



Geschäftsnummer: VB.2024.00136

Entscheidart und - Endentscheid vom 13.06.2024

datum:

Spruchkörper: 1. Abteilung/1. Kammer

Weiterzug: Dieser Entscheid ist noch nicht rechtskräftig.

Rechtsgebiet: Submissionsrecht

Betreff: Submission

Stichworte:

ABGEBOT

ABGEBOTSRUNDE

ABSCHLAG

BEGRÜNDUNG

PREIS-LEISTUNGS-VERHÄLTNIS

RECHTLICHES GEHÖR

Rechtsnormen:

Art. 29 Abs. 2 BV

Art. 39 Abs. 2 lit. b IVöB

Art. 51 Abs. 2 IVöB

§ 10 Abs. 1 VRG

Publikationen:

Technische Verhandlungsrunde; unzulässiges Abgebot.

- keine -

Unter den Bedingungen von Art. 39 Abs. 2 lit. b IVöB kann die Vergabestelle Anpassungen an den benötigten Leistungsinhalten oder -anforderungen vornehmen, was zu einer sog. technischen Verhandlungsrunde führt. In der Literatur wird ausgeführt, dass Anbietende Änderungen des Leistungsangebots – nach ihrer ursprünglichen Kalkulation – so in Einklang mit dem Preisangebot zu bringen hätten, dass im Vergleich zum ursprünglichen Angebot grundsätzlich eine "schwarze Null" resultiere. Die Preisanpassung dürfe sich nicht wesentlich auf das ursprünglich angebotene Preis-Leistungs-Verhältnis auswirken. Entsprechendes hatte das Verwaltungsgericht bereits zum alten Recht erwogen (E. 4.1).

Technische Verhandlungen sind nicht nur bei komplexen, sondern bei allen Beschaffungen möglich (E. 4.2).

Die Voraussetzungen für technische Verhandlungen im Sinne von Art. 39 Abs. 2 lit. b IVöB waren vorliegend erfüllt (E. 4.3.3).

Die Beschwerdeführerin zeigt nachvollziehbar auf, dass die Mitbeteiligte ihr Angebot um mehr als das Doppelte des Marktpreises für die Akustikplatte senkte. Der Verweis der Beschwerdegegnerin auf die Preisgestaltungsfreiheit der Anbieterinnen vermag nicht zu überzeugen, muss die Preisanpassung im Rahmen von technischen Verhandlungen doch stets kausale Folge der Änderung des Leistungsgegenstandes oder der Leistungsmodalitäten sein und so begründet und nachgewiesen werden können. Hier ist dies mangels Nachweis bzw. plausibler Begründung nach überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht der Fall (E. 4.4.3).

Gutheissung.



VB.2024.00136

Urteil

der 1. Kammer

vom 13. Juni 2024

Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Sandra Wintsch (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Verwaltungsrichter Daniel Schweikert, Gerichtsschreiber Jonas Alig.

In Sachen

A AG, vertreten durch RA B,

Beschwerdeführerin,

gegen

Stadt Zürich Amt für Hochbauten,

Beschwerdegegnerin,

und

C AG,

Mitbeteiligte,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

Das Amt für Hochbauten der Stadt Zürich eröffnete mit Ausschreibung vom 20. Oktober 2023 ein offenes Submissionsverfahren im Nicht-Staatsvertragsbereich hinsichtlich eines Bauauftrags mit dem Titel "BAV 57075 Pavillon Ueberlandpark", Montagebau in Holz (BKP 214), Neubau auf Autobahneinhausung. Gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 6. Dezember 2023 gingen zwei Angebote mit Preisen inkl. MWST von Fr. 1'342'941.20 (A AG) und Fr. 1'445'316.20 (C AG) ein. Nach Offertöffnung startete das Amt für Hochbauten der Stadt Zürich mit den zwei Anbieterinnen ein technisches Bereinigungsverfahren, ohne den Anbieterinnen das Offertöffnungsprotokoll zuzustellen. Am 25. Januar 2024 reichten die beiden Anbieterinnen ihre bereinigten Angebote ein. Neu offeriert wurden Preise inkl. MWST von Fr. 1'263'546.40 (C AG) und Fr. 1'285'643.42 (A AG). Am 21. Februar 2024 publizierte das Amt für Hochbauten der Stadt Zürich auf SIMAP den Zuschlagsentscheid des Auftrags an die C AG zum Preis inklusive MWST von Fr. 1'263'546.40.

