Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz
Kammer III

**III 2023 54**

## Entscheid vom 25. August 2023

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident
Monica Huber-Landolt, Richterin
Irene Thalmann, Richterin
lic.iur. Josef Mathis, Gerichtsschreiber

Parteien

**A._____ AG**
Beschwerdeführerin

**gegen**

**Regierungsrat des Kantons Schwyz,** Bahnhofstrasse 9, Postfach 1260, 6431 Schwyz,
Vorinstanz,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungsrecht (Zuschlagsverfügung; Arbeitsvergabe für die interkantonale Beschaffung einer neuen IT-Lösung zum Vollzug der landwirtschaftlichen Gesetzgebung)

**Sachverhalt:**

**A.** Im Amtsblatt vom 22. Juli 2022 (und gleichentags auf der Plattform www.simap.ch) hat das Volkswirtschaftsdepartement des Kantons Schwyz als Auftraggeber und federführender Kanton die für 12 Kantone gemeinsame, dem Staatsvertragsbereich unterliegende Beschaffung einer neuen einheitlichen kantonalen IT-Lösung zum Vollzug der landwirtschaftsrelevanten Gesetzgebung von Bund und Kantonen im offenen Verfahren ausgeschrieben (ABl Nr. 29 vom 22. Juli 2022, S. 1963 ff.; Vi-act. 22). Innert der Eingabefrist bis 17. Oktober 2022 haben die zwei Firmen A._____ AG und B._____ AG je ein Angebot eingereicht (vgl. Offertöffnungsprotokoll vom 18.10.2022; Vi-act. 90).

**B.** Mit Einschreiben vom 29. März 2023 informierte das Amt für Landwirtschaft die A._____ AG, der Regierungsrat des Kantons Schwyz habe mit RRB Nr. 962/2022 am 13. Dezember 2022 die Arbeiten der B._____ AG zum Nettopreis von Fr. 19'280'917 exkl. MwSt vergeben mit der Begründung: "Die Vergabe erfolgte an das wirtschaftlich günstigste Angebot. Das preislich günstigere Angebot der A._____ AG erweist sich nach Auswertung der Zuschlagskriterien insgesamt nicht als das wirtschaftlich günstigste Angebot, obwohl die reine Preisdifferenz zwischen der B._____ AG und A._____ AG circa 4.58 Mio. Franken beträgt. Ausschlaggebend war das Zuschlagskriterium 'funktionale Anforderungen inklusive Optionen', welche die B._____ AG deutlich besser erfüllt. In den anderen Zuschlagsbewertungskriterien liegen die beiden Unternehmen ähnlich bzw. erfüllen die Kriterien mit kleinen Differenzen. Das Angebot der B._____ AG ist somit das wirtschaftlich günstigste Angebot. Selbst wenn ohne entsprechende Bereinigung der Offerten vom tieferen Preis der Offerte (Fr. 12'851'600.-- ohne Bereinigung) der Firma A._____ AG auszugehen wäre, läge sie nicht an erster Stelle und würde den Zuschlag somit nicht erhalten."

**C.** Gegen den Zuschlag an die B._____ AG lässt die A._____ AG am 11. April 2023 beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz fristgerecht Beschwerde einreichen mit den Anträgen:

*Sachanträge*

1. Die Zuschlagsverfügung vom 29. März 2023 sowie der dieser Verfügung zugrundeliegende Beschluss Nr. 962/2022 des Regierungsrats des Kantons Schwyz vom 13. Dezember 2022 in der Beschaffung einer IT-Lösung in den Bereichen der landwirtschaftsrelevanten Gesetzgebung von Bund und Kanton (Direktzahlungen, Naturschutz, Veterinärwesen, Umwelt- und Gewässerschutz) seien aufzuheben und es sei der Zuschlag für die Arbeiten für die Interkantonale Beschaffung einer neuen IT-Lösung zum Vollzug der landwirtschaftlichen Gesetzgebung der Beschwerdeführerin entsprechend dem von ihr eingereichten Angebot zu erteilen.

2. *Eventualiter* seien die Zuschlagsverfügung vom 29. März 2023 sowie der dieser Verfügung zugrundeliegende Beschluss Nr. 962/2022 des Regierungsrats des Kantons Schwyz vom 13. Dezember 2022 in der Beschaffung einer IT-Lösung in den Bereichen der landwirtschaftsrelevanten Gesetzgebung von Bund und Kanton (Direktzahlungen, Naturschutz, Veterinärwesen, Umwelt- und Gewässerschutz) vollumfänglich aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vergabebehörde zurückzuweisen.

3. *Subeventualiter* sei die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung vom 29. März 2023 bzw. des dieser Verfügung zugrundeliegenden Beschlusses Nr. 962/2022 des Regierungsrats des Kantons Schwyz vom 13. Dezember 2022 festzustellen und die Vergabebehörde sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin Schadenersatz in noch genauer zu beziffernder Höhe, mindestens jedoch CHF 60'000.00, zu leisten.

*Verfahrensanträge*

4. Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei superprovisorisch ohne vorgängige Anhörung sicherzustellen, dass bis zum Abschluss des vorliegenden Verfahrens jegliche Vollzugsvorkehrungen unterbleiben, insbesondere ein Vertragsabschluss der Vergabebehörde mit der Zuschlagsempfängerin.

5. Der Beschwerdeführerin sei vollumfängliche Akteneinsicht zu gewähren, soweit nicht begründete Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen. Nach gewährter Akteneinsicht sei ihr eine angemessene Frist von mindestens 20 Tagen anzusetzen, um sich zu den Akten zu äussern und die Beschwerde zu ergänzen

6. Sämtliche Anträge werden unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Vergabebehörde. eventualiter - soweit sich diese als Partei im Verfahren beteiligt - zulasten der Zuschlagsempfängerin gestellt.

**D.** Mit Verfügung vom 12. April 2023 wurde der Beschwerde einstweilen bis auf Widerruf aufschiebende Wirkung erteilt. Zudem wurde der Vorinstanz Frist zur Vernehmlassung bis 11. Mai 2023 angesetzt und die B._____ AG (als Zuschlagsempfängerin) eingeladen, innert derselben Frist durch Einreichung einer Vernehmlassung dem Verfahren als Beigeladene beizutreten.

**E.** Mit Schreiben vom 9. Mai 2023 verzichtete die B._____ AG auf einen Verfahrensbeitritt. Über den Umfang der Akteneinsicht habe sie die Vorinstanz informiert.

**F.** Innert erstreckter Frist beantragt das Volkswirtschaftsdepartement mit Vernehmlassung vom 16. Mai 2023:

1. Der Beschwerde vom 11. April 2023 sei die aufschiebende Wirkung umgehend wieder zu entziehen.

2. Die Beschwerde vom 11. April 2023 sei, eingeschlossen die Verfahrensanträge, vollumfänglich abzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten wird.

3. Eventualiter sei die Beschwerdeführerin gestützt auf § 26 Abs. 1 Bst. g der Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungs-

wesen vom 15. Dezember 2004 (altVIVöB; GS 20, S.626 ff.) vom Verfahren auszuschliessen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin.

**G.** Am 22. Mai 2023 nimmt die Beschwerdeführerin Stellung zur Akteneinsicht bzw. Offenlegung.

**H.** Mit Zwischenbescheid III 2023 76 vom 25. Mai 2023 entzog das Verwaltungsgericht der Beschwerde vom 11. April 2023 die aufschiebende Wirkung per sofort. Gleichzeitig wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet.

**I.** Die Beschwerdeführerin beantragt mit Replik vom 26. Juni 2023:

*Sachanträge*

1. Die mit Beschwerde vom 11. April 2023 gestellten Sachanträge (Rechtsbegehren Ziff. 1-3) werden vollumfänglich bestätigt.

*Verfahrensanträge*

2. Der Zwischenbescheid vom 25. Mai 2023 betreffend Entzug der aufschiebenden Wirkung sei aufzuheben und es sei der Beschwerde vom 11. April 2023 die aufschiebende Wirkung wiederum zu erteilen, soweit zwischenzeitlich nicht bereits der Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin erfolgt ist.
3. Sämtliche Anträge werden unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Vergabebehörde gestellt.

**J.** Am 29. Juni 2023 informiert das Volkswirtschaftsdepartement das Verwaltungsgericht, der Vertrag mit der B._____ AG sei am 27. Juni 2023 gestützt auf den Zwischenbescheid des Verwaltungsgerichts vom 25. Mai 2023 unterzeichnet worden. Mit Duplik vom 19. Juli 2023 beantragt das Volkswirtschaftsdepartement:

1. An den Anträgen der Vernehmlassung vom 16. Mai 2023 wird vollumfänglich festgehalten.
2. Die in der Replik vom 26. Juni 2023 neu gestellten Verfahrensanträge seien abzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin.

**K.** Mit Stellungnahme zur Duplik vom 27. Juli 2023 stellt die Beschwerdeführerin fest, nachdem der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin zwischenzeitlich offenbar abgeschlossen worden sei, werde das angerufene Gericht lediglich noch die Rechtswidrigkeit des verfügten Zuschlags feststellen können. In Präzisierung des Rechtsbegehrens gemäss Ziffer 3 der Beschwerde vom 11. April 2023 (vgl. oben Ingress Bst. C) werde beantragt:

> Es sei die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung vom 29. März 2023 bzw. des dieser Verfügung zugrundeliegenden Beschlusses Nr. 962/2022 des Regierungs-

rates des Kantons Schwyz vom 13. Dezember 2022 festzustellen und die Vergabebehörde sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin Schadenersatz im Betrag von CHF 151'470.00 (zzgl. MwSt) zu leisten.

**Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.** Bereits mit Zwischenbescheid III 2023 76 vom 25. Mai 2023 wurde festgestellt, dass für das vorliegende Submissionsverfahren die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SRSZ 430.120.1) vom 25. November 1994/15. März 2001 anwendbar ist (E. 1.1).

**2.** Auch hinsichtlich Erfüllung der Sachurteilsvoraussetzungen kann auf den Zwischenbescheid III 2023 76 vom 25. Mai 2023 verwiesen werden, wo festgestellt wurde, dass auf die beim zuständigen Verwaltungsgericht form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde, zu welcher die Beschwerdeführerin legitimiert ist, einzutreten ist (E. 3). Eine davon abweichende Überzeugung vertritt keine Partei.

**3.1** Mit Stellungnahme vom 27. Juli 2023 anerkennt die Beschwerdeführerin, dass der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin zwischenzeitlich abgeschlossen wurde (VG-act. 29). Ist ein Vertrag gestützt auf einen Vergabeentscheid, gegen den Beschwerde erhoben wurde, bereits abgeschlossen worden und erweist sich die Beschwerde als begründet, stellt die Beschwerdeinstanz fest, dass die Verfügung rechtswidrig ist (Art. 18 Abs. 2 IVöB). Die Beschwerdeanträge Ziffer 1 und 2 sind vorliegend aufgrund des Vertragsschlusses vom 27. Juni 2023 gegenstandslos geworden. Es bleibt der (Subeventual-) Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung.

**3.2.1** Die Beschwerdeführerin hat ihren Subeventualantrag am 27. Juli 2023 präzisiert, indem sie neben dem reinen Feststellungsbegehren konkret beantragt, die Vorinstanz sei zu verpflichten, ihr einen Schadenersatz im Betrag von Fr. 151'470 (zzgl. MwSt) zu leisten.

**3.2.2** Gemäss § 5 des Kantonsratsbeschlusses über den Beitritt des Kantons Schwyz zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (KRB-IVöB; SRSZ 430.120) vom 17. Dezember 2003 haften Auftraggeber für Schaden, den sie durch eine Verfügung verursacht haben, deren Rechtswidrigkeit von der Beschwerdeinstanz festgestellt worden ist (Abs. 1). Diese Haftung beschränkt sich auf Aufwendungen, die dem Anbieter im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind (Abs. 2). Im Übrigen gilt das Gesetz über die Haftung des Gemeinwesens und die Verantwortlichkeit seiner Funktionäre (Staatshaftungsgesetz, StHG; SRSZ 140.100) vom 20. Fe-

bruar 1970 (Abs. 3). Klagen betreffend Ersatz von Aufwendungen, die Anbietern im Zusammenhang mit einem Vergabe- oder Rechtsmittelverfahren entstanden sind, beurteilt das Verwaltungsgericht (§ 3 lit. c KRB-IVöB).

**3.2.3** Aus Art. 18 Abs. 2 IVöB i.V.m. § 5 KRB-IVöB i.V.m. § 3 lit. c KRB-IVöB ergibt sich, dass etwaige Ansprüche auf Schadenersatz nicht im Submissionsbeschwerdeverfahren geltend zu machen sind, sondern grundsätzlich im Klageverfahren gemäss § 67 ff. des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRP; SRSZ 234.110) vom 6. Juni 1974 durchzusetzen sind (VGE 1033/02 vom 30.10.2002 E. 7).

**3.2.4** Damit aber ist auf den Antrag, die Vorinstanz sei zur Leistung von Schadenersatz in der Höhe von Fr. 151'470 zu verpflichten, nicht einzutreten. Dieses Rechtsbegehren ist, sollte das Gericht die Rechtswidrigkeit des Vergabebeschlusses feststellen, auf dem Klageweg geltend zu machen.

**3.3** Strittig ist im vorliegenden Submissionsbeschwerdeverfahren somit allein, ob die Vorinstanz den Zuschlag zu Recht der B._____ AG erteilt hat (so die Vorinstanz) oder ob das Gericht feststellen muss, dass die Zuschlagsverfügung rechtswidrig ist (so die Beschwerdeführerin).

