



**Fall-Nr.:** B 2011/87  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 29.08.2011  
**Entscheiddatum:** 29.08.2011

### **Urteil Verwaltungsgericht, 29.08.2011**

**Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 16 Abs. 2 IVöB (sGS 841.23) und Art. 33 Abs. 3 VöB (sGS 841.11). Es liegt grundsätzlich im Ermessen der Vergabebehörde, ob sie einen Auftrag als Ganzes ausschreiben will oder Lose (Teilaufträge) bilden will. Die Vergabebehörde muss bei einer nachträglichen gemeinsamen gesamthaften Vergabe die eingegangenen Offerten neu bewerten und kann sich dabei auf die in der Ausschreibung bekanntgegebenen Zuschlagskriterien stützen, wobei aber einem auftragsspezifischen Kriterium bei einer gesamthaften Vergabe nicht das gleiche Gewicht zukommen kann wie bei einer separaten Vergabe dieses Auftrags. Eine Nachreichung von Referenzprojekten ist zulässig und stellt keine nach Art. 33 Abs. 3 VöB unzulässige Abgebotsrunde dar (Verwaltungsgericht, B 2011/87).**

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter lic. iur. A. Linder, Dr. B. Heer, lic. iur. A. Rufener, Dr. S. Bietenharder-Künzle; Gerichtsschreiber lic. iur. M. Looser

In Sachen

ARGE Haagerstrasse Gams, Bernhard Frei AG und Vetsch Bau AG, Lugwiesstrasse 19, 9443 Widnau,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Emil Nisple, Oberer Graben 26, 9000 St. Gallen,

gegen



Baudepartement des Kantons St. Gallen, Tiefbauamt, Lämmli Brunnenstrasse 54,  
9001 St. Gallen,

Vorinstanz,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen; weiteres Vorgehen betreffend der Arbeitsvergabe i.S.  
Haagerstrasse, Gams

### **hat das Verwaltungsgericht festgestellt:**

A./ Das Baudepartement des Kantons St. Gallen, Tiefbauamt, schrieb im Amtsblatt Nr. 25 vom 21. Juni 2010 das Projekt "Kantonsstrasse Nr. 13, Gams, Sanierung Haagerstrasse" im offenen Verfahren aus. Insgesamt reichten fünf Unternehmungen bzw. Arbeitsgemeinschaften (abgekürzt ARGE) ein Angebot ein. Nach dem Leistungsverzeichnis umfasste das Projekt vier Aufträge, nämlich die Strassensanierung (Auftrag 1), die Meteorwasserleitung der Gemeinde (Auftrag 2), die Elektroanlagen (Auftrag 3) sowie die Hydrantenleitung (Auftrag 4). In den Ausschreibungsunterlagen wurden als Zuschlagskriterien der Preis mit einer Gewichtung von 50 %, die Erfahrung mit einer Gewichtung von 25 % und die Termine mit einer Gewichtung von 15 % sowie die Qualität mit einer Gewichtung von 10 % vermerkt.

Mit Verfügung vom 31. August 2010 vergab das Baudepartement den Zuschlag für die Strassensanierung (Auftrag 1) zum Preis von Fr. 1'445'165.90 der ARGE Hugo Dietsche AG/Toldo AG/Implenia Bau AG/W. Kressig AG. Zur Begründung wurde angeführt, das Angebot weise den zweittiefsten Preis auf. Es habe mit den eingereichten Referenzen von Projekten in vergleichbarem Umfang und mit dem Angebot einer



## St.Galler Gerichte

Kaltmischfundationsschicht (KMF) die höchstmögliche Punktzahl erreicht. Bezüglich Qualität habe die Anbieterin ein umfassendes Konzept und einen kompletten technischen Bericht eingereicht, und mit dem detaillierten Bauprogramm sei beim Kriterium "Termine" die maximale Punktzahl erreicht worden.

Mit Beschluss vom 6. September 2010 vergab der Gemeinderat Gams unter anderem die Baumeisterarbeiten für die Meteorwasserleitung (Auftrag 2) und die Hydrantennetzerneuerung (Auftrag 4) zum Preis von Fr. 458'396.90 in Anlehnung an den Zuschlag des Baudepartements (Tiefbauamt) ebenfalls der ARGE Hugo Dietsche AG/ Toldo AG/Implenia Bau AG/W. Kressig AG. Der Zuschlag für den Auftrag 3 (Elektroanlagen) wurde noch nicht erteilt.

