

Urteil vom 12. August 2008

II. VERWALTUNGSGERICHTSHOF

PARTEIEN

X._____ **Beschwerdeführerin**, vertreten durch Rechtsanwalt Thomas P. Zemp, Utoquai 29/31, 8008 Zürich,

gegen

STAATSRAT DES KANTONS FREIBURG, Chorherrengasse 17, Postfach, 1701 Freiburg, **Vorinstanz**, vertreten durch die Raumplanungs-, Umwelt- und Baudirektion, Chorherrengasse 17, 1700 Freiburg,

Z._____.....vertreten durch Rechtsanwalt Denis Esseiva, Bd de Pérolles 21, Postfach 656, 1701 Freiburg,

GEGENSTAND

Raumplanung und Bauwesen / öffentliches Beschaffungswesen

Beschwerde vom 23. Mai 2008 gegen den Entscheid vom 5. Mai 2008

S a c h v e r h a l t

A. Der Staatsrat des Kantons Freiburg schrieb im Amtsblatt Nr. 37 vom 14. September 2007 Arbeiten für den Bau der Poya-Brücke im offenen Verfahren öffentlich aus. Gegenstand des Auftrags war unter anderem die Beschaffung von Schrägseilen ("haubans"). Als Organisator des Beschaffungsverfahrens wurde das Tiefbauamt der Raumplanungs-, Umwelt- und Baudirektion (RUBD) bezeichnet. Dieses setzte als Schlusstermin für die Einreichung der Angebote den 9. November 2007 fest. Innert dieser Frist haben die Firmen Z._____, X._____ und Y._____ je ein Angebot eingereicht. Die Offerten wurden von einem Vertreter des Tiefbauamts, dem ausführenden Ingenieurbüro ... und von zwei Experten (...) überprüft.

B. Mit Beschluss vom 5. Mai 2008 erteilte der Staatsrat den Zuschlag für die Erstellung der Schrägseile an Z._____ zu einem Betrag von 3'523'693.40 Franken. Dieser Entscheid wurde mit Brief vom 9. Mai 2008 der mit einem Angebot von 2'900'955.90 Franken nicht berücksichtigten X._____ zugestellt. Weder die Verfügung noch das Begleitschreiben enthalten eine Begründung.

Am 21. Mai 2008 kam es zwischen Vertretern des Tiefbauamts, des Ingenieurbüros sowie X._____ zu einer Besprechung. Aus dem Verhandlungsprotokoll ergibt sich unter anderem, dass das Angebot der X._____ als nicht zulässig ("non recevable") bezeichnet und somit aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde. Zur Begründung wurde vorgebracht, dass der Dichtheitsnachweis des Schrägseilssystems fehlte ("... ne dispose pas des essais de qualification de l'étanchéité des haubans ...").

C. Am 23. Mai 2008 liess die X._____ Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen und beantragen, die Verfügung vom 5. Mai 2008 aufzuheben und den Staatsrat anzuweisen, die Vergabe neu zu beurteilen und eine neue Zuschlagsverfügung zu erlassen, oder, eventualiter, die Rechtswidrigkeit der Verfügung vom 5. Mai 2008 festzustellen. Zudem sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, ihr (X._____) zu gestatten, (für das Verwaltungsgerichtsverfahren) die deutsche Sprache zu benutzen und ihr eine Nachfrist zu setzen, um die Beschwerdeschrift zu ergänzen. Im Wesentlichen macht X._____ geltend, dass bei dem von ihr gewählten _____-System nur ein projektbezogener Dichtigkeitstest möglich sei. Der Umstand, dass sie diesen Test nicht abgegeben habe, dürfe nicht zu einem Ausschluss führen, sondern lediglich zu einer Nullbewertung.

Mit der Eröffnung des Schriftenwechsels untersagte der Instruktionsrichter der Vergabestelle bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung alle Vollstreckungsmassnahmen.

Während der Staatsrat, vertreten durch die RUBD, auf Abweisung der Beschwerde schliesst, beantragt Z._____, auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventuell sie abzuweisen.

Die Beschwerdeführerin erhielt Gelegenheit, Gegenbemerkungen (Replik) einzureichen. Zur Klärung einer strittigen Frage fand ein weiterer Schriftenwechsel statt.

Auf die Begründungen der einzelnen Anträge wird in den nachfolgenden Erwägungen eingetreten.

E r w ä g u n g e n

1. a) Das vorliegende Verfahren beurteilt sich nach dem Gesetz vom 11. Februar 1998 über das öffentliche Beschaffungswesen (GöB; SGF 122.91.1), dem Reglement vom 28. April 1998 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBR; SGF 122.91.1) sowie nach der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SGF 122.91.2). Die Zuständigkeit der Verwaltungsrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts ergibt sich demnach aus Art. 2 Abs. 1 GöB in Verbindung mit Art. 15 Abs. 1 IVöB und Art. 114 Abs. 1 lit. a des Gesetzes vom 23. Mai 1991 über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; SGF 150.1).

b) Die Beschwerdefrist von 10 Tagen (Art. 15 Abs. 2 IVöB) ist eingehalten. Die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerde sind gewahrt und der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt. Im Übrigen gilt der Ausschluss aus dem

Vergabeverfahren als eine durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügung (Art. 15 Abs. 1 lit. d IVöB).

c) In der Ausschreibung wurde festgelegt, dass Französisch die Sprache der Ausschreibungsunterlagen, des Verfahrens sowie für die Offerte und die Ausführung ist, aber Offerten in deutscher Sprache akzeptiert werden. Der angefochtene Entscheid ist in französischer, die Beschwerde in deutscher Sprache abgefasst. Die Beschwerdegegnerin gebraucht die französische Sprache, widersetzt sich aber nicht, dass die Beschwerdeführerin die deutsche Sprache benutzt und dass das Urteil des Kantonsgerichts in dieser Sprache ergeht. Die RUBD nimmt sich zur Frage, welche Sprache anzuwenden ist, keine Stellung. Infolgedessen ist Deutsch als Verfahrenssprache zu benutzen (vgl. Art. 38 VRG; BERNHARD WALDMANN, Die Sprache im öffentlichen Vergabeverfahren, *in* FZR 2003 S. 15 ff.).

2. a) Die Beschwerdeführerin ersucht um eine Nachfrist, damit sie ihre Beschwerde ergänzen könne. Die Vergabebehörde habe den Zuschlagsentscheid erst am 21. Mai 2008 mündlich begründet und sie (die Beschwerdeführerin) habe das entsprechende Protokoll am 22. Mai 2008, um 12.19 Uhr, erhalten. Damit hätte sie für das Abfassen der Beschwerdeschrift lediglich zwei Tage zur Verfügung gehabt. Das Protokoll gebe die Besprechung vom 21. Mai 2008 in zahlreichen und wesentlichen Teilen unzutreffend wieder, weshalb eine Protokollberichtigung verlangt werden müsse.

Die RUBD bezeichnet den Antrag der Beschwerdeführerin als unbegründet; die Beschwerdegegnerin äussert sich dazu nicht.

b) Nach Art. 34a Abs. 2 ÖBR und Art. 13 lit. h IVöB sind die Verfügungen des Auftraggebers summarisch beziehungsweise ist der Zuschlag kurz zu begründen. Die Begründungspflicht ist Bestandteil des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV; SR 101]).

c) Es ist in der Tat so, dass der Entscheid vom 5. Mai 2008 nicht begründet und somit formell fehlerhaft ist. Auch hatte die Beschwerdeführerin lediglich zwei Tage zur Verfügung, um die Beschwerdefrist abzufassen. Grundsätzlich hat ein durch eine Verfügung Betroffener Anrecht auf einen begründeten Entscheid und muss ihm für die Ausübung seiner Parteirechte die gesetzlich vorgeschriebene Rechtsmittelfrist vollständig zur Verfügung stehen. Vor diesem Hintergrund erscheint das Verhalten der Vergabebehörde als schwer nachvollziehbar.

d) Die Frage, ob die Rechtsmittelfrist allenfalls erst ab dem 21. Mai 2008, nachdem die Ausschlussgründe mündlich nachgeliefert wurden, zu laufen begann, kann offen bleiben, weil die Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt betrachtet werden kann. Die Rechtsprechung lässt es nämlich zu, dass eine ungenügende Begründung des Vergabeentscheids mit der Beschwerdeantwort ergänzt werden kann (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 29. Juni 2005, 2A 05 39, mit Hinweisen; PETER GALLI / ANDRÉ MOSER / ELISABETH LANG / EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2.A., Zürich 2007, Bd. 1, N 816; GVP 2007 Nr. 43 E. 2; BEZ 2007 Nr. 51 E. 3.1; OLIVIER RODONDI, La gestion de la procédure de soumission, *in* Zufferey/Stöckli [Hrsg], Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 194 f. N 92; MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich 2008, N 243 ff. [im Folgenden zitiert: BEYELER, Ziele,]; auch: ALFRED KÖLZ / JÜRIG BOSSHART / MARTIN RÖHL, Kommentar zum

Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 10 N 45). Das ist vorliegend geschehen und die Beschwerdeführerin konnte nachträglich den Vergabeentscheid nachvollziehen. Darauf erhielt sie Gelegenheit, eine Replik einzureichen, und vermochte auf diese Weise, eine sachbezogene und substantiierte Begründung nachzuliefern. Dass ein Vorgehen mit einem doppelten Schriftenwechsel zeitraubend ist, hat sich allein die Vergabebehörde zuzuschreiben (vgl. dazu auch unten E. 5). Die offensichtliche Mangelhaftigkeit der Zusatzverfügung gilt es bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen (vgl. unten E. 13). Somit ist der Antrag der Beschwerdeführerin um Einräumung einer Nachfrist abzulehnen.

