

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2025.00252 vom 18. Dezember 2025

ZH Verwaltungsgericht, 2025-12-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht_VB.2025.00252

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2025.00252 du 18 décembre 2025

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2025.00252 del 18 dicembre 2025

Regeste

Auftrag für Tiefbauleistungen. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Vergabestelle hätte das Angebot der Mitbeteiligten ausschliessen müssen, weil die Mitbeteiligte unzutreffende, unvollständige und irreführende Angaben zur eigenen Leistungsfähigkeit gemacht habe, da sie den Beizug von Subunternehmen nicht deklariert habe und weil die Mitbeteiligte den zugelassenen Subunternehmeranteil von 20 % überschreite (E. 4.3 f.). Aufgrund der deutlichen Hinweise auf die vorgesehenen Subunternehmen in der Offerte der Mitbeteiligten erweist sich der Vorwurf der Falschdeklaration als nicht korrekt (E. 4.3.2). Die Vergabestelle hat den einzuhaltenden Anteil an Subunternehmerleistungen in den Ausschreibungsunterlagen nicht als eigentliches Eignungskriterium mit Ausschlussandrohung ausgestaltet. Es handelt sich deshalb um ein Musskriterium, das nicht zwangsläufig bereits zum Zeitpunkt der Offerteingabe erfüllt sein muss (E. 4.4.5). Die gestützt auf die Angaben in der Offerte erfolgte Beurteilung der Vergabestelle, dass die Mitbeteiligte den vorgeschriebenen Anteil an Subunternehmerleistungen von höchstens 20 % erfüllt, lag im diesbezüglich grossen Ermessensspielraum der Vergabebehörde (E. 4.4.6). Weiter machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die Vergabestelle hätte das Angebot der Mitbeteiligten ausschliessen müssen, weil diese ein Tiefpreisangebot eingereicht habe (E. 4.5). Geht gemäss Art. 38 Abs. 3 IVöB ein Angebot ein, dessen Preis im Vergleich zu den anderen Angeboten ungewöhnlich niedrig erscheint, muss der Auftraggeber bei der Anbieterin zweckdienliche Erkundigungen darüber einholen, ob die Teilnahmebedingungen eingehalten sind und die weiteren Anforderungen der Ausschreibung verstanden wurden. Weist die Anbieterin nicht nach, dass die Teilnahmebedingungen eingehalten werden, und bietet sie keine Gewähr für die vertragskonforme Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen, kann der Auftraggeber die Anbieterin vom Vergabeverfahren ausschliessen. Ungewöhnlich tiefe Preise können also unzulässig sein und zum Ausschluss einer Anbieterin führen. Der Umstand allein, dass der offerierte Preis die Selbstkosten der Anbieterin nicht deckt, führt aber in aller Regel nicht zum Ausschluss des Angebots. Angebote, welche unter Kalkulation eines Verlusts zustande kommen, stehen nicht notwendig im Widerspruch zur Zielsetzung einer wettbewerbsorientierten Auftragsvergabe. Ein derartiges Angebot kann aus Sicht der Anbieterin gerechtfertigt sein, um z. B. die Beschäftigung ihrer Arbeitnehmenden in einer kritischen Phase zu gewährleisten oder in einem neuen Geschäftsbereich Fuss zu fassen. Sofern die betreffende Anbieterin in der Lage ist, den Auftrag zu den angebotenen Konditionen zu erfüllen, ist sie nicht auszuschliessen (E. 4.5.3). Im Ergebnis erweist sich das Angebot der Mitbeteiligten nicht als ungewöhnlich niedrig. Für entsprechende Erkundigungen oder gar einen Ausschluss bestand kein Grund (E. 4.5.5). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Abteilung/1. Kammer Weiterzug: Dieser Entscheid ist rechtskräftig. Rechtsgebiet: Submissionsrecht Betreff: Submission (Zuschlag) Auftrag für Tiefbauleistungen. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Vergabestelle hätte das Angebot der Mitbeteiligten ausschliessen müssen, weil die Mitbeteiligte unzutreffende, unvollständige und irreführende Angaben zur eigenen Leistungsfähigkeit gemacht habe, da sie den Beizug von Subunternehmen nicht deklariert habe und weil die Mitbeteiligte den zugelassenen Subunternehmeranteil von 20 % überschreite (E. 4.3 f.). Aufgrund der deutlichen Hinweise auf die vorgesehenen Subunternehmen in der Offerte der Mitbeteiligten erweist sich der Vorwurf der Falschdeklaration als nicht korrekt (E. 4.3.2). Die Vergabestelle hat den einzuhaltenden Anteil an Subunternehmerleistungen in den Ausschreibungsunterlagen nicht als eigentliches Eignungskriterium mit Ausschlussandrohung ausgestaltet. Es handelt sich deshalb um ein Musskriterium, das nicht zwangsläufig bereits zum Zeitpunkt der Offerteingabe erfüllt sein muss (E. 4.4.5). Die gestützt auf die Angaben in der Offerte erfolgte Beurteilung der Vergabestelle, dass die Mitbeteiligte den vorgeschriebenen Anteil an Subunternehmerleistungen von höchstens 20 % erfüllt, lag im diesbezüglich grossen Ermessensspielraum der Vergabebehörde (E. 4.4.6). Weiter machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die Vergabestelle hätte das Angebot der Mitbeteiligten ausschliessen müssen, weil diese ein Tiefpreisangebot eingereicht habe (E. 4.5). Geht gemäss Art. 38 Abs. 3 IVöB ein Angebot ein, dessen Preis im Vergleich zu den anderen Angeboten ungewöhnlich niedrig erscheint, muss der Auftraggeber bei der Anbieterin zweckdienliche Erkundigungen darüber einholen, ob die Teilnahmebedingungen eingehalten sind und die weiteren Anforderungen der Ausschreibung verstanden wurden. Weist die Anbieterin nicht nach, dass die Teilnahmebedingungen eingehalten werden, und bietet sie keine Gewähr für die vertragskonforme Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen, kann der Auftraggeber die Anbieterin vom Vergabeverfahren ausschliessen. Ungewöhnlich tiefe Preise können also unzulässig sein und zum Ausschluss einer Anbieterin führen. Der Umstand allein, dass der offerierte Preis die Selbstkosten der Anbieterin nicht deckt, führt aber in aller Regel nicht zum Ausschluss des Angebots. Angebote, welche unter Kalkulation eines Verlusts zustande kommen, stehen nicht notwendig im Widerspruch zur Zielsetzung einer wettbewerbsorientierten Auftragsvergabe. Ein derartiges Angebot kann aus Sicht der Anbieterin gerechtfertigt sein, um z. B. die Beschäftigung ihrer Arbeitnehmenden in einer kritischen Phase zu gewährleisten oder in einem neuen Geschäftsbereich Fuss zu fassen. Sofern die betreffende Anbieterin in der Lage ist, den Auftrag zu den angebotenen Konditionen zu erfüllen, ist sie nicht auszuschliessen (E. 4.5.3). Im Ergebnis erweist sich das Angebot der Mitbeteiligten nicht als ungewöhnlich niedrig. Für entsprechende Erkundigungen oder gar einen Ausschluss bestand kein Grund (E. 4.5.5). Abweisung. Stichworte: BIETERGEMEINSCHAFT EIGNUNGSKRITERIUM MUSSKRITERIUM PREISBEWERTUNG REFERENZEN SUBUNTERNEHMER TIEFPREISANGEBOT Rechtsnormen: Art. 38 Abs. III IVöB Art. 44 Abs. I lit. a IVöB Art. 44 Abs. I lit. b IVöB Art. 44 Abs. II lit. a IVöB Art. 44 Abs. II lit. c IVöB Publikationen: - keine - Gewichtung: (1 von hoher / 5 von geringer Bedeutung) Gewichtung: 3 Verwaltungsgericht des Kantons Zürich 1. Abteilung VB.2025.00252 Urteil der 1. Kammer vom 18. Dezember 2025 Mitwirkend: Abteilungspräsident Daniel Schweikert (Vorsitz), Verwaltungsrichter Peter Sprenger, Verwaltungsrichter Josua Raster, Gerichtsschreiberin Sabrina Susanna Gubler. In Sachen ARGE A, bestehend aus: 1.

