

# Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer III



---

III 2023 76

## Zwischenbescheid vom 25. Mai 2023

im Hauptverfahren III 2023 54

---

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident  
Monica Huber-Landolt, Richterin  
lic.iur. Karl Gasser, Richter  
MLaw Manuel Gamma, Gerichtsschreiber

---

Parteien

**A.\_\_\_\_\_ AG,**  
Beschwerdeführerin,  
vertreten durch Rechtsanwalt LL.M. B.\_\_\_\_\_,

**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; aufschiebende Wirkung)

## **Sachverhalt:**

**A.** Im Amtsblatt vom 22. Juli 2022 (und gleichentags auf der Plattform [www.simap.ch](http://www.simap.ch)) hat das Volkswirtschaftsdepartement des Kantons Schwyz als Auftraggeber die gemeinsame, dem Staatsvertragsbereich unterliegende Beschaffung einer neuen einheitlichen kantonalen IT-Lösung zum Vollzug der landwirtschaftsrelevanten Gesetzgebung von Bund und Kantonen durch den federführenden Kanton Schwyz für 12 Kantone im offenen Verfahren ausgeschrieben (ABI Nr. 29 vom 22. Juli 2022 S. 1963 ff.; Vi-act. 22). Innert der Eingabefrist bis 17. Oktober 2022 haben die A.\_\_\_\_\_ AG sowie die C.\_\_\_\_\_ 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 C.\_\_\_\_\_ 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 C.\_\_\_\_\_ AG und A.\_\_\_\_\_ AG circa 4.58 Mio. Franken beträgt. Ausschlaggebend war das Zuschlagskriterium "funktionale Anforderungen inklusive Optionen", welche die C.\_\_\_\_\_ AG deutlich besser erfüllt. In den anderen Zuschlagsbewertungskriterien liegen die beiden Unternehmen ähnlich bzw. erfüllen die Kriterien mit kleinen Differenzen. Das Angebot der C.\_\_\_\_\_ 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 C.\_\_\_\_\_ 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 Neu Beurteilung 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 C.\_\_\_\_\_ 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 C.\_\_\_\_\_ AG auf einen Verfahrensbeitrag. 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.** Mit Eingabe vom 22. Mai 2023 nimmt die Beschwerdeführerin Stellung zur Akteneinsicht bzw. Offenlegung.

### **Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.1** Anwendbar ist auf das vorliegende Submissionsverfahren die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SRSZ 430.120.1) vom 25. November 1994/15. März 2001, nachdem das Verfahren mit Publikation vom 22. Juli 2023, und damit noch nicht unter der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SRSZ 430.120.1) vom 15. November 2019 eingeleitet wurde (vgl. Art. 64 Abs. 1 IVöB 2019).

**1.2** Die Beschwerdeführerin beantragte mit der Beschwerde vom 11. April 2023 die aufschiebende Wirkung (vgl. Ingress Bst. C). Mit Verfügung vom 12. April 2023 wurde diese einstweilen bis auf Widerruf erteilt (vgl. Art. 17 Abs. 2 IVöB). Die Vorinstanz beantragt vernehmlassend den umgehenden Entzug der aufschiebenden Wirkung. Gegenstand des vorliegenden Zwischenbescheides bildet allein dieser Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung. Mithin ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen hierfür gegeben sind.

**1.3** Über ein Begehren um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist ohne Verzug zu entscheiden (§ 42 Abs. 3 Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRP; SRSZ 234.110] vom 6.6.1974). Das Nämliche gilt für den von der Vorinstanz beantragten Entzug der aufschiebenden Wirkung. Der Entscheid ist durch die hierfür zuständige Gerichtskammer III zu fällen, nachdem diese zeitnah tagt (vgl. betreffend die konkurrierende Zuständigkeit nach § 23 Abs. 2 VRP VGE III 2014 2 vom 7.1.2014 Erw. 1.5 mit Hinweis auf EGV-SZ 1982 Nr. 1 Erw. 2).

**2.1** Die Submissionsbeschwerde hat von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung (Art. 17 Abs. 1 IVöB). Auf Gesuch hin oder von Amtes wegen kann das Gericht die aufschiebende Wirkung erteilen, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (Art. 17 Abs. 2 IVöB). Vorliegend erfolgte die Erteilung einstweilen bis auf Widerruf, nachdem die Beschwerdeführerin die aufschiebende Wirkung mit begründeter Beschwerde vom 11. April 2023 beantragt hatte.

**2.2** Einer Beschwerde kann keine aufschiebende Wirkung erteilt werden, wenn sie offensichtlich unbegründet ist. Mit diesem Erfordernis soll verhindert werden, dass offensichtlich unbegründete Rechtsmittel dazu verwendet werden, die Durchführung einer Beschaffung hinauszuzögern (BEZ 2001, Nr. 39 Erw. 3c; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. Zürich 2013, Rz. 1342).