II.

Die A AG gelangte dagegen mit Beschwerde vom 12. März 2024 an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte, die angefochtene Verfügung sei – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin – aufzuheben und ihr sei der Zuschlag (bzw. seien "die Arbeiten") zu erteilen. Eventualiter sei die Verfügung der Vergabestelle aufzuheben und die Sache zur erneuten Beurteilung an die Stadt Zürich zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragte die A AG sinngemäss, die angefochtene Verfügung sei rechtsgenügend zu begründen, ihr sei Akteneinsicht und die Möglichkeit zur Replik zu gewähren und der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Mit Beschwerdeantwort vom 3. April 2024 beantragte das Amt für Hochbauten der Stadt Zürich, die Beschwerde und das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung seien – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin – vollumfänglich abzuweisen.

Mit Präsidialverfügung vom 9. April 2024 hiess die Abteilungspräsidentin das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin teilweise gut. Der Beschwerdegegnerin wurde ein Vertragsschluss einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt.

Mit Replik vom 19. April 2024 hielt die A AG an ihren Anträgen fest und beantragte neu, ihre Beilagen zur Replik nicht der Beschwerdegegnerin oder der Mitbeteiligten zur

Verfügung zu stellen.

Der Beschwerdegegnerin wurde mit Präsidialverfügung vom 23. April 2024 weiterhin, bis zur Entscheidung über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt, den Vertrag abzuschliessen.

Mit Duplik vom 2. Mai 2024 hielt das Amt für Hochbauten der Stadt Zürich an seinen Anträgen fest.

Die Kammer erwägt:

1.

1.1 Der Kanton Zürich ist der neuen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB) beigetreten (§ 1 des Gesetzes über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 vom 20. März 2023 [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 20. Oktober 2023 zugrunde liegt, gelangen die IVöB, das BeiG IVöB sowie die Submissionsverordnung vom 28. Juni 2023 (SVO) zur Anwendung.

1.2 Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (§ 3 Abs. 1 BeiG IVöB; vgl. Art. 52 Abs. 1 IVöB).

Beim hier strittigen Zuschlag an die Mitbeteiligte handelt es sich um ein zulässiges Anfechtungsobjekt (Art. 53 Abs. 1 lit. 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 i. V. m. § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mi 1959 [VRG]; vgl. Art. 55 IVöB). 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 Die Beschwerdeführerin hatte ursprünglich das preisgünstigste Angebot eingereicht. Sie macht sinngemäss geltend, in der Folge habe nicht bloss eine technische Bereinigung

stattgefunden, sondern es sei mit der Mitbeteiligten ein Abgebotsverfahren durchgeführt worden bzw. es habe die Mitbeteiligte ein unzulässiges verdecktes Abgebot eingereicht.

2.3 Erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin als berechtigt, dürfte das Angebot der Mitbeteiligten nicht berücksichtigt werden (vgl. Christoph Jäger, Technische Verhandlungen, Bereinigung der Angebote nach Art. 39 BöB 2019/IVöB 2019, in: Jean-Baptiste Zufferey/Martin Beyeler/Stefan Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2020, Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 81; VGr, 18. August 2004, VB.2004.00133, E. 2.4), womit das Angebot der Beschwerdeführerin eine reelle Chance auf den Zuschlag hätte. Folglich ist ihre Beschwerdelegitimation zu bejahen (vgl. VGr, 27. März 2013, VB.2012.00655, E. 2). Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt; auf die Beschwerde ist einzutreten.

