Geschäftsnummer: **VB.2024.00101**
Entscheidart und -datum: Endentscheid vom 19.12.2024
Spruchkörper: 1. Abteilung/1. Kammer
Weiterzug: Dieser Entscheid ist rechtskräftig.
Rechtsgebiet: Submissionsrecht
Betreff: **Submission**

Stichworte:

ABGEBOT
ABGEBOTSRUNDE
AUSSCHLUSS EINES ANBIETERS
KOSTENDACH
PLAUSIBILITÄT
PREISKRITERIUM
RECHTSANWENDUNG VON AMTES WEGEN
RÜGEPRINZIP
SELEKTIVES VERFAHREN

Rechtsnormen:

Art./§ 1 BeiG IVöB
Art./§ 3 Abs. I BeiG IVöB
Art./§ 3 Abs. II BeiG IVöB
Art./§ 4a Abs. I BeiG IVöB
Art. 11 lit. d IVöB
Art. 44 Abs. I IVöB
Art. 44 Abs. I lit. b IVöB
Art. 53 Abs. I lit. E IVöB
Art. 53 Abs. II IVöB
Art. 56 Abs. III IVöB
Art. 56 Abs. IV IVöB
§ 7 Abs. I VRG
§ 20 Abs. I lit. a VRG
§ 20 Abs. I lit. b VRG
§ 21 Abs. I VRG
§ 50 Abs. I VRG
§ 50 Abs. II VRG
§ 70 VRG

Publikationen:

- keine -

Submission; selektives Verfahren; Ausschluss von Anbieterinnen nach neuem Recht; Plausibilität.

Kriterien, einschliesslich ihrer Gewichtung, die bereits in der Ausschreibung genannt sind, müssen nach Art. 53 Abs. 2 IVöB bereits bei der Ausschreibung angefochten werden (E. 4.2). Ob das Vorgehen der Vergabebehörde – nach Eingang der Angebote überprüfte Aufwandschätzungen und gegebenenfalls angepasste Honorarofferten einzuholen – einer Abgebotsrunde gleichkommt, durfte vorliegend offenbleiben (E. 4.4). Ein Ausschluss aus dem Verfahren durch die Rechtsmittelinstanz ist auch unter neu geltendem Recht möglich, wenn die Vergleichbarkeit der Angebote nicht gegeben ist. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin sah anstelle des in der Ausschreibung verlangten Kostendachs lediglich einen Richtpreis vor, womit die Angebote nicht mehr vergleichbar sind (E. 4.5). Die Plausibilitätsprüfung eines Angebotes ist grundsätzlich erlaubt; wird jedoch allein der Angebotspreis bewertet, ist dies nicht zulässig. Das Preiskriterium darf nicht mittels Unterkriterium der Plausibilität so weit abgeschwächt werden, dass die erforderliche Mindestgewichtung von 20 % nicht mehr gewährleistet ist (E. 4.6). Rückweisung zur Zuschlagserteilung (E. 5).

Gutheissung.

Verwaltungsgericht
des Kantons Zürich
1. Abteilung

VB.2024.00101

Urteil

der 1. Kammer

vom 19. Dezember 2024

Mitwirkend: Abteilungspräsident Peter Sprenger (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Verwaltungsrichter Josua Raster, Gerichtsschreiber Yann Aders.

In Sachen

A AG, vertreten durch RA B, und/oder RA C,

Beschwerdeführerin,

gegen

Gemeinde Rafz, vertreten durch RA D, und/oder RA E,

Beschwerdegegnerin,

und

F AG,

Mitbeteiligte,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

Die Gemeinde Rafz eröffnete im Rahmen des Projekts "Restrukturierung, Erweiterung und Sanierung der Schulanlage Schalmenacker" am 20. Oktober 2023 ein selektives Submissionsverfahren für die Generalplanerleistungen (Planerwahlverfahren) auf simap.ch, der elektronischen Beschaffungsplattform der Schweiz. Gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 26. Januar 2023 [recte: 2024] gingen in der zweiten Stufe die Angebote der mit Verfügung vom 21. November 2023 zugelassenen fünf Anbieterinnen fristgerecht ein, darunter dasjenige der A AG, zu einem Eingabepreis von Fr. 2'040'815.85 (inkl. Mehrwertsteuer). Mit Vergabeentscheid vom 31. Januar 2024 bzw. in korrigierter Fassung vom 7. Februar 2024 wurden die Generalplanerleistungen zum Betrag von Fr. 3'735'398.70 (inkl. Mehrwertsteuer) an die F AG, vergeben. Gemäss Bewertung der Vergabebehörde rangierte das Angebot der A AG an zweiter Stelle.