**4.** Am 22. Juli 2022 erfolgte die Ausschreibung im offenen Verfahren zur gemeinsamen Beschaffung einer neuen einheitlichen kantonalen IT-Lösung zum Vollzug der landwirtschaftsrelevanten Gesetzgebung von Bund und Kantonen für 12 Kantone (vgl. Ingress Bst. A; Vi-act. 13 ff.). Die Zuschlagskriterien wurden in Kapitel 5.4 und Beilage 3 der Ausschreibungsunterlage definiert (Vi-act. 13):

| Kriterien | Gewichtung | max. Punkte |
|---|---|---|
| ZK1: Preis | 30% | 300 |
| ZK2: Erfüllungsgrad der Anforderungen (Funktional) | 35% | 350 |
| ZK3: erfüllungsgrad der Anforderungen (Nicht Funktional) | 25% | 250 |
| ZK4: Beurteilung der Angebotspräsentation | 10% | 100 |
| Total | 100% | 1'000 |

Gemäss Beschwerdeführerin ist die Zuschlagsverfügung aus mehreren Gründen rechtswidrig. So sei das Zuschlagskriterium ZK 1 Preis rechtsfehlerhaft ausgewertet worden (Beschwerde Rz. 26 ff; Replik Rz. 41 ff.) und auch die Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK 2 'funktionale Anforderungen' sei mangelhaft (Beschwerde Rz. 37 ff.; Replik Rz. 24 ff.). Für die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung ist es grundsätzlich ausreichend, wenn sich auch nur schon eine der Rügen als begründet erweist.

**5.** Entsprechend der Rügen in der Beschwerde vom 11. April 2023 gilt es zuerst die Auswertung des Zuschlagskriteriums 'Preis' zu prüfen.

**5.1.1** Zur Bewertung des Zuschlagskriteriums 'Preis' (ZK1) halten die Ausschreibungsunterlagen fest (Vi-act. 13 Kap. 5.4.2):

> Beim Kriterium 'Preis' wird der Gesamtpreis des Angebots bewertet. Dieser wird berechnet aus den Positionen gemäss Beilage A.
>
> Alle Preisangaben haben in Schweizer Franken zu erfolgen und müssen sämtliche Steuern und Abgaben enthalten, denen die Anbieterin unterliegt. Das preisgünstigste Angebot, das nicht offensichtlich unzulässig ist, erhält die beste Bewertung. Angebote ab dem Maximum der Bandbreite erhalten 0 Punkte. Die Preis-Bandbreite der Angebote wird nach der Offertöffnung festgelegt.
>
> Zur Berechnung der Preispunkte wird folgende Formel angewandt:
>
> Preispunkte = M x ([$P_{max}$ - P] / [$P_{max}$ - $P_{min}$]) x G
>
> wobei:
>
> M = Max. Punktzahl aller Zuschlagskriterien (inkl. Preis); G = Gewichtung des Preises; P = Preis des zu bewertenden Angebotes; $P_{max}$ = Preis des höchsten zulässigen Angebotes; $P_{min}$ = Preis des tiefsten zulässigen Angebotes.

Von den insgesamt 68 im Rahmen der Fragerunde gestellten Fragen bezog sich eine auf die Bewertung des Zuschlagskriteriums 'Preis':

| Nr. | Frage | Antwort |
|---|---|---|
| 14 | Betrifft Pflichtenheft Kap. 5.4.2 Bewertung des Zuschlagskriteriums 'Preis'<br>Für die Bewertung des Angebotspreises wird das sogenannte 'linear gekürzte Preisbewertungssystem' angewendet, wobei die Bandbreite nach der Offertöffnung festgelegt wird. Bei Vorliegen von lediglich zwei Angeboten, die preislich nahe beieinander liegen (bspw. eine Differenz von CHF1), würden mit diesem System dem einen Angebot die volle Punktezahl eingeräumt und dem nur leicht teureren Angebot überhaupt keine Punkte. Wie begegnet die Vergabestelle einem solchen Fall und stellt ein verfahrensgerechtes Benotungssystem sicher? | Vielen Dank für den Hinweis<br>$P_{max}$ = Preis, bei welchem die Preiskurve den Nullpunkt schneidet.<br>Die Preisbandbreite der Angebote wird nach der Offertöffnung festgelegt. |

**5.1.2** Anlässlich der Offertöffnung vom 18. Oktober 2022 konnten zwei Angebote protokolliert werden (Vi-act. 90):

| Anbieter | Eingabesumme netto exkl. MwSt, exkl. Optionen | Eingabesumme netto exkl. MwSt, inkl. Optionen |
|---|---|---|
| A._____ AG | Fr. 12'301'520 | Fr. 12'851'600 |

| | | |
|---|---|---|
| B._____ AG | Fr. 18'881'141 | Fr. 19'176'701 |

**5.1.3** Dem Evaluationsbericht vom 9. Dezember 2022 lässt sich zur Bewertung des Preiskriteriums entnehmen (Vi-act. 96 S. 8), dass beide Anbieterinnen in ihren Angeboten mitgeteilt hätten, sie könnten mit dem vorgegebenen Stundenraster zu den Projektleistungen das Projekt nicht durchführen, und dass sie entsprechende Anpassungsvorschläge eingereicht haben. Gemäss den Angaben der Anbieterinnen sei in ihren Angeboten der 'Bereinigte Offertpreis' durch das Evaluationsteam kalkuliert und zur Bewertung verwendet worden. Den Anbieterinnen sei dies am 31. Oktober 2022 mitgeteilt worden; beide seien mit der Verwendung des bereinigten Angebotspreises nicht einverstanden gewesen. Gemäss Entscheid des Rechtsdienstes müsse die Bereinigung vorgenommen werden, weil die A._____ AG einen Preisvorbehalt vorgenommen habe.

Diesbezüglich ergibt sich aus den weiteren Akten (vgl. insbesondere Vi-act. 94.5 - 94.28), dass beide Anbieterinnen ein Angebot für 660 Projekttage (gemäss Leistungsverzeichnis) offeriert haben, beide aber anfügten, dies sei zu optimistisch. Die A._____ AG garantiere eine Umsetzung mit einem Kostendach von 2'880 Projekttagen, was zu zusätzlichen Kosten von rund 1.9 Mio. Franken führe; der Preis sei entsprechend zu bereinigen. Das Angebot der B._____ AG wurde - zwecks Vergleichbarmachung - um Fr. +100'000 bereinigt.

Zudem wurde im Evaluationsbericht die Preiskurve gemäss Submissionsunterlage wiedergegeben (vgl. oben) und ausgeführt, die Bandbreite, bei der der maximale Preis den Nullpunkt schneide, sei mit 200% durch das Evaluationsteam festgelegt worden. Dies ergab folgende Auswertung:

| Anbieter | Eingereichter Offertpreis | Bereinigter Offertpreis | Erzielte Punktezahl |
|---|---|---|---|
| A._____ AG | Fr. 12'851'600 | Fr. 14'747'320 | 300 |
| B._____ AG | Fr. 19'176'701 | Fr. 19'280'917 | 208 |

**5.2** Vor Verwaltungsgericht trägt die Beschwerdeführerin hinsichtlich Bewertung des Zuschlagskriteriums 'Preis' zweierlei vor:

Zum einen habe die Vorinstanz den offerierten Preis von Fr. 12'851'600 in nicht nachvollziehbarer Weise auf Fr. 14'385'560 (netto exkl. MwSt) bereinigt. Man habe der Bereinigung nur unter Vorbehalt der Nachvollziehbarkeit zugestimmt. Diese sei nicht gegeben, weshalb nach wie vor vom Preis gemäss Offerte vom 14. Oktober 2022 auszugehen sei.

Zum andern rügt die Beschwerdeführerin eine fehlerhafte Preiskurve. Die nachträgliche Festlegung der Preis-Bandbreite sei zwar nicht per se unzulässig. Ganz zentral sei allerdings, dass die Preiskurve nicht so ausgestaltet werde, dass damit die Gewichtung des Preises (in casu 30%) unterlaufen werde. Vorliegend sei die Bandbreite nach Offertöffnung auf 100 - 200% festgelegt worden, d.h. in Kenntnis, dass lediglich zwei Offerten mit einer tatsächlichen Bandbreite von 100 bis 130% (bzw. 100 bis 150%, je nach Preisbereinigung) eingereicht worden seien. Vor diesem Hintergrund erweise sich die gewählte Preiskurve, die erst bei 100% der billigsten Offerte 0 Punkte ergäbe, als rechtswidrig. Die Gewichtung des Zuschlagskriteriums 'Preis' werde dadurch massiv reduziert, nämlich von den publizierten 30% auf rund 10%. Zudem erfordere die nachträgliche Festlegung der Preisspanne eine erhöhte Begründungspflicht; komme sie dem nicht nach, überschreite die Vergabebehörde ihr Ermessen. Anlässlich des Debriefings vom 3. April 2023 habe die Vergabebehörde die gewählte Preisspanne nicht sachlich begründen können.

**5.3.1** Die Vorinstanz hält vernehmlassend zur Preisbereinigung fest, diese sei erfolgt, weil die Angebote von gleichen Voraussetzungen auszugehen hatten, dies insbesondere auch bezüglich die zu offerierenden realistischerweise notwendigen Projekttage. Die Beschwerdeführerin habe ihre Gesamtkosten basierend auf 660 Projekttagen offeriert. Gemäss Rz. 224 der Offerte vom 14. Oktober 2022 habe sie jedoch die Projektschätzung von 660 Projekttagen als zu optimistisch beurteilt und gemäss eigener Schätzung für die Umsetzung des Projektes 2'880 Projekttage garantiert, wobei diese Schätzung eine Bandbreite von ca. +/- 1'200 Projekttage aufweise. Sie habe damit einen Vorbehalt bezüglich der zu berechnenden Projekttage gemacht und die Ausschreibungsunterlagen abgeändert, was für sich einen Ausschlussgrund nach § 26 Abs. 1 lit. g der Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (VIVöB; SRSZ 430.130) vom 15. Dezember 2004 darstelle. Damit alle Angebote vergleichbar seien, habe die Vergabestelle basierend auf den Angaben in den eingegangenen Offerten den Preis neu berechnet und den Anbieterinnen den bereinigten Preis mitgeteilt. Die Beschwerdeführerin habe die Anpassung des Preises auf Fr. 14'385'560 (exkl. MwSt) mit Schreiben vom 4. November 2022 unter dem Vorbehalt der eingehenden Prüfung inkl. Rechtsmittel des endgültigen Zuschlagentscheides grundsätzlich akzeptiert (Vi-act. 94.11). Anlässlich der Angebotspräsentation vom 16. November 2022 habe sie selbst dargestellt, dass das offerierte Angebot Kosten in der Höhe von Fr. 14.4 Mio. zur Folge habe; das entsprechende Protokoll mit diesen Kosten habe sie unterzeichnet (Vi-act 93.5). Im Beschwerdeverfahren Gegenteiliges vorzutragen sei missbräuchlich und klar aktenwidrig. Wenn die Beschwerdeführerin weiterhin am Offertpreis von

Fr. 12'851'600 festhalte, stelle die Vergabebehörde den Antrag auf Ausschluss der Beschwerdeführerin wegen einseitiger Abänderung der Ausschreibungsunterlagen bzw. weil sie die Auftragsbedingungen (Erfüllung des Auftrags mit 660 Projekttagen) nicht erfüllen könne.

**5.3.2** Bezüglich Preiskurve betont die Vorinstanz, es sei eine lineare Bewertung des Preises vorgenommen worden; Angebote über einem Maximum nach einer bestimmten Preisspanne würden null Punkte erhalten. Zu flache Preiskurven seien rechtsprechungsgemäss unzulässig. Insbesondere bei der Beschaffung von komplexen Dienstleistungen wie bei anspruchsvollen IT-Programmen, könne die Preisspanne hoch angesetzt werden; eine sich daraus ergebende flache Preiskurve sei zulässig. Die Rechtsprechung gebe vor, dass nur die bei der in Frage stehenden Beschaffung realistischerweise erwartete Bandbreite zu berücksichtigen sei. Sie betrage bei einfachen Bauarbeiten und Standardlieferungen in der Regel 30-50%; bei Dienstleistungen und komplexen Beschaffungsgegenständen könne die Preisspanne wesentlich höher sein, müsse gar höher angesetzt werden.

Die Vorinstanz habe eine komplexe, modulare IT-Fachapplikation mit zahlreichen Schnittstellen in den Bereichen der landwirtschaftsrelevanten Gesetzgebung von Bund und Kantonen ausgeschrieben. Eine vollständige und hochwertige Neuentwicklung einer IT-Applikation mit zahlreichen Schnittstellen bringe eine hohe Komplexität mit und sei entsprechend individuell. Dies rechtfertige eine flache Preisspanne. Die festgelegte Preisspanne liege bei 100%, dem Doppelten von Fr. 14'747'320, d.h. bei Fr. 29'494.640. Dies sei zulässig und sachgerecht.

