft von der Beschwerdegegnerin übernommen worden sei. Kein Teil der SAG Systemtechnik AG Schweiz sei in die Beschwerdegegnerin integriert worden. Demzufolge könne die Beschwerdegegnerin auch nicht Rechtsnachfolgerin des Geschäftsbereichs Verkehrslösungen der SAG Systemtechnik AG Schweiz sein. Auch sei die Behauptung nicht ergiebig, wonach die SAG Systemtechnik AG Schweiz von der Beschwerdegegnerin rückwirkend per Ende 2006 mittels Absorptionsfusion übernommen worden sei. Gemäss Art. 22 des Fusionsgesetzes werde die Fusion erst mit der Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam. Im heutigen Zeitpunkt (31. Mai 2007) bestehe die SAG Systemtechnik AG Schweiz, so dass die Beschwerdegegnerin nicht deren Rechtsnachfolgerin sein könne.



Ob die SAG Systemtechnik AG Schweiz gesamthaft von der Beschwerdegegnerin übernommen oder ob lediglich der Geschäftsbereich Verkehrslösungen übertragen wurde, ist im vorliegenden Fall wie erwähnt nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Für die Vorinstanz war es entscheidend, dass sie den Zuschlag jener Unternehmung vergab, welche das von ihr am wirtschaftlich günstigsten qualifizierte Angebot erfüllen konnte. Ob sie dieses aufgrund einer Uebernahme eines bestimmten Geschäftszweigs oder aufgrund einer Fusion machen konnte, war nicht ausschlaggebend. Dass die Fusion im Zeitpunkt des Zuschlags noch nicht rechtskräftig war, ist ebenfalls nicht entscheidend. Die Vorinstanz durfte davon ausgehen, dass die SAG Systemtechnik AG Schweiz per Ende 2006 in die PKE electronics (Schweiz) AG integriert wird, wie dies in der Kundenorientierung festgehalten wurde. Entscheidend ist nicht die formale Abwicklung einer Uebernahme einer Unternehmung oder eines bestimmten Geschäftsbereichs, sondern die nach aussen dokumentierte Bereitschaft, die in einer bestimmten Offerte zugesicherten Leistungen zu erbringen. Die Kundenorientierung war zwar in gewissen Teilen unpräzise, da die SAG Systemtechnik AG Schweiz als SAG Verkehrstechnik Schweiz AG bezeichnet wurde, aber aus dem Gesamtzusammenhang war doch unzweifelhaft ersichtlich, dass die Beschwerdegegnerin die Rechte und Pflichten derjenigen Unternehmung übernahm, welche das wirtschaftlich günstigste Angebot unterbreitet hatte. Hinzu kommt, dass die Fusion während des hängigen Beschwerdeverfahrens am 19. Juni 2007 im Handelsregister eingetragen und damit rechtswirksam wurde. Damit ist die Rechtsnachfolge der SAG Systemtechnik AG Schweiz auch formal vollzogen. Da der Vertragsschluss bislang noch nicht erfolgt ist, wird die auf dem Zuschlag beruhende Vereinbarung mit der als Rechtsnachfolgerin der ursprünglich offerierenden Unternehmung geschlossen werden können.

2.2.5. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Vorinstanz zu Recht davon ausgehen durfte, die Beschwerdegegnerin sei Rechtsnachfolgerin der SAG Systemtechnik AG Schweiz bzw. trete in deren Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren ein. Der Einwand der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe den Zuschlag einer Unternehmung erteilt, welche sich nicht am Verfahren beteiligt habe, erweist sich damit als unbegründet.



2.3. Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, fünf von sechs Mitarbeitern der SAG Systemtechnik AG Schweiz, welche als einzige über Erfahrung mit Kommunikationssystemen für Bahnbetreiber verfügt hätten, hätten diese Unternehmung verlassen, weshalb die SAG Systemtechnik AG Schweiz nicht mehr über die notwendige Erfahrung auf dem Gebiet der Erstellung eines Kommunikationssystems für einen Bahnbetreiber verfüge.