3. a) Die Beschwerdeführerin stützt ihre Beschwerdebefugnis auf Art. 76 lit. a VRG, wonach zur Beschwerde berechtigt ist, wer durch den angefochtenen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. Als nicht berücksichtigte Anbieterin sei sie mehr als irgendein Dritter in ihren eigenen Interessen betroffen. Ob sie eine grosse oder geringe Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten, sei nicht ausschlaggebend. Zudem könne sie, so lange der Vertrag noch nicht abgeschlossen sei, die Wiederholung des Vergabeverfahrens verlangen und damit ihre Chancen auf einen Zuschlag wahren. Aber selbst wenn der Vertrag geschlossen wäre, würde dies an ihrer Beschwerdebefugnis nichts ändern.

Die RUBD äussert sich zur Frage der Beschwerdebefugnis nicht. Hingegen verneint die Beschwerdegegnerin die Legitimation und beantragt, auf die Beschwerde nicht einzutreten. Die Beschwerdeführerin stelle lediglich ihren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren infrage. Sie behaupte nicht, dass der Zuschlagsentscheid fehlerhaft sei und dass der Zuschlag an sie hätte erteilt werden müssen. Um die Beschwerdebefugnis zu begründen, hätte sie formell die Aufhebung des Zuschlagsentscheids und den Zuschlag an sie verlangen müssen. Das habe sie nicht getan, weshalb der Zuschlagsentscheid in Rechtskraft erwachsen sei.

In der Replik bringt die Beschwerdeführerin demgegenüber vor, dass sie vom Verfahren ausgeschlossen und mithin ihre Offerte ignoriert worden sei. Demnach fehle der Rechtsmittelinstanz sämtliche erforderlichen Vergleichs-, Bewertungs- und damit die Entscheidungsgrundlagen, um unmittelbar eine neue Zuschlagsverfügung erlassen zu können.

b) Als Prozessvoraussetzung ist die Beschwerdelegitimation von Amtes wegen zu prüfen (KÖLZ / BOSSHART / RÖHL, § 21 N. 29). Da weder das GöB noch die IVöB regeln, wer zur Anfechtung eines Vergabeverfahrens befugt ist (vgl. GALLI / MOSER / LANG / CLERC, N 850), ist, wie die Beschwerdeführerin zu Recht ausführt, auf Art. 76 lit. a VRG abzustellen.

c) Im Vergabeverfahren beurteilt die Rechtsprechung die Beschwerdelegitimation unterschiedlich. So sind nach dem Vergaberecht des Bundes nicht berücksichtigte oder ausgeschlossene Mitbewerber zur Beschwerde berechtigt unabhängig von den konkreten Chancen auf den Zuschlag. Verschiedene kantonale Verwaltungsgerichte bejahen die Beschwerdelegitimation nicht berücksichtigter Anbieter nur dann, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung. Ein

Gericht hält fest, dass der in einem Zuschlagsverfahren nicht berücksichtigte Mitbewerber durch diesen Entscheid betroffen und mehr als jeder andere berührt sei und infolgedessen als primärer Verfügungsadressat die erforderliche Nähe zum angefochtenen Entscheid habe (vgl. GALLI / MOSER / LANG / CLERC, N 854 und 856; MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Diss. Freiburg 2004, N 400 ff. [im Folgenden zitiert: BEYELER, Diss.,]).

d) Die Verwaltungsrechtliche Abteilung des Kantonsgerichts Freiburg hat die Beschwerdelegitimation nicht berücksichtigter oder ausgeschlossener Mitbewerber grundsätzlich immer unabhängig von den konkreten Chancen auf den Zuschlag bejaht. Es besteht keine Veranlassung, von dieser Rechtsprechung abzuweichen, umso weniger als die Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde und ihre Offerte offenbar nicht oder, wenn überhaupt, nur teilweise geprüft worden ist. Auch hat sie das preislich günstigste Angebot eingereicht und hätte infolgedessen, wenn die Gutheissung ihrer Beschwerde zu einer Wiederholung der Bewertung führen würde, gute Chancen auf den Zuschlag. Da ihr Angebot materiell nicht geprüft worden ist, kann sie, entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin, nicht den Zuschlag an sie verlangen. Würde man im Übrigen der Argumentation der Beschwerdegegnerin folgen, hiesse dies, dass ausgeschlossenen Mitbewerbern, deren Angebote nicht oder nur teilweise geprüft wurden, keine Beschwerdebefugnis zukommt. Das kann nicht sein. Mithin ist die Legitimation der Beschwerdeführerin gegeben.

4. a) Nachdem die Beschwerdeführerin ihre Verwaltungsgerichtsbeschwerde bereits eingereicht hatte, gelangte sie am 6. Juni 2008 an den Staatsrat und ersuchte um Akteneinsicht. Die RUBD gab diesem Begehren nicht statt und verwies diesbezüglich auf die Devolutivwirkung. Am 26. Juni 2008 übermittelte der Instruktionsrichter dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin die Akten, ausser jene, die vom Staatsrat beziehungsweise von der RUBD und von der Beschwerdegegnerin als vertraulich bezeichnet wurden. Am 4. Juli 2008 stellte die Beschwerdeführerin ein Gesuch um vollständige Akteneinsicht. Zur Begründung verwies sie auf die ausserordentliche Relevanz der zurückbehaltenen Dokumente, ohne die eine unmittelbare Kenntnisnahme und Überprüfung der Informationen nicht beziehungsweise kaum möglich seien. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern Informationen der anderen Anbieter dem Geschäftsgeheimnis unterstehen sollten.

Der Instruktionsrichter gab dem Antrag der Beschwerdeführerin auf vollständige Akteneinsicht nicht statt. Mit Eingabe vom 7. Juli 2008 bestätigte die Beschwerdegegnerin, dass ihre Akten nicht ausgehändigt werden sollen. In der Replik kommt die Beschwerdeführerin auf die Problematik des Akteneinsichtsrechts zurück. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb verschiedene Dokumente vom Geschäftsgeheimnis erfasst sein sollten.

b) Das Recht auf Akteneinsicht ist Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Es findet seine Grundlage in Art. 29 Abs. 2 BV und in Art. 60 lit. a VRG. Aus diesen Bestimmungen lässt sich aber kein Anspruch auf Einsicht in die Offertunterlagen der Konkurrenten ableiten (Entscheid des Bundesgerichts vom 2. März 2000, 2P.274/1999, E. 2c/aa, in Praxis 2000 Nr. 134 S. 797; GALLI / MOSER / LANG / CLERC, N 759; AGVE 2000 S. 279 ff.; BEZ 2001 Nr. 56). Im bundesgerichtlichen Urteil wird dargelegt, dass ein übergangener Anbieter in einem Rechtsmittelverfahren kein Einsichtsrecht in alle Offertunterlagen der Konkurrenten habe. Das in anderen Bereichen übliche allgemeine Akteneinsichtsrecht müsse bei Submissionsverfahren gegenüber dem Interesse der

Anbieter an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie des in den Offertunterlagen zum Ausdruck kommenden unternehmerischen Know-hows zurücktreten. In einem anderen Urteil vom 20. Februar 2003 (2P.226/2002, E. 2.1) hielt das Bundesgericht fest, dass im Submissionsverfahren die Vertraulichkeit (Art. 11 lit. g IVöB) der eingereichten Offerten sowohl durch die einschlägigen kantonalen Erlasse als auch durch das IVöB und das WTO-Abkommen garantiert sei; die Angebote geniesten den Schutz als Geschäftsgeheimnisse. Der unterlegene Bewerber habe nur Anspruch auf Bekanntgabe jener Elemente, die von Gesetzes wegen zur Begründung des Zuschlags angeführt werden müssten.

c) Aus dieser Rechtsprechung lässt sich ableiten, dass im Vergabeverfahren das Vorliegen von Geheimhaltungsinteressen eher die Regel als die Ausnahme ist. Deshalb ist das Akteneinsichtsrecht restriktiv zu handhaben. Dem ist sich auch die Beschwerdeführerin bewusst, hat sie doch selbst ebenfalls verschiedene Akten, welche ihr Angebot betreffen, als vertraulich bezeichnet. Eine weitergehende Akteneinsicht ist ihr deshalb zu verweigern. Es geht hier in erster Linie darum zu prüfen, ob sie zu Recht oder nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde. Gegen den entsprechenden Entscheid kann sich die Beschwerdeführerin auch ohne vollständiges Akteneinsichtsrecht zur Wehr setzen. Insofern hält der Entscheid des Instruktionsrichters, der Beschwerdeführerin nicht das vollständige Akteneinsichtsrecht zu gewähren, vor Art. 29 Abs. 2 BV und in Art. 60 lit. a VRG stand.

5. Mit dem Entscheid in der Hauptsache wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos. Immerhin ist in diesem Zusammenhang hervorzuheben, dass die Vorbringen der Vergabebehörde und der Beschwerdegegnerin hinsichtlich einer angeblichen Dringlichkeit der Angelegenheit mehr als merkwürdig erscheinen. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht ausführt, ist die Dringlichkeit oft selbstverschuldet. Das trifft gerade auf den vorliegenden Fall zu. Zwar mag es sich um eine komplexe Angelegenheit handeln, die eine gewisse Zeit für die Überprüfung der Angebote benötigte. Aber trotzdem ist nicht einzusehen, weshalb die Vergabebehörde sechs Monate brauchte, um den Zuschlag zu erteilen. Mit Beschwerden ist immer zu rechnen, und dass dadurch bei der Vergabebehörde ein gewisser Zeitdruck entstehen kann, ist nicht aussergewöhnlich!