Diese Preisspanne sei auch der Preisgewichtung von 30% angemessen. Das Angebot der Beschwerdeführerin erhalte die maximale Punktezahl 300; jenes der Zuschlagsempfängerin 207.77. Der nicht ausgeschöpfte Bewertungsbereich betrage daher 69% (Berechnung: 1 / 300 x 207.77). Die effektive Preisgewichtung betrage 9% (Berechnung: 30% x [1 - 69%]). Diese effektive Preisgewichtung müsse nun ins Verhältnis der übrigen effektiv ausgeschöpften Zuschlagskriterien gesetzt werden und dürfe gemäss Bundesgericht keinesfalls alleine betrachtet werden. Mit der ebenfalls teilweise tieferen, effektiven Gewichtung der übrigen Zuschlagskriterien komme man im Zuschlagskriterium Preis auf eine finale effektiv verhältnismässige Preisgewichtung von fast 35% (Berechnung: 1 / ∑ der effektiven Zuschlagskriterien 2 bis 4 x 9%). Damit werde mit dieser Preiskurve (Bandbreite 100%) der Preis mit 35% und damit sogar höher als publiziert gewichtet, womit die Argumentation der Beschwerdeführerin ins Leere laufe. Schliesslich käme gemäss Vorinstanz auch keine andere Punktevergabe zustande, wenn man eine reine Prozentualbewertung zwischen der günstigsten und der

zweitgünstigsten Preisofferte vornehmen würde. Und auch bei Auswertung mit den Preisen gemäss Offerteingabe würde keine andere Rangfolge resultieren.

**5.4** Replizierend wiederholt die Beschwerdeführerin, es sei nicht umstritten, dass die Preiskurve erst nachträglich festgelegt werden könne, sondern wie sie im Nachhinein festgelegt worden sei. Allein der Verweis auf die Komplexität verfange nicht. Bei nachträglicher Festlegung habe sich die Vergabestelle grundsätzlich an die effektive Bandbreite der eingereichten Angebote zu halten. Damit werde erreicht, dass die festgelegte Gewichtung zum Tragen komme. Anders könne rechtsprechungsgemäss nur dann entschieden werden, wenn lediglich zwei sehr nahe beieinanderliegende Angebote eingereicht worden seien, was in casu nicht der Fall sei. Eine schlüssige und nachvollziehbare Begründung für die konkret angewendete Bandbreite liege nicht vor.

Die Vorinstanz berechne selbst eine effektive Preisgewichtung von nur 9%. Soweit sie dies dann relativiere und auf eine Gewichtung von 35% gelange, sei dem nicht zu folgen. Für die Qualitätskriterien seien realistische Bandbreiten aufzustellen und auszuschöpfen, soweit sich die Angebote tatsächlich unterscheiden würden. Soweit die korrekt vorgenommene Qualitätsbewertung zu einem dicht gedrängten Feld führe, zu vielen ähnlichen oder gleichen Bewertungen, verweise dies auf eine gleichmässige Qualität im Markt (oder auf wenig selektierende Anforderungen). Dies bedeute zwar, dass das entsprechende Zuschlagskriterium in der Gesamtwertung de facto an Gewicht verliere (weil es nur zu geringen Punktedifferenzen führe und daher wenig selektiv wirke), doch dürfe diese Auswirkung nicht dadurch kompensiert werden, dass nach Massgabe der geringen Streuung der erteilten Noten unter einem (oder mehreren) Qualitätskriterium die Bandbreite der Noten unter dem Preiskriterium eingeschränkt werde, was das Gewicht des Preiskriteriums in der Gesamtbewertung von vornherein reduziere. Das Vorgehen der Vorinstanz sei auch deswegen unzulässig, weil keine Anbieterin dafür verantwortlich sei, wie ihre Konkurrentinnen in der Qualitätsbewertung abschneiden würden, dass aber die vorliegend durch die Vergabestelle gewählte effektive Bandbreite der Preisbewertung von diesem Umstand abhängig gemacht worden sei. Dies führe zu einer unsachlichen Beeinflussung der Preisbewertung eines Angebotes aufgrund der Qualitätsbewertung von anderen Angeboten.

Die von der Vorinstanz angewendete Preiskurve sei damit rechtsfehlerhaft, ja gar aleatorisch. Korrekt könnte höchstens eine Preisspanne von 100 bis 150% als sachgerecht erachtet werden. Die Zuschlagsempfängerin würde dann nicht 207, sondern maximal 96 Punkte erzielen und damit im Total klar weniger als die Beschwerdeführerin.

**5.5** Die Vorinstanz verweist duplizierend auf die Vernehmlassung (vgl. oben E. 5.3). Gemäss Rechtsprechung erweise sich das Vorgehen einer Vergabestelle erst dann als unzulässig, wenn dem Preis durch die verwendete Bewertungsskala gar nicht die bekanntgegebene Gewichtung zukommen würde. Dies sei vorliegend - wie in der Vernehmlassung ausgeführt - nicht der Fall; die effektive Preisgewichtung im Verhältnis zu den übrigen effektiv ausgeschöpften Zuschlagskriterien betrage 35%. Sodann listet die Vorinstanz verschiedene IT-Projekte anderer Kantone auf, welche eine Preisspanne von > 90% aufweisen würden (dreimal 100%, einmal 120% und einmal 200%). Die vorliegende Preisspanne von 100% sei demzufolge keinesfalls rechtswidrig, sondern entspreche der gängigen Ausschreibungs- und Gerichtspraxis.

**5.6.1** Der Zuschlag ist dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen (§ 31 Abs. 1 VIVöB). Das Preiskriterium nimmt unter den Zuschlagskriterien eine Sonderstellung ein, es ist ein Muss-Kriterium (vgl. Richtlinie über die Festlegung der Eignungs- und Zuschlagskriterien und deren Bewertung bei Beschaffungen sowie die Berücksichtigung der Nachhaltigkeit; Beilage zu RRB Nr. 638/2022 vom 23.8.2022 Ziff. 5.1; Beyeler; Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, Rz. 195), aber i.d.R. nur eines von mehreren (Wolf, in Sonderheft Baurecht 2004, Der Angebotspreis: Probleme und Lösungen, S. 12 und 17; Schneider Heusi, in Zufferey/Beyeler/Scherler, Aktuelles Vergaberecht 2018, Die Bewertung des Preises, S. 327 ff., Rz. 1, 39, 42). Die Bedeutung des Preiskriteriums ergibt sich dabei einerseits aus der prozentualen Gewichtung und anderseits der Bewertungsregel, nach welcher die eingereichten Angebote benotet werden.

Die Gewichtung des Zuschlagskriteriums Preis ist abhängig von der Art der Beschaffung. Während bei der Beschaffung von standardisierten Gütern der Preis das allein massgebliche Kriterium bilden kann, kommt dem Preis zur Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots bei der Beschaffung komplexer Werke oder Dienstleistungen regelmässig weniger Gewicht zu. Gemäss Bundesgericht muss bei einfachsten Vergaben der Preis bei den Zuschlagskriterien mit mindestens 60% gewichtet werden (Urteil BGer 2C_802/2021 vom 24.11.2022 E. 3.9), wogegen er auch bei komplexen Beschaffungen im Umfang von mindestens 20% Berücksichtigung finden muss (BGE 143 II 553 E. 6.4; vgl. auch Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, Rz. 207).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind verschiedene Bewertungsformeln (Preiskurven) zulässig. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Bewertungsregel ihrerseits nicht ohne Einfluss auf die Gewichtung ist. Denn je nachdem, wie die Punkteabzüge der höheren Angebotspreise im Vergleich zum tiefsten Angebotspreis erfolgen, kommt dem Zuschlagskriterium Preis eine andere

Gewichtung zu (Schneider Heusi, a.a.O., Rz. 46). Eine unsachgemässe Preiskurve kann die Preisgewichtung zusätzlich relativieren. Durch eine zu grosse Preisspanne kann die (korrekterweise) hohe Gewichtung des Preises unterlaufen werden. Bei einfacheren Beschaffungen sollte deshalb (bei linearer Bewertung) die Preiskurve steil verlaufen, sodass sich Preisunterschiede bei der Punktevergabe relativ stark auswirken, wogegen bei komplexeren Beschaffungen eine grosse Preisspanne bzw. eine flache Preiskurve gewählt werden sollte (Urteil BGer 2C_802/2021 vom 24.11.2022 E. 3.4). Eine relativ geringe Gewichtung des Kriteriums Preis darf aber durch die verwendete Bewertungsmethode auch nicht weiter abgeschwächt werden (vgl. BGE 143 II 553 Erw. 6.4), denn in Kumulation mit einer äussert schwachen Gewichtung des Preises kann eine flache Preiskurve (grosse Preisspanne) in Beziehung zur Gesamtauswertung zu unhaltbaren Ergebnissen führen (BGE 129 I 313 E. 9.2 = Pra 93 (2004) Nr. 64; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2013, Rz. 892). Insgesamt muss dem Preis zusammen mit der Gewichtung im Ergebnis genügend Bedeutung zukommen. Ein Bewertungssystem, das den Abständen zwischen den einzelnen Preisofferten keine Rechnung trägt, erscheint willkürlich (vgl. Urteil BGer 2P.136/2006 vom 30.11.2006 Erw. 3.6).

Die konkrete Ausgestaltung der Preiskurve inkl. Festlegung der Preisspanne fällt in das (weite) Ermessen der Vergabebehörde (BGE 130 I 241 E. 6.1 = Pra 94 [2005] Nr. 59; Urteil BGer 2P.111/2003 vom 21.1.2004 E. 3.3). Überschreiten des Ermessens stellt einen Rechtsfehler dar. Aufgrund der vom Verwaltungsgericht auszuübenden Rechtskontrolle (vgl. Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB) ist es befugt, die von der Vergabebehörde verwendete Preiskurve (für deren Festlegung ihr ein Beurteilungsspielraum zukommt) zu überprüfen und aufgrund einer allfälligen Korrektur einen abweichenden Zuschlagsentscheid zu fällen (Urteile BGer 2C_412/2007 vom 4.12.2007 E. 1.4; 2C_979/2018 vom 22.1.2020 E. 5.3.1).

**5.6.2** Diese Grundsätze werden von den Parteien soweit ersichtlich nicht bestritten.

Nicht strittig ist sodann die von der Vorinstanz gewählte und in den Ausschreibungsunterlagen publizierte Gewichtung des Preiskriteriums von 30%. Damit wird zu Recht berücksichtigt, dass es sich bei der zu beschaffenden Dienstleistung (neue einheitliche kantonale IT-Lösung zum Vollzug der landwirtschaftsrelevanten Gesetzgebung von Bund und Kantonen gemeinsam für 12 Kantone) um einen komplexen Auftrag handelt und keineswegs eine Standard-Software beschafft werden soll. Für derartige Beschaffungen hat die Preisgewichtung - wie ausgeführt - mindestens 20% zu betragen, was eingehalten ist (vgl. auch Schneider Heusi, a.a.O., Rz. 34 f.).

Ebenso unstrittig ist die von der Vorinstanz gewählte und in den Ausschreibungsunterlagen publizierte Formel der Preiskurve (vgl. oben E. 5.1.1). Es handelt sich um die lineare Preisbewertung, wie sie auch im Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Schwyz (Kap. 6.4.4) und auch in der Richtlinie (Beilage zu RRB Nr. 638/2022 vom 23.8.2022 Ziff. 5.4) empfohlen ist.

In der Ausschreibung hat die Vorinstanz zudem offengelegt, dass die Preisspanne, welche für die Anwendung der Preiskurve relevant ist, erst nach Offertöffnung festgelegt werde. Diese Vorgabe löste eine Frage aus, worauf die Vorinstanz bekräftigte, der Maximalpreis, bei welchem die Preiskurve den Nullpunkt schneide, also die Preisbandbreite der Angebote, werde nach der Offertöffnung festgelegt (vgl. oben E. 5.1.1). Dies löste seitens der Wettbewerber keine weitere Reaktion aus. Dabei ist zu beachten, dass in der Fragestellung explizit Bezug auf die Möglichkeit bloss zwei eingereichter Angebote genommen wurde. Die Beschwerdeführerin stellt denn grundsätzlich auch nicht in Frage, dass die Preisspanne erst nach Offertöffnung festgelegt werden kann.

**5.6.3** Strittig ist damit im Kern einzig, die von der Vorinstanz - wie angekündigt - nach Offertöffnung, und damit in Kenntnis der Offertpreise der zwei einzigen Angebote, festgelegte Preisspanne von 100%. Der gemäss erhält das günstigste Angebot 300 Punkte, Angebote ab dem doppelten Preis 0 Punkte und dazwischen werden die Punkte linear verteilt. Dies führte dazu, dass das bereinigte Angebot der Beschwerdeführerin (Fr. 14'747'320) 300 Punkte erhielt und das mit Fr. 19'280'917 um rund 30.74% teurere Angebot der Zuschlagsempfängerin 207.77, gerundet 208 Punkte erzielte. Dies bei total zu vergebenden 1'000 Punkten. Für die drei qualitativen Zuschlagskriterien waren maximal 700 Punkte zu vergeben.

Für die Beschwerdeführerin wurde damit - in Kenntnis der beiden Offerten - eine zu weite Preisspanne gewählt, was die ohnehin schwache Gewichtung des Zuschlagskriteriums Preis (30%) noch zusätzlich und rechtsfehlerhaft abschwäche. Sie beruft sich damit auf die Voraussetzung, dass dem Preis zusammen mit der Gewichtung im Ergebnis, d.h. aufgrund der angewendeten Preiskurve, genügend Bedeutung zukommen muss, nämlich die der publizierten Gewichtung, und nicht noch zusätzlich abgeschwächt werden darf. Die Preiskurve darf nicht so ausgestaltet sein, dass damit die Gewichtung des Preises unterlaufen wird (Richtlinie Beilage zu RRB Nr. 638/2022 vom 23.8.2022 Ziff. 5.4). Und konkret macht die Beschwerdeführerin geltend, die nachträgliche Festlegung der Preisspanne sei wohl zulässig, habe indes in Beachtung der Spannweite der eingereichten Offerten (in casu rund 30%) zu erfolgen.

