VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Rechtsprechung: Entscheiddatenbank

Geschäftsnummer: **VB.2024.00443**
Entscheidart und -datum: Endentscheid vom 13.03.2025
Spruchkörper: 1. Abteilung/1. Kammer
Weiterzug: Eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist am Bundesgericht noch hängig.
Rechtsgebiet: Submissionsrecht
Betreff: **Submission**

Stichworte:
AUSSCHLUSS AUS DEM VERFAHREN
AUSSCHREIBUNGSUNTERLAGEN
EINHEITSPREISE
ERMESSENSSPIELRAUM
KOSTENUMLAGERUNGEN
LEISTUNGSVERZEICHNIS
PREISBILDUNGSREGEL
RECHTZEITIGKEIT
TRANSPARENZGEBOT

Rechtsnormen:
Art. 38 IVöB
Art. 44 Abs. I lit. b IVöB
Art. 44 Abs. II lit. c IVöB
Art. 53 Abs. I lit. a IVöB
Art. 53 Abs. II IVöB
Art./§ 86 SIA 118

Publikationen:
- keine -

Kostenumlagerungen in Submissionsverfahren; Preisbildungsregeln; Rechtzeitigkeit der Rüge von Ausmassfehlern im Leistungsverzeichnis; Voraussetzungen für einen Verfahrensausschluss.

Mit Blick auf die Vergleichbarkeit der Angebote, das Transparenzgebot und die Gleichbehandlung der Anbietenden sind die in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Preisbildungsvorschriften einzuhalten. Die Vergabestelle hat vorliegend Umlagerungen von Kostenbestandteilen der Einheitspreise untersagt. Ein Angebot, bei dem bestimmte Einheitspreise bewusst tief gehalten und die auf diese Positionen entfallenden Kosten in andere Einheitspreise oder in eine Festpreisposition übertragen werden, widerspricht dem Prinzip einer Preisvereinbarung nach Einheitspreisen. Eine Verschiebung von Kostenteilen aus bestimmten Einheitspreisen in andere Positionen darf jedenfalls nicht offensichtlich einzig dem Zweck dienen, allfällige Fehler des Leistungsverzeichnisses zulasten des Auftraggebers auszunützen bzw. hierauf zu spekulieren (E. 4.2).
Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich die Obliegenheit der Anbietenden, gewisse (Ausschreibungs-)Mängel auch ausserhalb eines formellen Beschwerdeverfahrens möglichst frühzeitig zu beanstanden (act. 6.1). Allerdings ist es unerheblich, ob eine Anbieterin, die Kosten umlagert, richtigerweise oder fälschlicherweise Ausmassfehler in den Ausschreibungsunterlagen vermutet. Die Beschwerdeführerin kann jedenfalls Verstösse gegen Preisbildungsvorschriften bzw. Kostenumlagerungen im vorliegenden Verfahren noch geltend machen, da solche auch ohne Mängel im Leistungsverzeichnis möglich sind (E. 6.4).
Kostenumlagerungen sind nur möglich, wenn unrealistisch tiefe Preise bei anderen Positionen durch überhöhte Preise "kompensiert" werden (E. 7.1). Unabhängig davon können ungewöhnlich tiefe Preise unzulässig sein und zum Verfahrensausschluss führen,

wenn die betreffende Anbieterin nicht in der Lage ist, den Auftrag zu den angebotenen Konditionen zu erfüllen (E.7.3). Vorliegend ist die Mitbeteiligte zur Auftragserfüllung in der Lage (E. 7.4). Die Vergabestelle macht geltend, bei einer Verletzung der streitgegenständlichen Preisbildungsregel liege ein allfälliger Ausschluss der fehlbaren Anbieterin in ihrem Ermessen (E. 8.1). Falls eine Preisbildungsvorschriften verletzende Offerte mit erheblicher Wahrscheinlichkeit sehr gravierende Folgen in Bezug auf die Entwicklung der Vergütung haben wird, sodass danach das Submissionsergebnis verfälscht wäre, besteht jedoch ein Anspruch auf Ausschluss des fraglichen Angebots. Im Zusammenhang mit Kostenumlagerungen ist dies allerdings lediglich dann der Fall, wenn erstens bei der fraglichen Umlagerung eine erhebliche Wahrscheinlichkeit für spürbar geringere tatsächliche Mengen (gegenüber den ausgeschriebenen) besteht und dies zweitens unter Berücksichtigung aller anwendbaren Zuschlagkriterien bei tatsächlichem Eintreffen der vom Spekulierenden angenommenen Mengenveränderungen zu einer Änderung der Bieterreihenfolge bei der Bewertung führen würde (E. 8.4). Selbst wenn bei gewissen auffälligen Preispositionen der Mitbeteiligten von Kostenumlagerungen ausgegangen würde und die möglichen Umlagerungsgewinne an ihren Angebotspreis angerechnet würden, wäre eine Änderung der Bieterreihenfolge vorliegend nicht realistisch. Das Angebot der Mitbeteiligten bliebe unter Berücksichtigung aller Zuschlagskriterien das am besten bewertete; es ist daher nicht auszuschliessen (E. 8.5.4). Abweisung.

Verwaltungsgericht
des Kantons Zürich
1. Abteilung

VB.2024.00443

Urteil

der 1. Kammer

vom 13. März 2025

Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Sandra Wintsch (Vorsitz), Verwaltungsrichter Daniel Schweikert, Verwaltungsrichter José Krause, Gerichtsschreiberin Regina Meier.