B AG, 2. C AG, alle vertreten durch RA D, Beschwerdeführerinnen, gegen Zweckverband ARA Zimmerberg, vertreten durch RA E, Beschwerdegegner, und FA AG, vertreten durch RA G, Mitbeteiligte, betreffend Submission (Zuschlag), hat sich ergeben: I. Der Zweckverband ARA Zimmerberg plant den Neubau einer Verbindungsleitung von Horgen nach Thalwil (Pumpendruckleitung mit einer Länge von 2'500 m). Für die Tiefbauleistungen wurde mit Ausschreibung vom 4. Oktober 2024 auf Simap.ch, der elektronischen Beschaffungsplattform der Schweiz, ein offenes Verfahren im Staatsvertragsbereich eröffnet. Gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 14. November 2024 gingen fünf Angebote ein mit Preisen zwischen Fr. 12'263'568.85 und Fr. 21'267'102.90 (einschliesslich Mehrwertsteuer). Am 19. März 2025 beschloss die Betriebskommission des Zweckverbands ARA Zimmerberg den Ausschluss eines Angebots wegen Nichterfüllung der Eignungskriterien und die Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen an die FA AG in H, zum bereinigten Preis von Fr. 12'263'568.85 (einschliesslich Mehrwertsteuer). Aufgrund des Ausschlusses lag das Angebot der ARGE A, bestehend aus der B AG und der C AG, beide in I, zu einem Preis von Fr. 16'613'483.10 (einschliesslich Mehrwertsteuer) an zweiter Stelle. Mit Schreiben vom 1. April 2025 wurde das Ergebnis des Vergabeverfahrens mitgeteilt und am 4. April 2025 wurde der Zuschlag auf Simap.ch publiziert. II. Gegen diesen Vergabeentscheid gelangte die ARGE A mit Beschwerde vom 22. April 2025 an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und den Zuschlag ihr zu erteilen. Eventuell sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Subeventuell wurde die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Vergabe und die Zusprechung von Schadenersatz beantragt; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (einschliesslich Mehrwertsteuer). In prozessualer Hinsicht beantragte die ARGE A im Wesentlichen, der Beschwerde sei zunächst superprovisorisch und dann vorsorglich aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Vergabestelle sei der Vertragsschluss zu untersagen. Zudem sei ihr vollständige Akteneinsicht zu gewähren, soweit der Einsichtnahme keine berechtigten Geheimhaltungsinteressen entgegenstünden. Mit Präsidialverfügung vom 23. April 2025 wurde dem Beschwerdegegner einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um aufschiebende Wirkung, untersagt, den Vertrag abzuschliessen. Die FA AG beantragte als Mitbeteiligte am 14. Mai 2025 die Abweisung der Beschwerde, soweit auf diese einzutreten sei; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (einschliesslich Mehrwertsteuer) zulasten der ARGE A. Mit Beschwerdeantwort vom gleichen Tag schloss auch der Zweckverband ARA Zimmerberg auf Abweisung der Beschwerde; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer). Mit Präsidialverfügung vom 20. Mai 2025 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt und der ARGE A teilweise Akteneinsicht gewährt. Die ARGE A hielt mit Replik vom 12. Juni 2025 innert erstreckter Frist an ihren Anträgen fest, ebenso der Zweckverband ARA Zimmerberg mit Duplik vom 27. Juni 2025 und die FA AG mit Duplik vom 10. Juli 2025. Die Triplik der ARGE A datiert vom 25. Juli 2025. Mit freigestellter Vernehmlassung des Zweckverbands ARA Zimmerberg vom 18. August 2025 war der Schriftenwechsel abgeschlossen. Die Kammer erwägt:

