

B 7	2. Urteil des Verwaltungsgerichts Graubünden vom 4. August 2014 betreffend Submission
-----	--

Publikation eines kantonalen Urteils, das in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 2 BGBM), mit Erläuterungen von Simon Odermatt und Gaël Schaffter, Kompetenzzentrum Binnenmarkt, Sekretariat der Wettbewerbskommission.

Publication d'une décision rendue en application de la Loi sur le marché intérieur (art. 10a al. 2 LMI) avec les commentaires de Simon Odermatt et Gaël Schaffter, Centre de compétence Marché intérieur, Secrétariat de la Commission de la concurrence.

1 Erläuterungen / Commentaires

1. Die Auftraggeberin B. lud vier Anbieter ein, ihr ein Angebot für eine „Business-Software“ und zwei Zusatzangebote (Optionen) für die Lieferung von Hardware bzw. für die Erbringung von Hosting-Dienstleistungen einzureichen. A. reichte innert Frist ein Angebot ein. Ebenfalls fristgerecht gingen bei B. drei weitere Angebote ein.

2. Am 23. Mai 2014 erteilte B. den Zuschlag an C., die aus ihrer Sicht das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht hatte. Dagegen reichte A. am 2. Juni 2014 eine Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden ein. Im Wesentlichen brachte A. vor, dass der Zuschlag an C. widerrechtlich sei, weil es zu einer Verfälschung und willkürlichen Bewertung der Angebote gekommen sei.

3. Das BGBM gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM).

4. Die Gewährleistung des freien und gleichberechtigten Zugangs zum Markt umfasst auch den Zugang zu kantonalen und kommunalen Beschaffungen. Die binnenmarktrechtlichen Bestimmungen zu den öffentlichen Beschaffungen befinden sich in Art. 5 BGBM. Hierbei handelt es sich um eine Norm des Bundesrechts, die direkt auf kantonale und kommunale Beschaffungsverfahren anwendbar ist. Art. 5 BGBM legt die materiellen und verfahrensrechtlichen Mindeststandards fest, die bei kantonalen Beschaffungen eingehalten werden müssen: Die Gewährung des diskriminierungsfreien Zugangs zum Markt (Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 BGBM) und die Pflicht zur Publikation von Vorhaben für umfangreiche Beschaffungen (Art. 5 Abs. 2 BGBM).

5. Im vorliegenden Fall hat das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden festgestellt, dass der Wert des öffentlichen Auftrags den Schwellenwert übersteigt, bis zu welchem ein freihändiges Verfahren zulässig ist, und dass kein Ausnahmetatbestand gegeben ist, der eine freihändige Vergabe dennoch zulassen würde (E. 7). Diese falsche Wahl des Vergabeverfahrens qualifizierte das Verwaltungsgericht als einen derart schwerwiegenden Rechtsmangel, dass er auch ohne entsprechende Rüge der Beschwerdeführerin und gar gegen ihren Wil-

len zu beachten sei und sich eine Anwendung von Art. 5 BGBM von Amtes wegen rechtfertige. Nur so könne eine Umgehung des Gebots der öffentlichen Ausschreibung für umfangreiche Beschaffungen wirksam verhindert und der freie Wettbewerb sichergestellt werden (E. 8 c).

* * *

1. Le Pouvoir adjudicateur B. a invité quatre entreprises à lui soumettre une offre pour la fourniture d'un « Business-software » ainsi que deux options (variantes) supplémentaires incluant en plus la fourniture de matériel informatiques respectivement de prestations d'hébergement information. A. a transmis une offre dans le délai imparti. Dans ce même délai, trois autres offres sont parvenues à B.

2. En date du 23 mai 2014, B. a adjugé le marché à C. qui a fait selon lui l'offre économiquement la plus avantageuse. Par acte du 2 juin 2014, A. a déposé un recours par devant le Tribunal administratif du canton des Grisons. En substance, elle contestait l'adjudication à C. en faisant valoir l'illicéité des rectifications des offres et l'arbitraire de l'évaluation du prix des offres.