Demgegenüber begründet die Vorinstanz die angewendete Preisspanne von 100% mit der Art der Beschaffung. Derart komplexe IT-Programme lasse Angebote mit einer Preisspanne von 100% erwarten, weshalb die Preiskurve zu Recht so gewählt worden sei. Sie untermauert dies mit Verweis auf verschiedene vergleichbare Beschaffungen mit vergleichbaren Preiskurven. Zudem bestreitet sie, dass mit Anwendung dieser Preisspanne die Gewichtung des Zuschlagskriteriums Preis geschwächt werde, vielmehr betrage diese effektiv 35% und damit mehr als publiziert.

**5.7.1** Weder die IVöB noch die kantonale VIVöB verlangen, dass die Methode der Bewertung des Zuschlagskriteriums Preis, insbesondere die anzuwendende Preiskurve inkl. anzuwendender Preisspanne, mit der Ausschreibung publiziert wird. Das Handbuch lässt gar die Festlegung der Bandbreite nach Offertöffnung explizit zu (Handbuch Kap. 6.4.4). Auch die Richtlinie Beilage zu RRB Nr. 638/2022 vom 23.8.2022 Ziff. 5.4 (zur neuen IVöB) hält daran fest. Auch aus dem Transparenzgebot (BGE 143 II 553 E. 7.7) lässt sich nicht ableiten, dass die Methode zwingend vor der Offertöffnung bekannt zu geben wäre (vgl. Urteil BGer 2D_17/2017 vom 7.3.2018). Das Bundesgericht lässt die nachträgliche Festsetzung der Preiskurve, d.h. die Festsetzung nach Offertöffnung und nach Kenntnisnahme der effektiven Offertpreise zu (Urteil BGer 2P.231/2003 vom 28.1.2004 E. 2.3; vgl. kritisch dazu u.a. Kuonen, in Trüeb [Hsrg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Art. 36 Rz. 12 f.). Es ist dies seitens Beschwerdeführerin denn auch nicht grundsätzlich bestritten.

**5.7.2** Die konkrete Ausgestaltung der Preiskurve fällt in das (weite) Ermessen der Vergabebehörde (Urteil BGer 2P.111/2003 vom 2.1.2004 E.3.3; Urteil BVGer B-1606/2020 vom 11.2.2022 E. 8.4.1.1). Dabei ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Vergabebehörde mit der Festlegung der anzuwendenden Preisspanne massgeblichen Einfluss auf die Punkteverteilung und damit auf die Zuschlagserteilung nehmen kann, insbesondere, wenn dies erst in Kenntnis der Offertpreise geschieht. Nicht zuletzt daher werden erhöhte Anforderungen an die Begründungspflicht gefordert.

**5.7.3** Gemäss Schneider Heusi ist die vorgängige Bekanntgabe der Preisspanne das empfohlene Modell (a.a.O. Rz. 55). Es gewährleiste eine nachvollziehbare und faire Beurteilung der Angebotspreise, und die Vergabestelle könne auf von der Rechtsprechung festgelegte Regeln abstellen; es biete höchstmögliche Transparenz, Sicherheit für alle Beteiligten und vermeide spätere Auseinandersetzungen. Lege die Vergabebehörde die Preisspanne erst in Kenntnis der Angebotspreise fest, könne sie nicht unbesehen auf die real eingereichten Höchst-

preise – wie hoch oder tief diese zufälligerweise auch gerade ausfallen – abstellen. Es könne sich ihres Erachtens nur um Orientierungswerte handeln, die nicht unbesehen ohne weitere Abklärungen und Überlegungen übernommen werden sollen. Dies zeige sich deutlich, wenn lediglich zwei Angebote eingingen. Es könne nicht richtig sein, dem günstigen die maximale Punktzahl und dem nur leicht teureren keine Punkte zu geben. Die Vergabestelle habe in solchen Spezialfällen das Recht und die Pflicht, ein Benotungssystem festzulegen, das den besonderen Verhältnissen des konkreten Falles Rechnung trage. Sie müsse immer überlegen, welche Preisspannen üblicherweise und im Durchschnitt bei mehreren Ausschreibungsverfahren zu erwarten wären, welche Preise aufgrund des Beschaffungsgegenstandes realistischerweise zu erwarten gewesen seien. Die Vergabestelle treffe dabei eine erhöhte Begründungslast. Je ungewöhnlicher die gewählte Preisspanne sei, desto triftiger müsse die Begründung sein; je komplexer die Beschaffung sei und je grösser die Differenzen der Angebotspreise ausfielen, umso eher seien hohe Preisspannen begründbar. Mit einer ungewöhnlichen, nicht plausiblen Preisspanne überschreite die Vergabebehörde ihr Ermessen (Schneider Heusi, a.a.O., Rz. 53 ff.).

In Kommentierung der vergaberechtlichen Entscheide 2018/2019 betont Beyeler zu einem Entscheid Graubünden (welcher bestätigt, dass die Preisspanne nicht zum Voraus bekannt zu geben ist, dass diesfalls aber die Spanne an den tatsächlich eingegangenen Offertsummen auszurichten ist), wie ungut es trotz aller Rechtmässigkeit ist, die Preisspanne erst nach Ansicht der Offerten festzulegen. Auch er empfahl, die Preisspanne vorab festzulegen, selbst wenn sie nicht vor dem Zuschlag bekannt gegeben werden müsse (Beyeler, vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, Rz. 213). Er anerkennt wohl, dass sich vorgängig definierte Preisspannen als untauglich erweisen können, wenn die Streuung der Offertpreise deutlich anders als erwartet ausfalle, doch betreffe das bei sorgfältigem Vorgehen der Vergabestelle nur wenige Fälle und in diesen könne die Spanne anhand objektiver, nichtdiskriminierender Kriterien angepasst werden. Auch erwägt er, dass es sich gerade bei geringer Streuung der Preise keineswegs notgedrungen so verhalte, dass die höheren offerierten Summen im Vergleich zur tiefsten Summe allesamt schlecht bis sehr schlecht seien, also mit 0 zu benoten seien.

Denzler (in: Sonderheft Baurecht 2004, Der Angebotspreis: Probleme und Lösungen, S. 20 ff.) verweist auf das Transparenzgebot, welches die Vergabebehörde verpflichte, die entscheidenden Zuschlagskriterien zu nennen und zwar so, dass der Zuschlag überprüfbar sei. So müsste auch die Bewertungsmethode im Vorfeld bekannt gegeben werden und sie dürfe während des Verfahrens nicht geändert werden. Die Praxis, die Bewertungsmethode erst nachträglich festzule-

gen, sei wohl rechtsprechungsgemäss möglich, was er indes in Frage stellt (a.a.O., S. 21). Auch er betont, die Preisgewichtung und die Preiskurve seien so festzulegen, dass sie einen realistischen Preisbereich abdecken würden, bei Standardprodukten sei der Preis stark zu gewichten und eine steile Kurve zu wählen; bei individuellen Produkten seien höhere Preisunterschiede zu erwarten (flache Kurve) und der Preis spiele eine eher untergeordnete Rolle (tiefe Gewichtung). Er betont dabei die Anfälligkeit des Preiskriteriums für Manipulationen, indem schon eine leichte Änderung der Preiskurve das Resultat einer Ausschreibung fundamental ändern könne.

Auch Galli/Moser/Lang/Steiner halten fest, beim Zuschlagskriterium Preis bestehe nur dann Transparenz, wenn die Vergabebehörde nicht nur die Gewichtung, sondern zusätzlich auch noch zum Voraus angebe, wie sie die Preisdifferenzen der Angebote zu bewerten gedenke (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 884). Die Nichtbekanntgabe in der Ausschreibung führe gar dazu, dass die gerichtliche Prüfung der Bewertung des Zuschlagskriteriums Preis faktisch kaum möglich sei (Rz. 889). Immerhin stelle die Rechtsprechung diesfalls höhere Anforderungen an die Begründung; je ungewöhnlicher die gewählte Preisspanne, desto triftiger müsse die Begründung sein. Galli/Moser/Lang/Steiner betonen, das Ziel müsse es letztlich sein, dass die zum Voraus bekannt gegebene Gewichtung des Zuschlagskriteriums Preis bei der konkreten Benotung effektiv zum Tragen komme, was der Fall sei, wenn die Bewertung innerhalb der effektiven oder zumindest einer realistischen Preisspanne erfolge (Rz. 898). Werde die Preiskurve nach Offertöffnung festgelegt, müsse sich die Vergabestelle grundsätzlich an die effektive Bandbreite der Preise der eingereichten Angebote halten; so komme die festgelegte Gewichtung effektiv zum Tragen (Rz. 901). Ein Ermessensspielraum müsse aber auch diesfalls eingeräumt werden, wenn nämlich bspw. nur zwei preislich nahestehende Angebote eingereicht würden und die effektive Preisspanne daher zu einem unbilligen Ergebnis führen würde. Diesfalls sei ein Benotungssystem festzulegen, das den besonderen Verhältnissen des konkreten Falles Rechnung trage (Rz. 903).

Auch das Verwaltungsgericht hat es in seiner bisherigen Rechtsprechung als rechtens erachtet, dass wohl die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung vorgängig publiziert werden, dass aber das Benotungssystem, namentlich die Preisspanne für die Bewertung des Zuschlagskriteriums Preis auch erst nach der Offertöffnung festgelegt werden kann (vgl. VGE III 2022 27 vom 23.6.2022 E. 3.3.3; VGE III 2019 72 vom 26.6.2019 Erw. 4.3.1; VGE III 2016 131 vom 29.8.2016 Erw. 2.6.2). Macht die Vergabebehörde geltend, das Bewertungssystem bereits vorgängig festgelegt zu haben, ist sie hierfür beweispflichtig. Im jüngsten genannten Fall (VGE III 2022 27 vom 23.6.2022) konnte die Vergabebehörde die-

sen Nachweis für die von ihr angewandten Preisspanne von 300% (bei einer Preisgewichtung von 30% für die Beschaffung einer Individual-Software) nicht erbringen. Das Gericht hob den Entscheid auf. Es zeigte auf, dass in casu die Preisspanne der drei eingegangenen Offerten rund 32% betrug und selbst bei einer anzuwendenden Preisspanne von 50% der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen war (E. 3.4).

**5.7.4** Fasst man die erwähnte Rechtsprechung und Lehre zusammen, so zeigt sich, dass die vorgängige Bekanntgabe der Zuschlagskriterien mit Gewichtung und inklusive Bewertungssystem, beim Preiskriterium mit linearer Preiskurve insbesondere inkl. Preisspanne, klarerweise der Vorrang zu geben ist. Nur so kann dem Transparenzgebot wirklich Nachachtung verschafft werden und können Zweifel an Manipulationen aus dem Weg geräumt werden (vgl. auch nachfolgend E. 8). Bei professioneller Vorbereitung der Submission wird auch eine realitätsnahe Einschätzung der zu erwartenden Preisspanne möglich sein, so dass eine ggf. notwendige Korrektur nach Offertöffnung eine seltene Ausnahme bleiben und dann begründbar sein dürfte (vgl. Kuonen, a.a.O., Art. 36 Rz. 13, und Beyeler, vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, Rz. 213).

Bislang als zulässig anerkannt ist aber auch die Festsetzung der Preisspanne erst nach Offertöffnung. Die Beurteilbarkeit der Rechtmässigkeit der Bewertung des Zuschlagskriteriums Preis wird damit indes zweifellos schwieriger, selbst wenn an die Begründungspflicht erhöhte Anforderungen gestellt werden. Als im Rahmen des zulässigen Beurteilungsspielraums der Vergabebehörde ist eine Bewertung zu betrachten,

- welche die bekanntgegebene Gewichtung des Zuschlagskriteriums innerhalb der Gesamtauswertung beachtet, d.h. diese Gewichtung effektiv zum Tragen kommt;
- die anzuwendende Preisspanne die effektiven Angebote berücksichtigt, sofern diese aussagekräftig sind;
- bei nur zwei eingegangenen Angeboten, deren Aussagekraft hinsichtlich Preisspanne per se gering bzw. zufällig und damit nicht gegeben ist (vgl. auch Verwaltungsgericht ZH, VB.2019.00450 vom 18.9.2019 E. 5.2.3), eine für den Beschaffungsgegenstand realistische Preisspanne angewendet wird.

**5.8.1** Vorliegend hatte die Vorinstanz mit den Ausschreibungsunterlagen wohl die Gewichtung des Zuschlagskriteriums Preis (30%) und auch die Preiskurve (vgl. oben Erw. 5.1.1) bekannt gegeben, jedoch die Festsetzung der Preisspanne auf nach Offertöffnung festgelegt und dies auch entsprechend offengelegt. Dieses Vorgehen wird seitens Beschwerdeführerin nicht bestritten und ist ebenso durch die bisherige Rechtsprechung gedeckt.

**5.8.2** Eingegangen sind schliesslich zwei Offerten. Es ist dies für die nachträgliche Festlegung der Preisspanne mit Gewissheit der schlechtest mögliche Fall in dem Sinne, als er immer Zweifel an der Rechtmässigkeit der Bewertung wecken und der Vorwurf der Manipulation - unabhängig ob berechtigt oder nicht - nie ganz zum Versiegen gebracht werden dürfte. Nach dem Gesagten ist die Bewertung durch die Vorinstanz rechtens, wenn die von ihr angewandte Preisspanne begründet erscheint, weil sie eine für den Beschaffungsgegenstand realistische Preisspanne berücksichtigt, und wenn die Gewichtung bei der konkreten Benotung effektiv zum Tragen kommt. Ausgeschlossen ist es hingegen, auf die beiden Angebotspreise abzustellen.