E. 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. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren, dem eine Ausschreibung vom 4. Oktober 2024

zugrunde liegt, gelangen demnach die Art. 51 ff. IVöB sowie §§ 2 ff. BeiG IVöB zur Anwendung. Anwendbar ist sodann im Weiteren die Submissionsverordnung vom 28. Juni 2023 (SVO).

E. 1.2

Nach § 3 Abs. 1 BeiG IVöB ist gegen Verfügungen gemäss Art. 53 IVöB unabhängig vom Auftragswert die Beschwerde an das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz zulässig. Der Zuschlag zählt zu den anfechtbaren Verfügungen (Art. 53 Abs. 1 lit. e IVöB).

E. 2

Der Zuschlag wurde ■ der Offerte entsprechend ■ der FA AG erteilt. Die Publikation des Zuschlags auf Simap.ch führt hingegen fälschlicherweise die FB AG als Zuschlagsempfängerin auf. Darauf hat im Beschwerdeverfahren das Rubrum bisher beruht. Das Rubrum ist folglich dahingehend zu korrigieren, dass die FA AG als Mitbeteiligte aufzuführen ist.

E. 3.1

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). Daran hat sich mit der Revision des Vergaberechts nichts geändert.

E. 3.2

Gemäss Offertauswertung erzielte die Mitbeteiligte mit 4,85 Punkten die höchste Gesamtbewertung; das Angebot der Beschwerdeführerinnen rangiert mit 2,69 Punkten auf dem zweiten Platz. Mit ihrer Beschwerde machen die Beschwerdeführerinnen insbesondere geltend, die Mitbeteiligte hätte ausgeschlossen werden müssen, da sie im Widerspruch zu den Teilnahmebedingungen mehr als 20 % Subunternehmerleistungen beanspruchen müsse, um das Werk zu erstellen. Dringen die Beschwerdeführerinnen mit ihrer Rüge durch, haben 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.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerinnen machen im Wesentlichen geltend, die Vergabestelle hätte das Angebot der Mitbeteiligten ausschliessen müssen, weil erstens die Mitbeteiligte unzutreffende, unvollständige und irreführende Angaben zur eigenen Leistungsfähigkeit gemacht habe, da sie den Beizug von Subunternehmen nicht deklariert habe, weil zweitens die Mitbeteiligte den zugelassenen Subunternehmeranteil von 20 % überschreite, weil drittens die Mitbeteiligte das Eignungskriterium 2, für welches Referenzen einzureichen waren, nicht erfülle und weil viertens die Mitbeteiligte unter Verletzung der Teilnahmebedingungen ein Tiefpreisangebot eingereicht habe.