Mit Eingabe vom 16. September 2010 erhob die ARGE Bernhard Frei AG/Vetsch Bau AG gegen die Zuschlagsverfügungen des Baudepartements vom 31. August 2010 und des Gemeinderates Gams vom 6. September 2010 Beschwerde beim Verwaltungsgericht unter anderem mit den Anträgen, dass die Verfügungen aufzuheben seien und die Aufträge ihr zu vergeben seien. Eventualiter seien die Verfügungen aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanzen zurückzuweisen. Die ARGE Bernhard Frei AG/Vetsch Bau AG rügte dabei im Wesentlichen die Begründung der Verfügungen und die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Erfahrung".

Mit den Urteilen B 2010/224 und B 2010/225 hiess das Verwaltungsgericht am 26. Januar 2011 beide Beschwerden gut. Es hob die Zuschlagsverfügungen des Baudepartements vom 31. August 2010 und des Gemeinderates Gams vom 6. September 2010 auf und wies die Angelegenheit zur Ergänzung der Ausschreibung sowie zur neuen Beurteilung und Entscheidung über die Offerten der Verfahrensbeteiligten im Sinne der Erwägungen an das Baudepartement bzw. an die politische Gemeinde Gams zurück. Das Verwaltungsgericht hielt in den Erwägungen im Wesentlichen fest, dass die Ausschreibung durch den Kanton (Tiefbauamt) erfolgt sei und die Aufträge 1 bis 4 in den Ausschreibungsunterlagen gemeinsam aufgeführt und in einem gemeinsamen Leistungsverzeichnis vermerkt gewesen seien. Die Ausschreibung habe keine Hinweise darauf enthalten, dass die Aufträge geteilt würden und nur die Strassensanierung (Auftrag 1) vom kantonalen Baudepartement und die



Aufträge 2 bis 4 (Meteorwasserleitung der Gemeinde, Elektroanlagen, Hydrantenleitung) von der Gemeinde Gams resp. der Elektra Gams vergeben würden. Für sämtliche vier Aufträge seien dieselben Zuschlagskriterien vermerkt worden. Falls die Aufträge gesamthaft zu vergeben gewesen wären, hätten die Offerten von ein und derselben Behörde oder vom Baudepartement und Gemeinderat gemeinsam nach einheitlichen Kriterien bewertet werden müssen, wie dies in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt worden sei und von den Anbieterinnen nach Treu und Glauben erwartet werden durfte. Die Offertprüfung bzw. Bewertung durch das Baudepartement sei lediglich in Bezug auf den Auftrag 1 nachvollziehbar und sachgerecht. Eine Anlehnung der Vergabe der Aufträge 2 bis 4 durch die Gemeinde an jene des Baudepartements möge zwar nachvollziehbar erscheinen, genüge aber den in der Ausschreibung bekanntgegebenen Bedingungen und Zuschlagskriterien nicht. Entweder seien die Aufträge zu trennen sowie die Offerten getrennt zu prüfen und zu vergeben, oder es sei eine gemeinsame Auftragsvergabe vorzunehmen, wobei sämtliche Teilbereiche der Offerte nach den dafür vorgesehenen Kriterien geprüft werden müssten und eine einheitliche Vergabe vorgenommen werden müsste.

C./ Am 1. April 2011 erliess das Baudepartement eine Verfügung zum weiteren Vorgehen der Arbeitsvergabe betreffend der Beschwerde Haagerstrasse Gams, Zuschlagsverfügung vom 31. August 2010, und hielt darin fest, dass der Gemeinderat Gams mit Beschluss vom 14. März 2011 sowie die Elektra Gams für die Elektroanlagen mit Beschluss vom 28. März 2011 das Baudepartement ermächtigt hätten, das Angebot als Gesamtes (Strassensanierung, Meteorwasserleitung der Gemeinde Gams, Elektroanlagen der Elektra Gams, Hydrantenleitung) zu bewerten und zu vergeben. Eine gemeinsame gesamthafte Vergabe der Aufträge 1 bis 4 entspreche den Ausschreibungsunterlagen, so dass keine Änderungen vorgenommen werden müssten, und mangels Änderungen bei den bekanntgegebenen Zuschlagskriterien könne auf die Einreichung geänderter Offerten verzichtet werden.