3. La LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI).

4. Le droit d'accès au marché comprend également l'accès aux marchés publics cantonaux et communaux. Les dispositions du droit du marché intérieur sur les marchés publics se trouvent à l'article 5 LMI. Il s'agit d'une disposition de droit fédéral qui est directement applicable aux procédures cantonales et communales de marchés publics. L'article 5 LMI fixe les standards minimaux matériel et formel qui doivent être respectés dans les procédures cantonales de marchés publics. Il s'agit du principe de non-discrimination (art. 5 al. 1 en lien avec l'art. 3 LMI) et de l'obligation de publication (art. 5 al. 2 LMI).

5. Dans le cas présent, le Tribunal administratif des Grisons a constaté que la valeur du marché dépasse les seuils applicables à la procédure sur invitation et qu'aucun motif permettant la passation du marché de gré à gré n'est donné en l'espèce (consid. 7). Ainsi, le Tribunal administratif a jugé que le choix erroné de la procédure de passation du marché constitue un vice si important qu'il justifie l'application d'office de l'article 5 LMI, même si la recourante n'a pas évoqué ce grief et, le cas échéant, même contre la volonté de cette dernière. En effet, pour le Tribunal administratif, c'est le seul moyen d'empêcher effectivement que l'obligation de publication des projets de marchés publics de grande importance soit contournée et de garantir une libre concurrence (consid. 8 c).

* * *

2 Verwaltungsgericht Graubünden, Urteil U 14 40 vom 4. August 2014

A., vertreten durch Rechtsanwalt Z., Beschwerdeführerin gegen

B., vertreten durch Rechtsanwalt Y., Beschwerdegegnerin 1

und

C., Beschwerdegegnerin 2

betreffend Submission

1. Die B. lud am 10. Februar 2014 vier Anbieter ein, bis am 7. März 2014 eine Offerte für eine Business-Software einzureichen, wobei sie die Ausschreibung in ein Grundangebot (Softwareinstallation auf virtuellem Server der B.), ein Zusatzangebot Option 1 (Softwareinstallation und Lieferung eines unabhängigen Servers) und ein Zusatzangebot Option 2 (Softwareinstallation mit externer Hostinglösung) gliederte. Unternehmervarianten erklärte sie für zulässig, nicht aber Teilangebote.
2. Innert Frist gingen von der D., der C., der A. sowie der E. Angebote ein. Am 11. März 2014 fand die Offertöffnung statt. Diese ergab eine grosse Streuung der offerierten Preise, welche von Fr. 280'000.- bis über Fr. 800'000.- reichte.
3. Im Rahmen der Auswertung der eingegangenen Offerten zeigte sich, dass die Angebote objektiv nicht vergleichbar waren. Deshalb bereinigte die B. die Angebote in technischer und rechnerischer Hinsicht. Dabei stellte sie fest, dass das Grundangebot der D. nicht den Anforderungen der Ausschreibung entsprach, weshalb sie die D. vom Vergabeverfahren ausschloss. Die drei verbliebenen Anbieter lud sie zu einem Submissionsgespräch ein, wobei diese vorgängig eine Frageliste schriftlich zu beantworten hatten.
4. Aufgrund der dadurch gewonnenen Erkenntnisse bereinigte die B. die Angebote abermals, was dazu führte, dass eine Anbieterin (D.) ausgeschlossen werden musste und sich die Grundangebote in der Preisspanne von Fr. 435'145.- (A.) über Fr. 41'250.- [recte: 441'250.-] (E.) bis zu Fr. 571'283.70 bewegten bzw. die Unternehmervarianten von Fr. 392'645.- (A.) über Fr. 431'283.70 (C.) bis zu Fr. 471'250.- (E.).

Um das Gesamtpaket beurteilen zu können, fragte die B. bei den Anbietern die jährlichen Kosten für Service, Support und Updates an und rechnete diese auf fünf Jahre hoch, gleichermassen für Grundangebot und Unternehmervariante. Hierfür offerierte die Anbieterin E. für Fr. 220'000.00, die Anbieterin C. für Fr. 225'740.00 und die Anbieterin A. für Fr. 235'770.00.

Daraufhin bewertete die B. die bereinigten Offerten gemäss den in der Ausschreibung bekanntgegebenen Zuschlagskriterien. Daraus ging die Unternehmervariante der C., inkl. Wartung für fünf Jahre, zu Fr. 657'023.70 als das wirtschaftlich günstigste Angebot hervor. Mit Verfügung vom

23. Mai 2014 erteilte die B. der C. in der Folge den Zuschlag für diese Offerte.

5. Dagegen gelangte die A. (Beschwerdeführerin) am 2. Juni 2014 mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden.