II.

Die A AG gelangte mit Beschwerde vom 20. Februar 2024 an das Verwaltungsgericht und liess folgende Anträge stellen:

"1. Es sei die Zuschlagsverfügung der Beschwerdegegnerin vom 31. Januar 2024 bzw. 7. Februar 2024 aufzuheben.

2. Es sei der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen.

3. Eventualiter zu Antrag 2 sei die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen zur Neubewertung der Angebote und Erteilung des Zuschlags unter Einbezug des Angebots der Beschwerdeführerin. Die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, die Neubewertung der Angebote gemäss den in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien (mit Ausnahme von ZK 1.1 Honorarangebot, welches mit 30% zu gewichten ist) vorzunehmen und insbesondere folgende Vorgaben zu beachten:
   – Bei den Zuschlagskriterien 1.1 (Honorarangebot), 1.2 (Plausibilität der Aufwandermittlung), 2.2 (Fachkompetenz Fachplaner) und 5 (Organisation Generalplanerteam) ist der Beschwerdeführerin die Höchstnote zu erteilen.
   – Beim Zuschlagskriterium 4 (Terminplan) ist der Beschwerdeführerin mindestens die Note 4 zu erteilen.

4. Eventualiter zu Antrag 2 und 3 sei die Beschwerdegegnerin anzuweisen, das Vergabeverfahren abzubrechen und die Beschaffung neu und mit klar definierten, sachgemässen Zuschlagskriterien auszuschreiben. Insbesondere sei der Preis mit mindestens 30 % zu gewichten.

5. Subeventualiter sei festzustellen, dass die Zuschlagsverfügung der Beschwerdegegnerin vom 31. Januar 2024 bzw. 7. Februar 2024

rechtswidrig ist.

6. Für den Fall, dass gemäss Antrag 5 nur noch die Rechtswidrigkeit des Zuschlags festgestellt werden kann, sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der Beschwerdeführerin Schadenersatz in Höhe von mindestens CHF 45'000.– zu bezahlen.

7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin und gegebenenfalls der Mitbeteiligten."

In verfahrensrechtlicher Hinsicht liess sie Folgendes beantragen:

"1. Der Beschwerde sei superprovisorisch und dann definitiv die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

2. Es sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, die vollumfänglichen Akten einzureichen und es sei der Beschwerdeführerin Akteneinsicht zu gewähren.

3. Es seien das Angebot der Beschwerdeführerin, die Korrespondenz zwischen ihr und der Beschwerdegegnerin sowie alle Akten und Rechtsschriften, welche Informationen zum Angebot der Beschwerdeführerin enthalten, gegenüber Dritten, insbesondere gegenüber der Mitbeteiligten, vertraulich zu behandeln.

4. Es sei ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen und der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben, zur Beschwerdeantwort sowie zu den Akten der Beschwerdegegnerin Stellung zu nehmen und ihre Beschwerde zu ergänzen und anzupassen.

5. Für den Fall, dass nur noch die Rechtswidrigkeit festgestellt werden kann (vgl. Antrag 5), sei der Beschwerdeführerin Frist zur Bezifferung und Begründung der Schadenersatzforderung anzusetzen (vgl. Antrag 6)."

Mit Präsidialverfügung vom 21. Februar 2024 wurde der Gemeinde Rafz ein Vertragsschluss einstweilen untersagt. Diese liess mit Beschwerdeantwort vom 12. März 2024 zur Hauptsache beantragen, die Beschwerde und das Schadenersatzbegehren seien abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne, und der Zuschlag vom 7. Februar 2024 sei zu bestätigen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin. In prozessualer Hinsicht wurde beantragt, der Beschwerde sei bereits nach Zustellung der Beschwerdeantwort keine aufschiebende Wirkung zu erteilen und die eingereichten Akten seien gegenüber der Beschwerdeführerin bzw. der Mitbeteiligten vertraulich zu behandeln.

Der Gemeinde Rafz wurde mit Präsidialverfügung vom 15. März 2024 weiterhin, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt, den Vertrag abzuschliessen. Gleichzeitig wurde das Akteneinsichtsbegehren der A AG teilweise gutgeheissen und ihr Frist zur Replik angesetzt. Die A AG replizierte am 12. April 2024

innert erstreckter Frist, hielt vollumfänglich an den gestellten Anträgen fest und beantragte die Edition weiterer Akten.

Mit Präsidialverfügungen vom 16. April 2024 wurde der Gemeinde Rafz weiterhin, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt, den Vertrag abzuschliessen, und ihr Frist zur Duplik angesetzt. Am 29. April 2024 duplizierte die Gemeinde Rafz, hielt ebenfalls an ihren Anträgen fest und reichte weitere Unterlagen ein.