In Sachen

Unternehmen A,
vertreten durch RA B,

Beschwerdeführerin,

gegen

Universitätsspital Zürich,
vertreten durch RA D und/oder RA E

Beschwerdegegner,

und

Unternehmen F,
vertreten durch RA G und/oder RA H,

Mitbeteiligte,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

Das Universitätsspital Zürich eröffnete mit Ausschreibung vom 13. Februar 2024 auf SIMAP ein offenes Submissionsverfahren im Staatsvertragsbereich betreffend Baumeisterarbeiten für das Projekt "USZ Campus Mitte 1|2". Gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 26. April 2024 gingen drei gültige Angebote mit Preisen exkl. MWST zwischen Fr. 44'993'657.79 (Angebot des Unternehmens F) und Fr. 54'232'235.80 (Angebot des Unternehmens A) ein. Mit Verfügung vom 11. Juli 2024 erteilte das Universitätsspital Zürich den Zuschlag dem Unternehmen F zum bereinigten Nettopreis von Fr. 46'157'210.51 exkl. MWST. Auf dem zweiten Platz rangierte gemäss Bewertung der Vergabebehörde das Angebot des Unternehmens A.

II.

Das Unternehmen A gelangte dagegen mit Beschwerde vom 31. Juli 2024 an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, die Zuschlagsempfängerin sei aus dem Verfahren auszuschliessen und der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin zu erteilen. Eventuell sei die Zuschlagsempfängerin aus dem Verfahren auszuschliessen und die Sache zur Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerin an die Vergabestelle zurückzuweisen; subeventuell sei die Sache an die Vergabestelle zurückzuweisen zum Ausschluss der Zuschlagsempfängerin aus dem Verfahren und zur Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerin. In prozessualer Hinsicht beantragte das Unternehmen A der Beschwerde superprovisorisch aufschiebende Wirkung zu erteilen und den Vertragsschluss zu untersagen sowie Akteneinsicht und einen zweiten Schriftenwechsel (Gelegenheit zur Beschwerdeergänzung), alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Universitätsspitals Zürich und des Unternehmens F.

Mit Präsidialverfügung vom 2. August 2024 wurde dem Universitätsspital Zürich ein Vertragsschluss einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt.

Mit Eingabe vom 26. August 2024 beantragte das Universitätsspital, die Beschwerde abzuweisen; eventualiter, im Falle der Gutheissung der Beschwerde, sei die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vergabestelle zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht sei der Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen und die superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung sei zu entziehen; ausserdem seien die als vertraulich bezeichneten Akten der Beschwerdeführerin nicht zuzustellen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten derselben. Entsprechende Anträge stellte das Unternehmen F mit Eingabe vom 26. August 2024.

Mit Präsidialverfügung vom 30. August 2024 wurde dem Beschwerdegegner weiterhin, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt, den Vertrag abzuschliessen. Gleichzeitig wurde das Akteneinsichtsbegehren des Unternehmens A teilweise gutgeheissen. Mit Replikschrift vom 27. September 2024 hielt diese an ihren Anträgen fest. Die Duplik des Universitätsspitals Zürich erfolgte am 23. Oktober 2024, diejenige des Unternehmens F am 24. Oktober 2024. Über die Einsicht in die Duplikbeilagen wurde mit Präsidialverfügung vom 28. Oktober 2024 entschieden. Die Triplik des Unternehmens A erfolgte am 18. November 2024, die Quadrupliken je am 2. Dezember 2024 und die Quintuplik am 13. Dezember 2024. In der Folge verzichtete das Unternehmen F mit Eingabe vom 23. Dezember 2024 auf eine weitere Stellungnahme. In der gleichentags eingereichten Stellungnahme des Universitätsspitals Zürich hielt dieses an seinen bisherigen Ausführungen fest. Am 11. Februar 2025 reichte das Universitätsspital Zürich eine weitere Stellungnahme betreffend die aufschiebende Wirkung ein; das Unternehmen A liess sich hierzu am 26. Februar 2025 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]). 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 13. Februar 2024 zugrunde liegt, gilt demnach neues Recht. Somit gelangen die Art. 51 ff. IVöB sowie § 3 BeiG IVöB zur Anwendung. Anwendbar ist sodann im Weiteren die Submissionsverordnung vom 28. Juni 2023 (SVO).

1.2 Nach § 3 Abs. 1 BeiG IVöB ist gegen Verfügungen gemäss Art. 53 IVöB, wozu auch der Zuschlag zählt (lit. e), unabhängig vom Auftragswert die Beschwerde an das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz zulässig.

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; § 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 Angebotsbewertung erzielte die Mitbeteiligte mit 871 Punkten die höchste Gesamtbewertung; das Angebot der Beschwerdeführerin rangiert bei einem Rückstand von 121 Punkten auf Platz 2. Mit ihrer Beschwerde macht die Beschwerdeführerin in materieller Hinsicht unzulässige Kostenumlagerungen geltend, die zum Ausschluss der Mitbeteiligten führen sollen. Dringt sie mit ihren Rügen durch, hat sie 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 In den Ausschreibungsunterlagen legte die Vergabestelle vier Zuschlagskriterien fest: ZK 1 – Preis, ZK 2 – Qualität, ZK 3 – Ressourcen und ZK 4 – Zugang zur Aufgabe. Das ZK 1 – Preis wurde mit 65 % gewichtet. Im Zusammenhang mit dem Preiskriterium beziehungsweise mit der Kalkulation der Angebote wurden Kostenumlagerungen untersagt (gleichlautend mit Art. 4 der Empfehlungen der KBOB zum Umgang mit Umlagerungen von Kosten in Angeboten für Arbeiten im Bauhauptgewerbe): "Angebote sind so zu kalkulieren, dass die Kosten denjenigen Leistungspositionen zugeordnet werden, die sie betreffen. Umlagerungen von Kostenbestandteilen der Einheitspreise, insbesondere zwischen einzelnen Leistungspositionen und Baustelleneinrichtungen, sind nicht zulässig. Angebote mit unzulässig ausgewiesenen Kostenbestandteilen können aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden." In den Allgemeinen Vertragsbedingungen Bau und Gebäudetechnik (Ausgabe: Januar 2024) wurde sodann unter Abweichung von Art. 86 SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, Ausgabe 2013 [SIA-Norm 118], festgelegt, dass der vereinbarte Einheitspreis ungeachtet einer allfälligen Abweichung von der im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Menge gelte; sodann seien alle Einheitspreise Preise für vollständige und fertige Arbeiten.