**5.8.3** Die Vorinstanz hat eine Preisspanne von 100% gewählt, d.h. der tiefste Preis erhält die maximalen Punkte, der doppelte Preis 0 Punkte, dazwischen werden die Punkte linear verteilt. Die Vorinstanz begründet diese Preisspanne mit der Beschaffung eines neuen IT-Programms, dessen hohen Komplexität mit vielen zu berücksichtigenden Gesetzesgrundlagen, vielen Schnittstellen, zwölf angeschlossenen Kantonen und sehr vielen Nutzern.

Diese Festsetzung ist nicht als rechtsfehlerhaft zu beanstanden. In der Rechtsprechung und Lehre werden gerade nichtstandardisierte IT-Programme als beispielhaft aufgeführt für komplexe Beschaffungen mit einer erwartungsgemäss weiten Preisspanne. Eine solche von 100% (d.h. 0 Punkte bei doppeltem des tiefsten Preises) erscheint nicht als geradezu unrealistisch und würde bei vorgängiger Festlegung wohl anerkannt (vgl. Schneider Heusi, a.a.O., Rz. 54; Denzler, a.a.O., S. 22; Appellationsgericht BS VD.2020.192 vom 26.4.2021 E. 2.6.3; Verwaltungsgericht Zürich VB.2019.00450 vom 18.9.2019 E. 5.2.3). Die von der Vorinstanz beigebrachten Beispiele (Duplik Rz. 24) bestätigen dies ebenso. Dass die effektiven Angebote tatsächlich nur rund 32% auseinanderliegen, ändert an der Rechtmässigkeit der angewandten Preisspanne von 100% nichts, kann doch aus zwei Angeboten keine Aussagekraft für eine realistische Preisspanne gewonnen werden (vgl. etwa auch Verwaltungsgericht Zürich VB.2018.00662 vom 19.6.2019 E. 8.2, wo bei einer effektiven Spanne von 10% eine angewandte Preisspanne von 75% aufgrund des komplexen Beschaffungsgegenstandes als rechtens beurteilt wurde).

**5.9.1** Bleibt die Vorgabe, dass die bekanntgegebene Gewichtung des Zuschlagskriteriums Preis von 30% innerhalb der Gesamtauswertung beachtet, d.h. diese Gewichtung effektiv zum Tragen kommt.

Gemäss Beschwerdeführerin ist diese Voraussetzung mit der angewendeten Preisspanne von 100% nicht mehr gegeben. Die ohnehin schon tiefe Gewichtung

von 30% werde mit dieser flachen Preiskurve noch weiter geschwächt, so dass dem Kriterium Preis gesamthaft nicht mehr ein Gewicht von 30% zukomme.

Demgegenüber macht die Vorinstanz geltend bzw. rechnet sie vor, in einer Gesamtbetrachtung komme dem Zuschlagskriterium Preis gar eine Gewichtung von 35% und damit mehr als publiziert zu.

**5.9.2** Die Vorinstanz errechnet vernehmlassend eine 'effektive Preisgewichtung' von 9%, dies basierend auf einem 'nicht ausgeschöpften Bewertungsbereich' von 69%. Basierend auf diesen 9% ermittelt sie dann eine 'finale effektiv verhältnismässige Preisgewichtung' von rund 35% (vgl. oben E. 5.3.2). Auf diese Berechnung kann indes nicht abgestellt werden. Sie basiert einerseits auf der theoretisch, aber immerhin realistisch festgelegten Preisspanne von 100% und anderseits auf den zwei einzigen Offertpreisen ohne statistischen Wert, denen keine Aussagekraft zukommt. Dieser ganzen Berechnung haftet damit ebenfalls etwas Zufälliges ohne Aussagekraft an. Wird ein anderer hypothetischer Konkurrenzpreis als der effektive der Zuschlagsempfängerin angenommen (z.B. Fr. 15 Mio.), verändert dies die ganze Berechnung relevant (effektive Preisgewichtung von 0.5%), ohne dass plausibel wäre, warum die Gewichtung eine andere sein sollte. Gemäss dieser Formel würde die 'effektive Preisgewichtung' nur dann 30% betragen, wenn das zweite, teurere Angebot die Preisspanne von 100% voll ausschöpfen würde, also doppelt so teuer wäre.

**5.9.3** Mit effektiv nur zwei vorliegenden Angeboten erscheint eine eigentliche 'Berechnung' der Gewichtung (wie es die Vorinstanz vornahm) nicht möglich. Wohl auch deshalb halten Galli/Moser/Lang/Steiner fest, die zum Voraus bekannt gegebene Gewichtung des Zuschlagskriteriums Preis komme bei der konkreten Benotung dann effektiv zum Tragen, wenn die Bewertung einerseits innerhalb der effektiven oder anderseits zumindest innerhalb einer realistischen Preisspanne erfolge (a.a.O., Rz. 898). Dies bedeutet, dass die definierte Gewichtung dann in unzulässiger Weise relativiert wird, wenn der Preiskurve eine fehlerhafte Preisspanne unterlegt wird. Wie zuvor dargelegt, erfolgte die Festlegung der Preisspanne durch die Vorinstanz jedoch nicht rechtsfehlerhaft, sondern im Rahmen einer realistischen Annahme.

**5.9.4** Das Bundesgericht hält fest, eine unsachgemässe Preiskurve könne die Preisgewichtung zusätzlich relativieren. Durch eine zu grosse Preisspanne könne die (korrekterweise) hohe Gewichtung des Preises unterlaufen werden und eine relativ geringe Gewichtung des Kriteriums Preis dürfe aber durch die verwendete Bewertungsmethode auch nicht weiter abgeschwächt werden (BGE 130 I 241 E. 6.1 = Pra 94 (2005) Nr. 59; vgl. oben E. 5.6.1). Mit Verweis auf die Literatur fasst

das Bundesgericht auch zusammen, bei linearer Bewertung solle bei einfacheren Beschaffungen der Preis stark gewichtet und die Preiskurve steil verlaufen, sodass sich Preisunterschiede bei der Punktevergabe relativ stark auswirken, wogegen bei komplexeren Beschaffungen eine geringe Preisgewichtung und eine grosse Preisspanne bzw. eine flache Preiskurve gewählt werden sollten (Urteil BGer 2C_802/2021 vom 24.11.2022 E. 3.4).

Vorliegend handelt es sich wie dargestellt um die Beschaffung einer komplexen Dienstleistung. Die Gewichtung des Zuschlagskriteriums Preis wurde daher in nicht zu beanstandender Weise bei tiefen 30% angesetzt. Gleichzeitig lässt dieser Beschaffungsgegenstand wie dargelegt eine relativ grosse Preisspanne erwarten, weshalb dies mit 100% festgesetzt werden durfte. Beides, die geringe Gewichtung und die eher flache Preiskurve berücksichtigen die Komplexität des Beschaffungsgutes. Dass dies hinsichtlich der Gewichtung geradezu zu unhaltbaren Ergebnissen führt, kann in Anbetracht, dass sowohl die Gewichtung als auch die Preisspanne realistisch angesetzt wurden, nicht gesagt werden. Bleibt zu ergänzen, dass selbst bei Anwendung einer Preisspanne von 60% - welche dem konkreten Beschaffungsgegenstand zweifellos angemessen wäre - die Zuschlagsempfängerin insgesamt noch immer - wenn auch knapp - mehr Gesamtpunkte als die Beschwerdeführerin erzielt hätte (nämlich 146.29 Punkte für das Kriterium Preis und 705.46 Punkte insgesamt).

**5.9.5** Das Angebot der Zuschlagsempfängerin ist rund 30% teurer. In Anwendung der linearen Preiskurve mit einer realistischen Preisspanne von 100% ergab dies für die Zuschlagsempfängerin rund einen Drittel weniger Punkte als für das Angebot der Beschwerdeführerin (92 Punkte weniger). Dass ein derartiger Rückstand durch ein gutes Abschneiden bei den qualitativen Zuschlagskriterien aufgeholt werden kann, insbesondere, wenn das Konkurrenzangebot hierbei mitunter schlecht abschneidet, ist zu erwarten und stellt keinen Beleg für eine Relativierung der Gewichtung des Preiskriteriums dar. Hätte die Beschwerdeführerin in den qualitativen Zuschlagskriterien 2 und 3 im Schnitt eine Note von 3.2 pro Position erhalten, d.h. eine etwas bessere als 'normale, durchschnittliche Erfüllung' (= Note 3; vgl. Taxonomie Bewertungskriterien, Ausschreibungsunterlage Vi-act. 2, Kap. 5.4.1), wäre sie in der Gesamtbeurteilung noch vor der Zuschlagsempfängerin gelegen (welche in diesen beiden Kriterien einen Schnitt von 3.88 erzielte). Das heisst, ein nur minim besser als eine normale, durchschnittliche Erfüllung der qualitativen Kriterien hätte der Beschwerdeführerin gereicht, um den Zuschlag zu erhalten. Damit aber kann nicht gesagt werden, die angewandte Preiskurve bzw. die Preisspanne von 100% habe zu einer unhaltbaren Abschwächung der Preisgewichtung geführt. Mitunter ist die Nichtzuschlagsertei-

lung an die Beschwerdeführerin letztlich auf das schlechte Abschneiden in den qualitativen Zuschlagskriterien zurückzuführen und nicht auf eine flache Preiskurve.

**5.9.6** Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die Vorinstanz den ihr zukommenden Beurteilungsspielraum nicht überschritten hat, indem sie der für die Bewertung des Zuschlagskriteriums Preis angewandten Preiskurve eine Preisbandbreite von 100% unterlegt hat.

**5.10** Weiter bemängelt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihre Offertsumme von Fr. 12'851'600 zu Unrecht auf Fr. 14'747'320 bereinigt (vgl. oben E. 5.2).

**5.10.1** Die Vorinstanz weist vernehmlassend darauf hin, dass die Offertsumme der Beschwerdeführerin von Fr. 12'851'600 auf einer Kalkulation mit 660 Arbeits- resp. Projekttagen (AT resp. PT) für einzelne Positionen basiert (vgl. Preisblatt der Offerte; Vi-act. 28), wie dies im Preisblatt der Ausschreibungsunterlagen vorgegeben war (Vi-act. 14). In der Offerte führte die Beschwerdeführerin sodann aus, aus den einzelnen Schätzungen liesse sich eine Wahrscheinlichkeitsverteilung ableiten; auf dieser Grundlage offeriere sie die Ablösung der bestehenden Lösung mit einem Kostendach von Fr. 12'301'250 (Vi-act. 26 Rz. 263). Gleichzeitig aber gab die Beschwerdeführerin im Preisblatt eine Aufwandschätzung ab, welche in den entsprechenden Positionen mit 1'740 PT weit über diesem Aufwand von 660 PT lag (vgl. Preisblatt der Offerte; Vi-act. 28). In der Offerte führte sie sodann aus, nach eingehender Analyse der geforderten Lieferobjekte und mit dem Anspruch, eine nachhaltige und moderne Applikation zu entwickeln und bei 12 Kantonen einzuführen, erachte sie die Schätzung von 660 PT für die Projektleistungen als deutlich zu optimistisch. Sie garantiere die Umsetzung der Projektarbeiten mit einem Kostendach von 2880 PT (Hervorhebung im Original), wobei die Schätzung eine Bandbreite von ungefähr +/- 1'200 PT aufweise (Vi-act. 26 Rz. 224).

Im Bereinigungsverfahren konfrontierte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin am 31. Oktober 2022 mit dieser Feststellung, namentlich mit der Tatsache, dass sie eine Umsetzung mit einem Kostendach von 2'880 PT garantiere. Entsprechend habe man das Preisblatt neu ausgefüllt gerechnet (vgl. Vi-act. 94.6) und komme so auf den Betrag von Fr. 14'385'560 (Vi-act. 94.8). In dieser von der Vorinstanz vorgenommenen Neuberechnung (Vi-act. 94.6) wurde der Aufwand gemäss Schätzung der Beschwerdeführerin (Vi-act. 28) eingefügt, also der von der Beschwerdeführerin als realistisch eingeschätzte Aufwand. Hierauf antwortete die Beschwerdeführerin am 4. November 2022 (Vi-act. 94.11):

> Wir sind der Meinung, dass die Ausschreibungsunterlagen und das Preisblatt keine Basis bieten, um eine höhere Schätzung bei den Projektleistungen in den zuschlagsrelevanten Preis einzurechnen. Beim Erstellen unseres Angebots haben wir uns auf die zur Verfügung gestellten Unterlagen verlassen und unser Angebot und den Preis darauf ausgerichtet.
>
> Wir sind uns aber auch bewusst, dass in einer komplexen Ausschreibung nicht alles perfekt läuft und Unklarheiten möglich sind. Eine Neuausschreibung erachten wir als unzweckmässig. Die Anpassung des Preises auf CHF 14'385'560 (exkl. MwSt) akzeptieren wir unter Vorbehalt der eingehenden Prüfung (inklusive Rechtsmittel) des endgültigen Zuschlagsentscheides.