Der Gemeinde Rafz wurde mit Präsidialverfügung vom 2. Mai 2024 weiterhin, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt, den Vertrag abzuschliessen. Gleichzeitig wurde der A AG Einsichtnahme in die weiteren Unterlagen gewährt und ihr Frist zur Triplik angesetzt. Am 14. Mai 2024 reichte die A AG ihre Triplik ein. Am 24. Mai 2024 folgte die Quadruplik der Gemeinde Rafz im Sinn einer freigestellten Vernehmlassung. Mit Eingaben vom 7. Juni 2024 bzw. 21. Juni 2024 reichten die Parteien ihre Kostennoten ein.

Die F AG liess sich als Mitbeteiligte zu keinem Zeitpunkt vernehmen.

Die Kammer erwägt:

1.

1.1 Der Kanton Zürich ist der neuen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019 beigetreten (§ 1 des Gesetzes über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 [BeiG IVöB, LS 720.1]). Das BeiG IVöB ist seit dem 1. Oktober 2023 in Kraft (RRB Nr. 826/2023 vom 28. Juni 2023). Für das vorliegende Beschwerdeverfahren, dem eine Ausschreibung vom 20. Oktober 2023 zugrunde liegt, gilt demnach neues Recht. Somit gelangen die Art. 52 ff. IVöB sowie § 3 BeiG IVöB zur Anwendung. Anwendbar ist sodann im Weiteren die Submissionsverordnung vom 28. Juni 2023 (SVO).

1.2 Gegen Verfügungen gemäss Art. 53 IVöB ist unabhängig vom Auftragswert die Beschwerde an das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz zulässig (§ 3 Abs. 1 BeiG IVöB; vgl. Art. 52 Abs. 1 IVöB). Beim vorliegend angefochtenen Zuschlag an die Mitbeteiligte handelt es sich um ein zulässiges Anfechtungsobjekt (Art. 53 Abs. 1 Bst. e IVöB).

2.

2.1 Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid legitimiert, 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 (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; § 3 Abs. 2 BeiG IVöB und § 21 Abs. 1 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.9).

2.2 Gemäss Auswertung erzielte die Mitbeteiligte mit 385 von maximal 500 Punkten die höchste Bewertung; das Angebot der Beschwerdeführerin rangiert bei einem Rückstand von 25 Punkten mit 360 Punkten auf dem zweiten Rang. Mit ihrer Beschwerde rügt sie die Bewertungen der Zuschlagskriterien (ZK) 1.2 "Plausibilität der Aufwandermittlung", ZK 2.2 "Fachkompetenz Fachplaner", ZK 4 "Terminplan" und ZK 5 "Organisation Generalplanerteam". Würde die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen durchdringen, hätte sie als Anbieterin mit dem preislich günstigsten Angebot und aufgrund des geringen Rückstands in der Gesamtbewertung eine realistische Aussicht auf den Zuschlag. Die Beschwerdelegitimation ist mithin zu bejahen. Da die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen ebenfalls erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

3.

3.1 Vergabebehörden verfügen bei der Festlegung der Zuschlagskriterien sowie beim Entscheid darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, über einen erheblichen Beurteilungsspielraum (BGE 143 II 553 E. 6.3.2; VGr, 20. April 2017, VB.2017.00132, E. 3.4 mit weiteren Hinweisen). In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 56 Abs. 4 IVöB; § 50 Abs. 2 VRG), nicht ein. Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens sowie eine unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhalts (Art. 56 Abs. 3 IVöB; § 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a und b VRG).

3.2 In den Ausschreibungsunterlagen vom 8. Dezember 2023 für die Angebotsphase (Phase 2) wurden folgende Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung festgelegt:

Zuschlagskriterien		**Gewichtung**	**Note**	**Punktzahl**
ZK 1	Preis	30 %		
ZK 1.1	Honorarangebot, Zeittarif mit Stundenansatz und Kostendach	15 %	5	75
ZK 1.2	Plausibilität der Aufwandermittlung	15 %	5	75
ZK 2	Fachkompetenz	20 %		
ZK 2.1	Resultat der Präqualifikation	10 %	5	50
ZK 2.2	Fachkompetenz Fachplaner	10 %	5	50
ZK 3	Qualität	30 %		
ZK 3.1	Analyse der Aufgabe	20 %	5	100
ZK 3.2	Innovationsgehalt und Nachhaltigkeit	10 %	5	50
ZK [4]	Terminplan	15 %	5	75
ZK [5]	Organisation als Generalplanerteam	5 %	5	25
	[Total]	**100 %**		**500**