Das Kriterium der ausreichenden Begründung verlangt eine prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage. Diese Würdigung erfolgt - praxisgemäss und soweit der Mangel nicht geradezu offensichtlich ist - nicht unmittelbar nach Eingang der Beschwerde, sondern nach einstweiliger Erteilung der aufschiebenden Wirkung bis auf Widerruf hin auf entsprechenden Antrag zum Entzug der aufschiebenden Wirkung. Dem Antrag auf Entzug ist stattzugeben, wenn die summarische Prüfung ergibt, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten oder sie abzuweisen ist.

**2.3.1** Sind hingegen Erfolgchancen der Beschwerde vorhanden oder bestehen darüber Zweifel, bedarf es einer Interessenabwägung aufgrund einer summarischen Beurteilung der im Zeitpunkt des prozessualen Entscheids überblickbaren Rechts- und Sachlage (VPB 66.37 Erw. 2e; BEZ 2001, Nr. 39 Erw. 3a). Es gilt dabei einerseits zu beachten, dass die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der erwähnten Verwirklichung eines ausreichenden Rechtsschutzes dient. Ausgangspunkt ist mithin die Gewährung des effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen, die das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (vgl. VPB 69.80 Erw. 2c; VPB 66.37 Erw. 2c). Dem Interesse der Auftraggeberin ist dabei nicht von vornherein ein stärkeres Gewicht beizumessen (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1341). Wird die aufschiebende Wirkung nicht erteilt und ist der Vertrag bereits abgeschlossen, ist nämlich nurmehr ein Feststellungsentscheid möglich (Art. 18 Abs. 2 IVöB; BEZ 2001, Nr. 39 Erw. 3a). Andererseits ist aber auch zu berücksichtigen, dass der Vergabestelle bei der Beurteilung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien ein weiter Ermessensspielraum zur Verfügung steht, in welchen das Gericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB), nicht eingreift (BEZ 2001, Nr. 39 Erw. 3c). Gleiches gilt analog auch bei der Festlegung der Eignungskriterien (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 557 und 564; EGV-SZ 2003 B 1.3).

**2.3.2** Der Umstand, dass die aufschiebende Wirkung nicht ex lege gilt, gebietet nicht, die aufschiebende Wirkung nur ausnahmsweise zu gewähren. Vielmehr bedarf es einer individuellen Prüfung (BEZ 1999, Nr. 9 Erw. 1c; VPB 66.37 Erw. 2c; BR 4/99, S. 149 Nr. S 53). Dabei soll aber die aufschiebende Wirkung nur bei

Vorliegen guter Gründe gewährt werden, kommt doch dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von Vornherein einiges Gewicht zu (vgl. Verfügung BGer 2C\_717/2020 vom 6.10.2020).

**2.3.3** Das öffentliche Interesse ist vornehmlich in einer möglichst verzögerungsfreien Beschaffung zu sehen. Soweit zeitliche Dringlichkeit geltend gemacht wird, darf darauf in der Regel nur abgestellt werden, wenn sich diese aus äusseren Umständen ergibt und nicht der eigenen unzureichenden Zeitplanung der vergebenden Instanz zuzuschreiben ist (BEZ 2001, Nr. 39 Erw. 3b). Schon bei der Planung ist zu bedenken, dass gegen den Zuschlag ein Rechtsmittel ergriffen werden kann, dem gegebenenfalls die aufschiebende Wirkung erteilt wird (BR 4/99, S. 149, S. 53). Beschaffungsgeschäfte samt Durchführung des eigentlichen Submissionsverfahrens sind nach Möglichkeit langfristig genug zu planen (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1328; VPB 62.79 Erw. 3c; betr. zeitliche Dringlichkeit siehe auch EGV-SZ 2005 B 1.4 und 1.5).

**2.3.4** Die Interessen einer beschwerdeführenden Partei liegen in der Chancenerhaltung im Hinblick auf den Zuschlag, die des Zuschlagsempfängers in einem baldigen Vertragsabschluss (BEZ 1999, Nr. 2 Erw. 1c; zur aufschiebenden Wirkung im Submissionsverfahren: VGE 1024/05Z vom 30.6.2005 Erw. 2). Diesbezüglich hält die bundesgerichtliche Praxis fest, dass dieses wirtschaftliche Interesse der Beschwerde führenden Partei für sich allein zur Gewährung der aufschiebenden Wirkung grundsätzlich nicht genügt, ausser wenn bei provisorischer Einschätzung eine erhebliche Wahrscheinlichkeit für die Gutheissung der Beschwerde spricht oder wenn Umstände aufgezeigt werden, welche klar gegen die im Submissionsverfahren grundsätzlich zu vermutende Dringlichkeit bei der Umsetzung des Vergabeentscheides sprechen (Verfügungen BGer 2C\_717/2020 vom 6.10.2020; 2C\_1086/2017 vom 17.1.2018 Erw. 3.2; 2C\_994/2016 vom 17.11.2016 Erw. 2.1).