Des Weitern liegt in den Akten die Präsentation der Beschwerdeführerin vom 16. November 2022 (Vi-act. 93.5). Darin fasst sie ihr Angebot zusammen und dokumentierte dabei einen geschätzten Aufwand von Fr. 14.4 Mio. (Vi-act. 93.5, S. 18), nämlich einen Aufwand für Entwicklungsarbeiten von Fr. 10.7 Mio. und einen Betriebs- und Wartungsaufwand von Fr. 3.7 Mio. (Vi-act. 93.5 S. 98). Im entsprechenden Protokoll, welches von der Beschwerdeführerin mitunterzeichnet wurde, wird ein garantiertes Angebot über Fr. 14.4 Mio. dokumentiert (Vi-act. 93.6).

**5.10.2** Bereinigt wurde ebenso die Offerte der Zuschlagsempfängerin. Auch sie füllte das Preisblatt aus (Vi-act. 63), wobei auch bei ihr zwischen dem unveränderbaren Aufwand (welcher in die Offerte einfloss) und dem durch sie geschätzten Aufwand eine Differenz im Sinne eines geschätzten Mehraufwandes bestand. Auch die Zuschlagsempfängerin wurde am 31. Oktober 2022 mit einer Bereinigung derart konfrontiert, als dass ihre Offertsumme von Fr. 19'176'701 auf Fr. 19'280'217 bereinigt werden müsse (Vi-act. 94.26). Hierauf antwortete die Zuschlagsempfängerin am 3. November 2022 (Vi-act. 94.28), mit der abgegebenen abweichenden Aufwandschätzung gegenüber den vorgegebenen Stunden wolle sie auf die aus verschiedenen (konkret genannten) Gründen schwierige Abschätzung des Mitwirkungsumfangs hinweisen. Und weiter:

> Gemäss Anleitung im Preisblatt waren nur die blaumarkierten Zellen für Eingaben erlaubt. Korrekturen an vorgegebenen Zahlen in weissen Zellen war somit nicht erlaubt. Die Schätzung erfolgte separat ohne Einfluss auf den Gesamtbetrag und wurde im Preisblatt in dem dafür vorgesehenen Bereich (Schätzung der Anbieterin) eingetragen. Zudem verstehen wir die Anforderung TS-NR-P-30 so, dass die vorgegebenen 660 Arbeitstage für alle Anbieter gelten.
>
> Unter diesen Voraussetzungen und im Rahmen der definierten Anforderungen können wir unseren angebotenen Preis von CHF 19'176'701 als Kostendach bestätigen (ZF-NR-P-001) und soll unverändert bestehen bleiben.

**5.10.3** Damit aber ist die von der Vorinstanz vorgenommene Bereinigung nicht zu beanstanden. Die Ausschreibungsunterlagen umfassten ein durch die Offerenten auszufüllendes 'Erfassungsblatt Preis' (Vi-act. 14). Das durch die Anbiete-

rin auszufüllende Arbeitsblatt enthielt blaue Felder, welche durch die Anbieterinnen auszufüllen waren, und weisse Felder, die entweder automatisch kalkuliert wurden oder aber Vorgaben der Vergabebehörde beinhalteten. So wurden etwa der Arbeitstageaufwand zu den Positionen Projektmanagement, Migration der 12 Kantone, Konfiguration, Integration und Bereitstellen der Schnittstellen; Projektdokumentation und Proof of Concept bereits durch die Vergabebehörde vorgegeben mit einem Total von 660 PT. Zu denselben Positionen hatten die Anbieterinnen - ausserhalb der Preiskalkulation - eine eigene Aufwandschätzung abzugeben (blaue Felder). Die eigegebenen Offerten zeigten nun, dass zum einen die Offertpreise aufgrund der Vorgabe der Vergabebehörde (660 PT) kalkuliert wurden, zum andern aber beide Anbieterinnen von diesen Aufwandvorgaben abweichende Aufwandabschätzungen eintrugen (vgl. Vi-act. 28 und 63). Die Abweichung in der Offerte der Beschwerdeführerin war dabei weit erheblicher als jene der Zuschlagsempfängerin, was sie in der Offerte denn auch begründete (vgl. oben E. 5.10.1).

Wenn aber im Rahmen der Bereinigung der Offerten klar wird, dass diese aufgrund von Aufwandvorgaben der Vorinstanz kalkuliert sind, welche von den Anbieterinnen erklärtermassen nicht eingehalten werden können, und gleichzeitig beide Anbieterinnen eine konkrete Abschätzung ihres realistischen Aufwandes bekannt geben, so ist es folgerichtig, die Offerten zu bereinigen und hinsichtlich Preis von dem Aufwand auszugehen, welchen die Anbieterinnen selbst als massgeblich eingeschätzt haben. Die Beschwerdeführerin selbst hat sodann im Rahmen der Präsentation und schriftlich bestätigt, das Angebot für Fr. 14.4 Mio. zu garantieren, also gemäss ihrer Aufwandschätzung.

**5.10.4** Damit aber erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihren Offertpreis zu Unrecht berichtigt und das Zuschlagskriterium Preis sei mit einem falschen Offertpreis bewertet worden, als unbegründet.

Bleibt zu ergänzen, dass eine Bewertung des Zuschlagskriteriums Preis mit den nicht berichtigten Offertpreisen an der Reihenfolge der Gesamtbewertung nichts ändern würde. Die Beschwerdeführerin erzielte mit der Eingabesumme von Fr. 12'851'600 300 Punkte, die Zuschlagsempfängerin mit der Eingabesumme von Fr. 19'176'701 152.34 Punkte, im Total 711.52 Punkte und damit mehr als die Beschwerdeführerin mit 703.92 Punkten.

**6.** Des Weiteren rügt die Beschwerdeführerin eine fehlerhafte Bewertung des Zuschlagskriterium ZK 2 "funktionale Anforderungen".

**6.1** Zur Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK 2 "funktionale Anforderungen" wurde in den Ausschreibungsunterlagen ausgeführt (Vi-act. 13 Kap. 5.4.3):

Der Punktwert für das Zuschlagskriterium "Funktionale Anforderungen" wird wie folgt berechnet:

- Das Evaluationsteam überprüft pro Anforderung die von der Anbieterin angegebene Selbsteinschätzung (0, 1, 3 oder 5) in den Arbeitsblättern und behält sich das Recht vor, diese zu korrigieren, wenn im Rahmen des Bewertungsprozesses der Eindruck entsteht und erhärtet werden kann, dass die Anbieterangaben nicht korrekt sind.
- Die Antworten zu den Fragen werden qualitativ gemäss Abschnitt 5.4.1 Taxonomie bewertet. Das Evaluationsteam prüft den Nutzen der Antwort für den Auftraggeber sowie die Qualität der Antwort und vergibt die Noten 0, 1, 3 oder 5.
- Der erreichte Erfüllungsgrad sämtlicher Anforderungen und die Noten sämtlicher Fragen werden gewichtet addiert und in die entsprechenden Punktwerte umgerechnet.

Zur erwähnten Taxonomie (Bewertungskriterien) halten die Ausschreibungsunterlagen fest (Vi-act. 13 Kap. 5.4.1):

| Punkte | Typ A: Bezogen auf Erfüllung der Kriterien | Typ B: Bezogen auf Angaben und Ausführung | Typ C: Individuell |
|---|---|---|---|
| 0 | Nicht beurteilbar oder keine Erfüllung des Kriteriums | Keine oder ungenügende Angaben | Gemäss Angaben in den Anforderungen (ZKs) |
| 1 | schlechte Erfüllung | Angaben ohne genügenden Bezug auf das Vorhaben | Gemäss Angaben in den Anforderungen (ZKs) |
| 3 | normale, durchschnittliche Erfüllung | Sollangabe, den Anforderungen der Ausschreibung entsprechend | Gemäss Angaben in den Anforderungen (ZKs) |
| 5 | sehr gute Erfüllung | qualitativ ausgezeichnet, hohe Innovation, sehr grosser Beitrag zur Zielerreichung | Gemäss Angaben in den Anforderungen (ZKs) |

Gewichtet wurde das Zuschlagskriterium "Funktionale Anforderungen" mit 35% (vgl. oben E. 4.).

**6.2** Beim Zuschlagskriterium "Funktionale Anforderungen" waren total 245 Punkte zu vergeben, gewichtet 350 Punkte. Dies für die Bewertung (gemäss Taxonomie mit der Note 0, 1, 3 oder 5) von 49 definierten Anforderungen. Die Zuschlagsempfängerin erzielte 205, gewichtet 292.86 Punkte, die Beschwerdeführerin 96, gewichtet 137.14 Punkte (Vi-act. 95.12).

Im Evaluationsbericht gelangte das Evaluationsteam zum Schluss, die Beschwerdeführerin habe ihre Lösung in der Selbsteinschätzung als übererfüllt beurteilt, was anhand der erbrachten Nachweise nicht oder nur zum Teil nachvollziehbar sei. Die Selbsteinschätzung habe in vielen Fällen über das Fachgespräch durch das Evaluationsteam bereinigt werden müssen, da aus dem Lösungskonzept oft nicht einmal die Erfüllung ersichtlich gewesen sei. Die Lösungsbeschreibung der Beschwerdeführerin habe im Wesentlichen aus den formulierten Anforderungen der Submission bestanden. Konkrete Beschreibungen

eines Lösungsansatzes seien weitgehend nicht ersichtlich. Die Beurteilung sei schwierig gewesen, da sie auf Grund von sehr allgemeinen Formulierungen habe erfolgen müssen. Viele Punkte seien sehr offen ausgearbeitet und müssten zu einem späteren Zeitpunkt noch genauer spezifiziert werden (Vi-act. 96).

**6.3.1** Die Beschwerdeführerin führt aus, gemäss Selbsteinschätzung habe sie sich, da eine Individualentwicklung gemäss den Spezifikationen der Bedarfsstelle offeriert worden sei, eine Bewertung von 100% gegeben. Es sei verständlich, dass diese nicht unbesehen übernommen werde. Aber die von der Vergabebehörde auf 96 Punkte herunter korrigierte Bewertung sei nicht ansatzweise nachvollziehbar und auch im Debriefing nicht erklärt worden. Die Bewertung sei völlig intransparent. Die Beschwerdeführerin listet dabei verschiedene der zu bewertenden Anforderungen auf und zeigt das Lösungskonzept gemäss ihrer Offerte auf. Sie hält dabei dafür, dass selbst wenn der Vergabebehörde ein gewisses Ermessen zugestanden werde, festzustellen sei, dass sich die von der Vergabebehörde vorgenommene Bewertung gemäss Bewertungsraster mit Note 3 oder gar Note 1 (vgl. Taxonomie oben E. 6.1) offensichtlich nicht begründen lasse. Das Angebot der Beschwerdeführerin nehme offensichtlich ausreichend Bezug zum Vorhaben und entspreche den Anforderungen der Ausschreibung. Darüber hinaus leiste es einen grossen Beitrag zur Zielerreichung und sei qualitativ ausgezeichnet, womit sich stets eine bessere als die gegebene Bewertung rechtfertige. Die Bewertung der Vergabebehörde basiere auf einer unrichtigen und unvollständigen Sachverhaltsfeststellung; mit ihrer Bewertung missbrauche die Vergabebehörde ihr Ermessen und handle rechtsfehlerhaft. Insgesamt müsste die Beschwerdeführerin mindestens 300 Punkte für das Zuschlagskriterium "funktionale Anforderungen" erhalten, womit der Zuschlag ihr zu erteilen sei.

**6.3.2** Vernehmlassend wiederholt die Vorinstanz die Beurteilung im Evaluationsbericht, die Beschwerdeführerin habe ihre Lösung in der Selbsteinschätzung bei sämtlichen Kriterien als übererfüllt beurteilt, was anhand der erbrachten Nachweise nicht oder nur zum Teil nachvollziehbar gewesen sei; eine realistische Selbsteinschätzung habe gänzlich gefehlt, sie habe in vielen Fällen über das Fachgespräch durch das Evaluationsteam bereinigt werden müssen, da aus dem Lösungskonzept oft nicht einmal die Erfüllung ersichtlich gewesen sei. Im Wesentlichen habe die Lösungsbeschreibung aus nachformulierten Anforderungen gemäss Submissionsunterlage bestanden; konkrete Beschreibungen des dabei anzuwendenden Lösungsansatzes seien weitgehend nicht ersichtlich gewesen. Viele Punkte seien offen beschrieben worden und hätten zum Teil in der Präsentationsrunde noch genauer nacherfragt und nachspezifiziert werden müssen, indes sei auch dies mit sehr allgemeinen Umschreibungen vage und wenig konkret

geblieben. Das Evaluationsteam, das sich aus zahlreichen Fachspezialisten des konkreten Applikationseinsatzbereiches Landwirtschaft der beteiligten Kantone zusammengesetzt habe, habe die massgeblichen Bewertungen vorgenommen und jede einzelne Position beurteilt und schriftlich dokumentiert. Es sei nicht zu beanstanden, wenn das Evaluationsteam unterschiedlich präzise und mehr oder weniger nachvollziehbare Offertangaben auch punktemässig unterschiedlich bewerte. Aus der unterschiedlichen Bewertung der beiden Offerten könne der Vorinstanz auf jeden Fall nicht Willkür vorgeworfen werden. Es sei nicht Sache des angerufenen Verwaltungsgerichts, anstelle des fachlich versierten und verantwortlichen Evaluationsteams selber eine andere fachliche Bewertung vorzunehmen.