3.3 Die Angebote der Beschwerdeführerin und der Mitbeteiligten wurden wie folgt bewertet und rangiert:

Zuschlagskriterien		**Angebot Mitbeteiligte**		**Angebot Beschwerdeführerin**	
		Note	**Punkte**	**Note**	**Punkte**
ZK 1	Preis		**60**		**105**
ZK 1.1	Honorarangebot, Zeittarif mit Stundenansatz und Kostendach	0,0	0	5,0	75
ZK 1.2	Plausibilität der Aufwandermittlung	4,0	60	2,0	30
ZK 2	Fachkompetenz		**90**		**70**
ZK 2.1	Resultat der Präqualifikation	5,0	50	4,0	40
ZK 2.2	Fachkompetenz Fachplaner	4,0	40	3,0	30
ZK 3	Qualität		**150**		**120**
ZK 3.1	Analyse der Aufgabe	5,0	100	4,0	80
ZK 3.2	Innovationsgehalt und Nachhaltigkeit	5,0	50	4,0	40
ZK [4]	Terminplan	4,0	**60**	3,0	**45**
ZK [5]	Organisation als Generalplanerteam	5,0	**25**	4,0	**20**
	Total		**385**		**360**
	Rang	**1**		**2**	

Gestützt auf diese Bewertung erteilte die Beschwerdegegnerin der Mitbeteiligten am 7. Februar 2024 den Zuschlag mit korrigierter Verfügung.

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin rügt in erster Linie die Bewertung des Preises (ZK 1) mit den Unterkriterien ZK 1.1 "Honorarangebot" und ZK 1.2 "Plausibilität der Aufwandermittlung". Das Honorarangebot der Beschwerdeführerin ist das günstigste Angebot. Es erhielt bezüglich des Zuschlagskriteriums ZK 1.1 mit 75 Punkten die beste Bewertung, bezüglich des Zuschlagskriteriums ZK 1.2 jedoch lediglich die Note 2 und damit 30 Punkte.

4.2 Soweit die Beschwerdeführerin die Gewichtung des ZK 1.1 "Honorarangebot" als im Licht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu tief beanstandet und eine Nichtberücksichtigung des ZK 1.2 "Plausibilität der Aufwandermittlung" fordert, ist sie nicht zu hören. Die Kriterien und Unterkriterien wurden einschliesslich ihrer Gewichtung in den Ausschreibungsunterlagen vollständig angegeben (vgl. vorstehende E. 3.2). Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die gleiche Tabelle mit den Zuschlagskriterien bereits in den Ausschreibungsunterlagen für die erste Stufe (Präqualifikationsstufe) vom 19. Oktober 2023 enthalten war und unverändert in die Unterlagen für die zweite Stufe übernommen wurde. Die Mindestgewichtung des Preises bzw. das nach ihrer Auffassung unzulässige Plausibilitätskriterium hätte sie gestützt auf Art. 53 Abs. 2 IVöB bereits mit einer Anfechtung der Ausschreibung geltend machen müssen. Diesbezüglich ist der Beschwerdegegnerin zu folgen. Soweit die Beschwerdeführerin jedoch die Handhabung der

bekanntgegebenen Kriterien bzw. Unterkriterien rügt, ist ihr ohne Weiteres Gehör zu schenken.

4.3 Neben den bereits erwähnten Angaben zum ZK 1.2 "Plausibilität der Aufwandermittlung" hielt die Beschwerdegegnerin in den Ausschreibungsunterlagen für die zweite Stufe (Angebotsphase) vom 8. Dezember 2023 folgende Bewertungsskala für die Plausibilität des Angebots fest: Note 5 für ein "sehr transparentes Angebot", Note 4 für ein "plausibles Angebot", Note 3 für ein "im [W]esentlichen plausibles Angebot", Note 2 für "unplausible Angaben [sic!]" und Note 1 für ein "unplausibles Angebot" sowie Note 0 für ein nicht bewertbares Angebot.