E. 4.2

Gemäss Ausschreibung vom 4. Oktober 2024 auf Simap.ch liess der Beschwerdegegner unter den Allgemeinen Bedingungen sowohl Bietergemeinschaften als auch Subunternehmen zu. In den Ausschreibungsunterlagen wurde bezüglich der Subunternehmen verlangt, dass diese in der vorgesehenen Werkvertragsvorlage "mit ihrem Anteil des Gesamtauftrags der Leistungserfüllung an der Gesamtleistung zu benennen" sind; der Anteil der Subunternehmerleistungen wurde auf 20 % der Gesamtleistungen beschränkt. Die Begrenzung wurde an anderer Stelle mit der hohen Komplexität der auszuführenden Arbeit begründet. Zu bemerken ist, dass die Einreichung der erwähnten Werkvertragsvorlage bei den einzureichenden Unterlagen nicht verlangt wurde.

E. 4.3

Nach Art. 44 Abs. 1 lit. a IVöB kann der Auftraggeber eine Anbieterin von einem Vergabeverfahren ausschliessen, wenn festgestellt wird, dass die betreffende Anbieterin, ihre Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht oder nicht mehr erfüllen oder durch ihr Verhalten der rechtskonforme Ablauf des Vergabeverfahrens beeinträchtigt wird. Gemäss Art. 44 Abs. 2 lit. a IVöB kann eine Anbieterin überdies ausgeschlossen werden, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass diese unwahre oder irreführende Aussagen und Auskünfte gegenüber dem Auftraggeber gemacht hat.

E. 4.3.1

Die Beschwerdeführerinnen bringen dazu vor, dass die Mitbeteiligte gegenüber der Vergabestelle nicht deklariert habe, dass sie für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen zwingend auf Subunternehmen angewiesen sei. Sie habe der Vergabestelle vorgegeben, selbst über die erforderlichen Spezialkenntnisse sowie das Personal und die Maschinen zu verfügen, die für die Erfüllung der komplexen Bauarbeiten erforderlich seien, obwohl dies nachweislich nicht der Fall sei. Bei der Falschdeklaration handle es sich nicht um ein Versehen.

E. 4.3.2

Der von den Beschwerdeführerinnen erhobene Vorwurf lässt sich anhand der vorliegenden Akten nicht nachvollziehen. Die Mitbeteiligte weist in ihrer Offerte an verschiedenen Stellen auf den Einsatz von Subunternehmen hin. So führt sie in ihrem technischen Kurzbericht zum Vorhaben aus, dass Arbeitsgruppen von Subunternehmen unter anderem für die Belagsarbeiten eingesetzt werden, und verweist auf die Liste mit den vorgesehenen Subunternehmen. Teil der Offerte bildet auch ein auftragsbezogenes Organigramm, welches die Subunternehmen ebenfalls darstellt, und die bereits erwähnte Liste mit den Subunternehmen. Aufgrund dieser deutlichen Hinweise auf die vorgesehenen Subunternehmen erweist sich der Vorwurf der Falschdeklaration seinerseits als nicht korrekt.

E. 4.4

Gestützt auf Art. 44 Abs. 1 lit. 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 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). 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 (VGr, 3. Juli 2025, VB.2024.00772, E. 3.2 unter Hinweis auf VGr, 19. Dezember 2024, VB.2024.00101, E. 4.5.1). In der Tendenz betonen Lehre und Rechtsprechung die Formenstrenge des Submissionsverfahrens (VGr, 3. Juli 2025, VB.2024.00772, E. 3.2 mit Hinweis auf 12. Mai 2016, VB.2015.00013, E. 3.3 mit Hinweisen). Des Weiteren muss die Vergabestelle das verfassungsmässige Gebot der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV]) berücksichtigen: Wegen unbedeutender Mängel in der Offerte dürfen Anbietende nicht ausgeschlossen werden (BGr, 26. Januar 2016, 2C_665/2015, E. 1.3.3; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 444 f.). Vorbehalten sind somit Fälle, in denen die Abweichungen von der Ausschreibung geringfügig sind, und schliesslich Fälle, wo die amtlichen Vorgaben ihrerseits schwere Mängel enthalten (VGr, 22. Dezember 2021, VB.2021.00793, E. 2.3; 24. Mai 2018, VB.2018.00184, E. 3.1; 16. November 2017, VB.2017.00495, E. 4.2; Galli et al., Rz. 444).