6. a) Die Beschwerdeführerin beantragt, die Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin aus dem Recht zu weisen. Diese sei aus dem Vergabeverfahren auszuschliessen, weil sie über keine eigenen Spezialisten verfüge, sondern sich einzig auf die Erfahrung und die technischen Referenzen der französischen Gruppengesellschaft Z. _____ International berufen könne. Damit würden die beiden Gesellschaften eine unzulässige, in der Ausschreibung explizit ausgeschlossene Bietergemeinschaft bilden. Auch werde mit Nichtwissen bestritten, dass die von der Beschwerdegegnerin angeführten Referenzpersonen und Erfahrungsträger (...) deren Arbeitnehmende seien.

b) Dieses Begehren ist, wie auch noch weiter unten auszuführen sein wird (vgl. unten E. 11f/g), unbegründet, weshalb ihm nicht zu folgen ist. Die Beschwerdegegnerin ist eine seit 1964 in _____ eingetragene Aktiengesellschaft. Aus den Akten ergibt sich, dass A. usw. _____ für die Beschwerdegegnerin arbeiten, und sie waren, nach den vorliegenden Lebensläufen zu urteilen, zum Teil weltweit bei verschiedenen Brückenbauten und anderen Bauten tätig. Der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin sich für das hier strittige Bauvorhaben auf die technische und betriebliche Unterstützung

der Z._____ International ("... bénéficie du soutien technique et opérationnel de ...") stützen kann, führt nicht zu einer nicht erlaubten Bietergemeinschaft und ist mithin nicht zu beanstanden.

7. a) Grundlage der Offerten waren die vom 14. September 2007 datierten besonderen Bedingungen ("conditions particulières"), die zusammen mit anderen Dokumenten von der Vergabebehörde den potenziellen Anbietern ausgehändigt wurden. Nach Ziff. 223 dieser Bedingungen müssen, damit ein Angebot zulässig ist, drei Voraussetzungen erfüllt sein: die Offerte muss innert Frist eingereicht werden, der Anbieter muss eine vollständige Offerte zum offiziellen ausgeschriebenen Projekt vorlegen ("L'entrepreneur doit déposer une offre complète relative au projet officiel") und die Offerte muss den besonderen Bedingungen der Ausschreibungsunterlagen, die anderen anwendbaren Normen, Vorschriften und Empfehlungen vorgehen, entsprechen ("L'offre doit respecter les clauses des présentes conditions particulières qui priment sur toutes les normes, prescriptions et recommandations en vigueur"). Zudem muss der technische Rapport bestimmte Beilagen enthalten, namentlich den Nachweis der Dichtheit des Schrägseilsystems ("Annexes relatives aux essais de qualification de l'étanchéité des haubans"; Ziff. 252). Die Offerte hat weiter der "Recommandation fib CIB-FIB bulletin N°30, Acceptance of stay cable systems using prestressing steels, January 2005" (nachfolgend: fib-Empfehlung) und der "Recommandation de la commission interministérielle de la précontrainte, Setra, novembre 2001" (nachfolgend: Setra-Empfehlung) zu entsprechen (Ziff. 740).

Die Vergabebehörde begründet den Ausschluss der Beschwerdeführerin mit dem Fehlen des Dichtheitsnachweises des angebotenen Schrägseilsystems. Damit sei die eingereichte Offerte unvollständig und respektiere die besonderen Bedingungen der Ausschreibungsunterlagen nicht.

Offenbar hat die Beschwerdeführerin den Nachweis betreffend Übereinstimmung mit diesen Empfehlungen nicht erbracht, sondern lediglich offeriert.

b) Die Beschwerdeführerin führt dazu aus, dass dem Kriterium der Vollständigkeit konkret keine eigenständige Bedeutung zukomme, weil das Nichtbefolgen nicht zu einer Disqualifikation beziehungsweise zu einem Ausschluss führe, sondern lediglich zu einer Nullbewertung. Sie habe im Einklang mit früheren analogen Ausgangssituationen und den allgemein üblichen Marktusancen anboten, den geforderten Nachweis bezüglich Übereinstimmung mit den erwähnten Empfehlungen nach Erteilung des Zuschlags beziehungsweise vor Ausführung zu erbringen. Damit habe sie dargetan, dass sie die Empfehlungen gemäss Ziff. 740 der Bedingungen respektiere. Dieses Vorgehen rechtfertige sich dadurch, dass es in der Schweiz keine rechtsverbindliche Normen für Schrägseil-Kabelsysteme gebe, sondern nur eine Reihe von internationalen, nicht verbindlichen Empfehlungen. Die entsprechenden Nachweise seien stets "Projekt- und Ingenieur-spezifisch" zu erbringen. Das bedeute, dass, um einen brauchbaren optimalen Sicherheitsnachweis erbringen zu können, sie sich jeweils nach den konkreten Anforderungen für das Bauprojekt und den verwendeten Materialien richteten, die nicht im Voraus bestimmbar seien, und dass beispielsweise für einen Setra-Dichtigkeitsnachweis eine Zeitdauer von mindestens sechs Wochen (Prüfdauer ohne Probekörperherstellung und Auswertung) erforderlich sei. Selbst die von der Vergabebehörde angeführten Empfehlungen würden vorsehen, dass die entsprechenden Tests projektspezifisch erfolgen sollten. Anzumerken sei zudem, dass ein

Dichtigkeitsnachweis mit Kosten von mindestens 100'000 Franken verbunden sei. Weder sie noch die renommierte, ihr nahe stehende B.____-Gruppe seien bis heute je von einem Ausschreibungsverfahren disqualifiziert worden, weil Versuchsergebnisse für Dichtigkeitstests wie auch für statische und dynamische Zugversuche bei Offertabgabe noch nicht vorgelegen hätten. Sie habe auch keine Kenntnis, dass andere Mitbewerber in vergleichbaren Situationen disqualifiziert worden wären, indem entsprechende Versuchsergebnisse bereits bei Offertabgabe hätten vorgelegen haben müssen.

In Deutschland seien ebenfalls keine generellen Zulassungsverfahren festgelegt und der dritte Mitbewerber, die Y._____, habe den Dichtigkeitsversuch an einem liegenden anstatt an einem schrägen Kabel durchgeführt, was nicht vollumfänglich den fib- und Setra-Empfehlungen entspreche.

Das sehr ungewöhnliche und nicht antizipierbare Vorgehen der Vergabebehörde, einen Nachweis bereits im Rahmen der Offertstellung einzuverlangen, sei in den Ausschreibungsunterlagen, die lediglich das Erfordernis stipulieren, dass die Offerte die gegenständlichen Empfehlungen zu respektieren habe, nicht festgeschrieben und könne und dürfe nicht zu ihren Ungunsten interpretiert werden. Das Ansinnen der Vergabebehörde führe zum Ergebnis, dass in Abweichung zu den Ausschreibungsunterlagen im Zeitpunkt der Offertabgabe nicht nur ein Respektieren der Empfehlungen verlangt werde, sondern auch eine entsprechende Vertrauensbestätigung in Form einer Drittextpertise. Die Zeit zwischen der Ausschreibung (14. September 2007) und dem Einreichen des Angebots (9. November 2007) habe gar nicht gereicht, einen Dichtigkeitsversuch bei einem Drittextperiten, wie beispielsweise der EMPA, zu besprechen und durchführen zu lassen.

Nach der bisherigen Praxis des Staatsrats sei der Nachweis erst anzubieten und erst vor Bauausführung zu erbringen gewesen.

Am 14. Dezember 2007 habe die Vergabebehörde von ihr den Dichtigkeitsnachweis verlangt. Darauf habe sie (die Beschwerdeführerin) geantwortet, dass für die bis heute ausgeführten Objekte im Einverständnis mit den Kunden auf die Durchführung des aufwändigen Dichtigkeitsversuchs nach den fib- und Setra-Empfehlungen verzichtet worden sei. Bei ihrem angebotenen _____-System würden die Litzen individuell mit dem Ankerkopf verbunden und einzeln abgedichtet. Daraus abgeleitet würden interne, inoffizielle Dichtigkeitsversuche mit positiven Ergebnissen durchgeführt. Ein offizieller Versuch an einem 7-litzigen Kabel sei zurzeit in Vorbereitung und die Resultate seien im nächsten Jahr zu erwarten. Sollte für die Poya-Brücke ein weiterer Dichtigkeitsversuch notwendig sein, so sei sie bereit, diesen in Absprache mit dem Bauherrn für eine noch zu definierende Kabelgrösse und vor der Produktionsaufnahme der Schrägkabel durchzuführen. Sie verfüge zweifelsfrei über interne Dichtigkeitsnachweise und hätte der Vergabebehörde weitergehende Nachweise ausdrücklich offeriert, die darauf aber nie reagiert hätte.

Es könne nicht ernsthaft behauptet werden, ihre Offerte respektiere die beiden Empfehlungen nach Massgabe von Ziff. 740 der Bedingungen nicht. Sie erfülle alle drei Eintretensvoraussetzungen und mithin sei die Vergabebehörde verpflichtet, jene anhand der Eignungskriterien gemäss dem anwendbaren Kriterienkatalog zu bewerten.

c) Demgegenüber bringt die RUBD vor, dass die Beschwerdeführerin vom Verfahren ausgeschlossen worden sei, weil ihre Offerte unvollständig gewesen sei und den besonderen Bedingungen der Ausschreibungsunterlagen nicht entsprochen habe. Es sei unmissverständlich der Nachweis der Dichtheit des Schrägseilsystems gefordert worden. Wenn die Beschwerdeführerin bis zum Abgabetermin und auch auf die Nachfrage vom 14. Dezember 2007 hin den Nachweis nicht erbringen konnte, dass die durch sie offerierten Materialien/Systeme die erwähnten Empfehlungen respektiere, sei der Ausschluss aus dem Vergabeverfahren zulässig. Die Unterlagen des Angebots der Beschwerdeführerin seien klar ungenügend.