Grundlage für die Bewertung der Plausibilität der Aufwandermittlung bildete zunächst das Formular 2 "Aufwandübersicht (gegliedert nach Basis- und Zusatzprojekt)", eine Excel-Datei, die nach Anleitung auszufüllen war. Gemäss Hinweis in den Ausschreibungsunterlagen waren zusätzliche Kommentare oder Hinweise zur Plausibilisierung des abgeschätzten Stundenaufwands "pro Projektierungsphase" erwünscht. Die Beschwerdeführerin reichte dieses Formular 2 ergänzt mit Kommentaren und verschiedenen Planausschnitten ein. Nachdem die Vergabebehörde am 22. und 23. Januar 2024 die Angebotspräsentationen durchgeführt hatte, ersuchte sie mitE-Mail vom 23. Januar 2024 alle Anbieterinnen darum (belegt ist mit … der Versand an die Beschwerdeführerin), ihre Aufwandschätzungen und "die davon abgeleitete Honorarofferte" nochmals zu überprüfen und bis am 26. Januar 2024 erneut einzureichen. Bei der Einreichung waren wiederum – wie bei der ersten Eingabe vom 12. Januar 2024 – zwei getrennte Couverts zu verwenden: eines für die Aufwandschätzung und eines für das Honorarangebot. Die Anbieterinnen wurden darauf hingewiesen, dass die Honoraransätze und die Konditionen gegenüber der bereits eingereichten Honorarofferte nicht verändert werden dürften, damit es nicht zu einem Abgebot komme.

Sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Mitbeteiligte reichten in der Folge veränderte Aufwandschätzungen ein: Die Mitbeteiligte schätzte den Zeitaufwand für Basis- und Zusatzprojekt nunmehr um 5'333 Stunden tiefer ein. Die Beschwerdeführerin reduzierte die Aufwandschätzung demgegenüber um 2'830 Stunden.

Zur Aufwandschätzung der Beschwerdeführerin bzw. zu deren Plausibilität führte die Beschwerdegegnerin im Kurzbericht als Beilage zur Zuschlagsverfügung aus, dass diese deutlich unter dem Durchschnitt der bewerteten Angebote liege. In der Bewertungstabelle zum Angebot der Beschwerdeführerin wurde dazu bemerkt:

> "[…] Im Vergleich zu den anderen Anbieter[n], liegt diese Aufwandschätzung zwischen 51% bis 71% tiefer. Die BK [= Baukommission] beurteilt diese Aufwandschätzung als viel zu tief und bewertet sie mit einer Note von 2.0.
> Momentane Erfahrungen im Projekt Lehrschwimmbecken zeigen, das[s] zu geringe Aufwandschätzungen seitens der Planer zu

zeitintensiven Diskussionen führen und Projekte blockieren
und/oder verteuern können."

Nach Massgabe der vorstehend wiedergegebenen Bewertungsskala zu diesem Unterkriterium ging die Vergabebehörde angesichts der Note 2,0 von "unplausiblen Angaben" aus.

4.4 Nach Prüfung der Akten sei zum Vorgehen der Beschwerdegegnerin, von den Anbieterinnen nochmals überprüfte Aufwandschätzungen und gegebenenfalls angepasste Honorarofferten zu verlangen, vorab Folgendes bemerkt: Das Honorarangebot (in Franken) ist eine Funktion des Stundenansatzes (in Franken) und der Anzahl angebotener Stunden. Das
Honorarangebot kann somit entweder durch eine niedrigere Stundenzahl oder durch einen niedrigeren Stundenansatz gesenkt werden. Ob das von der Vergabebehörde gewählte Vorgehen, das eine direkte Auswirkung auf den Angebotspreis haben kann bzw. im vorliegenden Fall – wie vorstehend ausgeführt – auch hatte, nicht einer verpönten Abgebotsrunde gleichkommt (vgl. Art. 11 Bst. d IVöB), kann vorliegend offenbleiben, da es sich auf die umstrittene Bewertung der Plausibilität der Aufwandermittlung nicht auswirkt.

4.5 Sodann ergibt sich aus den Akten Folgendes: Die Vergabestelle hat das Honorarangebot gemäss ZK 1.1 ausdrücklich als *Kostendach* definiert, was sich auch eindeutig aus den Eingabeformularen für die Honorarofferte ergibt. Diesbezüglich bringt die Mitbeteiligte im Formular 6 einen Vorbehalt an; sie vermerkt (Hervorhebung hinzugefügt): "[Das] Honorarangebot ist als *Richtpreis* zu verstehen. Ein Kostendach kann erst beim Vorliegen des Projektpflichtenheftes definiert werden." Damit weicht sie von den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen ab. Aus diesem Vorbehalt ergibt sich eindeutig, dass die Mitbeteiligte ihr Honorarangebot nicht als Kostendach verstanden wissen will, was den Ausschreibungsunterlagen widerspricht. Sie hat den gleichen Vorbehalt auch bei der neuerlichen Einreichung von Aufwandschätzung und angepassten Honorarofferten vom 25. Januar 2024 angebracht.