E. 4.4.1

Die Beschwerdeführerinnen machen diesbezüglich geltend, gemäss den verbindlichen Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen dürfe der Anteil von Leistungen, die durch Subunternehmen erbracht werden, 20 % der Gesamtleistungen nicht übersteigen. Angesichts der gemäss Leistungsverzeichnis zu erbringenden Bauarbeiten und der tatsächlichen Kompetenzen und Fähigkeiten der Mitbeteiligten sei nach Schätzungen der Beschwerdeführerinnen von einem Anteil an Subunternehmerleistungen von 30 % auszugehen. Diesbezüglich führen die Beschwerdeführerinnen auch konkrete Leistungen aus dem Leistungsverzeichnis der Ausschreibung auf, für die nach ihrem Kenntnisstand die Mitbeteiligte auf den Beizug von Subunternehmen "zwingend" angewiesen sei. Der Verstoss gegen die verbindliche Anforderung müsse im Sinne der Gleichbehandlung und Transparenz zum Ausschluss der Mitbeteiligten führen, da sonst die Angebote nicht vergleichbar seien. In ihrer Replik führen die Beschwerdeführerinnen weiter aus, dass selbst dann, wenn die Vergabestelle zum Zeitpunkt der Offertprüfung auf die Selbstdeklaration hätte abstellen dürfen, ein Ausschluss erfolgen müsse. Der Zuschlag beruhe auf einer unrichtigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts. Es sei nachweislich, dass das Angebot der Mitbeteiligten den zulässigen Subunternehmeranteil nicht einhalte.

E. 4.4.2

Den vorliegenden Akten lässt sich entnehmen, dass die Mitbeteiligte als Bestandteil ihrer Offertunterlagen ■ wie bereits erwähnt ■ eine Liste mit Subunternehmen eingereicht hat.

Darauf sind für verschiedene Arbeiten unter Angabe der jeweiligen Nummer gemäss Normpositionen-Katalog (NPK) beispielhaft Firmen gelistet, welche die Arbeiten ausführen, sowie der ungefähre Anteil an den Gesamtarbeiten in Prozenten aufgeführt. Gemäss dieser Liste beläuft sich der gesamte Subunternehmeranteil im Angebot der Mitbeteiligten auf "ca. 15,00 %".

E. 4.4.3

Zum Vorbringen, die Vergabestelle habe ihre Pflicht zur weiteren Sachverhaltsabklärung zur Sicherstellung der Ausschreibungskonformität verletzt, ist zunächst Folgendes festzuhalten: Die Anbietenden mussten im Sinne einer Selbstdeklaration lediglich angeben, wie hoch der Anteil der Leistungen der Subunternehmen am Gesamtauftrag ausfällt; weitere Erörterungen oder gar Bestätigungen bzw. Nachweise waren dazu nicht an- oder abzugeben, weil solche gemäss den Ausschreibungsunterlagen nicht gefordert waren. Sodann kommt in Betracht, dass die Mitbeteiligte in ihrer Offerte zu wahrheitsgemässen Angaben verpflichtet war; daran hat sich auch mit dem neuen Recht nichts geändert (vgl. Art. 44 Abs. 2 lit. a IVöB; VGr, 28. Juni 2016, VB.2016.00164, E. 3.4 zum bisherigen § 4a Abs. 1 lit. i des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003). Für die Vergabestelle bestand aufgrund dieser Verpflichtung kein Anlass, daran zu zweifeln, dass die deklarierten Leistungsanteile der von der Mitbeteiligten vorgesehenen Subunternehmen eingehalten werden, bzw. kein Grund, anzunehmen, dass der höchstzulässige Anteil von 20 % überschritten wird (vgl. VGr, 11. April 2024, VB.2023.00506, E. 3.4; 19. Mai 2021 VB.2020.00673, E. 5.2; 18. März 2021, VB.2020.00807, E. 4.3.3). Mit seiner Duplik liefert der Beschwerdegegner ■ aufgrund der Vorbringen in der Replik ■ den rechnerischen Nachweis, dass der Subunternehmeranteil im Angebot der Mitbeteiligten ■ je nach Berücksichtigung zweier NPK-Leistungen ■ entweder 14,26 % oder aber höchstens 17,42 % beträgt. Ferner stellt ein Angebot eine verbindliche Vertragsofferte dar, mit der sich die Anbieterin ■ sofern der Vertrag zustande kommt ■ verpflichtet, die verlangte Leistung zu erbringen. Sollte sich erweisen, dass die Leistung nicht dem Angebotenen bzw. vertraglich Vereinbarten entspricht, stehen der Vergabestelle die kauf- oder werkvertraglichen Rechtsbehelfe zur Verfügung. Die Vergabestelle darf sich darauf verlassen, dass eine Anbieterin den Vertragspflichten nachkommen wird, solange keine konkreten gegenteiligen Hinweise bestehen (BGr, 20. Januar 2014, 2C_346/2013, E. 1.3.3; VGr, 21. Dezember 2023, VB.2023.00423, E. 3.2.2 f.).