3.2 Die Mitbeteiligte erzielte beim Preiskriterium das Punktemaximum von 650 und bei den übrigen Zuschlagskriterien 221 Punkte; die Beschwerdeführerin erzielte beim Preiskriterium 421 Punkte und bei den übrigen Zuschlagskriterien 329 von maximal 350 Punkten. Das (unbereinigte) Angebot der Mitbeteiligten ist rund Fr. 10 Mio. günstiger als die Angebote der beiden Mitbewerberinnen. Obwohl es bei der Baustelleneinrichtung deutlich teurer ausfiel als die anderen Angebote, konnte dies durch die um insgesamt mehrere Millionen tiefer offerierten Einheitspreise für verschiedene Normpositionen wieder wettgemacht werden (geltend gemacht wird dies namentlich betreffend NPK 241 – Ortbetonbau und weiter auch für die Normpositionen NPK 172 – Abdichtungen und NPK 315 – Vorgefertigte Elemente aus Beton und künstlichen Steinen).

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin macht zusammengefasst geltend, das Angebot der Mitbeteiligten sei infolge unzulässiger Kostenumlagerungen aus dem Vergabeverfahren auszuschliessen; konkret sei deren Angebot im Endeffekt teurer als ihr eigenes, da die angebotenen Einheitspreise ungeachtet einer allfälligen Abweichung von der im

Leistungsverzeichnis vorgesehenen Menge gelten und die effektiv zu erbringenden Mengen infolge von Ausmassfehlern von den ausgeschriebenen stark abweichen würden, was die Mitbeteiligte bei der Kalkulation ihres Angebots ausgenützt habe.

4.2 Namentlich mit Blick auf die Vergleichbarkeit der Angebote, das Transparenzgebot und die Gleichbehandlung der Anbietenden sind die in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Preisbildungsvorschriften einzuhalten (BVGer, 30. Januar 2020, B-4373/2019, E. 3; VGr, 12. September 2007, VB.2007.00123, E. 3.4). Preisbildungsvorschriften, insbesondere die Bedingung, Einheitspreise anzugeben, stellen formelle Vorschriften dar. Deren Zweck besteht darin, einen aussagekräftigen und umfassenden Überblick über das Preis-Leistungs-Verhältnis der Angebote zu verschaffen und deren Vergleich zu ermöglichen (BGr, 19. Januar 2023, 2C_365/2022, E. 7.2). Beim Prinzip der Preisvereinbarung nach Einheitspreisen wird davon ausgegangen, dass sich Mengenänderungen in entsprechenden Preisänderungen niederschlagen. Ein Angebot, bei dem bestimmte Einheitspreise bewusst tief gehalten und die auf diese Positionen entfallenden Material- und/oder Arbeitskosten in andere Einheitspreise oder in eine Festpreisposition übertragen werden, widerspricht nach der Rechtsprechung dem Prinzip einer Preisvereinbarung nach Einheitspreisen. Zwar ist die Kalkulation der Angebotspreise Sache des anbietenden Unternehmers, und die Art und Weise, wie er seinen Aufwand in Einheitspreise umrechnet, steht ihm grundsätzlich frei. Die Preise müssen jedoch realistisch und sachlich begründbar sein. Eine Verschiebung von Kostenteilen aus bestimmten Einheitspreisen in andere Positionen darf nicht offensichtlich einzig dem Zweck dienen, allfällige Fehler des Leistungsverzeichnisses zulasten des Auftraggebers auszunützen bzw. hierauf zu spekulieren. Denn bei einer derart gestalteten Offerte profitiert der Auftraggeber bei allfälligen Mengenreduktionen nicht von der Kostenersparnis (VGr, 15. Dezember 2010, VB.2010.00402, E. 2.2.2 mit Hinweisen).

4.3 Der Ausschluss einer Anbieterin infolge eines Verstosses gegen eine derartige Preisbildungsvorschrift ist jedenfalls dann zulässig, wenn das Risiko, dass eine Vergabestelle wegen abgepreister Einheitspreispositionen einen Nachteil erleidet, nicht ausgeschlossen werden kann; weiter auch dann, wenn die Vergabestelle in ihren Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich auf den Ausschluss solcher Angebote aufmerksam macht (BGr, 19. Januar 2023, 2C_365/2022, E. 7.2 mit Hinweisen; BVGer, 30. Januar 2020, B-4373/2019; VGr, 8. August 2012, VB.2012.00257, insb. E. 3.4; 15. Dezember 2010, VB.2010.00402; 10. März 2010, VB.2009.00480; spekulatives Angebot verneint in BVGer, 18. März 2020, B-7216/2014; s. zum Transparenzgebot im Besonderen BGr, 30. August 2021, 2D_12/2021, in: Martin Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021, Zürich 2022, N. 115).