4.5.1 Gestützt auf Art. 44 Abs. 1 Bst. b IVöB *kann* eine Anbieterin vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn festgestellt wird, dass ihr Angebot einen wesentlichen Formfehler aufweist oder dieses wesentlich von den verbindlichen Anforderungen der Ausschreibung abweicht. Die Übereinstimmung des Angebots mit der Ausschreibung ist eine wesentliche Voraussetzung für den Zuschlag. Abweichungen von der Ausschreibung stellen mithin einen Mangel dar, weshalb Angebote, die der Ausschreibung nicht entsprechen, in der Regel auszuschliessen sind.

Bei der Beurteilung solcher Mängel ist nach ständiger Rechtsprechung im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein strenger Massstab anzulegen. Die Rechtsfolge des Ausschlusses ist allerdings nur dann adäquat, wenn es sich um einen wesentlichen Mangel handelt; einen überspitzten Formalismus gilt es zu vermeiden (VGr, 15. November 2018, VB.2018.00450, E. 6.1; 24. Mai 2018,

VB.2018.00184, E. 3.1; 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.1.1, mit weiteren Hinweisen). In der Tendenz betonen Lehre und Rechtsprechung die Formenstrenge des Submissionsverfahrens (VGr, 12. Mai 2016, VB.2015.00013, E. 3.3 mit Hinweisen).

Inwieweit an dieser Rechtsprechung festzuhalten ist, obwohl Art. 44 Abs. 1 IVöB nunmehr eine *Kann*-Vorschrift ist, wurde bisher noch nicht entschieden. Nach dem bisherigen Wortlaut von § 4a Abs. 1 des am 1. Oktober 2023 aufgehobenen Gesetzes vom 15. September 2003 über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 *hatte* die Vergabestelle Anbieterinnen und Anbieter aus einem laufenden Vergabeverfahren *auszuschliessen*, wenn sie die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht oder nicht mehr erfüllten oder wenn sie den rechtskonformen Ablauf des Vergabeverfahrens durch ihr Verhalten beeinträchtigten. Dies war insbesondere dann der Fall, wenn die Anbieterin oder der Anbieter wesentliche Formerfordernisse durch Änderung der Ausschreibungsunterlagen missachtete (lit. b). Die Materialien zur IVöB (Vorlage 5772 vom 24. November 2021, ABl vom 17. Dezember 2021) enthalten zu Art. 44 Abs. 1 IVöB lediglich den Hinweis, dass die Auftraggeber in der Frage des Ausschlusses bzw. des Widerrufs von Zuschlägen ein *grosses Ermessen* hätten. Die Bestimmung enthalte eine Liste von Tatbeständen, die einen Ausschluss oder einen Widerruf des Zuschlags *rechtfertigen* würden (ABl vom 17. Dezember 2021, S. 111). Der Ausschluss ist somit für die aufgezählten Tatbestände nicht mehr als zwingende Rechtsfolge ausgestaltet, sondern dem Ermessensentscheid der Vergabestelle zugewiesen. Ein Eingreifen der Rechtsmittelinstanz kommt mithin nur infrage, wenn ein Verzicht auf Ausschluss nicht mehr angemessen ist, sondern als Rechtsverletzung zu beurteilen ist (Art. 56 Abs. 3 Bst. a und Abs. 4 IVöB).

4.5.2 Vorliegend hat die Vergabebehörde in den Bestimmungen zum Planerwahlverfahren als Teil der Ausschreibungsunterlagen einen Ausschluss wegen inhaltlicher Abweichung von der Ausschreibung nicht angedroht – dies im Gegensatz zur Nichterfüllung von formellen Anforderungen. Ungeachtet der Frage, ob aufgrund der vorstehend dargestellten Rechtsänderung eine Androhung des Ausschlusses in den Ausschreibungsunterlagen erforderlich ist, kann es darauf im vorliegenden Fall nicht ankommen: Mit ihrem Vorbehalt akzeptiert die Mitbeteiligte die Kostendach-Regelung der Vergabebehörde nicht; sie versteht ihr Angebot als Richtpreis. Damit ist ihr Angebot nicht mit den übrigen Angeboten vergleichbar, welche nach Massgabe der Ausschreibung der Kostendach-Regelung unterliegen. Die Vergleichbarkeit der Angebote ist jedoch eine Grundvoraussetzung im öffentlichen Beschaffungswesen, weshalb im Sinn der bisherigen Rechtsprechung bei diesbezüglichen Mängeln weiterhin ein strenger Massstab anzulegen ist.

