

BVGer B-5996/2022 vom 13. Juli 2023

Bundesverwaltungsgericht, 2023-07-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5996_2022

FR: TAF B-5996/2022 du 13 juillet 2023

IT: TAF B-5996/2022 del 13 luglio 2023

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 55 BöB und Art. 37 VGG; Urteil des BVGer B-5124/2021 vom 7. Juli 2022 E. 2.3 «2TG Lüftungsanlage»).

E. 2

Gemäss Art. 44 VwVG unterliegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG der Beschwerde. Angefochten wird eine Nichteintretensverfügung, weshalb im Beschwerdeverfahren nur geltend gemacht werden darf, die Vergabestelle habe die Eintretensvoraussetzungen zu Unrecht verneint. Mit anderen Worten beschränkt sich der Streitgegenstand auf die Eintretensfrage (vgl. BGE 135 II 38 E. 1.2, 132 V 74 E. 1.1, 124 II 499 E. 1b und 118 Ib 381 E. 2b/bb, je m.H.; Urteile des BVGer B-1320/2022 vom 4. Oktober 2022 E. 1.2, A-2833/2020 vom 19. April 2021 E. 3.3, B-5561/2019 vom 7. Dezember 2020 E. 2.1 und B-4003/2014 vom 24. Juni 2015 E. 1.5; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER/MARTIN KAYSER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. A., 2022, N. 2.8 und 2.164). Folglich ist auf die in den Ziff. 1 und 2 der Beschwerdeanträge enthaltenen Feststellungsbegehren nicht einzutreten, denn sie gehen über den Streitgegenstand hinaus.

E. 3

Nach Art. 53 Abs. 1 BöB sind ausschliesslich die in dieser Bestimmung genannten Verfügungen durch Beschwerde anfechtbar. Im Übrigen ist der Rechtsschutz gegen Verfügungen nach dem BöB ausgeschlossen (Art. 53 Abs. 5 BöB). Entsprechend dem in E. 2 Gesagten liegt somit kein Beschwerdeobjekt gemäss Art. 53 Abs. 1 BöB vor. Der Beschwerdeführerin geht es im vorliegenden Fall um eine Feststellungsverfügung betreffend eine mögliche künftige Beschaffung. Weil ihr, wie nachfolgend (E. 6) erwo-gen wird, ein in Anwendung des VwVG schutzwürdiges Feststellungsinteresse fehlt, kann allerdings offengelassen werden, ob sie im Rahmen des

B-5996/2022 Seite 9 BöB Anspruch auf den Erlass der Feststellungsverfügung hat, die sie gegenwärtig fordert. Was eine künftige Ausschreibung für Kaliumiodidtabletten als solche betrifft, bestehen weder Hinweise darauf, noch macht die Vergabestelle geltend, dass sie

nicht unter das BöB fallen würde (vgl. Art. 1 ff. BöB). Dabei muss berücksichtigt werden, dass die Vergabestelle den Rechtsschutz nicht umgehen können soll, indem sie keine Verfügung nach Art. 53 BöB erlässt, obwohl sie dazu verpflichtet wäre (vgl. BVGE 2008/61 E. 1.1 und AGVE 2013, S. 193 ff., E. 1.2.2 S. 195). Offenbar vertritt sie auch nicht den Standpunkt, die fragliche Beschaffung könnte sich auf Art. 10 Abs. 4 Bst. b BöB (Schutz der Gesundheit oder des Lebens) stützen. Sollte sie sich der- einst dennoch darauf berufen, müsste sie eine individuelle Mitteilung an die Beschwerdeführerin in Betracht ziehen, sodass sich diese allenfalls dage- gen wehren könnte.

E. 4.1

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind bzw. ob auf eine Be- schwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteile des BVGer B-1112/2022 vom 27. September 2022 E. 2.1 «Steuerung Verkehrsmanagement der Natio- nalstrassen» und B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publi- ziert als BVGE 2017/IV/4, E. 1.1, «Publicom»).