[...]

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Die [...] gegründete Beschwerdegegnerin 1 betreibt in der Schweiz und in [...] eine Kraftwerkskombination, mit der sie im Jahresmittel rund [...] Gigawattstunden Strom erzeugt. Ein solches im Energiesektor tätiges Unternehmen, das aufgrund von der öffentlichen Hand verliehener Rechte eine Art Monopolstellung besitzt, fällt unter Art. 8 Abs. 1 Bst. c der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BR 803.410), soweit es in der Schweiz Aufträge zur Durchführung seiner in der Schweiz ausgeübten Sektorentätigkeit vergibt. Zur Sektorentätigkeit gehört dabei alles, was für die rechtskonforme, fachgerechte und zeitgemässe Verfolgung der umschriebenen Sektorentätigkeit direkt oder indirekt (Infrastruktur) erforderlich ist (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N. 153 und 155). Die strittige Vergabe bezieht sich auf das Informationssystem der Beschwerdegegnerin 1, welches diese zur Abwicklung ihrer Geschäftstätigkeit benötigt. Dieses bildet einen Teil der betrieblichen Infrastruktur der Beschwerdegegnerin 1 und zählt demnach zur Sektorentätigkeit gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. c IVöB. Als (gemischter) Dienstleistungsvertrag im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Bst. c IVöB erreicht der ausgeschriebene Auftrag überdies die massgeblichen Schwellenwerte für die Unterstellung unter die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (Art. 7 Abs. 1 IVöB; <http://www.bbl.admin.ch/> > Informationen > Schwellenwerte, besucht am 18. August 2014). Die strittige Vergabe fällt demnach in den Geltungsbereich der fraglichen Interkantonalen Vereinbarung. Soweit diese zur Beantwortung der sich stellenden Frage keine oder keine abschliessende Regelung enthält, gelangen ergänzend das Submissionsgesetz (Art. 4 und 5 SubG; BR 803.300) sowie die Subventionsverordnung (SubV; BR 803.1) und für verfahrensrechtliche Fragen das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100) zur Anwendung.
2. Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die Verfügung vom 23. Mai 2014, in der die Beschwerdegegnerin 1 der Beschwerdegegnerin 2 den Zuschlag für die ausgeschriebene Business-Software erteilt hat. Dieser Entscheid stellt ein taugliches Anfechtungsobjekt im Sinne von Art. 15 Abs. 1^{bis} IVöB dar. Die Beurteilung einer dagegen erhobenen Beschwerde obliegt gemäss Art. 15 Abs. 1 IVöB i.V.m. Art. 25 SubG dem Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden. Die vorliegende Beschwerde fällt somit in die Zuständig-

keit des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden.

3. a) Wer zur Anfechtung eines solchen Vergabeentscheides berechtigt ist, regelt weder die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen noch das Submissionsgesetz sowie die diese konkretisierende Submissionsverordnung. Unter diesen Umständen ist diese Frage aufgrund von Art. 50 VRG zu beurteilen. Danach ist zur Beschwerde legitimiert, wer durch den angefochtenen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an seiner Aufhebung oder Änderung hat oder wer durch besondere Vorschrift dazu ermächtigt ist. Erforderlich ist dabei neben der formellen Beschwer ein besonderes, tatsächliches, allenfalls auch rechtliches Interesse, das sich aus einer nahen und beachtenswerten Beziehung der beschwerdeführenden Partei zum Streitgegenstand ergibt und zum Zeitpunkt der Beschwerdeführung grundsätzlich noch aktuell ist (vgl. zum Ganzen: PVG 2010 Nr. 29, 1997 Nr. 56). Im Submissionsrecht ist ein solches schutzwürdiges Interesse insbesondere zu bejahen, wenn die beschwerdeführende Partei am Vergabeverfahren teilgenommen hat, jedoch beim Zuschlag unberücksichtigt geblieben oder vom Verfahren ausgeschlossen wurde. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts ist die Beschwerdelegitimation unabhängig von den konkreten Chancen auf den Zuschlag gegeben (Urteil des Verwaltungsgerichts U 13 86 und 87 vom 13. Januar 2014 E.1b/bb; vgl. zum Ganzen: BGE 137 II 313 E.3.3.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N. 1302 ff.; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N. 1927).