D./ Mit Eingabe vom 14. April 2011 erhebt die ARGE Bernhard Frei AG/Vetsch Bau AG gegen die Verfügung des Baudepartements vom 1. April 2011 Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Sie beantragt, die Verfügung vom 1. April 2011 zum weiteren Vorgehen der Arbeitsvergabe betreffend der Beschwerde Haagerstrasse Gams, Zuschlagsverfügung vom 31. August 2010, sei kosten- und entschädigungspflichtig



aufzuheben und die Aufträge 1 (Strassensanierung) und 2 bis 4 (Meteorwasserleitung Gemeinde, Elektroanlagen, Hydrantenleitung) seien separat zu vergeben. Eventualiter sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und bei einer gesamthaften Vergabe der Aufträge 1 bis 4 seien die Zuschlagskriterien neu und in dem Sinne zu gewichten, dass der Erfahrung mit KMF-Belagsarbeiten weniger Gewicht zukomme. Zur Begründung wird im Wesentlichen vorgebracht, dass keine sachlichen Gründe bestehen würden, die einer separaten Vergabe des Auftrages 1 und der Aufträge 2 bis 4 an verschiedene Unternehmungen entgegenstehen würden.

Das Baudepartement beantragt in seiner Vernehmlassung vom 2. Mai 2011, das Begehren sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne. Dabei wird unter anderem vorgebracht, dass sachliche Gründe für die gesamthaftige Vergabe der Aufträge 1 bis 4 an eine Anbieterin vorliegen würden und dass der Entscheid, ob ein Auftrag gesamthaft oder in Teilaufträgen vergeben werde, weitgehend im Ermessen des ausschreibenden Auftraggebers liege. Die ARGE Bernhard Frei AG/Vetsch Bau AG hielt in ihrer Stellungnahme vom 26. Mai 2011 zur Vernehmlassung des Baudepartements vollumfänglich an ihren Anträgen fest. Dabei wurde im Wesentlichen geltend gemacht, dass die gesamthaftige Vergabe der Aufträge 1 bis 4 als willkürlich erscheine und einen Ermessensmissbrauch darstelle.

Auf die weiteren von den Verfahrensbeteiligten vorgebrachten Ausführungen wird, soweit wesentlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

### **Darüber wird in Erwägung gezogen:**

1. (...).
2. Nach Art. 16 Abs. 1 IVöB können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden. Dagegen kann Unangemessenheit nicht geltend gemacht 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



Verfügungen im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens kann somit nur geprüft werden, ob die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat und damit rechtswidrig handelte. Zur Ermessenskontrolle ist das Verwaltungsgericht hingegen nicht befugt (vgl. anstatt vieler GVP 1999 Nr. 37 und 2006 Nr. 60; sowie VerwGE B 2010/224 vom 26. Januar 2011 E. 3, in: [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)).

2.1. Die Vorinstanz begründete die gemeinsame gesamthafte Vergabe der Aufträge 1 bis 4 an eine Unternehmung resp. ARGE damit, dass nach den Erfahrungen des Tiefbauamtes die Koordination und die Kontrolle der Einhaltung der geforderten Qualität der Arbeiten wesentlich einfacher seien, wenn die Aufträge 1 bis 4 von derselben Anbieterin ausgeführt würden. Weiter bestehe nach den Erfahrungen des Tiefbauamtes bei getrennter Vergabe die Gefahr, dass die durch das für die Werkleitungen zuständige Unternehmen erstellte Einkiesung der Strassenfläche für die vom anderen Unternehmen einzubringende Kaltmischfundations-, Trag- und Deckschicht mangelhaft sei und eine nachträgliche Nachverdichtung der Einkiesung erforderlich sei. Die gesamthafte Vergabe an eine ARGE bringe zudem den Vorteil, dass in den Offerten die federführende Unternehmung der ARGE zu bezeichnen sei, die als Ansprechperson in allen Fragen dem Auftraggeber zur Verfügung stehe und für die Koordination innerhalb der ARGE verantwortlich sei. Bei einer separaten Vergabe an zwei Unternehmen resp. ARGE müsste die Koordination zwischen diesen durch den Auftraggeber oder seine Bauleitung vorgenommen werden, was zu Mehraufwand und Mehrkosten seitens des Auftraggebers führe. Bei einer ARGE würden sämtliche Mitglieder gegenüber dem Auftraggeber solidarisch für die Erfüllung des gesamten Auftrags haften, was ein weiterer Vorteil gegenüber einer separaten Vergabe an zwei Unternehmen sei.