E. 4.4.4

Im Rahmen ihrer Replik unternehmen es die Beschwerdeführerinnen im Sinne der Rüge einer unrichtigen bzw. unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 56 Abs. 3 lit. b IVöB), solche konkreten gegenteiligen Hinweise zu liefern. Zum einen sei die Mitbeteiligte auch in Bezug auf verschiedene Leistungen (NPK 161, 162 und 237), die in der erwähnten Subunternehmerliste nicht aufgeführt würden, auf den Bezug von Subunternehmen angewiesen, weil die Mitbeteiligte nicht über die erforderlichen Kompetenzen oder Ressourcen verfüge, zum andern seien bei gewissen aufgeführten Leistungen die Leistungsanteile der Subunternehmen in zu geringem Umfang angegeben.

E. 4.4.5

Die Vergabestelle hat den einzuhaltenden höchsten Anteil an Subunternehmerleistungen in den Ausschreibungsunterlagen nicht als eigentliches Eignungskriterium mit Ausschlussandrohung ausgestaltet. Es handelt sich deshalb um ein Musskriterium (vgl. dazu VGr, 18. März 2021, VB.2020.00807, E. 3 und E. 4), das nicht zwangsläufig bereits zum Zeitpunkt der Offerteingabe erfüllt sein muss (zu dieser Abgrenzung: VGr, 27. März 2025, VB.2024.00754, E. 3.4; 4. März 2021, VB.2020.00879, E. 5.2.1). Entscheidend ist demnach, dass die Mitbeteiligte in der Lage ist, die offerierten Arbeiten im Zeitpunkt der Leistungserbringung unter Einhaltung des deklarierten Subunternehmeranteils zu erbringen. Was die Beschwerdeführerinnen dagegen vorbringen, hilft ihnen nichts. Die mit der Beschwerde eingereichten Offertanfragen der Mitbeteiligten bei der Beschwerdeführerin 1 sowie der undatierte, nicht unterzeichnete Subunternehmervertrag zwischen der Mitbeteiligten und der Beschwerdeführerin 1 lassen nicht zwingend darauf schliessen, dass die Mitbeteiligte die Offerten einholte bzw. den Abschluss eines Subunternehmervertrags beabsichtigte, weil sie die entsprechenden Arbeiten aus Gründen fehlender Ressourcen oder Kompetenzen nicht selbst ausführen konnte bzw. kann. Für solche Beizüge anderer Unternehmen kann auch eine optimierte Allokation von Personal, Maschinen und Geräten im Rahmen einzelner Projekte sprechen. Und selbst wenn es zutrifft, dass die Mitbeteiligte bei den von den Beschwerdeführerinnen angeführten Beispielen (Filterbrunnen, Druckleitungsbau und Spundwände) zur Leistungserbringung Subunternehmen beigezogen hatte, lässt sich daraus nicht schliessen, dass sie zum Zeitpunkt der Durchführung der streitbetreffenden Arbeiten den deklarierten Höchstanteil an Subunternehmerleistungen nicht auch tatsächlich wird einhalten können.

E. 4.4.6

Zusammengefasst lag die gestützt auf die Angaben in der Offerte erfolgte Beurteilung der Vergabestelle, dass die Mitbeteiligte den vorgeschriebenen Anteil an Subunternehmerleistungen von höchstens 20 % erfüllt, im diesbezüglich grossen Ermessensspielraum der Vergabebehörde. Damit erweist sich die Rüge, die Mitbeteiligte werde den deklarierten Anteil an Subunternehmerleistungen nicht einhalten können und sei daher aus dem Verfahren auszuschliessen, als unberechtigt.

E. 4.5

Die Beschwerdeführerinnen machen ferner geltend, die Mitbeteiligte habe ein Tiefpreisangebot unter Verletzung der Teilnahmebedingungen eingereicht. Das Angebot der Mitbeteiligten liege mehr als 25 % unter demjenigen der Beschwerdeführerinnen und weiche mehr als 30 % vom Durchschnitt der übrigen, gültigen Angebote ab. Es sei davon auszugehen, dass es sich um einen ungewöhnlich tiefen Preis im Sinne von Art. 38 Abs. 3 IVöB handle, weshalb die Vergabestelle verpflichtet gewesen wäre, bei der Mitbeteiligten zweckdienliche Erkundigungen einzuholen. Mit der unzutreffenden Selbstdeklaration halte die Mitbeteiligte die Teilnahmebedingungen nicht ein. Bei richtiger Deklaration der Subunternehmen und Einholung entsprechender Offerten wäre der Angebotspreis der Mitbeteiligten wesentlich höher ausgefallen. Das Angebot der Mitbeteiligten verstosse gegen die Preisbildungsregeln gemäss den Ausschreibungsunterlagen und sei deshalb auch aus diesem Grund auszuschliessen.