E. 4.2

Am Verfahren vor der Logistikbasis der Armee hat die Beschwerdefüh- rerin als Gesuchstellerin teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG). Durch die angefochtene Nichteintretensverfügung ist sie als Adressatin beson- ders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG). Sie hat ein schutzwürdiges In- teresse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG); dieses besteht in der materiellen Beurteilung ihres Gesuchs. Demzufolge ist sie zur Beschwerde berechtigt. Frist (Art. 50 Abs. 1 VwVG; Art. 56 Abs. 1 und 2 BöB) und Form (Art. 52 Abs. 1 VwVG; Art. 56 Abs. 1 BöB) der Be- schwerde sind gewahrt. Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 4.3

Auf die Beschwerde ist daher im oben (E. 2) abgesteckten Umfang ein- zutreten.

E. 5

Nach Art. 25 Abs. 1 VwVG kann die in der Sache zuständige Behörde über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlichrechtlicher

B-5996/2022 Seite 10 Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren hin eine Fest- stellungsverfügung treffen.

E. 5.1

Der Begriff der Verfügung wird in Art. 5 VwVG definiert. Art. 25 Abs. 1 VwVG umschreibt den möglichen Gegenstand von Feststellungsverfügun- gen materiell gleich wie Art. 5 Abs. 1 Bst. b VwVG. Auch eine solche Ver- fügung kann sich grundsätzlich nur auf individuell-konkrete Rechte und Pflichten erstrecken, nicht aber die abstrakte Rechtslage, wie sie für eine unbestimmte Vielzahl von Personen und Sachverhalten gilt, autoritativ fest- stellen (vgl. BEATRICE WEBER-DÜRLER/PANDORA KUNZ-NOTTER, in: Chris- toph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler, VwVG-Kommentar, 2019, Art. 25 N. 3 ff.; ISABELLE HÄNER, in: Bernhard Waldmann/Patrick L. Kraus- kopf, Praxiskommentar VwVG, 3. A., 2023, Art. 25 N. 9 f.). Im Unterschied zur Gestaltungsverfügung kann sie keine Rechte und Pflichten festlegen, ändern oder aufheben. Sie ist dieser gegenüber grundsätzlich subsidiär (Urteile des BVGer B-6641/2019 vom 25. August 2020 E. 4.2 und B-1100/2018 vom 13. Juli 2018 E. 4.3.1, je m.H.; REGINA KIENER/BERNHARD

RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. A., 2021, N. 395; HÄNER, a.a.O., Art. 25 N. 21 f.). Keine Rolle spielt die Subsidiarität allerdings, wenn es um nachteilige Dispositionen geht, denn die Feststellungsverfügung dient gerade dazu, Unsicherheiten betreffend ein zukünftiges Verhalten rechtsgestaltender Natur zu beseitigen (BVGE 2015/35 E. 2.2.2; WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, a.a.O., Art. 25 N. 20; GREGOR BACHMANN, Die Feststellungsverfügung, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann: 8. Forum für Verwaltungsrecht, 2022, S. 149 ff., 161). Verfügungen, mit welchen die Behörde auf Feststellungsbegehren nicht eintritt, finden ihre Grundlage ebenfalls in Art. 25 VwVG, dessen Abs. 2 die Eintretensvoraussetzung des schutzwürdigen Interesses regelt (WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, a.a.O., Art. 25 N. 6). Feststellungsverfügungen können grundsätzlich auch mit Blick auf Rechte und Pflichten aus künftigen Sachverhalten verlangt werden, sofern sich diese bereits hinreichend konkretisiert haben. Ausgenommen davon sind Gesuche, aufgrund derer sich die verfügenden Behörden und die Rechtsmittelinstanzen – unter Umständen wiederholt – zu theoretischen Vorgehensvarianten äussern müssten, um den Gesuchstellern eine optimale Gestaltung ihrer Verhältnisse zu ermöglichen (vgl. BGE 137 II 199 E. 6.5 und 135 II 60 E. 3.3.3 m.H.; Urteil des BGer 2C_608/2017 vom 24. August 2018 E. 5.3; BVGE 2015/35 E. 2.2.3 und 2014/45 E. 3.1.2; Urteil des BVGer C-5074/2020 vom 25. Mai 2021 E. 4.6.3 m.H.; BACHMANN, a.a.O., S. 159