4.5.3 Hinzu kommt, dass die Beschwerdegegnerin den Zweck des ZK 1.2 "Plausibilität der Aufwandermittlung" bzw. die damit verbundene Bewertung der Aufwandschätzung und deren Nachvollziehbarkeit als Korrektiv zum *Risiko eines Kostendachs* ansieht. Das Risiko sieht sie darin, dass ein auf einer zu tiefen Aufwandschätzung errechnetes Kostendach dazu

führe, dass eine Anbieterin betrieblich und finanziell schnell an ihre Grenze gelange, wenn sich im Nachhinein der Aufwand als grösser herausstelle. In der Folge führe dies nach Erfahrung der Beschwerdegegnerin zu Diskussionen und zu Streitigkeiten. Die Vergabebehörde hat also einerseits die Vorzüge des Kostendachs als Honorarobergrenze bewusst gewählt und andererseits mit der Ausgestaltung des Zuschlagskriteriums 1.2 flankiert. Einer Abweichung von der Kostendach-Regelung ist entsprechend hohes Gewicht beizumessen.

4.5.4 Da im kantonalen submissionsrechtlichen Beschwerdeverfahren grundsätzlich – jedoch durch die Rüge- und Substanziierungspflicht der Parteien eingeschränkt (VGr, 28. Februar 2019, VB.2018.00787, E. 3.2) – die Untersuchungsmaxime und der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amts wegen gelten (§ 3 Abs. 2 BeiG IVöB in Verbindung mit § 70 und § 7 Abs. 1 VRG; Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kanton Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 7 N. 3 f. und 164 f.), ist eine Berücksichtigung dieses Ausschlussgrundes auch ohne entsprechende Rüge zulässig. Mithin ist das Angebot der Mitbeteiligten auszuschliessen.

4.6 Mit Blick auf die von der Beschwerdeführerin gerügte Anwendung des ZK 1.2 "Plausibilität der Aufwandermittlung" ergibt sich ergänzend Folgendes:

4.6.1 Anhand der von den Parteien eingereichten Unterlagen lässt sich erkennen, dass die im Formular 2 für die Überprüfung der Plausibilität der Aufwandermittlung eingetragenen Stundenwerte je SIA-Phase und Honorarkategorie direkt ins Formular 6 für das Honorarangebot – gegliedert nach Basisprojekt, Zusatzprojekt sowie Basis- und Zusatzprojekt – einfliessen und multipliziert mit den Stundenansätzen je Honorarkategorie in der Summe das unter dem ZK 1.1 bewertete Honorarangebot ergeben. Somit bildet – neben den zusätzlich möglichen Kommentaren bzw. Hinweisen zur Plausibilisierung – im Wesentlichen bloss ein Parameter der Honorarkalkulation Grundlage für die Überprüfung der Plausibilität.

Aus den Bewertungsunterlagen der Beschwerdegegnerin ergibt sich zudem, dass für die Bewertung des Kriteriums in erster Linie auf die abgegebene Stundenschätzung abgestellt wurde. So wurde bei der Mitbeteiligten lediglich die Anzahl Stunden angeführt und vermerkt: "Die BK [= Baukommission] beurteilt diese Aufwandschätzung als plausibel und bewertet sie mit einer Note 4.0." Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass auch die mit Planausschnitten ergänzten Erläuterungen der Beschwerdeführerin zu den durchzuführenden Massnahmen berücksichtigt wurden, obwohl diese zur Plausibilisierung der Aufwandschätzung als nicht ungeeignet erscheinen. Sie bringen zum Ausdruck, welche Planungsarbeiten die Beschwerdeführerin ihrer Aufwandschätzung zugrunde gelegt hat. Auch in ihrer Beschwerdeantwort begründet die Beschwerdegegnerin die Bewertung praktisch ausschliesslich – mit Ausnahme eines von der Beschwerdeführerin genannten

tatsächlichen Beispiels für bereits erbrachte Planerleistungen, welche sich aufwandmindernd auswirken würden – auf der Grundlage von rein kalkulatorischen Gesichtspunkten.

4.6.2 Zwar hat es das Bundesgericht als zulässig angesehen, im Rahmen der Zuschlagskriterien andere Aspekte einer Offerte unter dem Gesichtswinkel der "Plausibilität" zu bewerten. Dies allerdings nur so lange, als damit in objektivierbarer Weise die Leistungen bewertet werden, die vom Angebotspreis abgedeckt sind (BGE 143 II 553 E. 7.2). Wird mit dem Unterkriterium "Plausibilität" jedoch allein der Angebotspreis bewertet, ist dies unzulässig (BGE 143 II 553 E. 7.4). Für eine zulässige Bewertung eines Angebots unter dem Gesichtspunkt der "Plausibilität" setzt das Bundesgericht voraus, dass die Qualitätsprognose nach objektivierbaren Kriterien erfolgt (BGE 143 II 553 E. 7.5.2). Im vom Bundesgericht beurteilten Fall hatte die Vergabebehörde für das Unterkriterium "Plausibilität" weitere Subkriterien vorgesehen und geprüft, ob mit dem vorgesehenen personellen Aufwand die verlangten Leistungen in Qualität und Umfang vernünftigerweise erbracht werden können. Das ist vorliegend nicht der Fall: Die Vergabebehörde hat lediglich die Stundenschätzung (als Teil der Honorarberechnung) herangezogen und bewertet, wobei höhere Stundenschätzungen besser bewertet wurden als tiefere Stundenschätzungen – wie diejenige der Beschwerdeführerin.