E. 4.5.1

Die Vergabestelle legte die Preisbewertung in den Ausschreibungsunterlagen wie folgt fest: Die Preisbewertung erfolge über das Leistungsverzeichnis, dabei werde der Gesamtpreis

bzw. das Total bewertet. Das günstigste Angebot erhalte die volle Punktzahl. Die Preisspanne für die Preisbewertung legte die Vergabestelle bei 30 % fest.

E. 4.5.2

Die von den Beschwerdeführerinnen in diesem Zusammenhang aus den Ausschreibungsunterlagen zitierte Preisbildungsregel bezieht sich auf die Preisbildung einzelner Positionen im Leistungsverzeichnis, was auch für die Ausschlussandrohung an dieser Stelle gilt. Diese Preisbildungsregel ist im vorliegenden Zusammenhang nicht von Bedeutung, da die Beschwerdeführerinnen nicht rügen, die Mitbeteiligte habe bei einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses unrealistisch tiefe, nicht kostendeckende Preise eingesetzt. Sie monieren den Gesamtpreis als ungewöhnlich niedrig.

E. 4.5.3

Geht gemäss Art. 38 Abs. 3 IVöB ein Angebot ein, dessen Preis im Vergleich zu den anderen Angeboten ungewöhnlich niedrig erscheint, muss der Auftraggeber bei der Anbieterin zweckdienliche Erkundigungen darüber einholen, ob die Teilnahmebedingungen eingehalten sind und die weiteren Anforderungen der Ausschreibung verstanden wurden. Weist die Anbieterin auf Aufforderung hin nicht nach, dass die Teilnahmebedingungen eingehalten werden, und bietet sie keine Gewähr für die vertragskonforme Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen, kann der Auftraggeber die Anbieterin gestützt auf Art. 44 Abs. 2 lit. c IVöB, der sich nach seinem Wortlaut auf Gesamtangebote und nicht auf einzelne Einheitspreise bezieht (VGr, 13. März 2025, VB.2024.00443, E. 7.3 auch zum Folgenden), vom Vergabeverfahren ausschliessen. Ungewöhnlich tiefe Preise können also unzulässig sein und zum Ausschluss einer Anbieterin führen. Der Umstand allein, dass der offerierte Preis die Selbstkosten 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. Angebote, welche unter Kalkulation eines Verlusts zustande kommen, stehen nicht notwendig im Widerspruch zur Zielsetzung einer wettbewerbsorientierten Auftragsvergabe. Ein derartiges Angebot kann aus der Sicht der Anbieterin gerechtfertigt sein, um z. B. die Beschäftigung ihrer Arbeitnehmenden in einer kritischen Phase zu gewährleisten oder in einem neuen Geschäftsbereich Fuss zu fassen (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). 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).

E. 4.5.4

Soweit die Beschwerdeführerinnen zur Begründung darauf hinweisen, dass ein weiteres Angebot mit einem ähnlich tiefen Preis wie demjenigen der Mitbeteiligten ■ nämlich Fr. 12'595'524.95 ■ ausgeschlossen worden sei, so ergibt sich aus den Akten, dass dieser Ausschluss wegen Nichterfüllung der Eignungskriterien erfolgte und somit nicht im Zusammenhang mit dem offerierten Gesamtpreis stand. Die Beschwerdeführerinnen vermögen deshalb aus diesem Ausschluss nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Wenn die Beschwerdeführerinnen geltend machen, der Angebotspreis der Mitbeteiligten wäre bei "richtiger Deklaration der Subunternehmer" und unter Berücksichtigung der von diesen eingeholten Offerten wesentlich höher ausgefallen, kann ihnen nicht gefolgt werden: Zum