Bei einer Schrägseilbrücke seien die Kabel und ihre Verankerungen die wesentlichen tragenden Elemente. Sie seien einer sehr starken Belastung ausgesetzt, nämlich durch die statische Beanspruchung durch das Gewicht des Bauwerks, die statische und dynamische Beanspruchung durch den Verkehr und den Wind. Dazu kämen die strengen Umweltbedingungen wie Gefrieren/Auftauen, grosse Temperaturunterschiede sowie das Bespritzen mit Streusalz enthaltenem Wasser. Daher sei es unabdingbar, einen perfekten Schutz der Kabel und der Verankerungen garantieren zu können. Die Tragfähigkeit dieser Elemente müsse für die angestrebte Lebensdauer des Bauwerks (100 Jahre) bei einem möglichst geringen Unterhalt sichergestellt sein. Weltweit würden bei Schrägseilen in den letzten Jahren Mängel und Schäden festgestellt. Die fib- und Setra-Empfehlungen würden die Eignungstests zur Prüfung der Wirksamkeit der Massnahmen, welche das Eindringen von Wasser beziehungsweise Feuchtigkeit (Kondensation) an den Verbindungspunkten des Kabels mit dem Bauwerk verhindern sollen, beschreiben. Mit diesen Tests könne überprüft werden, ob trotz einer künstlichen Alterung, der mechanischen und thermischen Beanspruchung keine Feuchtigkeit in die Verankerungszone beziehungsweise in das Schrägseilsystem eindringen könne.

Bezüglich der fib-Empfehlung sei festzuhalten, dass an deren Ausarbeitung auch ein Mitarbeiter der Firma B._____ vertreten war. Da die Beschwerdeführerin nach eigenen Aussagen enge Verbindungen mit diesem Unternehmen habe, könne davon ausgegangen werden, dass sie über die entsprechenden neusten Empfehlungen informiert sei.

Es wäre von der Bauherrschaft wohl fahrlässig, einen Auftrag über etwa 3 Millionen Franken zu vergeben, ohne dass der Nachweis vorliege, dass das beschaffte Material die verlangten unabdingbaren Eigenschaften aufweise. Die Aufforderung, einen Dichtheitsnachweis einzureichen, sei nicht von eher untergeordneter Natur, wie zum Beispiel das Einreichen eines Strafregisterauszugs; es gehe um den Nachweis einer geforderten Eigenschaft. Von der Qualität des zu beschaffenden Materials beziehungsweise vom System hänge die Lebensdauer des Bauwerks ab.

Die Zusicherung der Respektierung der in Ziff. 740 erwähnten Empfehlungen sei ungenügend. Die Bauherrschaft könne nicht nach dem Vergabeentscheid wiederum monatelang auf einen Nachweis warten, um sicher zu sein, dass die gewählte Variante dem vorgesehenen Zweck taue. Sollte der Nachweis allenfalls nicht erbracht werden können, müsste das Verfahren wieder neu aufgenommen werden. Da mit der Ausführung der Poya-Brücke noch in diesem Jahr begonnen werden müsse, sei keine Verzögerung erlaubt.

Unabhängig von der Frage, ob die erwähnten Empfehlungen rechtlich verbindlich seien oder nicht, gehe aus den Ausschreibungsunterlagen klar hervor, dass die besonderen

Bedingungen der Ausschreibung erfüllt sein müssten. Es werde unmissverständlich der Nachweis der Dichtheit des Schrägseilsystems gefordert. Der Bauherrschaft stehe es frei, ihre Anforderungen an ein gewisses Produkt zu stellen. Ihre diesbezüglichen Begehren seien in transparenter Weise kommuniziert und von den andern Mitbewerbern erfüllt worden. Die Beschwerdeführerin sei am 14. Dezember 2007 ersucht worden, die "... rapports relatifs aux essais d'étanchéité des ancrages des haubans" einzureichen. Dieser Einladung sei sie nicht gefolgt, weil nach ihrer Angabe ein solcher Bericht nicht vorliegen würde. Mithin erfülle ihr Angebot die technischen Anforderungen der Ausschreibung in wichtigen Bereichen nicht.

Dem Staatsrat könne in keiner Weise ein überspitzter Formalismus vorgeworfen werden und der Ausschluss sei auch nicht diskriminierend. Vielmehr würde eine Berücksichtigung und Bewertung der Offerte der Beschwerdeführerin eine Diskriminierung der andern Anbieter darstellen, da diese zum entsprechenden Zeitpunkt in der Lage waren, den verlangten Nachweis zu erbringen. Der Ausschluss sei die logische und richtige Konsequenz dieses Mangels. Die Offerte sei sowohl formell als auch inhaltlich mangelhaft: es fehle der klar geforderte Nachweis einer bestimmten Eigenschaft des offerierten Systems, was zur Folge habe, dass die Offerte inhaltlich unvollständig sei, da nicht dargelegt werde, ob die in der Ausschreibung definierten Anforderungen eingehalten würden. Der Ausschluss erfolge auf Grund eines wesentlichen Mangels der Offerte und sei somit rechtmässig. Mit dem Ausschluss würden die Prinzipien der Gleichbehandlung und der Verhältnismässigkeit respektiert.

d) In der Replik präzisiert und vervollständigt die Beschwerdeführerin die Begründung ihrer Beschwerde. Für die Poya-Brücke habe sie das _____-System offeriert. Dabei habe sie auf die in den fib-Empfehlungen erhöhte Bedeutung der Dichtigkeitsanforderungen der Verankerungen reagiert und es im Jahre 2005 entsprechend modifiziert. Die in den fib- und Setra-Empfehlungen aufgezeigten Dichtigkeitsversuche könnten zwar auf die von Y. _____ und der Beschwerdegegnerin angewendeten Systeme, aber nicht ohne Einschränkungen für andere Systeme durchgeführt werden. Für das _____-System sei zwingend ein bestimmtes Vorgehen zu wählen. Daran habe sie sich gehalten, weshalb der von ihr gewählte Lösungsansatz zulässig und vollständig sei. In den Ausschreibungsunterlagen sei nicht bemerkt worden, das _____-System dürfe nicht gewählt werden. Eine solche Anforderung wäre allenfalls als Verstoß gegen die Wettbewerbsfreiheit und damit als unzulässig zu qualifizieren.

Der Nachweis eines allgemeinen Dichtigkeitsversuchs sei aus technischen Gründen für das von ihr offerierte _____-System naturgemäss nicht möglich. Die Behauptung, dass bereits bei Offerteabgabe der Dichtigkeitsnachweis zu erbringen sei, sei marktunüblich, finde in den Ausschreibungsunterlagen keine ausreichende Grundlage und wäre für einen Offertsteller, der ein anderes als das von der Beschwerdegegnerin oder von der Y. _____ verwendete System anbietet, ohne gewaltigen in dieser Phase nicht zumutbaren Aufwand gar nicht möglich. So hätte ein möglicher Versuchsaufbau für einen Dichtigkeitsversuch zuerst mit dem Projektingenieur abgestimmt werden müssen. Einen über die von ihr eingereichten Unterlagen hinausgehenden Dichtigkeitsnachweis werde beim _____-System weder von den fib- noch von den Setra-Empfehlungen und somit auch nicht von der Vergabebehörde im Rahmen seiner Ausschreibung verlangt.

Die Beschwerdeführerin weist weiter darauf hin, dass sie im Bau von Schrägseilobjekten über eine Erfahrung von 60 Jahren verfüge. Bereits das Dach des Olympiastadions ... sei

mit Litzensträgseilen ausgerüstet worden. Auch sei in Australien eine Brücke nach dem von ihr verwendeten _____-System gebaut worden und die Kabel seien in Bezug auf Dichtigkeit einwandfrei. Weder die Beschwerdegegnerin noch die Y._____ verfügten auf dem Schweizer Markt über solche umfangreiche Erfahrungen und Referenzen.

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin vertritt die Beschwerdegegnerin die These, dass, obwohl in der Ausschreibung ausdrücklich untersagt, de facto ein Joint Venture zugelassen sei. Als Anbieterin ohne eigene Erfahrung könne sie (die Beschwerdegegnerin) ein Schrägseilsystem einkaufen, ohne dass sie über eigene Erfahrungen auf diesem Gebiet verfügen würde. Wenn dieses Vorgehen dergestalt kommuniziert worden wäre, hätte sie (die Beschwerdeführerin) als Inhaberin der Litzen-, Produktions-, Verkaufs- und Einbaurechte für das _____-System die Möglichkeit gehabt, auf die Erfahrungen der Gruppe B._____ zurückzugreifen, die über 300 Projekte weltweit, insbesondere auch solche im Litzenverfahren realisiert habe.

Die von der Beschwerdegegnerin als Referenzobjekt bezeichnete Brücke _____ in _____, sei, so die Beschwerdeführerin weiter, vom Konsortium _____, einer 54%igen Tochtergesellschaft der C._____ -Gruppe, gebaut worden und werde immer noch von diesem betrieben. Auch die Beschwerdegegnerin sei eine Konzerngesellschaft der C._____ -Gruppe und offenbar habe die französische Gesellschaft X._____ International & Cie die Stahlseile für diese Brücke konstruiert und installiert. Ein Hinweis darauf, dass auch die Beschwerdegegnerin in den Brückenbau involviert gewesen war, fehle und es werde mit Nichtwissen bestritten, dass sie bei diesem Brückenprojekt engagiert gewesen sei.