Zudem gilt auch unter Anwendung eines Kriteriums "Plausibilität", dass der Preis als Zuschlagskriterium durch die verwendete Bewertungsmethode nicht weiter abgeschwächt werden darf. Er muss auch bei komplexen Beschaffungen im Umfang von mindestens 20 % Berücksichtigung finden (BGE 143 II 553 E. 6.4). Im vorliegenden Fall führt jedoch die gleich starke Gewichtung der Zuschlagskriterien ZK 1.1 und ZK 1.2 mit je 15 % und die tatsächlich vorgenommene bessere Bewertung von höheren Stundenschätzungen und damit – wie vorstehend gezeigt (E. 4.6.1) – gleichzeitig höheren Honorarofferten dazu, dass der Punkteverlust unter ZK 1.1 "Honorarangebot" beim ZK 1.2 "Plausibilität der Aufwandermittlung" praktisch reziprok ausgeglichen werden kann. Damit wird das Preiskriterium in unzulässiger Weise geschwächt.

4.6.3 Die Anwendung des Zuschlagskriteriums ZK 1.2 durch die Beschwerdegegnerin liegt folglich nicht mehr im Bereich geschützter Ermessensausübung, sondern ist als rechtsverletzend zu beurteilen. Die unter diesem Zuschlagskriterium vergebenen Punkte sind deshalb nicht zu berücksichtigen. Das führt dazu, dass sich der ursprüngliche Vorsprung der Mitbeteiligten von 25 Punkten gegenüber der Beschwerdeführerin in einen Rückstand von 5 Punkten wandelt. Das Angebot der Beschwerdeführerin ist neu mit 5 Punkten Vorsprung bewertet und liegt auf dem ersten Rang.

4.7 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Mitbeteiligte auszuschliessen ist (vorstehende E. 4.5) und dass die Handhabung des Zuschlagskriteriums 1.2 "Plausibilität der

Aufwandermittlung" durch die Beschwerdegegnerin rechtsverletzend war (vorstehende E. 4.6).

5.
Im Ergebnis ist die angefochtene Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 7. Februar 2024 in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Sache zum Neuentscheid an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Die Vergabe hat im Sinn der vorstehenden Erwägungen an die Beschwerdeführerin zu erfolgen. Praxisgemäss erteilt das Verwaltungsgericht den Zuschlag nicht selbst; die Sache ist mit einer entsprechenden Anordnung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen (VGr, 13. Februar 2002, VB.2001.00035, E. 3c = BEZ 2002 Nr. 33).

6.
Mit dem vorliegenden Entscheid wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

7.
Die Verteilung der Gerichtskosten richtet sich gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG nach dem Unterliegen. Aufgrund der Aufhebung des angefochtenen Entscheids und der Rückweisung an die Beschwerdegegnerin gilt die Beschwerdeführerin als obsiegend. Demzufolge sind die Kosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Die Mitbeteiligte hat sich am Verfahren nicht beteiligt und hat keine Kosten zu tragen.

Aus den gleichen Gründen hat die Beschwerdegegnerin die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin zu entschädigen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Als angemessen erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.- (inkl. Mehrwertsteuer).

8.
Der Auftragswert übersteigt den massgeblichen Schwellenwert für Lieferungen bzw. Dienstleistungen im Einladungsverfahren (Art. 52 Abs. 1 Bst. a in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB]). Gegen dieses Urteil ist daher die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig, sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, andernfalls steht dagegen nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen (Art. 83 Bst. f. BGG).

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Zuschlagsverfügung der Beschwerdegegnerin vom 7. Februar 2024 aufgehoben. Die Sache wird an die

Beschwerdegegnerin zurückgewiesen, um den Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
   Fr. 8'000.--; die übrigen Kosten betragen:
   Fr. 355.-- Zustellkosten,
   Fr. 8'355.-- Total der Kosten.

3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.- zu entrichten, zahlbar innert 30 Tagen nach Rechtskraft dieses Entscheids.

5. Gegen dieses Urteil kann, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Sofern diese nicht zulässig ist, kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.

6. Mitteilung an die Parteien und die Mitbeteiligte.