**2.4** Es gilt damit in einem ersten Schritt eine prima-facie-Würdigung der Eintretensvoraussetzungen und der materiellen Rechtslage vorzunehmen; ergibt diese, dass auf Nichteintreten oder Abweisung der Beschwerde zu befinden ist, ist dem Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung stattzugeben. Andernfalls ist in einem zweiten Schritt die erwähnte Interessenabwägung vorzunehmen und dem Antrag dann statt zu geben, wenn das öffentliche Interesse am raschen Vollzug des Vergabeentscheides überwiegt.

**3.** Was die Sachurteilsvoraussetzungen anbelangt, so kann festgehalten werden:

**3.1** Gegen Verfügungen der Vergabebehörde kann innert 10 Tagen seit deren Eröffnung schriftlich und begründet Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz erhoben werden (Art. 15 Abs. 2 IVöB; § 3 KRB über den Beitritt des Kantons Schwyz zur IVöB).

Die vorliegend angefochtene Zuschlagsverfügung datiert vom 29. März 2023; sie ging der Beschwerdeführerin - laut Sendungsverlauf - am 30. März 2023 zu (Bf-act. 2). Die Beschwerdeführerin reichte ihre Beschwerde am 11. April 2023 ein und damit innert der 10tägigen Beschwerdefrist (vgl. § 158 Abs. 2 Justizgesetz [JG; SRSZ 231.110] vom 18.11.2009). Die Beschwerde wurde damit fristgerecht beim hierfür zuständigen Verwaltungsgericht schriftlich mit einer Begründung eingereicht.

**3.2** Die Beschwerdelegitimation setzt bei der Submissionsbeschwerde nicht nur voraus, dass die Partei von der angefochtenen Verfügung direkt betroffen ist (etwa weil sie sich durch die Offertstellung am Verfahren beteiligt hat), sondern gemäss Rechtsprechung darüber hinaus auch, dass die Stellung der Beschwerde führenden Partei durch eine Beschwerdeguthetung unmittelbar beeinflusst wird (vgl. VGE III 2022 189 vom 29.3.2023 Erw. 1.2 f.; VGE III 2019 46 vom 24.4.2019 Erw. 1.3.1 mit zahlreichen Hinweisen; vgl. auch BGE 141 II 14 Erw. 5). Zeigen Zwischenergebnisse der gerichtlichen Beurteilung auf, dass keine realen Chancen für einen Zuschlag an die Beschwerde führende Partei mehr bestehen, werden die noch nicht beurteilten Rügen praxisgemäss nicht weiter beurteilt (vgl. VGE III 2008 241 vom 30.1.2009 Erw. 2.1, mit Hinweisen u.a. auf VGE 1053-1055/02 vom 17.4.2003 Erw. 1b, Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide - Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in: ZBI 2003, S. 1 ff. v.a. S. 11 f.).

**3.3.1** Vorliegend gingen zwei Offerten ein. Beide Anbieter bzw. Angebote erfüllten die Eignungskriterien und wurden zugelassen. In der Auswertung der Zuschlagskriterien erreichte die Beschwerdeführerin 703.92 Punkte und damit rund 63 Punkte weniger als die Zuschlagsempfängerin (766.94 Punkte). Aufgeschlüsselt nach Zuschlagskriterien wurden die beiden Angebote wie folgt beurteilt (Vi-act. 22, 96):

ZK		Gewichtung	A. AG	C. AG
1	Preis	30%	300	207.77
2	funktionale Anforderungen inkl. Optionen	35%	137.14	292.86
3	Nicht-Funktionale Anforderungen	25%	179.69	170.31
4	Angebotspräsentation	10%	87.09	96.00
	Total	100%	703.92	766.94