B-5996/2022 Seite 11 f.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, N. 2.29; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N. 398; WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, a.a.O., Art. 25 N. 7; HÄNER, a.a.O., Art. 25 N. 8 f.). Das Feststellungsinteresse ist in diesem Fall nur schutzwürdig, wenn es der Verwaltungsökonomie vorgeht (vgl. WEBER-DÜRLER, a.a.O., Art. 25 N. 18; vgl. BGE 108 Ib 540 E. 3 S. 546).

E. 5.2

Beschaffung und Verteilung von Kaliumiodidtabletten basieren auf Gesetzes- und Verordnungsvorschriften des Bundes.

E. 5.2.1

Gestützt auf die Art. 20 und 47 des Strahlenschutzgesetzes vom 22. März 1991 (StSG, SR 814.50) erliess der Bundesrat die Verordnung vom 22. Januar 2014 über die Versorgung der Bevölkerung mit Jodtabletten (Jodtabletten-Verordnung, JTV, SR 814.52). Art. 1 JTV umschreibt deren Gegenstand wie folgt (Zitat): 1 Diese Verordnung regelt die Versorgung der Bevölkerung mit Jodtabletten für den Fall eines Ereignisses, das eine Gefährdung durch radioaktives Jod zur Folge haben kann. 2 Die Versorgung umfasst die vorsorgliche Beschaffung, Verteilung, Lagerung und Abgabe der Jodtabletten. Art. 2 JTV betraut die Armeeapotheke mit folgenden Aufgaben (Zitat): 1 Die Armeeapotheke sorgt dafür, dass: a. für die ganze Bevölkerung Jodtabletten beschafft werden; b. die benötigte Anzahl Jodtabletten den für die vorsorgliche Verteilung und Lagerung zuständigen Stellen zur Verfügung gestellt wird; c. dauernd eine genügende Reserve an Jodtabletten verfügbar ist; d. die von den Kantonen und den Gemeinden eingelagerten Jodtabletten bei Bedarf auf ihre Verwendbarkeit hin kontrolliert werden; e. am Ende der Haltbarkeit der Jodtabletten zeitgerecht Ersatz beschafft wird; f. unbrauchbar gewordene Jodtabletten zurückgenommen und fachgemäss entsorgt werden. 2 Sie kann Dritte beauftragen, die Jodtabletten an die Haushalte zu verteilen.

E. 5.2.2

Alle zehn Jahre werden Jodtabletten (Kaliumiodid 65 SERB-Tablet-ten) vorsorglich an die Bevölkerung im Umkreis von 50 Kilometern um die Schweizer Kernkraftwerke verteilt. In den Gemeinden um das ehemalige Kernkraftwerk Mühleberg ist dies nicht mehr erforderlich. Ausserhalb des 50-Kilometer-Bereichs lagern die Kantone genügend Jodtabletten, um die Bevölkerung nötigenfalls damit versorgen zu können. 2014 fand die letzte

B-5996/2022 Seite 12 Verteilaktion statt. Da das Haltbarkeitsdatum der damals verteilten Tablet-ten je nach Charge zwischen Ende 2023 und September 2024 abläuft, wird die Armeepotheke ab Herbst 2023 eine neue Verteilkampagne im Um- kreis von 50 Kilometern um die Kernkraftwerke Gösgen, Beznau 1 und 2 sowie Leibstadt durchführen. Zwischen Mitte Oktober und Mitte November 2023 werden die Jodtabletten per Post an alle Haushalte dieser Gebiete verteilt. Im ersten Quartal 2024 erfolgt die Verteilung an Betriebe und öf- fentliche Einrichtungen (Schulen, Kindertagesstätten, Krankenhäuser, Be- hörden etc.). Es werden mehr Tabletten verteilt, als eine Person braucht, damit im Notfall auch Angehörige oder Besucher versorgt werden können, die keine Jodtabletten erhalten oder dabeihaben (zum Ganzen siehe www.kaliumiodid.ch).