3.

Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, die Vergabe sei nicht rechtsgenügend begründet worden.

3.1

3.1.1 Der Zuschlagsentscheid bedarf, wie alle anfechtbaren Entscheide, einer Begründung. Das Vergaberecht enthält diesbezüglich allerdings Sonderregeln. Gemäss Art. 51 Abs. 2 IVöB sind beschwerdefähige Verfügungen lediglich summarisch zu begründen. Die für Zuschlagsverfügungen notwendigen summarischen Angaben sind in Art. 51 Abs. 3 IVöB aufgezählt.

3.1.2 Der allgemeine Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt demgegenüber, dass Entscheide der Verwaltungsbehörden weitergehend begründet werden (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV]; § 10 Abs. 1 VRG); die Begründung von Verfügungen muss gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung so abgefasst sein, dass sich die Betroffenen über die Tragweite von Entscheiden Rechenschaft geben und diese in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weitergezogen werden können. Dazu müssen die wesentlichen Überlegungen genannt werden, von denen sich die Entscheidungsinstanz hat leiten lassen (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 10 N. 25).

3.1.3 Den Widerspruch zwischen diesem Anspruch auf gehörige Begründung einerseits und der Zulässigkeit einer Kurzbegründung andererseits löst die Gerichtspraxis dadurch, dass die Vergabebehörde Gelegenheit hat, ihre Verfügungen mit der Beschwerdeantwort ergänzend und damit ausreichend im Sinn des allgemeinen Gehörsanspruchs zu begründen. Damit einher geht die Befugnis der beschwerdeführenden Partei, auf die Beschwerdeantwort und damit auf die ergänzende Begründung der angefochtenen Verfügung zu replizieren (VGr, 29. Februar 2024, VB.2023.00731, E. 3.1.2 mit Hinweisen).

3.2 Die Zuschlagsveröffentlichung auf SIMAP war mit der folgenden Begründung verbunden: "Die Zuschlagsempfängerin hat das preislich günstigste Angebot eingereicht. Sodann hat sie beim Zuschlagskriterium 'Qualität' bei den eingeholten Firmenreferenzen zwei sehr gute Bewertungen erhalten und die Maximalpunktzahl erzielt. Insgesamt hat sie daher in der Gesamtbewertung am Besten abgeschnitten."

Mit Präsidialverfügung vom 9. April 2024 erwog die Abteilungspräsidentin, dass diese Begründung den Vorgaben von Art. 51 Abs. 3 IVöB nicht genüge.

Die Vergabebehörde hat ihren Entscheid im Rahmen der Beschwerdeantwort ausführlich begründet. Die Beschwerdeführerin erhielt mit der Replik Gelegenheit, zu dieser Begründung Stellung zu nehmen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung erwachsen ist, gilt daher als geheilt und ist für den Verfahrensausgang nicht mehr von Bedeutung (vgl. VGr, 29. Februar 2024, VB.2023.00731, E. 3.2 mit Hinweisen).

4.

Die Beschwerdeführerin rügt, mit der Mitbeteiligten sei nach Einreichung der Angebote ein unzulässiges Abgebotsverfahren durchgeführt worden bzw. die Mitbeteiligte habe unter dem Deckmantel der technischen Bereinigung Preisreduktionen gewährt.

4.1 Die Vergabestelle ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden und darf bekannt gegebene Vergabekriterien nicht nachträglich ändern (Art. 39 Abs. 2 IVöB e contrario; vgl. zu den Eignungskriterien VGr, 1. Oktober 2020, VB.2020.00474, E. 5.2 mit Hinweisen; zu den Zuschlagskriterien VGr, 22. Oktober 2014, VB.2014.00202, E. 3.3).