5.

5.1 Im Einzelnen bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vergabestelle habe die Angebote nicht auf eine allfällige Verletzung des Verbots von Kostenumlagerungen überprüft. Die

Mitbeteiligte habe unzulässige Kostenumlagerungen vorgenommen. Die Leistungsverzeichnisse für den ausgeschriebenen Auftrag enthielten beträchtliche Ausmassfehler und damit erhebliches Umlagerungspotential. Namentlich sei das Vorausmass beim Ortbetonbau deutlich zu hoch und bei der Baustelleneinrichtung habe die Vergabestelle demgegenüber mit einem zu tiefen Ausmass gerechnet: Die vorgesehene Dauer von 28 Monaten für das Vorhalten der Baustelleneinrichtung (Position 111.002 von NPK 113) sei viel zu kurz, es sei vielmehr mit 58 Monaten zu rechnen, da die gesamte Bauzeit – nicht nur die Rohbauphase – gemeint sei. Unter NPK 241 – Ortbetonbau respektive bei der Bewehrung habe die Mitbeteiligte in fünf Einzelpositionen die Selbstkosten mutmasslich nicht deckende Preise offeriert und dafür bei anderen Stahlpositionen zu hohe Preise angeboten. In ihrer Duplikschrift habe die Mitbeteiligte die fraglichen Kostenumlagerungen denn auch eingeräumt. Weiter kämen für Umlagerungen auch Positionen in Betracht, für die die Menge 1 zu offerieren war.

5.2

5.2.1 Der Beschwerdegegner macht geltend, der Nachweis tiefer Preise allein genüge für sich nicht für einen Ausschluss infolge Kostenumlagerungen. Es sei zulässig, nicht kostendeckende Preise zu offerieren; Tiefpreise im Sinn von Unterangeboten bildeten keinen Ausschlussgrund. Die eingereichten Angebote bewegten sich allesamt innerhalb der festgelegten, realistischen Preisspanne von 50 %.

Sodann habe sie die Angebote auf Kostenumlagerungen überprüft, dies mit dem "System Messerli", durch das Einholen von Auskünften von der Mitbeteiligten in vier Erläuterungsrunden und durch eine Prüfung des Ingenieurbüros J; sie habe ihre Prüfungs- und Nachfragepflichten i. S. v. Art. 38 IVöB erfüllt.

Weiter hätte die Beschwerdeführerin die angeblichen beträchtlichen Ausmassfehler in den Ausschreibungsunterlagen mit Beschwerde gegen die Ausschreibung anfechten müssen; diese Rüge sei nun verwirkt. Allerdings enthalte die Ausschreibung sowieso keine beträchtlichen Ausmassfehler – namentlich seien die unter "Ortbetonbau" aufgeführten Mengen nicht zu gross, sondern für ein umfangreiches Bauprojekt wie das vorliegend streitgegenständliche realistisch. Für die Baustelleneinrichtung bestehe demgegenüber kein zu tiefes Ausmass: Es ergebe sich aus dem Terminprogramm, dass für das Vorhalten der Baustelleneinrichtung nur die Rohbauphase von 28 Monaten massgeblich sei. Länger bereitzustellen seien hingegen die Krane.

Ohnehin lägen allerdings keine Kostenumlagerungen vor: Durch die Erläuterungsrunden sei ausgeschlossen worden, dass die Mitbeteiligte gegenüber dem Beschwerdegegner Nachtragsforderungen geltend mache oder die Preise für das Bereitstellen der Krane und für die Baustelleneinrichtung sich gegenseitig beeinflussen, da das (längere) Vorhalten der Krane unabhängig vom (kürzeren) Bereitstellen der Baustelleneinrichtung sei. Bei den

Positionen, bei denen Menge 1 zu offerieren sei, lägen ebenfalls keine Kostenumlagerungen vor; ebenso wenig bei Eventualpositionen.

5.2.2 Die Mitbeteiligte räumt ein, einige Preise nicht kostendeckend offeriert oder jedenfalls knapp kalkuliert zu haben, was jedoch zulässig sei. Kostenumlagerungen hätten demgegenüber keine stattgefunden. Die von der Beschwerdeführerin ins Feld geführten Preise für den Ortbetonbau seien nicht üblich, sondern zu hoch – nicht die Preise der Mitbeteiligten seien spekulativ niedrig. Sie werde ihr Angebot wie offeriert erfüllen können; es gäbe keine Hinweise, dass sie ihre Vertragspflichten nicht erfüllen könne. Ausmassfehler bei der Bewehrung seien sodann nicht ersichtlich und ihre eigene diesbezügliche Preiskalkulation erklärbar: Namentlich habe sie bei verschiedenen Positionen Rabatte weitergeben und daher niedrige Preise anbieten können. Bei der Baustelleninstallation lasse sich die Preisdifferenz zum beschwerdeführerischen Angebot dadurch erklären, dass die Mitbeteiligte – anders als die Beschwerdeführerin – die Personalkosten für Aufsicht, Führung und Qualitätsmanagement sowie die Kosten für die Versetzung der Mitarbeitenden an auswärtige Arbeitsorte in der Position für die Baustelleneinrichtung offeriert habe. Es sei korrekt, diese Personalkosten bei der Baustelleninstallation einzurechnen, zumal sie bauzeitabhängig, d. h. während der gesamten Vorhaltedauer der Baustelleneinrichtung, anfallen würden. Zudem habe sie die Kosten für gewisse Aufwendungen bezüglich der Krane ebenfalls bei dieser Position berücksichtigt, was branchenüblich und der Vergabestelle von Anfang an offengelegt worden sei.