2.1.1. Die Beschwerdeführerin lässt dagegen vorbringen, dass keine sachlichen Gründe bestehen würden, die der Vergabe des Auftrages 1 an eine und die Aufträge 2 bis 4 an eine andere Unternehmung entgegenstehen würden. Dies sei mit dem Bauablauf begründet, der automatisch zu einer Etappierung der Arbeiten führe. Der Auftrag 1 (Strassenbau) könne erst nach Durchführung der Aufträge 2 bis 4 (Werkleitungen) ausgeführt werden. Der Koordinationsbedarf sei nicht grösser, wenn mehrere Unternehmen resp. ARGE am Bauvorhaben beteiligt seien, da jedes Unternehmen seinen Auftrag nach den anerkannten Regeln der Baukunde auszuführen



habe. Auch sei die Gefahr der nachträglichen Nachverdichtung der Einkiesung bei getrennter Vergabe der Aufträge nicht grösser, da bei der Übergabe der Arbeit an die zweite Unternehmung eine Abnahme und Kontrolle der Arbeit der ersten Unternehmung durch die zweite stattfinde. Zudem entspreche es konstanter Übung, dass verschiedene Aufträge, namentlich der Werkleitungen und des Strassenbaus, an verschiedene Unternehmen resp. ARGE vergeben würden. Weiter sei es nicht zutreffend, dass eine Trennung des Auftrags 1 von den Aufträgen 2 bis 4 zu Mehraufwand und Mehrkosten führen würde, sondern durch die Vergabe der Werkleitungen (Aufträge 2 bis 4) an die wirtschaftlich günstigere Anbieterin könnten Einsparungen resultieren. Die Trennung würde lediglich einen vernachlässigbar grösseren Koordinationsaufwand für das Ingenieurbüro bewirken. Auch hinsichtlich der Kostenzuordnung und Rechnungsstellung würden sich bei der separaten Vergabe keinerlei Nachteile ergeben, da die Kostenzuordnung und Rechnungsstellung nach Leistungsverzeichnissen und Ausmassen für jeden der vier Teilaufträge (Strassensanierung, Meteorwasserleitung, Hydrantenleitung, Elektroanlagen) getrennt und sauberlich geführt werden müssten. Hinzu komme, dass mit dem inzwischen aufgehobenen Zuschlag an die ARGE Hugo Dietsche AG/Toldo AG/Implenia Bau AG/W. Kressig AG Mehrkosten von ca. 8 % im Vergleich zum Angebot der ARGE Bernhard Frei AG/Vetsch Bau AG akzeptiert worden seien. Es erscheine daher als nicht sachgerecht und als widersprüchlich, die Vergabe an zwei Unternehmungen mit dem Argument auszuschliessen, es würden erhöhte Koordinationskosten entstehen. Sodann widerspreche die Argumentation, dass die solidarische Haftung ein wesentlicher Vorteil gegenüber einer separaten Vergabe an zwei Unternehmen sei, dem Wesen des Vergaberechts und könne nicht als sachlicher Grund gelten.

2.1.2. Der Beschwerdeführerin ist insofern zuzustimmen, als eine gesamthafte Vergabe der Aufträge 1 bis 4 an eine Unternehmung resp. ARGE nicht zwingend ist. Dabei ist indessen zu berücksichtigen, dass – wie erwähnt – das Verwaltungsgericht gemäss Art. 16 Abs. 2 IVöB nicht die Befugnis besitzt, die Angemessenheit der von der Vorinstanz vorgebrachten Gründe für die gesamthafte Vergabe zu kontrollieren, sondern es hat sich auf die Prüfung zu beschränken, ob ein Ermessensmissbrauch vorliegt. Zudem kann das Verwaltungsgericht – wie bereits in der E. 3.5 im Urteil B 2010/224 vom 26. Januar 2011 (in: [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)) festgehalten – aufgrund der vorliegenden Akten nicht beurteilen, ob tatsächlich keine Notwendigkeit zur



gesamthaften Vergabe an eine einzelne Unternehmung resp. ARGE besteht. Es liegt daher grundsätzlich im Ermessen der Vergabebehörde, ob sie einen Auftrag als Ganzes (also die Aufträge 1 bis 4 zusammen) aus-schreiben will oder Lose (Teilaufträge) bilden will. Unzulässig ist aber eine Aufteilung oder Nicht-aufteilung eines Auftrags, wenn die Vergabestelle damit bestimmte Anbieter bevorzugen oder benachteiligen will und damit gegen das Diskriminierungsverbot resp. Gleichbehandlungsgebot verstösst (vgl. VPB 66.86 E. 2b).