Eine Angebotsbereinigung kann aber im Rahmen von Art. 39 IVöB stattfinden, etwa wenn erst dadurch der Auftrag oder die Angebote geklärt oder letztere objektiv vergleichbar gemacht werden können (Art. 39 Abs. 2 lit. a IVöB). Unter den Bedingungen von Art. 39 Abs. 2 lit. b IVöB kann die Vergabestelle auch Anpassungen an den benötigten Leistungsinhalten oder -anforderungen vornehmen, was zu einer sog. technischen Verhandlungsrunde führt. Dazu ist vorausgesetzt, dass Leistungsänderungen objektiv und sachlich geboten sind, wobei der Leistungsgegenstand, die Kriterien und Spezifikationen nicht in einer Weise angepasst werden dürfen, dass sich die charakteristische Leistung oder der potenzielle Anbieterkreis verändert (Art. 39 Abs. 2 lit. b IVöB). Eine Aufforderung zur Preisanpassung ist dabei nur in diesem Zusammenhang zulässig (Art. 39 Abs. 3 IVöB). Gemäss Art. 11 lit. d IVöB hat die Vergabebehörde auf Abgebotsrunden – Verhandlungen mit dem einzigen Zweck, den Angebotspreis zu senken (Interkantonales Organ für das öffentliche Beschaffungswesen INÖB, Musterbotschaft vom 16. Januar 2020 zur Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB] vom 15. November 2019 [Musterbotschaft], S. 43) – zu verzichten.

In der Literatur wird ausgeführt, dass Anbietende Änderungen des Leistungsangebots – nach ihrer ursprünglichen Kalkulation – so in Einklang mit dem Preisangebot zu bringen hätten, dass im Vergleich zum ursprünglichen Angebot grundsätzlich eine "schwarze Null" resultiere (Jäger, Rz. 76). Die Preisanpassung müsse stets kausale Folge der Änderung des Leistungsgegenstandes oder der Leistungsmodalitäten sein und so begründet und nachgewiesen werden können. Zwischen Preisanpassungen und Leistungsänderungen müsse eine Korrelation bestehen. Es dürften keine verdeckten Abgebote unterbreitet werden (Jäger, Rz. 77; vgl. Martin Beyeler, Zur Bedeutung von Alternativszenarien, BR 2023 204 ff., S. 209). Die Preisanpassung dürfe sich nicht wesentlich auf das ursprünglich angebotene PreisLeistungs-Verhältnis auswirken (Jäger, Rz. 78). Entsprechendes hatte das Verwaltungsgericht bereits zum alten Recht erwogen (VGr, 9. Mi 2012, VB.2011.00714, E. 3.3 mit Hinweisen; vgl. auch Alexis Leuthold, Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren, Diss. Zürich 2009, Rz. 348 ff., Rz. 404).

4.2 Auch wenn in der Musterbotschaft des INÖB und dem Antrag des Regierungsrates des Kantons Zürich zum BeiG IVöB davon die Rede ist, dass eine Bereinigung nach Art. 39 IVöB "insbesondere bei komplexen Aufträgen" nötig werden könne (Musterbotschaft, S. 79; Antrag des Regierungsrates vom 24. November 2021 zum Gesetz über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 [BeiG IVöB], ABl 2021-12-17, S. 107), stellt dies anders als beim Dialog gemäss Art. 24 IVöB keine Voraussetzung dar. Technische Verhandlungen sind nicht nur bei komplexen, sondern bei allen Beschaffungen möglich (Jäger, S. 387 ff.).

4.3

4.3.1 Die Beschwerdegegnerin änderte nach Eingang von zwei gültigen Angeboten und Gesprächen mit den Anbieterinnen einige Leistungsinhalte ab. Begründet wurden die Anpassungen damit, es habe sich nach dem Eingang der Offerten herausgestellt, dass kein Nachtarbeitskontingent mehr zur Verfügung stehe und es seien – aufgrund der Eingabesummen, die über dem Kostenvoranschlag gelegen hätten – technische Vereinfachungen notwendig geworden, um keine Kreditüberschreitung zu riskieren. Mithin handelte es sich um objektiv und sachlich gebotene Änderungen im Sinne von Art. 39 Abs. 2 lit. b IVöB.