6.

6.1 Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich die Obliegenheit der Anbietenden, gewisse (Ausschreibungs-)Mängel auch ausserhalb eines formellen Beschwerdeverfahrens möglichst frühzeitig zu beanstanden, um einen unnötigen Verfahrensaufwand zu vermeiden (vgl. dazu BGE 130 I 241 E. 4.3; VGr, 6. August 2018, VB.2018.00350, E. 4.3.1; 11. Juli 2012, VB.2011.00598, E. 3.7; 23. Mai 2007, VB.2006.00425, E. 5.2; 24. November 1999, VB.98.00327, E. 4c = BEZ 2000 Nr. 10; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 667 f.; Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 104/2003, S. 10). Die Beschwerdeführerin darf grundsätzlich nicht abwarten, ob der Vergabeentscheid für sie positiv ausfällt, und andernfalls mit Beschwerde gegen den Zuschlag vorgehen (vgl. statt vieler VGr, 17. August 2023, VB.2023.00151, E. 4.2.2).

6.2 Eine solche Obliegenheit besteht allerdings nur bei offensichtlichen Mängeln. Dies ist etwa der Fall, wenn gerügt wird, wegen Mängeln der Ausschreibungsunterlagen habe von vornherein kein regelkonformes Vergabeverfahren durchgeführt werden können (VGr, 2. März 2017, VB.2016.00778, E. 3.2; 23. November 2001, VB.2001.00016, E. 4b). Ein Anbieter oder eine Anbieterin kann nur dann vom Rechtsweg ausgeschlossen werden, wenn er oder sie den Mangel tatsächlich festgestellt hat oder bei gehöriger Vorsicht hätte

feststellen können (VGr, 3. April 2014, VB.2013.00758, E. 2.4.1). Angesichts des Zeitdrucks und der beschränkten Rechtskenntnisse der Anbietenden sowie aufgrund der möglichen Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren sind keine strengen Anforderungen an die Anbietenden zu stellen (BGE 130 I 241 E. 4.3).

6.3 Unter dem neuen Submissionsrecht (s. E. 1.1) ist die Rügeobliegenheit für Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen, deren Bedeutung *erkennbar* ist, nun auch ausdrücklich normiert (Art. 53 Abs. 2 IVöB i. V. m. Art. 53 Abs. 1 lit. a IVöB). Wenn die Beschwerdeführerin vorbringt, "dass die Leistungsverzeichnisse […] beträchtliche Ausmassfehler enthalten und damit erhebliches Umlagerungspotenzial enthalten dürften" und dass das zu tiefe (Soll-)Ausmass bei der Baustelleneinrichtung "geradezu ins Auge springt", stellt sich die Frage, ob sie damit von vornherein erkennbare Ausschreibungsmängel geltend machen möchte und die diesbezüglichen Rügen folglich verwirkt sind.

6.4 Zu Recht bringt die Beschwerdeführerin allerdings vor, dass es unerheblich ist, ob die Mitbeteiligte – sofern sie denn Kostenumlagerungen vorgenommen hat – richtigerweise oder fälschlicherweise Ausmassfehler in den Ausschreibungsunterlagen vermutete. Entscheidend – da in Ziff. 4.2 der Allgemeinen Submissionsbedingungen untersagt – ist, ob die Mitbeteiligte *tatsächlich* Kostenumlagerungen *vorgenommen* oder die formellen Preisbildungsvorschriften verletzt hat. Sollte die Mitbeteiligte *fälschlicherweise* von Ausmassfehlern ausgegangen sein, würde sich das Vergaberisiko nicht in relevanter Weise zulasten der Vergabestelle verschieben. Bestehen bliebe jedoch die Frage, ob die Offerten trotzdem noch vergleichbar sind (allerdings ist in Fällen wie dem Vorliegenden, wo Umlagerungen von Einheitspreisen in andere Einheitspreise in Frage stehen, nur zurückhaltend von einer nicht mehr gegebenen Vergleichbarkeit auszugehen; s. u. E. 8.3). Ausserdem führte eine Umlagerung in die Position Baustelleneinrichtung im Ergebnis zu einer ungerechtfertigten Kreditgewährung, weil die entsprechende Forderung bereits zu Beginn der Bauarbeiten fällig wird (vgl. Art. 145 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 146 SIA-Norm 118; Christoph Schärli, Umlagerungen und Spekulationen bei öffentlichen Ausschreibungen in: Blog submissionsrecht.ch vom 16. August 2022; Andreas Bass, Verschieben von Einheitspreisen in eine Pauschalpreisposition, Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 23 f.; VGr, 10. März 2010, VB.2009.00480, E. 3.4.2). Ausschreibungsmängel sind mithin nicht in jedem Fall eine zwingende Voraussetzung für Kostenumlagerungen; die Beschwerdeführerin kann jedenfalls solche Kostenumlagerungen bzw. Verstösse gegen Preisbildungsvorschriften im vorliegenden Verfahren noch geltend machen. Ob sie auch Mängel in den Ausschreibungsunterlagen zum jetzigen Zeitpunkt noch vorbringen darf, ist mit Blick auf den Ausgang des vorliegenden Verfahrens vorliegend unerheblich.

7.