- b) Die Beschwerdegegnerin 1 [recte: Beschwerdeführerin] reichte am 10. Februar 2014 eine Offerte für die von der Beschwerdegegnerin 1 ausgeschriebene Business-Software ein (vgl. act.-Bg 11 S. 11). Mit Verfügung vom 23. Mai 2014 erteilte die Beschwerdegegnerin 1 den Zuschlag für den fraglichen Auftrag der Beschwerdegegnerin 2. Durch diesen negativen Vergabeentscheid ist die Beschwerdeführerin formell beschwert und hat überdies als nicht berücksichtigte Anbieterin ein hinreichendes eigenes Interesse an der korrekten Abwicklung des Beschaffungsverfahrens. Ihre Beschwerdelegitimation ist folglich zu bejahen.

[...]

7. a) Gegenstand des strittigen Submissionsverfahrens bildet die Modernisierung der Business-Software der Beschwerdegegnerin 1. Laut den Ausschreibungsunterlagen ist die Beschwerdegegnerin 1 an einer komplett standardisierten Business-Software interessiert, die es ihr ermöglicht, individuelle Anpassungen rein über Parametrierungen und individuelle Sichten vorzunehmen. Die Lieferung dieser auf die Bedürfnisse der Beschwerdegegnerin 2 zugeschnittenen Business-Software, einschliesslich der erforderlichen Hardware, schliesst

alle hierfür erforderlichen Ingenieur- und Planungsarbeiten, die Datenmigration, das Aufsetzen und Programmieren der neuen Module, Reports und Formulare, Cockpits, erforderliche Testungen vor Ort, die Inbetriebnahme und den Probetrieb der spezifizierten Lieferungen unter Übernahme der geforderten Garantien mit ein (vgl. Ausschreibungsunterlagen, Teil XXII, Pflichtenheft, S. 1 [act.-Bg 7]). Diese Beschaffung, welche die Beschwerdegegnerin 1 im laufenden Submissionsverfahren auf die Wartung während fünf Jahren ausgedehnt hat (vgl. Sachverhalt Ziff.4), beinhaltet die Lieferung beweglicher Güter (z.B. Hardware, standardisierter Softwareelemente) sowie die Erbringung zahlreicher Dienstleistungen. Hierbei handelt es sich daher um einen Liefer- und Dienstleistungsvertrag, wobei die Elemente des Dienstleistungsvertrags überwiegen. Nach der Schwerpunkt- bzw. Präponderanztheorie ist diese Beschaffung demzufolge als Dienstleistungsvertrag anzusehen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N. 240).

- b) Solche Beschaffungen hat die Auftraggeberin gemäss Art. 12 Abs. 1 IVöB im offenen, im selektiven, im Einladungs- oder freihändigen Verfahren zu vergeben. Welche dieser Vergabearten zu wählen ist, hängt neben der Art des zu vergebenden Auftrags (Lieferung, Dienstleistung, Bauauftrag) vom Wert des in Frage stehenden Auftragsvolumens ab. Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen sieht im nicht von Staatsverträgen erfassten Bereich die Anwendung des offenen und selektiven Verfahrens bei Vergaben für Dienstleistungsverträge ab Fr. 250'000.--, das Einladungsverfahren ab Fr. 150'000.-- bis zu Fr. 250'000.-- und das freihändige Verfahren unter Fr. 150'000.-- vor (www.bbl.admin, besucht am 18 August 2014; vgl. ausserdem Art. 14 Abs. 1 SubG). Den für die Bestimmung der Vergabeart massgebliche Auftragswert hat die Auftraggeberin anhand einer zuverlässigen Schätzung zu ermitteln und nachzuweisen. Liegt der geschätzte Auftragswert im Grenzbereich des oberen Schwellenwerts, nach welchem die Durchführung des Einladungsverfahrens noch zulässig ist, muss die Auftraggeberin den Auftrag öffentlich ausschreiben, um den gesetzlichen Anforderungen zu genügen (PVG 2003 Nr. 28 E.3). Anders verhält es sich nur, wenn eine der in Art. 3 SubV aufgeführten Ausnahmen vorliegt.