4.3.2 Die folgenden fünf Änderungen der Leistungsinhalte nahm die Beschwerdegegnerin vor:

- Bezüglich der "Einsparoption Nr. 1 - BKP 130 | Baustelleneinrichtung" wurde folgende Anpassung vorgenommen: "Kran Standort im Fugenweg, Aufrichten [t]agsüber (Wegfall Strassensperrungen, Wegfall Nachtarbeit)".
- Hinsichtlich der "Einsparoption Nr. 2 - BKP 214 | Züri Holz" wurde die Position "214.1.01 Vorarbeiten" folgendermassen angepasst: "Das Züri Holz wird bis und mit folgender Arbeiten Bauseits zur Verfügung gestellt: 01 Lohn Schnitt 02 Lohn

Trocknen 03 1 Transport Sägerei zu Hobelwerk innerhalb der Schweiz >> Minderpreis 01 – 03".

- Bezüglich der Einsparoption Nr. 3 - BKP 283.4 | Deckenbekleidung aus Holz und Holzwerkstoffen" wurde die Position "283.4.02 Deckenverkleidung Untersicht Vordach aussen" folgendermassen angepasst: "Wechsel auf 3-Schicht-Platten statt Akustiklamellen".
- Bezüglich der "Einsparoption Nr. 4 - BKP 221.1 | Fenster aus Holz/Metall" wurden folgende Änderungen vorgenommen: "01 Schiebetüre Ost: Wechsel auf Flügeltüre" und "02 Schiebetüre West: Wechsel auf Flügeltüre / Festverglasung".
- Bezüglich der "Einsparoption Nr. 5 - BKP 221.9 | Metallbaufertigteile" wurden folgende Änderungen vorgenommen: "02 Kammrost: Wechsel auf einfaches Gitter 30/10 mm" und "03 Schuhkratzrost: Wechsel auf einfaches Gitter 30/10 mm".

Mithin wurden die Kriterien und Spezifikationen des Auftrags für einen Pavillon-Holzbau mit auskragendem Vordach mit Bistro/Kiosk mit Küchenbereich und Nebenräumen sowie einem Mehrzweckraum und einem WC nicht in einer Weise angepasst, dass sich die charakteristische Leistung oder der potenzielle Anbieterkreis verändert hätte.

4.3.3 Die Voraussetzungen für technische Verhandlungen im Sinne von Art. 39 Abs. 2 lit. b IVöB waren vorliegend erfüllt. Es handelte sich entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht um ein unzulässiges Abgebotsverfahren.

4.4 Somit ist die sinngemässe Rüge der Beschwerdeführerin zu prüfen, dass die Mitbeteiligte dadurch, dass sie unter dem "Deckmantel" der technischen Bereinigung Preisreduktionen gewährt habe, ein unzulässiges verdecktes Abgebot eingereicht habe.

4.4.1 Bei der Baustelleneinrichtung hatte die Mitbeteiligte unter dem Punkt BKP 130 "Zuschläge für Nacharbeit, Strassensperrungen" Fr. 24'195.- budgetiert, während die Beschwerdeführerin bloss Fr. 9'630.- budgetiert hatte. Die Mitbeteiligte offerierte ihr Angebot am 25. Januar 2024 hinsichtlich der "Einsparoption 1 Baustelleneinrichtung" um Fr. 23'696.- günstiger, während die Beschwerdeführerin ihre Offerte diesbezüglich um Fr. 10'630.- reduzierte. Bei der Beschwerdeführerin ist hier kein Abschlag zu erkennen.