Die Vergaberegeln seien zur Wahrung der Gleichbehandlung der Mitbewerber strikte einzuhalten. Da die Ausschreibung das von den Bewerbern zu wählende Schrägseilsystem nicht vorschreibe, dürfe sie nicht aufgrund ihres _____-Systems gegenüber den anderen beiden Mitbewerbern diskriminiert und vom Verfahren ausgeschlossen werden, nur weil sie systembedingt bei der Offerteingabe keinen vollständigen Dichtigkeitsnachweis erbringen könne. Die Mitbewerber würden durch die Zulassung der Beschwerdeführerin zum Vergabeverfahren keine Diskriminierung erfahren. Im Übrigen entspreche der Dichtigkeitsversuch der Y._____ weder den fib- noch den Setra-Empfehlungen.

Weiter wiederholt die Beschwerdeführerin in der Replik ihre Auffassung, dass es aufgrund des von ihr offerierten Systems technisch nicht möglich sei, den Nachweis eines allgemeinen Dichtigkeitsversuchs zu erbringen, es also objektiv unmöglich sei, beim _____-System bereits bei der Einreichung der Offerte einen entsprechenden Beleg einzureichen. Aus diesem Grund könne und dürfe das Fehlen dieses Dokuments nicht zum Ausschluss führen, sondern zu einer Nullbewertung. Sie habe sich an die fib-Empfehlungen gehalten und deshalb annehmen dürfen, dass sie sämtliche Voraussetzungen für die Teilnahme am Vergabeverfahren erfülle. Auch habe die Vergabebehörde sie stets in diesem Glauben gelassen, sei doch dem Fragenkatalog und dessen begleitende E-Mail vom 14. Dezember 2007 kein drohender Ausschluss zu entnehmen.

Aufgrund ihrer grossen und langjährigen Erfahrung sei sie sich den Belastungen und Herausforderungen einer Schrägseilbrücke sehr wohl bewusst. Aus diesem Grund investierte sie in das _____-System. Nur könne ein standardisierter, allgemeiner Versuch, wie ihn die Vergabebehörde fordere, bei diesem System nicht durchgeführt werden, was

von den Experten bei der Ausarbeitung der fib- und Setra-Empfehlungen spezifisch berücksichtigt worden sei. Die Empfehlungen würden für solche Fälle einen projektbezogenen Test vorsehen.

Es bleibe der Vergabebehörde unbenommen, den Auftrag gestützt auf die internen Testergebnisse und die eingereichten Referenzen zu erteilen und einen Vorbehalt bezüglich der projektbezogenen Prüfungsergebnisse anzubringen. Durch ein solches Vorgehen werde es ihr ermöglicht, die beste Offerte zu berücksichtigen, ohne dass durch die systembedingte, projektbezogene Expertise ein Nachteil oder gar der Vorwurf der Fahrlässigkeit entstehen könnte. Die Bauherrschaft hätte bei Bedarf schon während eines im Vergabeverfahren zur Klärung vorgesehenes Audits die Möglichkeit gehabt, weitere Detailabklärungen zu diesem Punkt zu tätigen, was ihr erlaubt hätte, sich davon zu überzeugen, dass das Material und die vorgeschlagene Lösung der Beschwerdeführerin durchaus die benötigten Eigenschaften aufweisen. So sei dem eingereichten, vertraulichen Kontrollbericht zu den _____-Kabel der _____ Bridge (...) zu entnehmen, dass die Kabel die Dichtigkeitsanforderungen erfüllten. Zudem stünden Kontrollberichte von weiteren, bereits bestehenden Objekten zur Verfügung, welche sie bereits im Vergabeverfahren eingereicht hätte, wäre ihr mitgeteilt worden, dass die Vergabebehörde beziehungsweise ihre Expertengruppe projektbezogene Tests als nachteilig qualifizieren würde.

Die Zeit, in welcher der projektbezogene Dichtigkeitsversuch durchgeführt werde, müsse nicht ungenutzt verstreichen. In dieser Zeit könnten parallel die übrigen Ausschreibungen und Vorbereitungshandlungen vorgenommen werden. Nachdem über vier Monate seit der letzten Kontaktaufnahme mit den Bewerbern verstrichen seien, um den Zuschlag zu erteilen, hätte im Rahmen der Ausschreibung der weiteren für das Bauprojekt benötigten Arbeiten wohl genügend zeitliche Kapazität bestanden, den gewünschten Test erfolgreich abzuschließen, ohne den Bau zu verzögern. Die Vergabebehörde sei damit nicht gezwungen, untätig auf die Testresultate zu warten.

Die Einschränkung des Wettbewerbs durch die Vorgabe beziehungsweise Bevorzugung eines bestimmten Systems sei unzulässig. Der Ausschluss aus einem Grund, der in dem von ihr vertretenen und mitentwickelten System begründet liege, sei daher nicht gestattet. Sollte der Expertengruppe nicht bekannt gewesen sein, dass verschiedene Ausführungsmöglichkeiten existierten und dass aus diesem Grund auch die Empfehlungen, auf welche in der Ausschreibung verwiesen wird, einen projektbezogenen Test vorsehen, dürfe sich diese Unwissenheit nicht zu ihren Lasten auswirken.

Aufgrund des Umstands, dass das Nichteinreichen eines Dichtigkeits-tests systembedingt und empfehlungskonform sei, führe die Berücksichtigung ihrer Offerte nicht zu einer Diskriminierung der übrigen Bewerber, habe doch die zu Unrecht ausgeschlossene Beschwerdeführerin sämtliche Auflagen der Ausschreibung erfüllt.

Die fib- und Setra-Empfehlungen würden explizit vorsehen, dass bei der Wahl eines Systems, wie des _____-Systems, der Dichtigkeitsversuch nur projektbezogen durchgeführt werden solle. Damit sei die von ihr eingereichte Offerte vollständig und seien sämtliche Ausschreibungsbedingungen erfüllt worden.

Die Wahl des _____-Systems erschwere die Ausschreibung der übrigen Projekte nicht. Diese könnten nach wie vor umgehend an die Hand genommen werden. Damit werde

auch die unsubstanzierte und unzutreffende These der Dringlichkeit relativiert, dass mit dem Bau der Brücke nicht begonnen werden könne, solange nicht feststehe, wer die anderen Teilaufträge ausführe.

Wenn die Beschwerdegegnerin behauptete, dass, wenn es ihr und Y. _____ möglich sei, die Testresultate fristgerecht einzureichen, müsse dies für alle Bewerber möglich sein, verkenne sie die Natur und Unterschiede der involvierten, divergierenden Systeme. Das von der Beschwerdegegnerin gewählte System erlaube einen vorgängigen Test, dies im Gegensatz zum _____-System. Somit sei gemäss der fib-Empfehlung ein projektbezogener Test notwendig und folglich erfülle die Offerte (der Beschwerdeführerin) sämtliche Voraussetzungen, um im Rahmen des Vergabeentscheids berücksichtigt zu werden.

8. Es stellt sich die Frage, ob die Beschwerdeführerin ihre Einwände bereits gegen die Ausschreibung hätte vorbringen müssen beziehungsweise ob sie die Ausschreibung vom 14. September 2007 hätte anfechten sollen. Hierzu gibt es keine einheitliche Regelung (vgl. dazu und zum Nachstehenden: VPB 69.81 E. 2; GALLI / MOSER / LANG / CLERC, N 820 ff.). Grundsätzlich ist die Ausschreibung des Auftrags nur dann selbstständig anfechtbar, wenn die Mängel ohne Weiteres erkennbar sind. Im vorliegenden Fall wird in der Ausschreibung über die Dichtigkeitstests nichts gesagt. Diese sind nur in den besonderen Bedingungen erwähnt, welche den potenziellen Anbietern erst später zugestellt wurden. Immerhin konnte eine detaillierte Offerte der Ausschreibung auf dem Internet (www.simap.ch) eingesehen werden. Ob die besonderen Bedingungen darunter waren, ist dem Gericht nicht bekannt. Wie auch immer, hier geht es nicht um die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung, sondern um eine Anforderung der Vergabebehörde, deren Konsequenzen für die Beschwerdeführerin offensichtlich nicht auf Anhieb erkenn- und beurteilbar waren. Daraus darf ihr kein Nachteil erwachsen. Wenn sie also die Anforderung hinsichtlich des Dichtigkeitstest erst nach dem Zuschlagsentscheid anfiicht, lässt sich dieses Vorgehen nicht beanstanden.