- c) Die eingereichten Angebote bewegten sich gemäss Ausschreibung zwischen Fr. 270'000.-- und Fr. 566'000.--. Nach der Bereinigung wiesen sie sogar eine Spannweite von Fr. 393'000.-- bis 571'000.-- auf. Unter Hinzurechnung der Kosten für die Wartung der zu beschaffenden Anlagen während fünf Jahren erhöhten sich die Angebotspreise nochmals und wiesen hernach eine Preisspanne von Fr. 628'415.-- bis Fr. 797'023.70 auf (vgl. Sachverhalt E.2-4). Damit werden die Schwellenwerte, unter denen ein Einladungsverfahren zulässig ist, in jeder Beziehung überschrit-

ten. Ein Ausnahmetatbestand, aufgrund dessen eine freihändige Vergabe gleichwohl zulässig wäre, liegt nicht vor. Die strittige Beschaffung hätte demnach im offenen, allenfalls selektiven Verfahren gemäss Art. 12 Abs. 1 Bst. a oder b IVöB bzw. Art. 14 Abs. 1 Bst. d SubG ausgeschrieben werden müssen. Die Beschwerdegegnerin 1 hat für die strittige Beschaffung folglich die falsche Vergabeart gewählt.

8. Dieser Rechtsmangel darf im vorliegenden Verfahren jedoch nur mehr Berücksichtigung finden, wenn er nicht vorgängig hätte geltend gemacht werden müssen. Das von der Beschwerdegegnerin 1 für die Vergabe gewählte Einladungsverfahren zeichnet sich dadurch aus, dass mehrere Anbieter – in der Regel mindestens drei – auf direkte Aufforderung des Auftraggebers hin, d.h. ohne öffentliche Ausschreibung, ein Angebot einreichen können (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N. 279). Dies hat zur Folge, dass der Auftraggeber den ersten, in eine selbständige Verfügung im Sinne von Art. 15 Abs. 1^{bis} IVöB zu kleidenden Entscheid – abgesehen von einem selbständig verfürgten Ausschluss eines eingeladenen Anbieters – mit dem Zuschlag zu fällen hat. Infolgedessen kann die Wahl einer falschen Vergabeart erstmals in dem gegen den Vergabeentscheid gerichteten Beschwerdeverfahren gerügt werden (vgl. Urteil der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 19. Juli 1999, VPB 64.8 E.1b/cc). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist die in Art. 15 Abs. 1^{bis} IVöB enthaltene Aufzählung der selbständig anfechtbaren Submissionsentscheide allerdings nicht abschliessend. So hat das Verwaltungsgericht im Urteil U 13 86 und 87 vom 13. Januar 2014 entschieden, gegen eine fälschlicherweise unterlassene Ausschreibung könne Beschwerde an das Verwaltungsgericht geführt und im Rahmen dieses Verfahrens die Wahl der falschen Verfahrensart gerügt werden. Es stellt sich daher die Frage, ob die Beschwerdeführerin gehalten gewesen wäre, die Wahl der falschen Vergabeart ausserhalb eines förmlichen Beschwerdeverfahrens zu rügen und gegebenenfalls gerichtlich überprüfen zu lassen.

- b) Gemäss in Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) haben staatliche Organe und Private nach Treu und Glauben zu handeln. Aus dieser Regelung leitet die Praxis die Obliegenheit ab, gewisse Mängel ausserhalb eines formellen Beschwerdeverfahrens möglichst frühzeitig zu beanstanden, um einen unnötigen Verwaltungsaufwand zu vermeiden. Missachtet eine Partei diese Obliegenheit, verwirkt sie das Recht den entsprechenden Mangel in einem späteren Verfahrensstadium vorzubringen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung rechtfertigt sich eine solche Annahme jedoch nur, wenn der Anbieter den nachträglich geltend gemachten Mangel gekannt hat oder bei gehöriger Sorgfalt hätte feststellen müssen (BGE 130 I 241 E.4.3). Letzteres darf an-

gesichts des Zeitdrucks und der beschränkten Rechtskenntnisse der Anbieter sowie aufgrund der möglichen Furcht, die Chancen im Vergabeverfahren zu verringern, nicht leichthin angenommen werden (BGE 130 I 241 E.4.3). Im vorliegenden Fall überschreitet der von der Beschwerdegegnerin 1 ausgeschriebene Auftrag die massgeblichen Schwellenwerte für das Einladungsverfahren deutlich. Jedoch hat die Beschwerdeführerin diesen Mangel im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht gerügt, womit ausgeschlossen werden kann, dass sie diesen erkannt hat. Ebenso wenig kann von ihr als mittelständige Unternehmung, die über keinen eigenen Rechtsdienst verfügt und sich erst im Laufe des vorliegenden Beschwerdeverfahrens anwaltlich vertreten liess, erwartet werden, die Unzulässigkeit des von der Beschwerdegegnerin 1 gewählten Einladungsverfahrens zu erkennen. Die Beschwerdeführerin hätte im vorliegenden Verfahren demnach die Wahl der Vergabeart rügen können, ohne rechtsmissbräuchlich zu handeln.