**3.3.2** Die Beschwerdeführerin rügt, sie habe nach Erhalt der Zuschlagsverfügung um Akteneinsicht ersucht, worauf am 3. April 2023 ein Debriefing durchgeführt worden sei. Anlässlich dieses Debriefings habe ihr jedoch die Bewertung der Angebote nicht nachvollziehbar aufgezeigt werden können. Namentlich nicht die nach der Offertöffnung festgelegte Preisspanne von 100-200% oder die Bewertung des Zuschlagskriteriums 2. Es sei damit das rechtliche Gehör verletzt worden. Weiter habe die Vorinstanz ihr Angebot von Fr. 12'851'600 auf Fr. 14'385'560 netto exkl. MwSt. bereinigt. Diese Bereinigungsberechnung erschliesse sich ihr nicht. Weiter sei in der Ausschreibung festgehalten worden, die Preis-Bandbreite werde erst nach der Offertöffnung festgelegt. Sie sei nun mit 100% bis 200% festgelegt worden, und dies unbesehen der Tatsache der effektiven Bandbreite der zwei einzigen Angebote. Vor diesem Hintergrund erweise sich die gewählte Preiskurve, die erst bei 100% über der billigsten Offerte 0 Punkte ergäbe, als rechtswidrig, werde doch dadurch auch die Gewichtung (30%) in Wirklichkeit massiv reduziert auf rund 10%. Bei Festlegung einer korrekten Preiskurve würde die Zuschlagsempfängerin mit ihrem Angebot von Fr. 19'280'917 exkl. MwSt viel weniger Punkte erreichen und der Zuschlag wäre der Beschwerdeführerin zu erteilen. Weiter kritisiert die Beschwerdeführerin auch die Auswertung des Zuschlagskriteriums 2, für welches total 350 Punkten vergeben worden seien, sie aber nur 137 erzielt habe. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt offensichtlich mehrfach unrichtig und unvollständig festgestellt, ihr Ermessen missbraucht und damit rechtsfehlerhaft entschieden. Korrekterweise seien der Beschwerdeführerin mindestens 300 Punkte zuzuteilen.

**3.3.3** Würde die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen durchdringen, bestünden reelle Chancen auf den Zuschlag, da sie dann mehr Punkte als die Zuschlagsempfängerin erzielen würde. Denn gemäss der angefochtenen Bewertung erzielte die Beschwerdeführerin rund 63 Punkte weniger als die Zuschlagsempfängerin. Würde bei der Preiskurve - wie von der Beschwerdeführerin gefordert - eine Bandbreite von höchstens 150% angewendet (ausgehend von einem durch die Vorinstanz auf Fr. 14'747'320 bereinigten Preis der Beschwerdeführerin), würde die Zuschlagsempfängerin noch 115.55 Punkte erzielen und damit rund 92 Punkte weniger als von der Vorinstanz ermittelt. Dies wäre bereits mehr als die Differenz gemäss Auswertung aller Zuschlagskriterien durch die Vorinstanz (63 Punkte). Die Beschwerdelegitimation ist damit ohne Weiteres zu bejahen.

**3.4** Im Rahmen der prima-facie-Würdigung sind die Sachurteilsvoraussetzungen damit als erfüllt zu betrachten, womit auf die Beschwerde einzutreten ist. Somit ist in einem nächsten Schritt die materielle Rechtslage summarisch zu prüfen.

**4.1** Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Die Begründung des Submissionsergebnisses resp. der Mitteilung sei ungenügend und auch im Debriefing vom 3. April 2023 habe die Vorinstanz die Bewertung der Angebote nicht nachvollziehbar begründen können. Einsicht in die Evaluation habe sie verweigert.

Die Vergabeverfügung ist summarisch zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen (§ 36 Abs. 2 VIVöB). Dem ist die Vorinstanz mit der begründeten Eröffnung des Zuschlages nachgekommen (vgl. oben Ingress Bst. B). Die Vorinstanz hat sich dabei nicht auf eine pauschale Begründung (etwa, der Zuschlag gehe an das wirtschaftlich günstigste Angebot) beschränkt, sondern auch ausgeführt, in welchem Kriterium die Zuschlagsempfängerin entscheidend besser abschnitt und damit auch das Minus beim Kriterium 'Preis' wettmachen konnte. Der minimalen Anforderung gemäss Verordnung ist die Vorinstanz damit nachgekommen. Zusätzlich offerierte sie der Beschwerdeführerin ein Debriefing, welches auch stattfand. Dieses Vorgehen der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden (vgl. § 36 Abs. 3 VIVöB). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist unter diesen Umständen prima vista auszuschliessen. Aber selbst wenn eine solche vorläge, dann wäre sie nicht derart gravierend, dass sie im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nicht geheilt werden könnte (Urteil BVGer B-3302/2019 vom 24.9.2019 Erw. 6.2). Es wäre die Verletzung gegebenenfalls im Rahmen der Kostenfrage zu berücksichtigen, änderte aber nichts an der Vergabe (vgl. VGE III 2019 205 vom 20.3.2020 Erw. 2.4 und 8).

**4.2.1** Hinsichtlich Zuschlagskriterium 'Preis' rügt die Beschwerdeführerin zum einen, die Vorinstanz habe ihr Angebot zu Unrecht von Fr. 12'851'600 auf Fr. 14'385'560 netto exkl. MwSt. bereinigt. Zum andern habe die Vorinstanz eine nicht korrekte Preiskurve angewendet. Sie habe in der Ausschreibung angekündigt, die Preiskurve resp. die Bandbreite nach Offertöffnung in Kenntnis der Angebote festzulegen und habe diese dann bei Vorliegen der zwei Angebote (Fr. 12'851'600 und Fr. 19'176'701) zu Unrecht auf 100% bis 200% festgelegt. Damit habe sie eine viel zu grosse Bandbreite festgelegt, ohne dies weiter zu begründen, was zusätzlich zu einer Verfälschung der Gewichtung des Kriteriums (30%) führe.