4.4.2 Im Zusammenhang mit dem "Züri-Holz" hatte die Mitbeteiligte unter der Position "BKP 214.1.01 Vorarbeiten" Fr. 93'277.- budgetiert, während die Beschwerdeführerin mit Fr. 37'398.- rechnete. Die Mitbeteiligte offerierte ihr Angebot am 25. Januar 2024 hinsichtlich der "Einsparoption 2 Züri Holz" um Fr. 69'800.- günstiger, während die Beschwerdeführerin Fr. 19'100.- von ihrer ursprünglichen Offerte abzog. Insgesamt rechnete die Mitbeteiligte für Vorarbeiten noch immer mit einem höheren Betrag als die Beschwerdeführerin. Es ist nicht ersichtlich, dass hier ein unzulässiger verdeckter Abschlag, der über die Kosteneinsparung für die weggefallenen Leistungen hinausgeht, vorgenommen wurde.

4.4.3 Für die Position BKP "283.4.02 Deckenverkleidung Untersicht Vordach aussen" hatte die Mitbeteiligte ursprünglich Fr. 43'131.- vorgesehen, während die Beschwerdeführerin mit Fr. 62'813.- gerechnet hatte. Die Mitbeteiligte offerierte ihr Angebot am 25. Januar 2024 hinsichtlich der "Einsparoption 3 Deckenbekleidung aus Holz und Holzwerkstoffen" mit einer Reduktion um Fr. 27'648.-, während die Beschwerdeführerin eine Reduktion um Fr. 11'220.- offerierte.

Die Beschwerdegegnerin bringt zwar zutreffend vor, dass es nicht auf einen Quervergleich der BKP-Positionen der zwei Anbieterinnen ankommen könne. Die Beschwerdeführerin zeigt jedoch nachvollziehbar auf, dass für die Lösung mit einer Akustikplatte für die hier relevanten 108 m² mit Marktpreisen von etwa Fr. 13'184.- zu rechnen gewesen wäre, während die Lösung mit einer Deckenbekleidung aus Holz und Holzwerkstoffen zugleich neu zu berücksichtigende Kosten von ca. Fr. 2'400.- generiert hätte. Die Mitbeteiligte senkte ihr Angebot um mehr als das Doppelte des Marktpreises für die Akustikplatte. Dies ist nicht nachvollziehbar. Die Mitbeteiligte – die sich vor Verwaltungsgericht nicht hat vernehmen lassen – äussert sich dazu nicht.

Die Mutmassung der Beschwerdegegnerin, dass die Preisanpassung der Mitbeteiligten der ursprünglichen Einkalkulation eines Risikozuschlags durch die Mitbeteiligte geschuldet sein könnte, überzeugt hier – wo anders als betreffend die Nachtarbeit und das "Züri Holz" nicht ersichtlich ist, dass bzw. wo Unsicherheiten bestehen könnten – nicht (und erklärt nicht, weshalb für das neue Angebot anscheinend kein Risikozuschlag einkalkuliert wurde). Der Verweis der Beschwerdegegnerin auf die Preisgestaltungsfreiheit der Anbieterinnen vermag ebenfalls nicht zu überzeugen, muss die Preisanpassung im Rahmen von technischen Verhandlungen doch stets kausale Folge der Änderung des Leistungsgegenstandes oder der Leistungsmodalitäten sein und so begründet und nachgewiesen werden können (vgl. E. 4.1). Ist dies – wie hier – mangels Nachweis bzw. plausibler Begründung nach überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht der Fall, kann es nicht darauf ankommen, ob den Anbieterinnen das ursprüngliche Offertöffnungsprotokoll zugestellt wurde oder nicht.

Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass hier von der Mitbeteiligten ein unzulässiges verdecktes Abgebot vorgenommen wurde, womit das Preis-Leistungs-Verhältnis ihrer Offerte verändert wurde.