7.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, der Nachweis von Kostenumlagerungen sei erbracht, wenn von der fraglichen Anbieterin nicht reelle tiefe Preise angeboten würden – eine "Kompensation" mittels überhöhter Preise bei einer anderen Angebotsposition sei nicht nötig. Aus den von der Beschwerdeführerin diesbezüglich zitierten Urteilen (BGr, 19. Januar 2023, 2C_365/2022, E. 6.2, und VGr, 10. März 2010, VB.2009.00480, E. 3.4) ergibt sich dies jedoch nicht. Aus dem angeführten Entscheid des Bundesgerichts lässt sich nur herauslesen, dass die kantonale Vorinstanz willkürfrei eine Verletzung der formellen Preisbildungsregel "Sämtliche Preise verstehen sich für eine vollständige Arbeit und alle Kosten sind in die Einheitspreise einzurechnen" annehmen und die fehlbare Anbieterin ausschliessen durfte, da bei den fraglichen Detailpositionen keine realen Einheitspreise, sondern solche von Fr. 0.01 eingesetzt worden waren.

7.2 Soweit der Beschwerdegegner demgegenüber geltend machen möchte, dass die Angebote sich innerhalb der festgesetzten, für ein Projekt wie das vorliegende üblichen Preisspanne von 50 % bewegen und somit kein Verstoss gegen Preisbildungsregeln beziehungsweise keine Kostenumlagerungen vorliegen würden (und die Beschwerdeführerin sich denn auch nicht gegen diese Preisspanne gewehrt habe), ist er darauf hinzuweisen, dass sich zwar die *Gesamtpreise* der Angebote innerhalb der genannten Preisspanne bewegen, nicht jedoch gewisse hier interessierende Einzelpositionen, deren Eingabesummen die Spanne von 50 % teilweise um ein Vielfaches überschreiten. Die gewählte Preisspanne ist nicht zu beanstanden und wurde von der Beschwerdeführerin denn auch nicht gerügt.

Weiter bestreitet der Beschwerdegegner das Vorliegen von Kostenumlagerungen damit, dass keine Nachtragsforderungen vonseiten der Mitbeteiligten zu erwarten seien und die Preise für Krane und Baustelleneinrichtung unabhängig voneinander seien; die Mitbeteiligte bringt diesbezüglich vor, sie sei ohne Weiteres in der Lage, ihre Vertragspflichten zu erfüllen. Aus sämtlichen dieser Vorbringen lässt sich allerdings nichts betreffend das (Nicht-)Vorliegen von Kostenumlagerungen ableiten.

7.3 Unabhängig von Kostenumlagerungen können ungewöhnlich tiefe Preise unzulässig sein und zum Ausschluss einer Anbieterin führen (vgl. Art. 44 Abs. 2 lit. c IVöB, der sich allerdings nach seinem Wortlaut auf Gesamtangebote und nicht auf einzelne Einheitspreise bezieht). Der Umstand allein, dass der offerierte Preis die Selbstkosten des Anbieters oder der Anbieterin nicht deckt, führt nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts – welche im Einklang mit der in der Schweiz vorherrschenden Lehre und Rechtsprechung steht – aber in aller Regel nicht zum Ausschluss des Angebots (VGr, 8. April 2009, VB.2008.00194, E. 7; vgl. zum Ganzen RB 2003 Nr. 50 = BEZ 2003 Nr. 48, E. 3b–d mit Hinweisen; Robert Wolf, Preis und Wirtschaftlichkeit, Baurecht [BR], Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 12 f. mit Hinweisen). Wenn die Beschwerdeführerin geltend macht, es sei nicht anzunehmen, dass die Mitbeteiligte ohne Gewinn arbeite, so ist sie darauf hinzuweisen, dass solches jedenfalls nicht unzulässig wäre und legitime Gründe für das

Einreichen eines nicht kostendeckenden Angebots vorliegen können (VGr, 27. August 2003, VB.2002.00384, E. 3d: als Gründe kommen beispielsweise die Weiterbeschäftigung von Arbeitnehmenden in einer kritischen Phase oder das Aufbrechen von bestehenden Preisstrukturen in Frage). Sofern die betreffende Anbieterin in der Lage ist, den Auftrag zu den angebotenen Konditionen zu erfüllen, ist sie nicht auszuschliessen (vgl. statt vieler VGr, 4. Juni 2024, VB.2023.00728, E. 7).

7.4 Vorliegend wird nicht bestritten und es ist auch davon auszugehen, dass die Mitbeteiligte als etablierte Unternehmerin im Bauhauptgewerbe zur Auftragserfüllung ohne Weiteres in der Lage ist. Weiter ist ihr *Gesamtangebot* denn auch nicht offenkundig ungewöhnlich niedrig; gewisse Einheitspreise weichen hingegen auffällig von den angebotenen Preisen sowohl der Beschwerdeführerin wie auch der dritten Anbieterin ab.

8.

8.1 Der Beschwerdegegner macht im Zusammenhang mit der Preisbildungsregel in Ziff. 4.2 der Allgemeinen Submissionsbestimmungen geltend, dass es sich hierbei um eine "Kann-Vorschrift" handle ("Angebote sind so zu kalkulieren, dass die Kosten denjenigen Leistungspositionen zugeordnet werden, die sie betreffen. Umlagerungen von Kostenbestandteilen der Einheitspreise, insbesondere zwischen einzelnen Leistungspositionen und Baustelleneinrichtungen, sind nicht zulässig. Angebote mit unzulässig ausgewiesenen Kostenbestandteilen *können* aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden."). Er stellt sich auf den Standpunkt, dass ein Ausschluss einer fehlbaren Anbieterin in seinem Ermessen liege.