- c) Die Beschwerdeführerin hat indes keine solche Rüge erhoben, womit sich die Frage stellt, ob diese Rechtsfrage von Amtes wegen geprüft werden kann. Das Verwaltungsgericht wendet das Recht grundsätzlich von Amtes wegen an. Allerdings sucht es nicht von sich aus nach allen erdenklichen Rügen, sondern darf sich gerade bei anwaltlich vertretenen Parteien, an den in den Rechtschriften vorgebrachten Rügen orientieren. Dies gilt in besonderem Ausmass für submissionsrechtliche Streitigkeiten, die so rasch als möglich zu erledigen sind. Die Verwaltungsgerichte der Kantone Zürich und Aargau gehen in submissionsrechtlichen Verfahren deshalb sogar soweit, im Beschwerdeverfahren grundsätzlich nur Vorbringen zu prüfen, die in der Beschwerdeschrift vorgebracht wurden. In der Replik kann die beschwerdeführende Partei ihre Beschwerdebegründung nur insoweit ergänzen, als die Beschwerdeantwort oder deren Beilagen dazu Anlass gegeben hat, weil diese wesentliche Gesichtspunkte enthalten hat. Vorbehalten bleibt das nachträgliche Vorbringen erheblicher Tatsachen oder Beweismittel, welche die Parteien nicht früher beibringen konnten (MARCO DONATSCH, VRG Kommentar, § 52 N. 33 ff.; AGVE 2001 S.313 E.I.4b). Ob diese Praxis Zustimmung verdient, kann im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben. Bei der Wahl einer nicht den Vorschriften entsprechenden Vergabeart handelt es sich nämlich um einen derart schwerwiegenden Rechtsmangel, dass er sogar gegen den Willen der beschwerdeführenden Partei zu beachten ist (AGVE 2001 S.313 E.I.4b, 1997 S. 373 f.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N. 337). Nur so kann eine Umgehung des Gebots der öffentlichen Ausschreibung für grössere Beschaffungen (vgl. Art. 5 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt [BGBM; SR 943.02]) wirksam verhindert und der freie Wettbewerb sichergestellt werden. Die Wahl der Vergabeart ist demzufolge von Amtes wegen zu prüfen, und zwar selbst wenn im Submissions-

verfahren grundsätzlich nur erhobene Rügen zu prüfen wären.

- d) Nach dem vorangehend Ausgeführten erweist es sich als zulässig, im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens die Wahl der Vergabeart zu untersuchen. Diese Prüfung führt, wie dargestellt, zum Ergebnis, dass die Voraussetzungen für die Vergabe der Business-Software im Einladungsverfahren nicht erfüllt sind und kein Ausnahmestatbestand vorliegt, aufgrund dessen eine freihändige Vergabe gleichwohl zulässig wäre. Der Verzicht auf die öffentliche Ausschreibung des Auftrags und die Vergabe im Einladungsverfahren mit lediglich vier Anbietern war damit nicht zulässig. Der angefochtene Vergabeentscheid verstösst demnach gegen Art. 12 Abs. 1 Bst. a oder b IVöB bzw. Art. 14 Abs. 1 Bst. d SubG und Art. 5 Abs. 2 BGBM. Die vorliegende Beschwerde

ist folglich gutzuheissen, der angefochtene Vergabeentscheid aufzuheben und die Angelegenheit an die Beschwerdegegnerin 1 zwecks Neuausschreibung im offenen, allenfalls selektiven Verfahren und Neuvergabe zurückzuweisen.

9. [Kosten]

10. [aufschiebende Wirkung]

Demnach erkennt das Gericht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Der Entscheid der B. vom 23. Mai 2014 wird aufgehoben und die Angelegenheit zur Vergabe der Business-Software im offenen, allenfalls selektiven Verfahren an die B. zurückgewiesen.

[...]