Die Prüfung der Angemessenheit der gemeinsamen gesamthaften Vergabe der Aufträge 1 bis 4 im Vergleich zu einer separaten Vergabe der vier Aufträge ist also nicht Aufgabe des Verwaltungs-gerichts, soweit damit nicht ein bestimmter Anbieter bevorzugt wird und sich die vorgebrachten Gründe nicht als schlichtweg unhaltbar und damit als willkürlich erweisen. Anhaltspunkte für eine diskriminierende oder rechtsungleiche Ausübung des Ermessens durch die Vorinstanz sind aus den vorliegenden Akten keine ersichtlich. Auch wenn sich die Argumentation mit der solidarischen Haftung aus Sicht des Vergaberechts nicht als unproblematisch erweist, sind die anderen von der Vorinstanz vorgebrachten Gründe (vereinfachte Koordination, ein Ansprechpartner, Kontrolle der Arbeiten, Gefahr der Nachverdichtung der Einkiesung, etc.) für die gemeinsame gesamthafte Vergabe der Aufträge 1 bis 4 sachlich nachvollziehbar und nicht zu beanstanden. Die Argumentation der Beschwerdeführerin gegen eine gesamthafte Vergabe lassen diese nicht als schlichtweg unhaltbar erscheinen. Aufgrund des Ermessens der Vorinstanz kann auch offen bleiben, ob die geteilte Vergabe der Aufträge 1 bis 4 tatsächlich zu keinem Mehraufwand und zu keinen Mehrkosten führt. Aus dem gleichen Grund ist der vom Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin gestellte Beweis-antrag über die Ausfertigung einer Expertise, wonach die Trennung des Auftrags 1 von den Aufträgen 2 bis 4 keinen Mehraufwand und keine Mehrkosten verursachen würde, nicht geeignet, neue erhebliche Tatsachen hervorzubringen, welche die Ermessensbetätigung durch die Vorinstanz als Missbrauch oder Überschreitung des Ermessens qualifizieren könnten. Auch wenn die Expertise tatsächlich zum Ergebnis kommen würde, dass eine getrennte Vergabe der Aufträge 2 bis 4 vom Auftrag 1 zu keinen Mehrkosten und zu keinem Mehraufwand im Vergleich zur gesamthaften Vergabe führen würde, läge der Entscheid über eine gesamthafte oder getrennte Vergabe nach wie vor im Ermessen der Vorinstanz.



2.1.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Argumente die Gründe der Vorinstanz für eine gesamthafte Vergabe nicht als willkürlich erscheinen lassen. Deshalb liegt kein Ermessensmissbrauch vor. Daraus folgt, dass die gemeinsame gesamthafte Vergabe der Aufträge 1 bis 4 an eine Unternehmung resp. ARGE nicht zu beanstanden ist.

2.2. Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Nichtvornahme von Änderungen an den Ausschreibungsunterlagen der Anordnung des Verwaltungsgerichts in den Urteilen B 2010/224 und B 2010/225 vom 26. Januar 2011 widerspreche.

2.2.1. Das Verwaltungsgericht hielt für die Vorinstanz bindend in den Urteilen B 2010/224 und B 2010/225 vom 26. Januar 2011 fest (E. 3.5. und 3.6, in: [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)), dass aus der Ausschreibung hervorgehen müsse, ob die Aufträge nach Massgabe der unterschiedlichen Leistungen separat vergeben würden, oder ob und aus welchen Gründen die Aufträge von verschiedenen Behörden vergeben und die Aufträge 2 bis 4 zwingend derselben Anbieterin zugeschlagen würden, die den Auftrag 1 erhalte. Sodann verlangte das Verwaltungsgericht von der Vorinstanz in den Urteilen B 2010/224 und B 2010/225 vom 26. Januar 2011, dass die zuständige Behörde bzw. die zuständigen Behörden die Ausschreibung im Sinne der Erwägungen zu ergänzen habe. Die Mitwirkung zweier Behörden bei der Vergabe stelle eine Ergänzung der im Amtsblatt publizierten Ausschreibung dar, weswegen diese den Verfahrensbeteiligten als anfechtbare Verfügung zu eröffnen sei. Diesen gegenüber sei transparent darzulegen, ob und weshalb die vier Aufträge gemeinsam oder separat vergeben würden und ob von unterschiedlichen Behörden bzw. allenfalls gemeinsam vom Baudepartement und vom Gemeinderat Gams darüber entschieden werde. Dabei sei den Verfahrensbeteiligten Gelegenheit zu geben, geänderte Offerten einzureichen. Diese seien nach den bekanntgegebenen oder neu bekanntzugebenden Kriterien neu zu prüfen, und es sei ein neuer Entscheid über den Zuschlag bzw. allenfalls über die Zuschläge für die einzelnen Teilaufträge zu fällen.