**6.3.4** In der Replik zitiert die Beschwerdeführerin den von der Vorinstanz in der Ausschreibungsunterlage zitierten Beschaffungsgegenstand, wonach eine Anbieterin evaluiert werde, die als GU in der Lage sei, im Rahmen der vorliegenden Submission die entsprechende IT-Lösung zu entwickeln, zu betreiben, zu unterhalten und die erforderlichen Dienstleistungen zu erbringen. Weiter verweist sie auf ihre in den Fragerunden gestellten Fragen zur Klärung des Beschaffungsgegenstandes und die vorinstanzlichen Antworten. Daraus ergebe sich ausdrücklich, dass die Vorinstanz von einer neuen Individualentwicklung ausgehe. Eine Neuentwicklung zeichne sich geradezu dadurch aus, dass sie neu entwickelt werde. Daraus erschliesse sich ohne weiteres, dass das Offerierte gerade noch nicht bestehe. Entsprechend hätten die Zuschlagsempfängerin und die Beschwerdeführerin die Entwicklung nach dem Szenario IT-Individualentwicklung agil offeriert. Sie habe daher davon ausgehen dürfen, dass die Vorinstanz zwar gewisse technische Spezifikationen vorgebe, aber die genaue Ausgestaltung dieser Vorgaben im Rahmen des Projekts konkretisiert werden müssten. Wenn die Vorinstanz nun behaupte, dass die Zuschlagsempfängerin klarer aufgezeigt habe, wie die einzelnen Kriterien erreicht werden sollen, werde dies ausdrücklich bestritten. Die Zuschlagsempfängerin habe keine komplette Neuentwicklung, sondern offenbar lediglich eine Weiterentwicklung ihrer bestehenden Plattform angeboten; die Beschwerdeführerin habe demgegenüber eine Neuentwicklung offeriert. Sie habe dabei - was die Vorinstanz verkenne - dargelegt, wie die Voraussetzungen umgesetzt werden sollten, nämlich indem die nach HERMES geforderten Lieferobjekte erstellt würden. Das heisse: Die Beschwerdeführerin beschreibe, wie der Weg zum Ziel gefunden werde, die Zuschlagsempfängerin präsentiere ein bestehendes Produkt.

Offenbar habe die Vorinstanz das Offerieren eines bestehenden Produktes durch die Zuschlagsempfängerin als wesentliches Alleinstellungsmerkmal angesehen.

Hätte sie jedoch die Erfahrung bewerten wollen, hätte sie die Zuschlagskriterien entsprechend formulieren müssen, was sie nicht getan habe. Sie sei aber an die publizierten Kriterien gebunden. Entsprechend könne sie nicht einen Gesichtspunkt einfliessen lassen, der sich nicht aus den publizierten Kriterien ergebe. Die Beschwerdeführerin habe eine Neuentwicklung offeriert, daraus ergebe sich ohne weiteres, dass das Angebot qualitativ deutlich besser sei, da sie nicht durch die gewählten Ansätze, Technologien und Altlasten einer bestehenden Individualentwicklung eingeschränkt sei.

**6.3.5** Duplizierend bestreitet die Vorinstanz, dass eine funktionale Ausschreibung erfolgt sei; vielmehr sei eine Ausschreibung gestützt auf klar messbare Spezifikationen, Leistungsobjekte und Merkmalskataloge, welche die neue IT-Fachlösung erfüllen müsse, erfolgt. Im Übrigen widerspreche sich die Beschwerdeführerin in ihren Ausführungen selbst, habe sie doch in der Beschwerde noch eine funktionale Ausschreibung verneint, welche sie nun behaupte. Die Beschwerdeführerin bestreite auch zu Unrecht, dass die Zuschlagsempfängerin klarer aufgezeigt habe, wie die einzelnen Kriterien erreicht werden sollten, und dies tauge nicht, die Bewertung der Offerten in funktionaler Hinsicht zu beanstanden. Es liege im Ermessen der Vergabebehörde, unterschiedliche Ausgangslagen auch unterschiedlich zu beurteilen; wenn eine vollständige Neuentwicklung einer individuellen Weiterentwicklung bestehender Applikationsmodule gegenüberstehe, sei es nicht nur angemessen und richtig, sondern auch vom Projektrisiko her angezeigt, eine unterschiedliche Beurteilung der zu bewertenden Kriterien vorzunehmen. Dass ein Offertsteller ein agiles Vorgehen vorschlage, ändere hieran nichts.

**6.4.1** Die qualitative Bewertung eines Angebotes ist mitunter zweifelsohne schwierig. Es liegt im weiten Ermessen der Vergabebehörde, fall- und objektbezogen die massgeblichen Kriterien zu bestimmen, anzuwenden und zu gewichten. Der Vergabeentscheid muss jedoch nachvollzieh- und überprüfbar sein. Das Gericht greift vor allem dann ein, wenn angewandte Kriterien nicht sachlich sind, die Gewichtung willkürlich ausfällt und der Bewertung falsche Sachverhaltsannahmen zugrunde liegen (vgl. VGE 1059/06 vom 2.11.2006 Erw. 4.1 mit Verweis auf VGE 1014/01 vom 5.9.2001 Erw. 2). Insgesamt ist die Überprüfungszuständigkeit des Verwaltungsgerichts im Submissionsverfahren beschränkt. Dies geht einmal aus Art. 16 Abs. 2 IVöB hervor, wonach die Arbeitsvergabe auf die Angemessenheit hin nicht überprüft werden kann. Zu prüfen ist die Sachverhaltsfeststellung sowie die Rechtsanwendung (Rechtskontrolle; EGV-SZ 2003 B 1.3). Der Vergabebehörde kommt im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens grundsätzlich ein weiter Ermessensspielraum zu, dies insbesondere auch in der Phase der Würdigung und des Vergleichs der Angebote (BGE 141 II 353 E.

3; BGE 141 II 14 E. 8.3). Vergaberechtliche Ermessensentscheide überprüft die Rechtsmittelbehörde grundsätzlich zurückhaltend und nicht frei (BGE 141 II 14 E. 2.3; EGV-SZ 2010 B 11.1 E. 1.3; VGE III 2019 72 vom 26.6.2019 E. 3.2). Die verwaltungsunabhängige Beschwerdeinstanz hat in erster Linie Rechtsfragen zu beantworten, nicht aber Fachfragen der Verwaltung zu beurteilen (vgl. Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 2. Aufl. 2020, Art. 80 N 1). Das Gericht hat sich deshalb bei Submissionsbeschwerden eine gewisse Zurückhaltung insbesondere auch bei Problemen vorwiegend technischer Natur und bei reinen Ermessensfragen aufzuerlegen. Bei der Frage des wirtschaftlich günstigsten Angebots setzt es nicht sein eigenes Ermessen anstelle jenes der Vergabebehörde (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, N 1385). Das Gericht kann nur im Falle von Missbrauch oder Überschreitung des Ermessens seitens der Vergabebehörde einschreiten, was praktisch einer beschränkten Willkürprüfung gleichkommt.

**6.4.2** Die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Funktionale Anforderungen" erfolgte anhand von 49 definierten Anforderungen. Weder die Auswahl noch die Definition dieser Anforderungen werden durch die Beschwerdeführerin als mangelhaft gerügt.

Mit der Offerte war ein Arbeitsblatt "Funktionale Anforderungen" einzureichen, welches die 49 Anforderungen auflistet und auch nennt, gemäss welchem Taxonomie-Typ die Auswertung erfolgt. Pro Anforderung hatten die Anbieterinnen eine Selbsteinschätzung gemäss Taxonomie abzugeben, diese zu begründen und die Erfüllung nachzuweisen (vgl. Vi-act. 34 für die Offerte der Beschwerdeführerin). Die Beschwerdeführerin schätzte sämtliche 49 Anforderungen als "qualitativ ausgezeichnet, hohe Innovation, sehr guter Beitrag zur Zielerreichung (5 Punkte)" ein. Ausser bei einer Anforderung beschränkt sich der Nachweis bzw. die Begründung auf den Verweis auf Randziffern des Lösungskonzeptes (Vi-act. 26; ab Rz. 100).

Aus den Unterlagen zur Bewertung der Offerten ergibt sich, dass die Funktionalen Anforderungen mehrstufig bewertet wurden. Nach der Selbsteinschätzung durch die Beschwerdeführerin (vgl. oben) erfolgte eine 'Beurteilung AFL'. Diese wurde begründet, soweit sie von der Selbsteinschätzung abwich (vgl. Vi-act. 95.3). Es wurde angemerkt, ob die Anforderung aus Sicht des Auftraggebers erfüllt ist oder sich zumindest aus dem von der Beschwerdeführerin genannten Nachweis ableiten lässt resp. inwiefern nicht. Hierbei ist sicherlich auffallend, dass sich die Beschwerdeführerin durchwegs auf relativ offene Verweise auf das Lösungskonzept (z.B. Lösungskonzept RN 108 ff.) beschränkt hat, wogegen die

Zuschlagsempfängerin neben dem Verweis auf das Kapitel im Angebot den Nachweis zusätzlich stichwortartig begründete (vgl. Vi-act. 95.12 und Vi-act. 73) und dem Auftraggeber somit mehr Klarheit lieferte. Anschliessend wurden der Beschwerdeführerin zu unklaren Themen anlässlich der Präsentation vom 16. November 2022 Fragen gestellt und durch sie beantwortet; das entsprechende Protokoll wurde allseits unterzeichnet (Vi-act. 93.10). So wurden namentlich auch die Themen aufgegriffen, welche vorab von der Selbsteinschätzung abweichend beurteilt wurden. Anschliessend erfolgte eine neuerliche Bewertung aufgrund des Fachgesprächs durch die Expertengruppe, was in verschiedenen Positionen zu einer Korrektur der Benotung (Verbesserung) geführt hat. Auch diese Korrekturen wurden erneut dokumentiert (Vi-act. 95.3 und 95.12). Insgesamt macht die Bewertung des Zuschlagskriteriums Funktionale Anforderungen den Eindruck einer professionellen Arbeit, welche sich mit den Offerten vertieft auseinandergesetzt hat. Insbesondere wurden etwa auch Unklarheiten aus der ersten Bewertungsrunde, welche seitens Auftraggeber teils mit der Note 0 bewertet wurden, im Fachgespräch bewusst wieder aufgegriffen, um Klarheit zu schaffen, was dann mitunter auch in einer verbesserten Note mündete. Mithin bestehen keine Anhaltspunkte für eine willkürlich oder gar absichtlich schlechte Bewertung der Erfüllung der funktionalen Anforderungen durch die Beschwerdeführerin.

Soweit die Beschwerdeführerin in der Beschwerde vereinzelte Anforderungen zitiert, ihren Lösungsansatz wiedergibt und eine Bewertung abgibt, so bleibt es bei einer rein appellatorischen Kritik an der vorinstanzlichen Bewertung resp. der Wiedergabe einer neuerlichen Selbsteinschätzung. Kommt hinzu, dass die Beschwerdeführerin der Vorinstanz auch falsche Benotungen unterstellt (ZK-F-P-001 1 anstelle 3; ZK-F-F-006 1 anstelle 3; ZK-F-P-002 3 anstelle 1 [womit die Behauptung einer ungleichen Beurteilung wie ZK-F-B-003 offensichtlich ungerechtfertigt ist]; ZK-F-B-001 1 anstelle 3), womit ihre Begründung, die Benotung sei missbräuchlich, geradezu willkürlich, keine Basis hat. Wenn sodann das Evaluationsteam als Kommentar etwa festhält, der Bezug des genannten Nachweises sei unklar, so wird dies zum einen dadurch bestätigt, dass sich die Beschwerdeführerin auf sehr kurze, wenig spezifische Nachweise beschränkt (z.B. Lösungskonzept RN 100 ff., RN 103 ff., RN 139 ff.) und sie zum andern in der Beschwerdeschrift Lösungsansätze zitiert, welche sich unter den genannten Nummern nicht finden lassen. So verweist die Beschwerdeführerin in der Offerte zu ZK-F-F-006 auf das Lösungskonzept RN 108 ff. und RN 171 ff.; in der Beschwerdeschrift Rz. 51 zitiert sie dann aber das Lösungskonzept RN 82. Dies bestärkt indes die vorinstanzliche Kritik an der Offerte, dass hinsichtlich der funktionalen Anforderungen Unklarheiten bestehen. Mit ihrer Beschwerde vermag die

Beschwerdeführerin nicht aufzuzeigen, dass die Vorinstanz ihr Angebot rechtsfehlerhaft bewertet hätte.

**6.4.3** Keine Grundlage hat sodann die beschwerdeführerische Kritik, die Vorinstanz habe nicht publizierte Kriterien ausgewertet, namentlich das Angebot der Zuschlagsempfängerin höher bewertet, weil es eine Anpassung eines bestehenden Tools sei und sie damit Erfahrung mitbringe; Erfahrung sei aber kein zu bewertendes Kriterium. Diese Darstellung geht fehl. Hingegen ergibt sich aus den Angeboten, dass der Nachweis der Erfüllung der funktionalen Anforderungen durch die beiden Anbieterinnen effektiv unterschiedlich ausfiel und - wie zuvor aufgezeigt - die vorinstanzliche Beurteilung, das Angebot der Beschwerdeführerin sei mitunter unklar, nachvollziehbar erscheint, keinesfalls willkürlich ist. Es hängt dies nicht mit der Erfahrung resp. dem Bestehen eines IT-Tools der Zuschlagsempfängerin zusammen.

**6.4.4** Zusammenfassend ist damit auch die Rüge, die Vorinstanz habe das Zuschlagskriterium "Funktionale Anforderungen" rechtsfehlerhaft ausgewertet, unbegründet.