einen ist der deklarierte Subunternehmeranteil an den Gesamtleistungen nicht zu beanstanden (vgl. vorstehende E. 4.4.6) und zum andern wäre selbst dann nicht ausgeschlossen, dass sich die Mitbeteiligte aus den vorstehend erwähnten Gründen der Auslastung von Personal und Gerätschaften oder der Erschliessung eines neuen Geschäftsfeldes dazu hätte entschliessen können, die auf die Subunternehmen entfallenden Kosten nicht direkt in den Angebotspreis einfliessen zu lassen und teilweise selbst zu tragen (vgl. VGr, 4. Juni 2024, VB.2023.00728, E. 7.1). Schliesslich ist mit dem Beschwerdegegner, welchem mit Bezug auf die Notwendigkeit und das Ausmass von Erkundigungen nach Art. 38 Abs. 3 IVöB ■ wie schon nach bisherigem Recht ■ ein erhebliches Ermessen zusteht (RB 2003 Nr. 50 = BEZ 2003 Nr. 48), davon auszugehen, dass bei einer Abweichung von weniger als 30 % vom Durchschnitt aller eingegangenen Angebote bzw. auch bei einer solchen von 34 % vom Durchschnitt aller berücksichtigten gültigen Angebote nach der Berechnung der Beschwerdeführerinnen keine ungewöhnliche Niedrigkeit vorliegt. Dafür spricht zunächst, dass das Angebot im Erwartungshorizont der Vergabestelle lag, was sich am Vergleich des Kostenvoranschlags für das Vorhaben mit dem Angebotspreis der Mitbeteiligten zeigt. Zudem weist der Beschwerdegegner zu Recht darauf hin, dass sich der Preisunterschied von Fr. 4'023'972.45 (ohne Mehrwertsteuer) zwischen dem Angebot der Beschwerdeführerinnen und demjenigen der Mitbeteiligten zu einem erheblichen Teil mit einer einzigen Position erklären lässt. Die Beschwerdeführerinnen haben die Baustelleneinrichtung Fr. 3'343'290.30 (ohne Mehrwertsteuer) teurer offeriert als die Mitbeteiligte. Diese Position steht in keinem Zusammenhang mit den Subunternehmerleistungen, welche die Beschwerdeführerinnen als ursächlich für das tiefe Angebot der Mitbeteiligten anführen. Die Vergabestelle darf sich sodann darauf verlassen, dass eine Anbieterin den Vertragspflichten nachkommen wird, solange keine konkreten gegenteiligen Hinweise bestehen (zum Ganzen: VGr, 21. Dezember 2023, VB.2023.00423, E. 3.2; 21. Dezember 2023, VB.2023.00424, E. 4.2; BGE 141 II 14 E. 10.3; BGr, 20. Januar 2014, 2C_346/2013, E. 1.3.3). Wenn die Vergabestelle vorliegend keine Anhaltspunkte für Zweifel an den Angaben der Mitbeteiligten hatte, ist dies im Licht der vorstehenden Erwägungen nicht zu beanstanden.

E. 4.5.5

Im Ergebnis erweist sich das Angebot der Mitbeteiligten nicht als ungewöhnlich niedrig. Für entsprechende Erkundigungen oder gar einen Ausschluss bestand auch in dieser Hinsicht kein Grund.

E. 4.6

Die Beschwerdeführerinnen bringen schliesslich mit der Beschwerde auch noch vor, die Firma FB AG verfüge als eigenständige juristische Person nach den öffentlich verfügbaren Informationen nicht über die in den Ausschreibungsunterlagen zum Eignungskriterium 2 verlangten Referenzen. In den Ausschreibungsunterlagen seien Referenzen von Subunternehmen ausdrücklich nicht zugelassen. Die Mitbeteiligte verfüge deshalb nicht über die vorgegebenen Eignungskriterien, weshalb sie auch aus diesem Grund aus dem Vergabeverfahren auszuschliessen sei. Die Mitbeteiligte hat in ihrer Offerte eigene Referenzprojekte angegeben und nicht auf solche von Subunternehmen zurückgegriffen. Die beigefügten Referenzblätter tragen zwar auch die Firma der FB AG, was aber nicht gegen die Berücksichtigung der entsprechenden Referenzen spricht, zumal die beiden Unternehmen im operativen Bereich eine äusserst enge Zusammenarbeit pflegen, die mit gemeinsamen personellen Ressourcen und einem gemeinsamen Maschinen- und Gerätepark

verbunden ist. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn die Vergabestelle diese Referenz zugelassen hat. Auch diesbezüglich bestand kein Grund für einen Ausschluss.

E. 4.7

Im Ergebnis hat der Beschwerdegegner als Vergabestelle sein Ermessen bei der Offertprüfung und Zuschlagserteilung nicht in rechtsverletzender Weise ausgeübt. Der Zuschlag erweist sich als rechtmässig, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

E. 5

Die Gerichtsgebühr wird nach dem Zeitaufwand, der Schwierigkeit des Falls und nach dem Streitwert oder dem tatsächlichen Streitinteresse festgelegt. Vorliegend ist bei einem Auftragswert von rund Fr. 16 Mio. gemäss Offerte der Beschwerdeführerinnen von einem erheblichen Streitinteresse auszugehen, weshalb eine Gebühr von Fr. 22'000.- als angemessen erscheint (§ 65a Abs. 1 und 2 VGR in Verbindung mit §§ 2 und 3 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts [GebV VGr]). Die Verteilung der Gerichtskosten richtet sich gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG grundsätzlich nach dem Unterliegen. Dementsprechend sind die Kosten den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen. Ein Entschädigungsanspruch der Beschwerdeführerinnen entfällt von vornherein (§ 17 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 VRG). Hingegen sind 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 haben die Beschwerdeführerinnen die Mitbeteiligte für deren Aufwendungen zu entschädigen.

E. 6

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).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.