2.2.2. Die Vorinstanz hat in der Verfügung vom 1. April 2011 festgehalten, dass aufgrund der Ermächtigung durch die Gemeinde Gams und die Elektra Gams die Aufträge 1 bis 4 gemeinsam durch das Baudepartement vergeben werden und dass



dabei die in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebenen Zuschlagskriterien unverändert für die gesamthafte Bewertung der Offerten für die Aufträge 1 bis 4 zur Anwendung gelangen werden. Damit kam die Vorinstanz der Aufforderung des Verwaltungsgerichts nach, indem sie die Verfahrensbeteiligten über die gemeinsame gesamthafte Vergabe der vier Aufträge informierte. Freilich wäre auch eine separate Vergabe der vier Aufträge durch verschiedene Behörden (Vorinstanz, Gemeinde Gams und Elektra Gams) möglich gewesen, aber die Vorinstanz entschloss sich mit Ermächtigung des Gemeinderats Gams und der Elektra Gams zu einer gemeinsamen gesamthafte Vergabe. Dies ist eine Ermessensbetätigung der Vorinstanz, die – wie bei E. 2.1.2 erörtert – durch das Verwaltungsgericht nicht überprüfbar ist, da die dafür vorgebrachten Gründe als nachvollziehbar und plausibel erscheinen. Dabei wäre indessen wünschenswert gewesen, wenn die Vorinstanz die Gründe für die gesamthafte Vergabe aller Aufträge an eine Unternehmung resp. ARGE bereits in der Verfügung vom 1. April 2011 fundierter erläutert hätte und nicht erst in der Vernehmlassung vom 2. Mai 2011.

2.2.3. Die Verfügung der Vorinstanz vom 1. April 2011 lehnt die Neueinreichung geänderter Offerten ab, da eine gemeinsame gesamthafte Vergabe der Aufträge 1 bis 4 den Ausschreibungsunterlagen entspreche und da an den in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebenen Bedingungen (insbesondere Eignungs- und Zuschlagskriterien) keine Änderungen vorgenommen worden seien. Eine Neueinreichung von Offerten würde eine gemäss Art. 33 Abs. 3 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) unzulässige Abgebotsrunde darstellen.

Wie in den Urteilen B 2010/224 und B 2010/225 vom 26. Januar 2011 festgehalten, mussten die Anbieterinnen die Ausschreibungsunterlagen nach Treu und Glauben so verstehen, dass die Aufträge 1 bis 4 gemeinsam und gesamthafte nach einheitlichen Kriterien vergeben werden. Die Vorinstanz hat dies nun tatsächlich auch so beabsichtigt und in der Verfügung vom 1. April 2011 mitgeteilt, wie es nach Treu und Glauben aus den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen verstanden werden konnte. Deshalb erübrigt sich eine Neueinreichung von geänderten Offerten, da sich die Zuschlagskriterien nicht geändert haben. Zu berücksichtigen ist aber, dass die bisher eingereichten Offerten unter dem Gesichtspunkt der gesamthafte Vergabe der



vier Aufträge unter den gleichbleibenden Zuschlagskriterien neu bewertet werden müssen und sich allenfalls dadurch das wirtschaftlich günstigste Angebot ändern kann. Nach den Urteilen des Verwaltungsgerichts B 2010/224 und B 2010/225 vom 26. Januar 2011 ist nämlich zwingend eine Neuvergabe der Arbeiten im Zusammenhang mit der Haagerstrasse Gams erforderlich und eine neue Zuschlagsverfügung ist durch die Vorinstanz zu erlassen. Das Angebot der ARGE Hugo Dietsche AG/Toldo AG/Implenia Bau AG/W. Kressig AG ist daher bei einer gesamthaften Vergabe der vier Aufträge nicht per se das wirtschaftlich günstigste Angebot, sondern auch diese Offerte muss neu bewertet und dem Angebot der ARGE Bernhard Frei AG/Vetsch Bau AG gegenüber gestellt werden. In einer anfechtbaren Zuschlagsverfügung wird die Vorinstanz begründen müssen, wieso die Vergabe an die betreffende Unternehmung resp. ARGE erfolgt und inwiefern das Angebot dieser Unternehmung resp. ARGE das wirtschaftlich günstigste Angebot hinsichtlich des Gesamtauftrags (Aufträge 1 bis 4) ist.

2.2.4. Es lässt sich also festhalten, dass sich eine Neueinreichung von Offerten für die Gesamtvergabe der Aufträge 1 bis 4 nach dem Gesagten erübrigt, da die Beschwerdeführerin bereits ein Angebot für den Gesamtauftrag einreichte und die Vorinstanz die Zuschlagskriterien im Vergleich zu den Ausschreibungsunterlagen nicht veränderte.