**4.2.2** Die Vorinstanz begründet die Bereinigung des Preises mit der Anzahl Projekttag und der Vergleichbarmachung der Angebote. Gemäss Ausschreibung sei mit 660 Projekttagen gerechnet worden, was gemäss Offerte der Beschwerdeführerin nicht ausreiche; sie garantiere eine Umsetzung mit 2880 Projekttagen +/- 1200 Tagen. Die Beschwerdeführerin selbst habe damit einen Vorbehalt angebracht. Wenn aber die Offerte auf 660 Projekttagen basiere, müsse eine Bereini-

gung hin zu realistischen Projekttagen gemäss Beschwerdeführerin vorgenommen werden. Anlässlich der Präsentation habe sie dies selbst bestätigt, weshalb von einem bereinigten Preis von Fr. 14'747.320 auszugehen sei.

Dass die Preisbandbreite erst nach Offertöffnung festgelegt werde, sei in den Unterlagen bekannt gegeben worden. Nach Kenntnis der Offerten sei die Preisspanne bei 100% festgelegt worden, was nach Ansicht der Vorinstanz aufgrund des komplexen Auftrages für IT-Leistungen zulässig und im Resultat sachgerecht sei. Es führe dies auch nicht zu einer unrechtmässigen Verschiebung der Preisgewichtung von 30%. Im Gegenteil komme man mit der ebenfalls teilweise tieferen, effektiven Gewichtung der übrigen Zuschlagskriterien auf eine finale effektiv verhältnismässige Preisgewichtung von fast 35%. Die Gewichtung des Preises werde mit der gewählten Preiskurve damit nicht unterlaufen, sondern gar höher bewertet.

**4.2.3** Im zur Publikation in der EGV-SZ vorgesehenen Entscheid VGE III 2022 27 vom 23. Juni 2022 Erw. 3.3.1 ff. hat sich das Verwaltungsgericht mit Fragen zur Ausgestaltung der Preiskurve auseinandergesetzt. Unter Hinweis auf die Rechtsprechung wurde festgehalten, dass das Transparenzgebot verletzt sei, wenn eine erst nach der Ausschreibung festgelegte flache Preiskurve zu einer starken Relativierung der Gewichtung des Preiskriteriums führe. Gemäss Bundesgericht führe eine Skala, bei welcher die Bewertungsobergrenze beim Doppelten des billigsten Angebots liege und die für ein um 50% teureres Angebot immer noch die Hälfte der maximalen Punktzahl vorsehe, zu einer äusserst flach verlaufenden Preiskurve; dergestalt werde die mit 30% ohnehin tiefe Gewichtung des Preises weiter abgeschwächt. Weiter führte das Verwaltungsgericht aus, falls die Preiskurve erst nachträglich festgelegt werde, habe sich die Vergabestelle grundsätzlich an die effektive Bandbreite der eingereichten Angebote zu halten. Damit werde im Normalfall erreicht, dass die festgelegte Gewichtung des Preises effektiv zum Tragen komme. Im konkreten Fall (Beschaffung eines elektronischen Tools) wurde eine Preiskurve mit einer Bandbreite von 300% (bei einer Gewichtung von 30%) aufgrund der effektiven drei auswertbaren Offerten (Spanne von 32%) als nicht rechters beurteilt und ein Bereich von 35% als sachgerecht beurteilt; eine Bandbreite von 50% wurde als relativ deutlich über der effektiven Bandbreite beurteilt.

**4.2.4** Vor dem Hintergrund dieses Leiturteils erscheint die Rüge der Beschwerdeführerin im Rahmen einer prima-facie-Würdigung nicht als geradezu unbegründet. Die Festlegung der Preiskurve wurde auf den Zeitpunkt nach Offertöffnung verschoben, um die effektive Bandbreite zu berücksichtigen. Nach Vorliegen dieser Bandbreite (Fr. 12'851'600 zu Fr. 19'176'701 = ca. 50%) resp. nach Bereini-

gung der Offerten (ca. 31%) eine Bandbreite von 100% (d.h. erst ein doppelt so hoher Preis wie das günstigste Angebot erhält 0 Punkte) festzulegen, bedarf einer schlüssigen, nachvollziehbaren Begründung, erscheint sie doch 'prima vista' als unrechtmässig. Bleibt zu ergänzen, dass das genannte Leiturteil noch vor der Publikation der vorliegenden Beschaffung erging und bei der Vorinstanz als bekannt vorausgesetzt werden darf (vgl. auch VGE III 2021 85 vom 31.5.2021 Erw. 4.5.4).