4.4.4 Für die Position BKP "221.1 Fenster aus Holz/Metall" hatte die Mitbeteiligte ursprünglich mit Fr. 10'997.- (BKP 221.1.01) und Fr. 15'177.- (BKP 221.1.02) gerechnet, während die Beschwerdeführerin mit Fr. 12'868.- (BKP 221.1.01) und Fr. 9'398.- (BKP 221.1.02) gerechnet hatte. Die Mitbeteiligte offerierte ihr Angebot am 25. Januar 2024 hinsichtlich der "Einsparoption 4 Fenster aus Holz/Metall" mit einer Reduktion um insgesamt Fr. 10'277.-, während die Beschwerdeführerin eine Reduktion um insgesamt Fr. 2'385.- offerierte. Mangels substantzierter Behauptung der Beschwerdeführerin bzw.

Nachweiseses von Marktpreisen ist davon auszugehen, dass die Mitbeteiligte im Rahmen ihrer Kalkulationsfreiheit offeriert hat, ohne dass sich dies auf das Preis-Leistungs-Verhältnis der Offerte auswirken würde.

4.4.5 Hinsichtlich der Position BKP "221.9 Metallbaufertigteile" hatte die Mitbeteiligte ursprünglich Fr. 16'416.- (BKP 221.9.02) und Fr. 4'560.- (BKP 221.9.03) budgetiert, während die Beschwerdeführerin mit Fr. 16'768.- (BKP 221.9.02) und Fr. 6'798.- (BKP 221.9.03) gerechnet hatte. Die Mitbeteiligte offerierte ihr Angebot am 25. Januar 2024 hinsichtlich der "Einsparoption 5 Metallbaufertigteile" mit einer Reduktion um insgesamt Fr. 9'036.-, während die Beschwerdeführerin eine Reduktion um insgesamt Fr. 3'300.- offerierte. Mangels substantzierter Behauptung der Beschwerdeführerin bzw. Nachweis von Marktpreisen (vgl. ist auch hier davon auszugehen, dass die Mitbeteiligte hier im Rahmen ihrer Kalkulationsfreiheit offeriert hat, ohne dass sich dies auf das Preis-Leistungs-Verhältnis der Offerte auswirken würde.

4.5 Zusammengefasst ist das Angebot der Mitbeteiligten aufgrund eines verdeckten Abschlags aus dem Verfahren auszuschliessen (vgl. E. 2.3).

5.

Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und der angefochtene Zuschlagsentscheid der Beschwerdegegnerin vom 21. Februar 2024 aufzuheben. Die Vergabe hat an die Beschwerdeführerin zu erfolgen. Praxisgemäss erteilt das Verwaltungsgericht den Zuschlag jedoch nicht selbst; die Sache ist vielmehr mit einer entsprechenden Anordnung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen (vgl. VGr, 13. Februar 2002, VB.2001.00035, E. 3c = BEZ 2002 Nr. 33).

6. Das Gesuch um Gewährung aufschiebender Wirkung wird mit dem vorliegenden Entscheid gegenstandslos.

7.

Die Verfahrenskosten sind ausgangsgemäss der in der Hauptsache unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Sie ist überdies zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine angemessene Entschädigung für den gerechtfertigten Beizug der Rechtsvertretung im Beschwerdeverfahren auszurichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

8.

Beim vorliegenden Auftragswert ist der für das offene oder selektive Verfahren massgebende Schwellenwert für Bauleistungen gemäss Anhang 4 Ziffer 2 zum Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) nicht erreicht und die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten somit unzulässig (Art. 83 lit. f Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG] in Verbindung

mit Art. 52 Abs. 1 lit. b BöB). Folglich kann gegen das vorliegende Urteil nur subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG erhoben werden.

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Vergabeentscheid vom 21. 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. 205.-- Zustellkosten,
Fr. 8'205.-- Total der Kosten.
3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 5'500.- (inkl. Mehrwertsteuer) zu entrichten, zahlbar innert 30 Tagen nach Rechtskraft dieses Entscheids.
5. Gegen dieses Urteil 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.