2.3.1. Fest steht, dass Matthias Brand als ehemaliger Mitarbeiter bzw. Geschäftsführer der SAG Systemtechnik AG Schweiz diese nach der angekündigten Uebernahme durch die PKE electronics (Schweiz) AG verliess und einer Konkurrenzunternehmung beitrug. Weiter bestritten Vorinstanz und Beschwerdegegnerin nicht, dass weitere Mitarbeiter die SAG Systemtechnik AG Schweiz nach der Uebernahme durch die Beschwerdegegnerin verliessen.

2.3.2. Ob die SAG Systemtechnik AG Schweiz nach der Ankündigung der Uebernahme durch die Beschwerdegegnerin die Eignungskriterien erfüllte oder nicht, ist im vorliegenden Fall nicht entscheidend. Wesentlich ist vielmehr, ob die Beschwerdegegnerin die Eignungskriterien erfüllt. Die Beschwerdegegnerin ist eine Tochtergesellschaft einer grösseren international tätigen Unternehmung mit Erfahrung im einschlägigen Bereich. Das Ausscheiden einzelner Mitarbeiter aus der SAG Systemtechnik AG Schweiz vermag daher die Eignung der Beschwerdegegnerin nicht in Frage zu stellen. Die Beschwerdegegnerin führte in der Schweiz bereits verschiedene Projekte für Bahnbetriebe durch und verfügt gemäss den eingereichten Unterlagen über erfahrene Mitarbeiter im fraglichen Tätigkeitsbereich. Hinzu kommt, dass zumindest ein Projektleiter der SAG Systemtechnik AG Schweiz weiterhin für die Beschwerdegegnerin tätig ist. Die Beschwerdeführerin legt nicht näher dar, weshalb sie diesem die Eignung für die Projektleitung abspricht. Die Alpine-Energie Schweiz AG hielt in der Mitteilung an ihre Kunden lediglich fest, sie habe das "Kernteam" der ehemaligen SAG Systemtechnik AG Schweiz übernommen. Solche Mitteilungen mögen nach Umstrukturierungen und Personalwechseln üblich sein. Einen Wegfall der Eignung bzw. eine fehlende Eignung der Beschwerdegegnerin vermögen solche Mitteilungen nicht zu belegen.



2.3.3. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Vorinstanz habe im Rahmen der Präqualifikation keine Gelegenheit gehabt, die Eignung des PKE-Konzerns zu überprüfen und dürfe dies auch nicht mehr beim Zuschlag bzw. vorliegend nach Erteilung des Zuschlags tun. Daher könne auch das Argument nicht gehört werden, die Beschwerdegegnerin könne als Tochter auf die Erfahrung des PKE-Konzerns zurückgreifen.

Grundsätzlich findet im selektiven Verfahren nach dem Präqualifikationsentscheid keine erneute Prüfung der Eignungskriterien statt. Bei tiefgreifenden Änderungen während eines Submissionsverfahrens ist es aber auch nach dem selbständig anfechtbaren Präqualifikationsentscheid zulässig, eine erneute Eignungsprüfung vorzunehmen. Fällt nämlich die Eignung einer zur Angebotseinreichung eingeladenen Unternehmung während des Verfahrens aus irgendwelchen Gründen dahin, hat die Auftraggeberin diesem veränderten Umstand Rechnung zu tragen. Vorliegend hat die Vorinstanz die Eignung der SAG Systemtechnik AG Schweiz bzw. ihrer Rechtsnachfolgerin unter Berücksichtigung der beabsichtigten Uebernahme geprüft. Sie kam zum Schluss, die Eignung der Anbieterin bzw. ihrer Rechtsnachfolgerin sei auch unter den veränderten Umständen gegeben. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern es der Vorinstanz verwehrt gewesen sein sollte, nach der Ankündigung der Uebernahme der ursprünglichen Anbieterin zu prüfen, ob die entsprechenden Rahmenbedingungen auch bei der Beschwerdegegnerin gegeben waren. Soweit sich die Beschwerdeführerin diesbezüglich auf Entscheide der Rekurskommission des Bundes und des Obergerichts Uri bezieht, sind diese nicht einschlägig. Jene Entscheide haben den Wechsel in der Mitgliedschaft von Bietergemeinschaften zum Gegenstand, was vorliegend irrelevant ist. Die von der Beschwerdeführerin erhobene Behauptung der fehlenden Eignung stützt sich wiederum auf das Ausscheiden einzelner Mitarbeiter der SAG Systemtechnik AG Schweiz, was aber wie erwähnt den Verlust der Eignung der Beschwerdegegnerin nicht darzutun vermag.