Die Beschwerdeführerin lässt hingegen vorbringen, dass die Tatsache nicht aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich gewesen sei, dass für die Vergleichbarkeit bzw. Ähnlichkeit der Referenzprojekte entscheidend gewesen sei, dass es sich um Arbeiten innerorts (Werkleitungen) unter Verkehr im Strassen- und Werkleitungsbau entweder mit einer Bausumme über einer Million Franken oder mit Einbau einer Kaltmischfundationsschicht (KMF) handle. Dies sei erst seit der Vernehmlassung der Vorinstanz vom 22. September 2010 bekannt. Daher müsste zumindest Gelegenheit gegeben werden, den Nachweis solcher Referenzprojekte nachzureichen. Diesbezüglich ist der Beschwerdeführerin zuzustimmen, da bei späterer Offenlegung der entscheidenden Gesichtspunkte für die Beurteilung der Referenzprojekte nochmals die Möglichkeit zur Einreichung von Referenzprojekten gewährt werden muss. Zwar hat die Beschwerdeführerin gemäss ihrer Stellungnahme vom 26. Mai 2011 bereits ein den Vorgaben (Bausumme über einer Million Franken) entsprechendes Referenzprojekt



angegeben, aber ihr muss auch die Möglichkeit eingeräumt werden, noch weitere Referenzprojekte einzureichen. Die Verfügung der Vorinstanz vom 1. April 2011 schliesst dies indessen nicht aus, sondern verzichtet auf die Einräumung der Gelegenheit, geänderte Offerten nachzureichen, da eine solche Möglichkeit der Neueinreichung von Offerten eine gemäss Art. 33 Abs. 3 VöB unzulässige Abgebotsrunde darstellen würde. Die Nachreichung von Referenzprojekten stellt hingegen keine materielle Änderung der ursprünglichen Offerte der Beschwerdeführerin dar, sondern ist lediglich ein weiterer Nachweis von Referenzprojekten der Beschwerdeführerin. Eine solche Nachreichung muss trotz der Verfügung vom 1. April 2011 möglich sein, soweit die Nachreichung innert angemessener Frist seit Rechtskraft des vorliegenden Urteils erfolgt. Eine Aufhebung der Verfügung vom 1. April 2011 ist diesbezüglich somit nicht erforderlich, da sie die Nachreichung von Nachweisen über Referenzprojekte nicht ausschliesst, soweit damit keine materielle Änderung der ursprünglichen Offerte verbunden ist.

2.3. Schliesslich macht die Beschwerdeführerin für den Fall, dass sich die gesamthafte Vergabe der Aufträge 1 bis 4 als sachgerecht erweist, geltend, dass die Zuschlagskriterien neu und in dem Sinne zu gewichten seien, dass der Erfahrung mit KMF-Belagsarbeiten weniger Gewicht zukomme. Andernfalls würden die Aufträge 2 bis 4 an dasjenige Unternehmen vergeben, das für Auftrag 1 die beste Bewertung erhielt, da dieser Auftrag als der Wesentlichste angesehen werde. Für die Aufträge 2 bis 4 sei die Erfahrung und Fähigkeit zur Einbringung einer Kaltmischfundationsschicht (KMF) belanglos und unbeachtlich. Durch die starke Gewichtung der Erfahrung mit KMF-Belägen hätten andere Unternehmungen als die ARGE Hugo Dietsche AG/Toldo AG/Implenia Bau AG/W. Kressig AG faktisch keine Chance auf den Zuschlag, da die Toldo AG als einziges Unternehmen in der Region bereits mehrmals mit KMF-Belägen gearbeitet habe. Eine so starke Gewichtung der Erfahrung mit KMF-Belägen sei nicht sachgerecht, da das Arbeiten mit KMF-Belägen nicht dermassen kompliziert sei, dass man dafür über grosse Erfahrungen verfügen müsste. Die Fähigkeit zum Erbringen von KMF-Belägen gehöre heutzutage zum Standard und werde auch von der ARGE Bernhard Frei AG/Vetsch Bau AG beherrscht.

Diese Einwände der Beschwerdeführerin erweisen sich insofern als unbehelflich, als das Verwaltungsgericht in den Urteilen B 2010/224 und B 2010/225 vom 26. Januar



## St.Galler Gerichte

2011 jeweils festhielt (E.3.6 resp. E. 3.5, in: [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)), dass sich die Bewertung hinsichtlich des Auftrags 1 unter Berücksichtigung der Erfahrung mit KMF-Belägen soweit ersichtlich nicht als fehlerhaft erweist. Zudem wird nach konstanter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts dem Auftraggeber mit der (nicht abschliessenden) Aufzählung von Zuschlagskriterien, darunter Preis, Qualität, Erfahrung sowie Sicherheit des Ausbildungsstandes einer Berufsgattung, ein weiterer Ermessensspielraum eingeräumt. Die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien 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 eingreift (vgl. anstatt vieler GVP 2006 Nr. 58).