**4.2.5** Würde vorliegend aufgrund der effektiven Bandbreite (ca. 30%) für die Preiskurve eine solche von 50% festgelegt, würde dies das Ergebnis der Submission wesentlich verändern (die Zuschlagsempfängerin verlöre rund 92 Punkte), so dass im Rahmen der prima-facie-Würdigung im Mindesten die Möglichkeit besteht, dass sich die Beschwerde als begründet erweist.

**4.3** Was die Rügen betreffend Bewertung des Zuschlagskriteriums 2 (funktionale Anforderungen inkl. Optionen; Gewichtung 35%) anbelangt, so ist darauf hinzuweisen, dass der Vergabebehörde bei der Auswahl, Gewichtung der Zuschlagskriterien sowie bei der Würdigung und dem Vergleich der Angebote ein erheblicher Ermessensspielraum zukommt (BGE 143 III 553 Erw. 6.3.2; VGE III 2021 115 vom 18.2.2022). Gleichzeitig nimmt das Gericht nur eine zurückhaltende Überprüfung vor, wo sich Fragen vorwiegend technischer Natur stellen sowie bei reinen Ermessensfragen (VGE III 2020 105 vom 21.12.2020 Erw. 1.4.3). Im Rahmen einer prima-facie-Würdigung kann nicht festgestellt werden, dass die Vorinstanz das Zuschlagskriterium 2 geradezu rechtsfehlerhaft ausgewertet hätte, so dass die Beschwerde offenkundig gutzuheissen wäre.

**4.4** Zusammenfassend besteht damit eine gewisse Erfolgchance der Beschwerde, sollte sich zeigen, dass die nachträgliche Festlegung der Preiskurve rechtsfehlerhaft war. Eine summarische Prüfung lässt diesbezüglich keine klare Aussage zu; eine Gutheissung der Rüge erscheint nicht geradezu unmöglich, was es im Rahmen des Hauptverfahrens vertieft zu klären gilt.

**5.** Steht aufgrund einer prima-facie-Würdigung der Eintretensvoraussetzungen und der materiellen Rechtslage fest, dass weder die Beschwerdelegitimation klarerweise nicht gegeben ist, noch Erfolgchancen nicht ausgeschlossen werden können, bedarf es in einem nächsten Schritt einer Interessenabwägung aufgrund einer summarischen Beurteilung der im Zeitpunkt des prozessualen Entscheids überblickbaren Rechts- und Sachlage (vgl. oben Erw. 2.3.1 ff.; VGE III 2022 4 vom 19.1.2022).

**5.1** Die Beschwerdeführerin macht im Rahmen der Interessenabwägung ein erhebliches wirtschaftliches Interesse geltend. Öffentliche Ausschreibungen in der wirtschaftlichen Grössenordnung wie der vorliegenden seien nicht allzu häufig; die finanzielle Bedeutung des Zuschlags sei deshalb für die Beschwerdeführerin gross. Entsprechend habe man einen nicht geringen Aufwand zur Erstellung einer zuschlagsgeeigneten, ausschreibungskonformen Offerte betrieben. Das Projekt sei geradezu auf die Beschwerdeführerin zugeschnitten. Als Vergabeteilnehmerin sei sie darauf angewiesen, dass das Verfahren rechtsstaatlich korrekt ablaufe. Insoweit gingen die beschwerdeführerischen Interessen mit dem öffentlichen Interesse an der Gewährung eines rechtsstaatlich einwandfreien Verfahrens und dem Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Hand in Hand. Entgegenstehende überwiegende öffentliche oder private Interessen seien nicht ersichtlich. Zeitliche Aspekte seien nicht von vorrangiger Bedeutung; dies umso weniger, als sich die Vergabebehörde mit der Zuschlagsverfügung reichlich Zeit gelassen habe. Zudem könne die Rechtsmittelbehörde vorliegend in der Sache selbst direkt entscheiden, wodurch mit einem Abschluss des Verfahrens innert nützlicher Frist zu rechnen sei.