8.2 Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass Umlagerungen von Kostenbestandteilen nach der angeführten Bestimmung stets unzulässig sind – sie müssen allerdings nicht in jedem Fall zum Ausschluss führen. Unverhältnismässige, namentlich überspitzt formalistische Ausschlüsse sind zu vermeiden, beispielsweise wenn ein Verstoss gegen Preisbildungsregeln nur eine untergeordnete Abweichung von den Vorgaben in der Ausschreibung zur Folge hat respektive mit Blick auf das Preis-Leistungs-Verhältnis nur unbedeutend ist (BGE 143 I 177 E. 2.3.1; 141 II 353 E. 8.2.1; BGr, 19. Januar 2023, 2C_365/2022, E. 7.2). Ein Ausschluss ist einzig im Fall von *wesentlichen* Abweichungen von den verbindlichen Anforderungen einer Ausschreibung angezeigt (Art. 44 Abs. 1 lit. b IVöB).

8.3 In der Lehre wird der Standpunkt vertreten, dass der Ausschluss einer erwiesenermassen erhebliche Beträge aus Einheitspreisen *in Pauschalpositionen* umlagernden Offerte selbst dann nicht gerechtfertigt ist, wenn höchstens eine extrem geringe Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Vergabestelle wegen der Verschiebung irgendeinen Nachteil erleiden wird. Ist beinahe (oder ganz) sicher, dass jede erhebliche Mengenverminderung in der durch den Bieter abgepreisten Einheitspreisposition entgegen einer allfälligen Annahme des Bieters praktisch ausgeschlossen ist, oder ist dort vernünftigerweise gar mit einer

Mengensteigerung zu rechnen (der Bieter hat die Gegebenheiten vielleicht gänzlich verkannt), so wäre es übertrieben und unverhältnismässig, die Offerte wegen des diesfalls rein theoretischen Risikos eines Nachteils für den Auftraggeber auszuschliessen (Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 2353).

Bei Umlagerungen von Einheitspreisen *in Einheitspreise* ist nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung Zurückhaltung geboten, weil diesfalls die Vergleichbarkeit weniger beeinträchtigt wird und bei Einheitspreisen immer ein gewisses Mehrkostenrisiko besteht. Ein Eingriff in die Kalkulationsfreiheit der Anbieter in der Form eines Verfahrensausschlusses lässt sich daher höchstens in Ausnahmefällen rechtfertigen, und die Vergabestelle darf denn auch ein gewisses Kostenrisiko in Kauf nehmen (VGr, 8. August 2012, VB.2012.00257 E. 3.8 f.). Vorliegend kommen ausschliesslich Kostenumlagerungen von Einheitspreisen in andere Einheitspreise in Frage, da auch für die Baustelleninstallation Einheitspreise vorgesehen sind: Anzubieten war nämlich der Preis für einen Monat, multipliziert mit der Vorhaltezeit in Monaten.

8.4 Von der Frage des behördlichen Ermessensspielraums bei der Anordnung eines allfälligen Ausschlusses – d. h., wann die Behörde eine Anbieterin ausschliessen kann, aber nicht muss – ist die Frage zu unterscheiden, wann eine Konkurrentin einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Ausschluss eines Anbieters hat.

Falls eine Preisbildungsvorschriften verletzende Offerte mit erheblicher Wahrscheinlichkeit sehr gravierende Folgen in Bezug auf die Entwicklung der Vergütung haben wird, sodass danach das Submissionsergebnis verfälscht wäre, muss das Angebot ausgeschlossen werden (Beyeler, Rz. 2338). Im Zusammenhang mit Kostenumlagerungen ist dies lediglich dann der Fall, wenn erstens bei der fraglichen Umlagerung eine erhebliche Wahrscheinlichkeit für spürbar geringere tatsächliche Mengen (gegenüber den ausgeschriebenen) besteht und dies zweitens unter Berücksichtigung aller anwendbaren Zuschlagkriterien bei tatsächlichem Eintreffen der vom Spekulierenden angenommenen Mengenveränderungen zu einer Änderung der Bieterreihenfolge bei der Bewertung führen würde (Beyeler, Rz. 2358).

8.5

8.5.1 Es ist festzuhalten, dass bei gewissen von der Mitbeteiligten angebotenen Preisen Auffälligkeiten bestehen; namentlich sind sich die Angebote der Beschwerdeführerin und der dritten Anbieterin bei den Preiskalkulationen in diversen Punkten ähnlich, während dasjenige der Mitbeteiligten bei einzelnen Positionen stark davon abweicht. Die Beschwerdeführerin zeigt auf, wie die Mitbeteiligte bei den Stahlpositionen im Ortbetonbau einen potenziellen Umlagerungsgewinn von rund Fr. 1.1 Mio. erzielen könnte.