9. a) Gemäss Art. 25 lit. h ÖBR kann ein Angebot ausgeschlossen werden, wenn der Anbieter wesentliche Formerfordernisse verletzt hat, insbesondere durch Unvollständigkeit des Angebots. Demnach sind unvollständige Angebote zwingend von der weiteren Vergabe auszuschliessen und können nicht im Rahmen der Offertbereinigung nachträglich vervollständigt werden. Bei der Beurteilung solcher Mängel ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein strenger Massstab anzulegen. Jedoch muss ein Ausschlussgrund eine gewisse Schwere aufweisen. Nur untergeordnete, unwesentliche Mängel eines Angebots dürfen im Rahmen der Offertbereinigung beseitigt werden. Dazu gehören etwa offensichtliche Rechnungsfehler und Irrtümer, wie zum Beispiel das Fehlen einer im Beilagenverzeichnis erwähnten Beilage. Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorschriften der Ausschreibung und der betreffenden Unterlagen nicht entspricht, würde das Gebot der Gleichbehandlung der Anbietenden verletzen, weshalb ein solches Angebot grundsätzlich auszuschliessen ist. Vorbehalten bleibt das Gebot des überspitzen Formalismus. Weiter gilt es, den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren (zum Ganzen: GALLI / MOSER / LANG / CLERC, N 272, 273, 280 mit Hinweis auf AGVE 2005 Nr. 52 S. 252; BEYELER, Diss., N 302; BEZ 2004 Nr. 71 E. 2.3.1).

b) Auf der anderen Seite sind die Ausschreibungsunterlagen so zu gestalten, dass die Anbietenden ordnungsgemäss offerieren können. Gegenstand und Umfang des Auftrags sind daher in der Ausschreibung beziehungsweise den an die Interessenten

abgegebenen Unterlagen klar zu umschreiben, und die Offerten der Anbieter müssen ebenso deutlich auf die ausgeschriebene Leistung Bezug nehmen (BEZ 2000 Nr. 25). Welche Anforderungen an den Inhalt und an den Präzisierungs- und Detaillierungsgrad eines Ausschreibungstextes zu stellen sind, damit ein ordnungsgemässes Offerieren möglich ist, lässt sich nicht verallgemeinern, sondern hängt vor allem von der Art des zu vergebenden Auftrags ab. Der Leistungsbeschreibung muss klar und vollständig sein. Die Ausschreibungsunterlagen haben alle Anforderungen an technische Spezifikationen zu enthalten, die erfüllt sein müssen. Immerhin ist es den Vergabebehörden grundsätzlich verwehrt, ausschliesslich das Produkt eines bestimmten Herstellers zu verlangen oder die technische Spezifikationen so zu bestimmen, dass nur ein beschränkter Anbieterkreis oder sogar nur ein einziger Anbieter überhaupt in der Lage ist, ein den einschränkenden Bedingungen der Ausschreibung entsprechendes Angebot einzureichen (vgl. GALLI / MOSER / LANG / CLERC, N 224, 227, 244; Art. 15 f. ÖBR).

10. a) In den Ausschreibungsunterlagen ist unter anderem festgehalten, dass der Nachweis der Dichtheit des Schrägseilsystems erbracht werden muss. Die Beschwerdeführerin behauptet nunmehr, dass, wenn bereits bei der Abgabe der Offerte der Dichtigkeitsnachweis zu erbringen gewesen wäre, dies marktunüblich sei und zudem in den Ausschreibungsunterlagen keine (ausreichende) Grundlage finde. Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden. Nach den besonderen Bedingungen (Ziff. 252) hatte der Unternehmer der Vergabebehörde mit seiner Offerte auch einen technischen Bericht (Dokument 15; siehe auch Anhang 5 der besonderen Bedingungen) abzugeben. Dieser Bericht hatte den Dichtigkeitsnachweis zu enthalten ("Le rapport technique comprendra au minimum les éléments suivants: Annexes relatives aux essais de qualification de l'étanchéité des haubans"). Insofern kann geschlossen werden, dass die Anbieter wussten oder wissen mussten, dass gleichzeitig mit der Offerte auch der Dichtigkeitsnachweis vorzulegen war. Ob die Auffassung zutrifft, ein solches Vorgehen sei marktunüblich, kann offenbleiben. Tatsache ist, dass die Vergabebehörde einen solchen Dichtigkeitstest verlangte, für dessen Prüfung sie gar eine Expertengruppe einsetzte und zwei Anbieter einen Dichtigkeitstest eingereicht haben. Die Forderung, einen Dichtigkeitstest vorzulegen, scheint nach Ansicht des Gerichts jedenfalls nicht als völlig abwegig zu sein. Im Übrigen liegt es im Ermessen des Bauherrn zu bestimmen, welches Material mit welchen technischen Spezifikationen er für sein Vorhaben verwenden will.

b) Weiter hat die Vergabebehörde den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich den Vorrang vor den anderen geltenden Bestimmungen und Empfehlungen eingeräumt ("L'offre doit respecter les clauses des présentes conditions particulières qui *priment* sur toutes les normes, prescriptions et recommandations en vigueur"). Insofern bieten die Arbeitsunterlagen hinsichtlich Formulierung keinen Anlass für Unsicherheiten, sie sind nachvollziehbar. Vor diesem Hintergrund muss es allen Anbietern klar gewesen sein, dass dem Angebot ein Dichtungstest beizulegen war und dass, falls sie dieser Aufforderung nicht nachkamen, sie ein unvollständiges Angebot einreichten und mithin vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden könnten. Zwei von drei Anbietern sind der Anforderung, einen Dichtigkeitsnachweis einzureichen, nachgekommen. Die Unterlassung der Beschwerdeführerin beruht nicht etwa auf einem Versehen, umso weniger als sie über die Bedingungen in den Ausschreibungsunterlagen ebenfalls im Klaren war, hat sie doch angeboten, einen Dichtigkeitsnachweis einzureichen und wurde sie noch mit Schreiben vom 14. Dezember 2007 ausdrücklich ersucht, den entsprechenden Bericht abzugeben.

c) Offensichtlich ist der Dichtigkeitsnachweis für die Vergabebehörde ein wesentlicher Faktor, um die Qualität des angebotenen Materials überprüfen zu können. Ihre Darlegung, dass für die angestrebte Lebensdauer des Bauwerks von 100 Jahren ein perfekter Schutz der Kabel und der Verankerungen garantiert werden müsse und dass nur mit Tests überprüft werden könne, ob keine Feuchtigkeit in die Verankerungszone beziehungsweise in das Schrägseilsystem eindringen könne, ist nachvollziehbar. Damit kann geschlossen werden, dass es sich beim Dichtigkeitstest um eine Produkthanforderung handelt in Bezug auf Tauglichkeit des Materials. Produkthanforderungen bestimmen den zwingenden Inhalt des Angebots und die technischen Spezifikationen. Unter dem Begriff der technischen Spezifikationen sind die technischen Anforderungen an ein Material, ein Erzeugnis oder eine Lieferung zu verstehen, mit deren Hilfe das Material, das Erzeugnis oder eine Lieferung so bezeichnet werden können, dass sie ihren durch den Auftraggeber festgelegten Verwendungszweck erfüllen; dazu gehören Qualitätsstufen, Gebrauchstauglichkeit, Leistungsfähigkeit, Sicherheit, Abmessungen usw. Produkthanforderungen sind absolute Kriterien; ihre Nichterfüllung führt unabhängig vom Vergleich mit den anderen Angeboten zur Nichtberücksichtigung des Angebots (vgl. AGVE 2005 Nr. 48 E. 2d S. 238 f.). Wenn demnach ein Anbieter den Dichtigkeitstest nicht vorlegt, entspricht sein Angebot in einem elementaren Punkt nicht den Ausschreibungsunterlagen, es ist unvollständig und deshalb vom Verfahren auszuschliessen. Daran ändert nichts, dass die Beschwerdeführerin Dichtigkeitsnachweise beziehungsweise Kontrollberichte anderer Werke im Rahmen des Vergabeverfahrens und/oder des vorliegenden Beschwerdeverfahrens eingereicht hat oder noch will. Wesentlich ist, dass sie für das Material, welches für den Bau der Poya-Brücke verwendet werden wird, keinen Dichtigkeitstest vorgelegt hat.

d) Der Beschwerdeführerin ist insofern zuzustimmen, als technische Spezifikationen nicht dazu benützt werden dürfen, gezielt bestimmte Anbieter oder bestimmte Konzepte, ohne sachliche Notwendigkeit zu bevorzugen oder auszuschliessen. Ein solches Vorgehen führt zu einer unzulässigen Diskriminierung. Immerhin genießt die Auftraggeberin grundsätzlich die volle Freiheit der Bestimmung darüber, welche Leistungen sie in welcher Beschaffenheit einkaufen will. Mithin ist nur ein gezielter oder übermässiger Ausschluss potenzieller Anbieter diskriminierend. Von einer Diskriminierung kann nur dann gesprochen werden, wenn die Spezifikation nicht sachgerecht, also durch den Zweck der Beschaffung nicht gerechtfertigt sind oder wenn sie zwecks gezielter Vereitelung der Möglichkeit bestimmter Unternehmen, am Verfahren teilzunehmen, formuliert werden (BEYELER, Ziele, N 95 ff.; nicht veröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 2. März 2000, 2P.282/1999, E. 3a).

Von einer solchen Diskriminierung kann vorliegend nicht die Rede sein. Es bestehen keine Indizien dafür, dass die Beschwerdeführerin von vornherein gezielt aus dem Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden sollen. Wenn sie trotz ihrer langjährigen Erfahrung nicht in der Lage ist, einen Dichtigkeitstest vorzulegen, hat sie sich diesen Umstand selbst zuzuschreiben. Im Übrigen verstrickt sich die Beschwerdeführerin in diesem Punkt in Widersprüche. Einerseits behauptet sie, dass nur ein projektbezogener Dichtigkeitstest möglich sei, und andererseits erklärt sie, dass ein offizieller Versuch an einem Kabel zurzeit in Vorbereitung sei und die Resultate im nächsten Jahr zu erwarten seien. Das Verhalten der Beschwerdeführerin ist für das Gericht schwer nachvollziehbar.

e) Aufgrund des Gesagten kann zusammenfassend festgehalten werden, dass für die Vergabebehörde der Dichtigkeitstest ein wesentliches Element für die Qualität des zu

verwendenden Materials darstellt. Die Beschwerdeführerin hat diesen Test nicht gemacht und mithin ein unvollständiges Angebot eingereicht. Infolgedessen war sie zwingend aus dem Vergabeverfahren auszuschliessen. Da es sich bei dem Dichtigkeitstest nicht um eine Nebensächlichkei handelt, erweist sich der Ausschluss weder als überspitzt formalistisch noch als unverhältnismässig.