**5.2** Demgegenüber betont die Vorinstanz, die öffentlichen Interessen würden die privaten der Beschwerdeführerin bei weitem überwiegen. Es gehe um die Beschaffung einer Informatiklösung für den Vollzug der landwirtschaftlichen Gesetzgebung, die aufgrund der Änderungen der Agrarpolitik und der Gesetzgebung dringend notwendig sei. Die im Einsatz stehende Fachapplikation sei nicht mehr weiter einsatzfähig und müsse auf den 1. Januar 2026 zwingend abgelöst werden. Ihre Wartung, Pflege und der Support seien nur noch bis zum 31. Dezember 2025 vertraglich abgesichert. Das Beschwerdeverfahren verunmögliche die rechtzeitige Einführung einer Nachfolgelösung, was die Erfüllung des gesetzlichen Leistungsauftrages in zwölf Kantonen gefährde und zu immensen Nachteilen für rund  $\frac{1}{4}$  der Schweizer Landwirtschaft führe. Die zwölf Kantone (AG, AI, AR, GL, GR, NW, OW, SZ, SG, TI, UR, ZH) würden seit rund 20 Jahren im Bereich Landwirtschaftsrecht und weiterer Rechtsgebiete mit einer gemeinsamen IT-Lösung zusammenarbeiten (Agricola-Kantone). Von den vom Bund im Jahr 2021 ausgerichteten 2.815 Mia. Franken an Direktzahlungen würden rund  $\frac{1}{3}$  über diese Lösung erhoben, kontrolliert, verwaltet und ausbezahlt. Rund 15'000 User (Landwirte, Dritte, Verwaltung) hätten täglich Zugriff auf die Fachapplikation. Dies zeige die grosse Bedeutung des Tools auf. Der Übergang von der alten zur neu zu beschaffenden Applikation per 1. Januar 2026 müsse gewährleistet sein. Dieses gemeinsame, öffentliche Interesse an einer reibungslosen Ablösung der Fachapplikation übersteige das private Interesse der Beschwerdeführerin bei weitem. Eine existenzielle Bedrohung von zwölf Kantonen zur Erfüllung ihrer

durch die Landwirtschaftsgesetzgebung aufgetragenen Aufgaben durch eine beschwerdeweise Verzögerung, die nach Darstellung der Vorinstanz objektiv keine Chancen auf Gutheissung habe, sei nicht zu schützen.

**5.3** Damit zeigt sich, dass sich die Beschwerdeführerin im Wesentlichen auf ihr wirtschaftliches Interesse beruft, welchem rechtsprechungsgemäss indes nicht überragende Bedeutung beizumessen ist, resp. das für sich allein für die Bestätigung der aufschiebenden Wirkung nicht auszureichen vermag. Die Beschwerdeführerin hält denn auch fest, ihr wirtschaftliches Interesse decke sich mit dem öffentlichen Interesse an Rechtsstaatlichkeit und rechtmässigem Submissionsverfahren. Dieses Interesse ist zu bejahen, wenn bei provisorischer Einschätzung eine erhebliche Wahrscheinlichkeit für die Gutheissung der Beschwerde spricht (vgl. oben Erw. 2.3.4). Wie zuvor ausgeführt, besteht wohl die Möglichkeit einer Beschwerdegutheissung; jedoch kann - bei summarischer Prüfung - nicht geradezu von einer erheblichen Wahrscheinlichkeit gesprochen werden, weshalb das private Interesse zu relativieren ist.

Andererseits ist nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführerin auf die lange Dauer bis zum Erlass der Vergabeverfügung hinweist, was die zeitliche Dringlichkeit ausschliesse. Auch fällt auf, dass die Vorinstanz für die Einreichung der Vernehmlassung um Fristerstreckung ersuchte, was die Dringlichkeit grundsätzlich ebenfalls in Frage stellt (zumindest hätte die Vorinstanz bereits vorzeitig den Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung stellen können). Immerhin ist anzuerkennen, dass sie die erstreckte Frist nicht ausgenutzt und die Vernehmlassung vor Fristablauf eingereicht hat. Was die Zeit bis zur Vergabe anbelangt, so ist anzuerkennen, dass eine interkantonale Beschaffung notgedrungen mehr Zeit beansprucht. Nach der Beschlussfassung im federführenden Kanton Schwyz (13.12.2022) mussten elf weitere kantonale Beschlüsse folgen, wobei das Verfahren in jedem Kanton anders aussieht (vgl. Vi-act. 107 - 125). Es ist selbsterklärend, dass die Vergabeverfügung nicht erlassen werden konnte, bevor nicht der letzte zustimmende Kantonsbeschluss vorlag. Dies war erst am 20. März 2023 der Fall, worauf dann aber die Vergabeverfügung am 28. März 2023 zeitnah erfolgt ist. Mithin kann der Vorinstanz nicht trölerisches Verhalten vorgeworfen werden.