Zu beachten ist aber, dass bei einer gesamthaften Vergabe der Aufträge 1 bis 4 die Erfahrung mit KMF-Belägen nicht das gleiche Gewicht beim Zuschlagsentscheid einnehmen kann wie bei einer separaten Vergabe des Auftrags 1. Dies anerkennt im Übrigen auch die Vorinstanz, so führt diese in der Vernehmlassung vom 2. Mai 2011 aus, dass die Verfügung vom 1. April 2011 nur mitteile, dass die in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebenen Zuschlagskriterien unverändert für die gesamthafte Bewertung der Offerten für die Aufträge 1 bis 4 gültig bleiben. Die Verfügung vom 1. April 2011 äussere sich nicht dazu, wie bei der gesamthaften Bewertung der Offerten die Erfahrung mit KMF-Belagsarbeiten beurteilt werde. Diese sei erst bei der gesamthaften Bewertung der Offerten für die Aufträge 1 bis 4 vorzunehmen und dabei seien die KMF-Belagsarbeiten nur beim Auftrag 1 von Bedeutung. Diese Ausführungen der Vorinstanz erweisen sich nicht als unhaltbar oder sachwidrig. Sodann ist zu berücksichtigen, dass gemäss den Ausführungen der Vorinstanz bei der Beurteilung der Referenzprojekte nicht nur solche mit Einbau einer Kaltmischfundationsschicht entscheidend sind, sondern auch Projekte über Arbeiten innerorts unter Verkehr im Strassen- und Werkleitungsbau mit einer Bausumme über einer Million Franken. Über ein letzteres Projekt verfügt gemäss eigenen Angaben auch die Beschwerdeführerin, sodass nicht die Rede davon sein kann, dass andere Unternehmungen aufgrund der Gewichtung der Erfahrung gegen die ARGE Hugo Dietsche AG/Toldo AG/Implenia Bau AG/W. Kressig AG faktisch keine Chance hätten, den Zuschlag zu erhalten.



## St.Galler Gerichte

Wie bereits ausgeführt, hat die Vorinstanz in einer neuen anfechtbaren Zuschlagsverfügung über die gemeinsame gesamthafte Vergabe der Aufträge 1 bis 4 zu entscheiden. Dabei sind die Angebote der ARGE Hugo Dietsche AG/Toldo AG/Implenia Bau AG/W. Kressig AG und der ARGE Bernhard Frei AG/Vetsch Bau AG unter dem Gesichtspunkt der gemeinsamen gesamthafte Vergabe der vier Aufträge neu zu bewerten, und das wirtschaftlich günstigste Angebot hinsichtlich der gesamthafte Vergabe ist zu ermitteln.

2.4. Zusammengefasst ergibt sich, dass die gemeinsame gesamthafte Vergabe der Aufträge 1 bis 4 durch das Baudepartement an eine Unternehmung resp. ARGE nicht als sachwidrig oder gar willkürlich erscheint. Die Vorinstanz hat keinen Ermessensmissbrauch und keine Ermessens-überschreitung begangen. Der Beschwerdeführerin ist aber die Möglichkeit zur Nachreichung von Referenzprojekten zu gewähren. Dies schliesst indessen die Verfügung der Vorinstanz vom 1. April 2011 nicht aus, und deswegen erweist sich diese als rechtmässig. Die Vorinstanz hat in einer neuen anfechtbaren Zuschlagsverfügung die gemeinsame gesamthafte Vergabe der Aufträge 1 bis 4 vorzunehmen sowie zu begründen, und dabei wird die Erfahrung mit den KMF-Belägen – gesamthafte betrachtet – nicht mehr das gleiche Gewicht einnehmen wie bei einer separaten Vergabe des Auftrags 1.

3. (...).

## Demnach hat das Verwaltungsgericht

### zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen.

2./ Die Beschwerdeführerin hat die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 5'000.-- unter Verrechnung des geleisteten Kostenvorschusses in gleicher Höhe zu bezahlen.



3./ Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

V.      R.      W.

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin (durch Rechtsanwalt lic. iur. Emil Nisple, 9000 St. Gallen)
- die Vorinstanz

am:

Rechtsmittelbelehrung:

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.