**7.** Damit aber erweist sich die Beschwerde insgesamt als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

**8.1** Abschliessend ist auf das Folgende hingewiesen. Wie unter Erwägung 5 erwähnt, hat es die bisherige Rechtsprechung zugelassen, dass die Vergabebehörde die für das Bewertungssystem des Zuschlagskriteriums Preis, resp. die Ausgestaltung der für die Preiskurve zentralen Preisbandbreite nicht mit der Ausschreibung bekanntgab, ja gar erst nach Offertöffnung festgelegt hat (vgl. oben E. 5.7.1). Die entsprechende Rechtsprechung ist auch Grundlage des vorliegenden Entscheides betreffend strittiger Submission, welche noch gestützt auf die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 erging.

**8.2** Auch schon unter der alten IVöB wurde diese Praxis in der Literatur kritisch gewürdigt und als Verfahren erster Wahl die Festlegung und Bekanntgabe des Bewertungssystems mit den Ausschreibungsunterlagen proklamiert (vgl. oben E. 5.7.3; vgl. auch Kuonen; a.a.O., Art. 36 Rz. 13 mit weiteren Hinweisen auf die Literatur; siehe auch BVGE-2018-IV/2 E. 7.3). Kritisiert wird insbesondere die Un-/Vereinbarkeit der bestehenden Praxis mit dem Transparenzgebot, welches als Grundsatz bereits in Art. 1 Abs. 3 lit. c der alten IVöB enthalten war (vgl. auch Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt [Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02] vom 6.10.1995). Entsprechend führte etwa das Verwaltungs-

gericht Zürich aus: "Wie die Beschwerdeführerin damit richtig bemerkt, kommt der einzusetzenden Preisspanne für das Ergebnis eine erhebliche Bedeutung zu. In der Tat kann die nachträgliche Festlegung der Preisspanne die Transparenz und die Nachvollziehbarkeit des Vergabeentscheids beeinträchtigen und eine gewisse Manipulierbarkeit des Ergebnisses mit sich bringen" (VB.2018.00662 vom 19.6.2019 E. 8.2). Dies lässt sich auch anhand der vorliegenden Beschaffung erkennen (wobei zu betonen ist, dass der Vergabebehörde ausdrücklich keine Manipulationsabsicht vorgeworfen wird und keine diesbezüglichen Hinweise bestehen): In der Ausschreibungsunterlage wurde festgelegt, die Preisbandbreite werde nach der Offertöffnung definiert. Es gingen dann zwei Offerten mit einer effektiven Preisspanne von rund 31% ein. Die Vergabebehörde legte die Preisbandbreite auf 100% fest und begründete dies - nachvollziehbar - mit der Komplexität des zu beschaffenden IT-Tools und entsprechend zu erwartender, realistischer Bandbreite von 100%. Es bleiben hier immer die Fragen im Raum stehen, warum konnte und wurde diese für den Beschaffungsgegenstand realistische und nachvollziehbare Preisbandbreite, welche von den konkreten Offerten völlig unabhängig ist, nicht bereits vorgängig festgelegt, und zweitens, in welchem Eintretensfall, d.h. bei welchen eingegangenen Offerten hätte die Vergabebehörde eine andere Preisbandbreite festgelegt, weil sie ja die Offertöffnung explizit abwarten wollte?

**8.3** Der Grundsatz der Transparenz gilt auch in der neuen IVöB (Art. 2 lit. b neue IVöB). Hinsichtlich Inhalt der Ausschreibung bzw. Ausschreibungsunterlagen hat das Beschaffungsrecht insofern eine Verschärfung erfahren, als neu (ausser bei funktionaler Ausschreibung) die Gewichtung der Zuschlagskriterien ausdrücklich bekannt zu geben ist (Art. 29 Abs. 3 und Art. 35 lit. p und Art. 36 lit. d neue IVöB), d.h. die blosse Rangordnung der Zuschlagskriterien (§ 12 Abs. 1 lit. m VIVöB) ist nicht mehr ausreichend. Im Vergleich zum früheren Recht wird damit klar mehr Transparenz gefordert.

**8.4** Es ist allseits anerkannt, dass die effektive Gewichtung des Preiskriteriums nur zu einem Teil vom Gewichtungsprozentsatz abhängt, zu einem mindestens so wesentlichen Teil aber auch vom konkreten Bewertungssystem des Preiskriteriums. Je nach Festlegung der anzuwendenden Preisbandbreite mit entsprechend steiler oder flacher Preiskurve wird die Gewichtung - in beide Richtungen - relativiert (dies gilt grundsätzlich ebenso für die Qualitätskriterien [vgl. Urteil BVGer B-7216/2014 vom 24.2.2015 E. 5.2.7]). Es kann hier auf Wiederholungen verzichtet werden (vgl. etwa oben E. 5.6.1; E. 5.7.3; BGE 130 I 241 E. 6.1 = Pra 94 (2005) Nr. 59). Denzler führt diesbezüglich zu Recht aus: "Allerdings sagt auch diese Matrix [d.h. die Bekanntgabe der prozentualen Gewichtung der

Kriterien] im Grunde nichts aus, sofern nicht zugleich Hinweise abgegeben werden, wie der Preis einerseits und die weichen Faktoren anderseits in Punkte umgerechnet werden. Wer drei Unbekannte mit z.B. 60, 30 oder 10% multipliziert, erhält als Ergebnis wieder drei Unbekannte" (Denzler, in: a.a.O., S. 20). Dem ist beizupflichten und wird im Übrigen durch den Sachverhalt des vorliegenden Falles bestätigt.

**8.5** Wenn aber erstens das neue Beschaffungsrecht die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung ausdrücklich (von einer Ausnahme abgesehen) zum zwingenden Inhalt der Ausschreibung oder Ausschreibungsunterlagen macht, und zweitens die Gewichtung des Preiskriteriums ohne definiertes Bewertungssystem nicht feststeht, also veränderbar und nur relativ ist, so widerspricht die nachträgliche Festlegung des Bewertungssystems dem Gebot der Transparenz, weil die Zuschlagserteilung letztlich weder voraussehbar noch nachvollziehbar ist. Hieran ändert die in der bisherigen Rechtsprechung geforderte Bedingung für die nachträgliche Festsetzung der Preiskurve/Preisbandbreite, wonach eine erhöhte Begründungspflicht gefordert ist, nichts. Denn diese vermag ggf. die Nachvollziehbarkeit zu unterstützen, nicht jedoch die Voraussehbarkeit. Und selbst dann dürften in der Regel Zweifel an der Unvoreingenommenheit der Bewertung verbleiben (vgl. oben E. 5.7.4 und E. 8.3), was dem gesamten rechtsstaatlichen Beschaffungswesen abträglich ist.

**8.6** Es ist Kuonen beizupflichten, wenn er festhält, in der Vorbereitung der Ausschreibung müsse sich die Auftraggeberin Gedanken machen, welche qualitativen Zuschlagskriterien und -subkriterien sie wähle und wie sie die Qualität und den Preis gewichte, welche Notenskala bzw. Preiskurve sie anwende. Eine professionelle Auftraggeberin nehme diese Denkarbeit vor der Ausschreibung sorgfältig vor. Entsprechend werde auch eine detaillierte Bewertungsmatrix erstellt, an welche sie sich folglich auch halte. Um Manipulationen auszuschliessen, müsse diese Matrix vor der Ausschreibung erstellt sein. Sei dies erfolgt, bestehe kein Grund, die Bewertungsmatrix nicht auch den Wettbewerbern bekannt zu geben (Kuonen, a.a.O., Art. 36 Rz. 13).

Selbstverständlich kann jener (wohl sehr seltene) Einzelfall nicht ausgeschlossen werden, da aufgrund des spezifischen Beschaffungsgegenstandes die vorgängige Definition der Bewertungsmatrix nicht möglich ist oder wenig sinnhaft erscheint. Diesfalls ist es aber möglich, den Verzicht auf die vorgängige Definition zu begründen, d.h. es kann nachvollziehbar aufgezeigt werden, dass und warum ein solcher, seltener Einzelfall vorliegt. Dann ist das Ergebnis der professionellen Ausschreibungsvorbereitung die Begründung des Verzichts auf die vorgängige Definition. Und ebenso kann auch jener Fall nicht ausgeschlossen werden, dass

sich im Nachhinein das im Voraus definierte Bewertungssystem als geradezu untauglich erweist. In diesem Ausnahmefall erscheint es als zulässig, die Matrix nachträglich anhand objektiver, nichtdiskriminierender Kriterien begründet anzupassen (siehe Beyeler, vergaberechtliche Entscheide 2018 / 2019 Rz. 213), wobei sich die nachvollziehbare Begründung sowohl auf die Tatsache der Anpassung (infolge Untauglichkeit) als auch der Ausgestaltung der neuen Bewertungsmatrix zu beziehen hat.

**8.7** Damit aber lässt sich die bisherige Rechtsprechung unter der neuen IVöB nicht länger aufrechterhalten (vgl. betreffend Rechtsprechungsänderung BGE 146 I 105 E. 5.2.2). Zu den Zuschlagskriterien und deren Gewichtung, die bekannt zu geben sind (Art. 35 lit. p und Art. 36 lit. d neue IVöB), zählt auch die Bewertungsmatrix, beim Zuschlagskriterium Preis konkret die Preiskurve inkl. Preisbandbreite. Nur so lässt sich dem Transparenzgebot Nachachtung verschaffen (weshalb dies wohl das Bundesverwaltungsgericht bereits unter altem [Bundes-] Recht unter Hinweis auf die herrschende Lehre entsprechend verlangt hat; vgl. BVGE-2018-IV/2 E. 7.3; Urteile BVGer B-1606/2020 vom 11.2.2022 E. 8.5.3; B-4086/2018 vom 30.8.2018 E. 7.3).

**8.8** Damit richtet sich die künftige Rechtsprechung betreffend Festsetzung des Zuschlagskriteriums Preis gemäss neuem, revidiertem Beschaffungsrecht an folgenden Vorgaben aus:

Zum Inhalt der Ausschreibung resp. der Ausschreibungsunterlagen zählen auch die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung (Art. 35 lit. p und Art. 36 lit. d neue IVöB).

Zur Definition des Zuschlagskriteriums Preis inkl. Gewichtung gehört ebenso die Festsetzung der Preiskurve inkl. Preisbandbreite, d.h. das konkrete Benotungssystem (Bewertungsmatrix). Dieses muss somit zwingend vor Publikation der Ausschreibung / der Ausschreibungsunterlagen, spätestens aber vor Öffnung der Offerten definiert sein.

Soweit mit der Ausschreibung oder Ausschreibungsunterlage keine Bekanntgabe der Bewertungsmatrix erfolgt (wovon nur ausnahmsweise abgesehen werden soll), ist der Auftraggeber beweispflichtig, dass die gesamte Matrix bereits im Voraus, d.h. vor Offertöffnung, festgelegt wurde.

Erscheint es aufgrund spezifischer Umstände des konkreten Beschaffungsgegenstandes im Einzelfall ausnahmsweise als unmöglich (oder im Mindesten als nicht sinnvoll), die Bewertungsmatrix vor der Offertöffnung zu definieren, ist zwingend eine nachvollzieh- und beurteilbare Begründung hierfür im Voraus fest-

zuhalten. D.h. im Voraus ist entweder die Bewertungsmatrix oder die Begründung deren Fehlens festzulegen, wofür die Auftraggeberin beweispflichtig ist.

Erweist sich ausnahmsweise die vorgängig definierte Bewertungsmatrix nach Kenntnisnahme der Offertöffnung als geradezu untauglich, so kann diese nachträglich anhand objektiver, nichtdiskriminierender Kriterien und begründet angepasst werden, wobei sich die Begründung auf die Tatsache der Anpassung und die neue Bewertungsmatrix beziehen muss.

Soweit die Richtlinie RRB Nr. 638 vom 23. August 2022 unter Ziff. 5.4 festhält, es sei zulässig, die Preisbandbreite erst nach dem Eingang der Offerten festzulegen, so ist diese Verwaltungsrichtlinie für das Gericht nicht bindend.

**9.** Die Verfahrenskosten (Gerichtsgebühr, Kanzleikosten und Barauslagen) für diesen Entscheid und den Zwischenbescheid III 2023 76 vom 25. Mai 2023 werden auf gesamthaft Fr. 2'500.-- festgelegt und der Beschwerdeführerin auferlegt (§ 72 VRP). Anspruch auf eine Parteientschädigung besteht nicht.

**Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.-- (für III 2023 54 und III 2023 76) werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie hat am 17. April 2023 einen Kostenvorschuss dieser Höhe geleistet, womit die Rechnung ausgeglichen ist.

3. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde* in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden, wenn der staatsvertragliche Schwellenwert überschritten ist und soweit sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 42 und 82 ff., insbesondere Art. 83 lit. f des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110] vom 17.6.2005).

   Im Übrigen kann ebenfalls innert 30 Tagen seit Zustellung subsidiäre Verfassungsbeschwerde* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113 ff. BGG). Bei gleichzeitiger ordentlicher Beschwerde sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen.

4. Zustellung an:
   - den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin (2/R)
   - den Regierungsrat des Kantons Schwyz (EB)
   - das Volkswirtschaftsdepartement (EB)
   - das Baudepartement (z.K.)
   - und die Eidg. Wettbewerbskommission WEKO, 3003 Bern (A).

Schwyz, 25. August 2023

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

***Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch Grischun) abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat; der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Versand: 11. September 2023