Im Weiteren vermag die Vorinstanz die Bedeutung der zeitlichen Dringlichkeit nachvollziehbar aufzuzeigen. Die IT-Lösung zum Vollzug der landwirtschaftlichen Gesetzgebung kommt in 12 Kantonen für rund  $\frac{1}{4}$  der gesamtschweizerischen Landwirtschaft zum Einsatz. Die Ablösung muss per 1. Januar 2026 gewährleistet sein, was gemäss Zeitplan keinen Aufschub duldet. Zudem kann es als geradezu notorisch bezeichnet werden, dass die Einführung neuer IT-Lösungen

Überraschungen und damit Verzögerungen mit sich bringen kann. Auch deshalb ist die zeitliche Dringlichkeit nachvollziehbar und als hoch zu gewichten. Die Komplexität der zu beschaffenden Fachapplikation ergibt sich aus dem Beschaffungsgegenstand ohne weiteres und wird - in Betonung der wirtschaftlichen Bedeutung - auch durch die Beschwerdeführerin bestätigt. Auch die Bedeutung durch den Vollzug in 12 Kantonen und die Vielzahl der User bestärkt das hohe öffentliche Interesse an einer raschen bzw. fristgerechten Beschaffung, damit der Vollzug per 1. Januar 2026 gewährleistet ist.

**5.4** Die Gegenüberstellung der Interessen ergibt damit, dass das vorinstanzlich geltend gemachte, öffentliche Interesse an einer raschen, verzugslosen Umsetzung ausgewiesen und höher zu gewichten ist als das private Interesse der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der aufschiebenden Wirkung des Verfahrens, was einen zeitgerechten Vollzug der landwirtschaftlichen Gesetzgebung per 1. Januar 2026 in zwölf Kantonen gefährden würde.

**6.** Diesem Ergebnis entsprechend ist dem Antrag der Vorinstanz auf Entzug der aufschiebenden Wirkung statt zu geben.

**7.1** Der Beschwerdeführerin wird mit diesem Zwischenbescheid die Vernehmung der Vorinstanz vom 16. Mai 2023 zugestellt.

Des Weiteren erhält die Beschwerdeführerin:

- Akten gemäss Aktenverzeichnis zur Beschwerdeantwort VG III 2023 54: act. 201, 202, 203
- Akten (vier Ordner) gemäss Aktenverzeichnis der Vorinstanz zur Beschwerdeantwort VG III 2023 54 ohne act. 61 - 88, 93.8 - 93.11, 94.28, 95.6 - 96, wobei act. 95.11 und 95.12 geschwärzt (betr. C. \_\_\_\_\_ AG) beigelegt werden.
- Akten der Vorinstanz geschwärzt zur Beschwerdeantwort VG III 2023 54: act. 61, 73, 93.8
- Kopie Eingabe Zuschlagsempfängerin vom 9. Mai 2023

Werden Akten zur Einsicht verlangt, die mit diesem Zwischenbescheid nicht zugestellt werden, ist so rasch als möglich darum zu ersuchen, worauf nach Rücksprache mit den Parteien über deren Offenlegung entschieden werden kann.

**7.2** Es wird ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet. Die Beschwerdeführerin hat die Replik dem Gericht bis spätestens 16. Juni 2023 einzureichen.

**8.** Über die Kosten- und Entschädigungsfolge dieses Zwischenbescheides wird mit der Hauptsache befunden.

**9.** Gegen selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren ist gemäss Art. 92 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) vom 17. Juni 2005 die Beschwerde ans Bundesgericht zulässig. Gegen andere selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide ist die Beschwerde zulässig (Art. 93 Abs. 1 BGG), wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können (lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen unbedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b). Des Weiteren ist zu beachten, dass dieser Entscheid betreffend aufschiebende Wirkung nur in dem Umfang beim Bundesgericht angefochten werden kann, als in der Hauptsache der Beschwerdeweg ans Bundesgericht offensteht (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1354).

Über die Anfechtbarkeit dieses Zwischenbescheides hat im Falle eines Weiterzuges das Bundesgericht zu entscheiden. Wenn dieser Zwischenbescheid, um allen Eventualitäten gerecht zu werden, mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen wird, können die Parteien hieraus im Falle eines Weiterzuges folglich nichts zu ihren Gunsten herleiten.

### **Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:**

1. Der Beschwerde vom 11. April 2023 wird die aufschiebende Wirkung per sofort entzogen.
2. Es wird ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet. Die Beschwerdeführerin hat die Replik bis spätestens am 16. Juni 2023 einzureichen; im Unterlassungsfall wird Verzicht angenommen. Die Akten sind in jedem Fall zu retournieren.
3. Über die Kosten- und Entschädigungsfolge dieses Zwischenbescheides wird mit der Hauptsache befunden.
4. 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 Rechtschrift einzureichen.

5. Zustellung an:
  - den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin (2/R; inkl. den erwähnten Beilagen)
  - den Regierungsrat (EB)
  - das Volkswirtschaftsdepartement (EB; inkl. den Eingaben der Zuschlagsempfängerin vom 9.5.2023 und der Beschwerdeführerin vom 22.5.2023)
  - und die Eidg. Wettbewerbskommission, 3003 Bern (A).

Schwyz, 25. Mai 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: 26. Mai 2023