11. a) Die weiteren Argumente der Beschwerdeführerin beziehen sich nicht auf deren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren, sondern richten sich gegen die Beschwerdegegnerin. Es ist fraglich, ob diese Vorbringen überhaupt zu hören sind, denn mit dem Ausschluss hat die Beschwerdeführerin keine Chance mehr auf den Zuschlag. Indes kann die Oficialmaxime es gebieten, den Zuschlagsentscheid zu überprüfen. Wie es sich aber tatsächlich verhält, kann offenbleiben, weil, wie nun auszuführen ist, die Vorbringen der Beschwerdeführerin ohnehin unbegründet sind.

b) Eine Nullbewertung kann nicht in Frage kommen, ansonsten ein Zuschlag erteilt würde, ohne dass vorab die Qualität des Materials vollumfänglich beurteilt worden ist und dieses mithin den Qualitätsanforderungen nicht entspricht. Würde es zugelassen, dass der Nachweis der Dichtheit nach Erhalt des Auftrags eingereicht würde, würde, wie die Vergabebehörde zu Recht darlegt, dies dazu führen, dass das Material erst nach der Zuschlagsverfügung überprüft wird. Sollte es dannzumal den Qualitätsanforderungen nicht entsprechen, müsste das Vergabeverfahren wiederholt werden. Das kann nicht sein. Im Übrigen lassen die Ausschreibungsunterlagen kein solches Vorgehen zu. Angesichts der darin stehenden Formulierung musste, wie schon gesagt, es der Beschwerdeführerin klar gewesen sein, dass der Dichtheitsnachweis mit dem Angebot einzureichen war.

c) Dass in früheren Jahren auf solche Dichtigkeitstest verzichtet wurde, mag zutreffen. Daraus lässt sich aber keine Praxis ableiten, umso weniger als die Beschwerdeführerin lediglich zwei Fälle aus den Neunzigerjahren zu erwähnen vermag. Zudem dürften sich aufgrund der technischen Entwicklungen und Fortschritte auch die Anforderungen der Vergabebehörde geändert haben. Aus deren Verhalten lässt sich auch nicht etwa ableiten, es werde trotz Erwähnung in den Ausschreibungsunterlagen auf einen Dichtheitstest verzichtet.

d) Ob die Behauptung, die Beschwerdeführerin und die ihr nahe stehende B._____ - Gruppe seien noch nie aus einem Vergabeverfahren ausgeschlossen worden, weil der Dichtigkeitstest nicht vorgelegen hat, zutrifft, kann hier nicht geprüft werden. Es fehlen die entsprechen Ausschreibungsunterlagen. Ganz abgesehen davon wurde im vorliegenden Verfahren ausdrücklich ein Dichtigkeitstest verlangt. Daran haben sich die Anbieter zu halten; andernfalls wäre es ihrem Gutdünken überlassen, welche Unterlagen sie einreichen wollen. Somit spielt es auch keine Rolle, welche Praxis in Deutschland herrscht. Ausschlaggebend sind jeweils die im konkreten Fall vorgegebenen Ausschreibungsunterlagen. Im Übrigen ist die jahrelange Erfahrung und erfolgreiche Beteiligung der Beschwerdeführerin am Bau teils bemerkenswerter Anlagen unbestritten. Dass diese Werke einwandfrei erstellt worden sind, steht ausser Diskussion, ist aber für das vorliegende Verfahren nicht von Belang.

e) Inwiefern Y._____ den Dichtigkeitstest nicht korrekt ausgeführt hat, kann offenbleiben. Dieses Unternehmen hat den Zuschlag aus welchen Gründen auch immer

nicht erhalten, den Entscheid akzeptiert und ist mithin im vorliegenden Verfahren nicht beteiligt.

f) Es mag zutreffen, wie die Beschwerdeführerin ausführt, dass Bietergemeinschaften unzulässig sind. Eine Bieter-/Arbeitsgemeinschaft ist der Zusammenschluss mehrerer selbstständiger Gesellschaften, die im Rahmen eines Gesellschaftsvertrags gemeinsam die Ausführung eines bestimmten Bauprojekts übernehmen, indem sie mit dem Bauherrn gemeinsam einen Werkvertrag abschliessen (KARIN MÜLLER, Das Recht der Arbeitsgemeinschaft im Wandel, in BR 2004 S. 4 ff.). Eine solche Konstellation liegt hier nicht vor. Bei einem Joint Venture liegen zwar auch mindestens zwei Gesellschaften vor, es wird jedoch ein Gemeinschaftsunternehmen geschaffen (ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. A., Bern 2007, § 25 N 37 f.). Im vorliegenden Fall scheint eine solche Beziehung zwischen der Beschwerdegegnerin und Z._____ International, offenbar mit Sitz in ..., zu bestehen. Beide Firmen werden von der gleichen Person, ... , geführt beziehungsweise geleitet. Zudem gehört die Beschwerdegegnerin zur C.____-Gruppe, die gleichzeitig Z._____ International hält, die ihrerseits grösste Aktionärin der Beschwerdegegnerin ist, ohne aber über die Mehrheit des Aktienkapitals zu verfügen. Unter diesen Umständen eine Zusammenarbeit der Beschwerdegegnerin mit der Z._____ International zu verbieten, wie es die Beschwerdeführerin darzulegen versucht, wäre abstrus. Die Verflechtungen sind hier dermassen eng, dass nicht von eigentlichen zwei selbstständigen Firmen ausgegangen werden kann. Zu erwähnen ist, dass die Beschwerdegegnerin ihre Beziehung zur Firma in ... gestützt auf eine Anfrage der Vergabebehörde in einem Brief vom 19. Dezember 2007 offenlegte. Es liegt demnach keine verbotene Bietergemeinschaft vor. Wenn die Vergabebehörde eine Zusammenarbeit mit der Firma in akzeptiert, liegt der entsprechende Entscheid in ihrem Ermessen und ist nicht zu beanstanden.

g) Die Beschwerdeführerin macht sodann geltend, die Beschwerdegegnerin verfüge nicht über die für den streitigen Auftrag nötige einschlägige Erfahrung und müsse auf die Hilfe von Z._____ International zurückgreifen. Sodann zweifelt sie an den von der Beschwerdegegnerin vorgebrachten Referenzen.

Dieser Einwand ist unbegründet. Nach einem Bericht des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (Bundesamt für Strassen, Arbeitsgruppe Brückenforschung) vom August 2005 (...) ist die Beschwerdegegnerin seit 19.. in der Schweiz als Unternehmen tätig, das Spannsysteme entwickelt hat und auf dem Markt anbietet. Diese Erwähnung würde kaum erfolgen, wenn die Beschwerdegegnerin nicht die nötige Erfahrung hätte. Referenzobjekte sind in der Offerte der Beschwerdegegnerin aufgeführt (in dieses Dossier erhielt die Beschwerdeführerin keine Einsicht). Daraus ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin an folgenden Objekten beteiligt war: Offensichtlich haben diese Referenzen die Vergabebehörde zu überzeugen vermocht. Das Gericht hat keine Veranlassung anzunehmen, die Beschwerdegegnerin würde den Anforderungen nicht genügen.

h) Hinsichtlich der ____-Brücke hat die Beschwerdegegnerin in der Eingabe vom 5. August 2005 ihre Beteiligung dargelegt. Diese Baute sei vom Konsortium ____ erstellt worden, an dem die C.____-Gruppe 54 % der Anteile halte. Die Z._____ International habe die Verstreibungen gemacht und die Arbeiten seien von ____ geleitet worden, der auch Verantwortlicher für den Bau der Poya-Brücke sein werde. Auch würden weitere

Personen (...), die am Bau der _____-Brücke beteiligt gewesen seien, beim Bau der Poya-Brücke mitwirken. Demnach lässt sich der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin die _____-Brücke als Referenzobjekt anführt, nicht beanstanden.

12. Nach dem Gesagten lässt sich feststellen, dass die Vergabebehörde nicht rechtsverletzend entschieden hat, als sie die Beschwerdeführerin aus dem Verfahren ausschloss und die ausgeschriebenen Arbeiten der Beschwerdegegnerin vergab. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich demnach als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

13. a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die unterliegende Beschwerdeführerin grundsätzlich kostenpflichtig und steht ihr eine Parteientschädigung nicht zu. Dagegen hat sie die anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin angemessen zu entschädigen (Art. 131 Abs. 1, Art. 137 Abs. 1, Art. 141 Abs. 1 VRG).