2.4. Zusammenfassend ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist.

3. Da die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde nicht durchgedrungen ist, sind ihr grundsätzlich die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen (Art. 95



Abs. 1 VRP). Indes ist, wie bereits vorstehend ausgeführt wurde, bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen, dass die Zuschlagsverfügung formale Mängel aufwies und insbesondere mangelhaft begründet war (Art. 95 Abs. 2 VRP; vgl. R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Diss. St. Gallen 2004, S. 90 f.). Dementsprechend ist auch die Vorinstanz nach dem Verursacherprinzip anteilig mit Kosten zu belasten. Die Gebühr ist je zur Hälfte der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz aufzuerlegen. Eine vollumfängliche Kostenaufgabe zulasten der Vorinstanz rechtfertigt sich nicht, da die von der Beschwerdeführerin erhobenen Rügen ungeachtet der formalen Mängel des Zuschlags vorgebracht werden konnten. Eine Entscheidgebühr von Fr. 10'000.-- ist angemessen (Ziff. 382 Gerichtskostentarif, sGS 941.12). Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- ist an den Anteil der Beschwerdeführerin von Fr. 5'000.-- anzurechnen. Da es sich bei der Vorinstanz um eine Aktiengesellschaft handelt, ist auf die Erhebung von deren Kostenanteil nicht zu verzichten, obwohl sie von verschiedenen Gemeinwesen gehalten wird (Art. 95 Abs. 3 VRP). Im weiteren sind die Kosten der Verfügung vom 15. Mai 2007 von gesamthaft Fr. 1'000.-- bei der Vorinstanz zu erheben.

Die Beschwerdeführerin hat aufgrund der hälftigen Kostenaufgabe keinen Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung (Art. 98bis VRP; vgl. Hirt, a.a.O., S. 183 f.).

Die Beschwerdegegnerin hat obsiegt, weshalb sie

Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung hat (Art. 98bis VRP). Sie bzw. deren Rechtsvertreter hat keine Kostennote eingereicht, weshalb die Entschädigung ermessensweise festzusetzen ist (Art. 6 und 19 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75, abgekürzt HonO). Eine Entschädigung von Fr. 3'000.-- zuzügl. MWSt erscheint angemessen (Art. 22 Abs. 1 lit. c HonO). Die Entschädigung geht je zur Hälfte zulasten der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz, welche solidarisch für den gesamten Betrag haften.

Im übrigen hat es bei den Entschädigungen für das Zwischenverfahren betr. Erteilung der aufschiebenden Wirkung gemäss der Verfügung vom 15. Mai 2007 sein Bewenden.

Demnach hat das Verwaltungsgericht zu Recht erkannt:



St.Galler Gerichte

1./ Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 10'000.-- werden je zur Hälfte der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz auferlegt. Der Anteil der Beschwerdeführerin wird mit dem Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- verrechnet. Die Vorinstanz bezahlt einen Anteil von Fr. 5'000.-- sowie die Kosten der Verfügung vom 15. Mai 2007 von Fr. 1'000.--. Auf die Erhebung der Kosten bei der Vorinstanz wird nicht verzichtet.

3./ Die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz haben die Beschwerdegegnerin unter solidarischer Haftbarkeit mit Fr. 3'000.-- zuzügl. MWSt ausseramtlich zu entschädigen.

V. R. W.

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin
- die Vorinstanz (durch Rechtsanwalt lic. iur. et oec. Dieter Kunz, 9240 Uzwil)
- die Beschwerdegegnerin (durch Rechtsanwalt Dr. Albert Schmid, 8008 Zürich)

am:

Rechtsmittelbelehrung:



St.Galler Gerichte

Die Rechtsmittelberechtigung gegen diesen Entscheid richtet sich nach Art. 82 ff., insbesondere Art. 83 lit. f und Art. 113 ff. BGG. Das Rechtsmittel ist innert dreissig Tagen nach der Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.