8.5.2 Gerade auch im Zusammenhang mit der Baustelleneinrichtung ist das Angebot der Mitbeteiligten zumindest aussergewöhnlich: So gehören insbesondere die von der

Mitbeteiligten dort einkalkulierten Personalkosten nach dem Erläuternden Bericht zu den Empfehlungen der KBOB zum Umgang mit Umlagerungen von Kosten in Angeboten für Arbeiten im Bauhauptgewerbe (vom 28. Mai 2015, aktualisiert am 1. März 2024) nicht typischerweise zur Baustelleneinrichtung (s. Ziff. 4.4 – Erläuternder Bericht zur vierten Empfehlung). Sodann ist aus den Akten ersichtlich, dass die Mitbeteiligte bei der Baustelleneinrichtung deutlich höhere Einnahmen wird verbuchen können, als dies bei den Konkurrenzofferten der Fall gewesen wäre. Allerdings ergibt sich aus dem Terminprogramm und dem Titel zu Position 111.002 von NPK 113, dass – entgegen der missverständlichen Beschreibung in den Ausschreibungsunterlagen, wo von der "gesamten Bauzeit" die Rede ist – für das Vorhalten der Baustelleneinrichtung nur die Rohbauphase von 28 Monaten massgeblich ist. Ein Ausmassfehler ist folglich nicht ersichtlich, weshalb bei der Baustelleneinrichtung keine Umlagerungsgewinne (s. oben E. 4.2) zu verorten sind: Die hohen diesbezüglichen Preise der Mitbeteiligten sind in der Angebotsbewertung bereits eingerechnet und werden sich nicht weiter erhöhen.

8.5.3 Nicht gänzlich ausgeschlossen werden können demgegenüber Umlagerungsgewinne im Zusammenhang mit den Stahlpositionen im Betonbau. Wie die Beschwerdeführerin substanziiert aufzeigt, könnte die Mitbeteiligte hier allenfalls Mehreinnahmen aus potenziellen Umlagerungen von rund Fr. 1.1 Mio. generieren (s. o. E. 8.5.1). Weitere Spekulationen, die mit erheblicher Wahrscheinlichkeit sehr gravierende Folgen in Bezug auf die Entwicklung der Vergütung hätten, sodass danach das Submissionsergebnis verfälscht wäre (beispielsweise bei NPK 172 – Abdichtungen oder NPK 315 – Vorgefertigte Elemente aus Beton und künstlichen Steinen), werden demgegenüber nicht substanziiert geltend gemacht und ergeben sich (mit Blick auf die infolge eingeschränkter Akteneinsicht herabgesetzten Substanziierungsmöglichkeiten) insbesondere auch nicht aus den Akten. In der ersten Erläuterungsrunde zum Angebot der Mitbeteiligten hat die Vergabestelle bei diversen, zu einem tiefen Betrag angebotenen Positionen die Preisbildung bzw. das Vorliegen allfälliger Umlagerungen abgeklärt und die Mitbeteiligte hat die Auffälligkeiten erklärt. Ihre Erläuterungen – beispielsweise betreffend die Verwendung bestimmter Produkte und Geräte, von Lieferanten oder Subunternehmern übernommene Kosten, bewusst tief kalkulierte Preise oder die detaillierte Beschreibung der Leistungsinhalte – sind nachvollziehbar.

8.5.4 Ginge man davon aus, dass die von der Beschwerdeführerin behaupteten Umlagerungen bei den Stahlpositionen zuträfen, und rechnete man die möglichen Umlagerungsgewinne dem Angebotspreis der Mitbeteiligten hinzu, erzielte die Beschwerdeführerin bei der unangefochten gebliebenen Preisspanne von 50 % und einer Gewichtung des Preiskriteriums von 65 % nach wie vor eine geringere Gesamtbewertung als die Mitbeteiligte. Selbst wenn noch um ein Mehrfaches höhere Umlagerungsgewinne hinzukommen würden, veränderte sich nichts: Erst wenn derart hohe Beträge anzurechnen wären, dass sich das Angebot der Mitbeteiligten auf mehr als Fr. 50'116'359.- erhöhen

würde, erzielte die Beschwerdeführerin – unter Zugrundelegung ihres unveränderten bereinigten Angebotspreises von Fr. 54'279'871.14 – beim Preiskriterium mehr als 542 Punkte, womit sie das Angebot der Mitbeteiligten übertreffen könnte. Dies bedeutet, dass es unter Berücksichtigung aller Zuschlagskriterien bei tatsächlichem Eintreffen der von der Mitbeteiligten möglicherweise angenommenen Mengenveränderungen (s. o. E. 8.4), d. h. bei Realisierung der geltend gemachten Umlagerungsgewinne und deren Anrechnung an den Angebotspreis der Mitbeteiligten, nicht zu einer Änderung der Bieterreihenfolge käme. Das Angebot der Mitbeteiligten muss mithin nicht ausgeschlossen werden, da es nach wie vor das am besten bewertete bliebe.

9.
Nach dem Ausgeführten ist die Beschwerde abzuweisen.

10.
Mit dem vorliegenden Entscheid wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

11.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG) und steht ihr keine Parteientschädigung zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Hingegen ist sie zu einer Entschädigung an den Beschwerdegegner zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG), wobei zu berücksichtigen ist, dass dieser mit seinen Eingaben teilweise nur die ihm obliegende Begründung des Vergabeentscheids nachgeholt hat. Ebenso hat die Beschwerdeführerin die Mitbeteiligte für deren Aufwendungen zu entschädigen.

12.
Der Auftragswert übersteigt den massgeblichen Schwellenwert für Bauleistungen (Art. 52 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB] vom 21. Juni 2019). 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 lit. f BGG).

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
   Fr. 30'000.--; die übrigen Kosten betragen:

Fr. 630.-- Zustellkosten,
Fr. 30'630.-- Total der Kosten.

3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.- und der Mitbeteiligten eine Parteientschädigung von Fr. 9'000.- zu entrichten, zahlbar innert 30 Tagen nach Rechtskraft dieses Urteils.

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 Beschwerden sind innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.

6. Mitteilung an die Parteien.