b) Es gilt jedoch bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen, dass die Zuschlagsverfügung nicht begründet war und die Beschwerdeführerin, nach Erhalt einer mündlichen Begründung, lediglich zwei Tage zur Verfügung hatte, um ihre Beschwerde zu verfassen. Auch musste wegen des Verhaltens der Vergabebehörde eine Replik angefordert werden. Damit stellt sich die Frage, ob die Vergabebehörde nach dem Verursacherprinzip anteilig mit Kosten zu belasten ist. Diese Möglichkeit sieht Art. 131 Abs. 2 VRG explizit vor. Danach kann einer obsiegenden Partei Kosten auferlegt werden, wenn sie diese unnötigerweise, durch ihr Verschulden oder durch Verletzung von Verfahrensvorschriften verursacht hat. Die Verwaltungsgerichtliche Abteilung des Kantonsgerichts hat sich über diese Frage im Rahmen des Vergabewesen noch nicht zu befassen gehabt; die Rechtsprechung ist in dieser Frage nicht einheitlich. Während das Verwaltungsgericht St. Gallen die fehlende Begründung einer Zuschlagsverfügung bei der Kostenverteilung offenbar immer und zwar unabhängig des Ausgangs des Verfahrens berücksichtigt, können nach Auffassung jenes des Kantons Zürich die Kosten des Beschwerdeverfahrens nur dann durch eine mangelhafte Begründung verursacht gelten, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: Der Vergabeentscheid war bei seiner Eröffnung nicht mit einer ausreichenden Begründung versehen, der abgewiesene Anbieter hat die Vergabestelle rechtzeitig um Bekanntgabe der wesentlichen Entscheidungsgründe ersucht, von der Behörde jedoch vor dem Einreichen der Beschwerde nicht rechtzeitig eine ausreichende Begründung erhalten, der beschwerdeführende Anbieter hat die massgeblichen Entscheidungsgründe danach im Verlauf des Beschwerdeverfahrens (im Rahmen des Schriftenwechsels oder aus eingereichten Unterlagen) erfahren und er hat seine Beschwerde gestützt auf die für ihn neuen Entscheidungsgründe zurückgezogen. Eine ähnliche oder gleiche Praxis wie in St. Gallen scheint in den Kantonen Aargau, Waadt und Zug zu herrschen (vgl. zum Ganzen: GALLI / MOSER / LANG / CLERC, N 817, 955 ff., jeweils mit Hinweisen auf die kantonale Rechtsprechung; GVP 2007 Nr. 43 E. 2.2 und nicht veröffentlichte E. 4; auch: KÖLZ / BOSSHART / RÖHL, § 13 N 20; LORENZ KNEUBÜHLER, Die Begründungspflicht, Diss. Bern 1998, S. 230 f.).

c) Der Zuschlagsentscheid des Staatsrats enthält nicht eine unzureichende, sondern überhaupt keine Begründung. Wären der Beschwerdeführerin rechtzeitig die Entscheidungsgründe mitgeteilt worden, hätte allenfalls auf eine Replik verzichtet werden können. Es ist in Erinnerung zu rufen, dass die Zuschlagsverfügung summarisch beziehungsweise kurz zu begründen ist; diesem Erfordernis ist die Vergabebehörde in keiner Art und Weise nachgekommen. Schliesslich gilt es zu berücksichtigen, dass der

Beschwerdeführerin lediglich zwei Tage für das Abfassen der Beschwerdeschrift zur Verfügung standen. Vor diesem Hintergrund erscheint eine anteilmässige Kostenverteilung gerechtfertigt; eine Kostenbefreiung der Beschwerdeführerin wäre allenfalls nur dann am Platze, wenn sie nach Erhalt der Beschwerdeantwort die Beschwerde zurückgezogen hätte.

d) Die Gerichtsgebühr wird auf 4'000 Franken festgesetzt (Art. 1 und 2 des Tarifs vom 17. Dezember 1991 der Verfahrenskosten und Entschädigungen in der Verwaltungsjustiz [TarifVJ; SGF 150.12]) und im Umfang von 2'000 Franken der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Von der Vergabebehörde können gestützt auf Art. 133 VRG keine Gerichtskosten bezogen werden. Daran ändert auch das Verursacherprinzip nichts.

e) Für die Festsetzung der Parteientschädigung wird der Tarif vom 28. Juni 1988 der als Parteikosten in Zivilsachen geschuldeten Anwaltshonorare und -auslagen (PKT; SGF 137.21) herangezogen. Danach beträgt der relevante Stundenansatz 230 Franken (Art. 3 PKT). Für die vom Vertreter angefertigten Fotokopien wird pro Einzelkopie 30 Rappen berechnet (Art. 9 Abs. 2 TarifVJ). Es gilt jedoch die Einschränkung, dass das Honorar für die Vertretung einer Partei zwischen 200 und 5'000 Franken festgesetzt wird und dass der Höchstbetrag bei besonders umfangreichen oder besonders komplizierten Angelegenheiten bei 20'000 Franken liegt (Art. 8 Abs. 1 TarifVJ).

Mit Schreiben vom 17. Juli 2008 setzte der Instruktionsrichter den Parteienvertretern eine Frist von zehn Tagen für das Einreichen ihrer Kostenliste. Rechtsanwalt Zemp stellte seine Honorarnote am 6. August 2008 und somit offensichtlich verspätet zu (im öffentlichen Beschaffungswesen gibt es keine Gerichtsferien [Art. 15 Abs. 2^{bis} IVöB]). Wie auch immer, seine Forderung muss als krass überrissen bezeichnet werden. Der vorliegende Fall mag zwar nicht als einfach, aber auch nicht als dermassen kompliziert zu bezeichnen sein, als dass über den vorgeschriebenen Maximalbetrag hinauszugehen wäre. Infolgedessen sind die Honorare für die Rechtsanwälte Zemp und Esseiva jeweils auf 5'000 Franken festzusetzen. Rechtsanwalt Esseiva hat zudem Anspruch auf Zusprechung von 442.20 Franken als Ersatz seiner Auslagen und Rechtsanwalt Zemp einen solchen von 500 Franken. Hinzu kommt jeweils die Mehrwertsteuer.

Die Parteientschädigung von Rechtsanwalt Esseiva wird der Beschwerdeführerin und dem Staat Freiburg je zur Hälfte auferlegt.

Die Rechtsanwalt Zemp geschuldeten Entschädigung ist zur Hälfte vom Staat Freiburg zu bezahlen. Im Übrigen trägt die Beschwerdeführerin ihre Kosten selbst.

14. Für das kantonale Verfahren schreibt Art. 112 Abs. 1 lit. d des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) vor, Entscheide, die der Beschwerde an das Bundesgericht unterliegen, müssten eine Rechtsmittelbelehrung enthalten. Anders als nach bisherigem Recht, wo die staatsrechtliche Beschwerde als Rechtsmittel nicht genannt werden musste, ist nun auch auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde hinzuweisen, wo diese zulässig ist (HEINZ AEMISEGGER, Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, in Bernhard Ehrenzeller / Rainer J. Schweizer, Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, Band 40, St. Gallen 2006, S. 117; HANSJÖRG SEILER / NICOLAS VON WERDT /

ANDREAS GÜNGERICH, Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bern 2007, Kommentar zu Art. 112 BGG N 14 S. 478).

Letztinstanzliche kantonale Entscheide in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts können grundsätzlich mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 82 ff. BGG). Gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen ist die Beschwerde jedoch gemäss Art. 83 lit. f BGG unzulässig, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB; SR 172.056.1) oder des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens nicht erreicht (Ziff. 1) und wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Ziff. 2).

Bei der Frage, ob für das ordentliche Rechtsmittel der Beschwerde in öffentlichen Angelegenheiten beide genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen, ist der Auffassung des Verwaltungsgerichts Zürich zu folgen, welche sich auf die Sprachlogik, die Entstehung und die Lehrmeinungen bezüglich dieses Artikels stützt. Demnach wird das kumulative Vorliegen der genannten zwei Elemente verlangt, damit eine Beschwerde in öffentlichen Angelegenheiten geführt werden kann (BEZ 2007 Nr. 23).

Sind die zwei Voraussetzungen nicht gleichzeitig gegeben, kann somit nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG erhoben werden.

Der Auftragswert der vorliegend strittigen Vergabe beträgt rund 3,5 Millionen Franken. Für die Schwellenwerte gemäss Art. 83 lit. f BGG ist jedoch bei Bauaufträgen der Gesamtwert aller Hoch- und Tiefbauarbeiten massgebend (Art. 7 Abs. 2 BoeB; vgl. Art. 7 Abs. 2 IVöB). Das Freiburger Stimmvolk hat im September 2006 für den Bau der Poya-Brücke einen Kredit von 58 Millionen Franken bewilligt; die Gesamtkosten der Brücke belaufen sich indes auf 120 Millionen Franken (die Hälfte der Kosten wird vom Bund übernommen). Dieser Betrag übersteigt den massgeblichen Schwellenwert (vgl. Art. 1 lit. c der Verordnung des EVD vom 26. November 2007 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2008 (SR 172.056.12) bei weitem. Gegen den vorliegenden Entscheid kann daher, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG erhoben werden. Sofern diese nicht zulässig ist, kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG erhoben werden.

D e r H o f e r k e n n t :

- I. Die Beschwerde wird abgewiesen.
- II. Der Beschwerdeführerin ... werden Gerichtskosten von 2'000 Franken auferlegt, die mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet werden.

- III. Die Rechtsanwalt Esseiva geschuldete Parteientschädigung wird auf 5'855.80 Franken festgelegt (Honorar: 5'000 Franken, Auslagen: 442.20 Franken, Mehrwertsteuer: 413.60 Franken) und ist je zur Hälfte von der Beschwerdeführerin und vom Staat Freiburg zu bezahlen.
- IV. Die Rechtsanwalt Zemp geschuldete Parteientschädigung wird auf 5'918 Franken festgelegt (Honorar: 5'000 Franken, Auslagen: 500 Franken, Mehrwertsteuer: 418 Franken) und ist zur Hälfte vom Staat Freiburg zu bezahlen. Im Übrigen trägt die Beschwerdeführerin ihre Kosten selbst.
- V. Der Beschwerdeführerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
- VI. Gegen diesen Entscheid kann, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG erhoben werden. Sofern diese nicht zulässig ist, kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG erhoben werden. Die Beschwerden sind innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, beim Bundesgericht, Lausanne, einzureichen.

004.14; 005.5; 210: 210.5