E. 5.3

Die Logistikkbasis der Armee bringt vor, es sei weder Sache der Be- schwerdeführerin noch des Bundesverwaltungsgerichts, über künftige Be- schaffungen oder gar über mögliche künftige Bedürfnisse der Verwaltung zu befinden. Für eine Prüfung der Vergabepaxis ab dem Jahr 2024 fehle es an einem konkreten Sachverhalt.

E. 5.3.1

Am 26. Januar 2022 bestellte die Armeepotheke beim Lieferanten [...] Packungen Kaliumiodidtabletten für die Verteilung 2023/24. In einem Schreiben an die Armeepotheke vom 26. Januar 2022 hielt dieser Fol- gendes fest: «As requested, at least [...] packs will be delivered before July 14th, 2023 and [...] packs will be delivered before December 31st, 2023.» Weiter erklärte der Lieferant: «All packs will have a remaining shelf life in- between 9 and 10 years at above shipment date.» Den Liefervertrag kündigte die Armeepotheke am 19. August 2022 per November 2023. Angesichts des Zehnjahresrhythmus wird die über- nächste reguläre Verteilung voraussichtlich 2033/34 erfolgen. Mit Blick da- rauf konstatierte die Armeepotheke in ihrer oben (Sachverhalt, G.) zitier- ten Kündigung selber eine Pflicht zur Neuausschreibung. Deren Gegen- stand wird die Beschaffung von Kaliumiodidtabletten nach dem Ende des laufenden Liefervertrags, also ab dem Jahr 2024, bilden. Hierbei handelt es sich um einen in der Zukunft liegenden Sachverhalt, weshalb geprüft werden muss, ob dieser hinreichend konkretisiert ist, um Feststellungen betreffend entsprechende Rechte und Pflichten zu erlauben.

E. 5.3.2

Gemäss Art. 2 Abs. 1 JTV sorgt die Armeepotheke unter anderem dafür, dass Jodtabletten für die ganze Bevölkerung beschafft werden (Bst. a), dauernd eine genügende Reserve davon verfügbar ist (Bst. c) und am

B-5996/2022 Seite 13 Ende der Haltbarkeit zeitgerecht Ersatz beschafft wird (Bst. e). Wie in der angefochtenen Nichteintretensverfügung festgehalten, schloss die Armee- apotheke aus Gründen der Versorgungssicherheit und wegen des fakti- schen Monopols des bisherigen Lieferanten jeweils langfristige (zehnjäh- rige) Rahmenverträge ab. Vor

Bundesverwaltungsgericht erklärte sie, es sei noch offen, wann genau der nächste Beschaffungsprozess für Kalium-iodidtabletten gestartet werde. Sofern der Bedarf gegeben sei, werde sie den Markt analysieren und Beschaffungen nach den Bestimmungen des BÖB tätigen. Demnach scheint sie den Sachverhalt nicht für genügend konkretisiert zu halten, was den künftigen Bedarf sowie den Zeitpunkt einer neuerlichen Beschaffung angeht.

E. 5.3.3

Die Aufgabe der Armeepotheke, für die ganze Bevölkerung dauernd eine genügende Reserve an Jodtabletten verfügbar zu haben, indiziert einen entsprechenden Beschaffungsbedarf auch ab 2024, selbst wenn nicht sämtliche anfangs 2022 bestellten Packungen 2023/24 verteilt werden müssen. Bei einem Ereignis mit grossräumiger Gefährdung der schweizerischen Bevölkerung durch radioaktives Jod könnte eine beträchtliche Menge der verteilten und der eingelagerten Tabletten rasch aufgebraucht sein. Dadurch würde möglicherweise eine vorzeitige Ersatzbeschaffung nötig. Abgesehen davon müsste, soweit ersichtlich, nach der bisherigen Beschaffungspraxis schon im Hinblick auf die übernächste, 2033/34 anstehende reguläre Verteilung von Jodtabletten an die Bevölkerung im Umkreis von 50 Kilometern um die vier noch in Betrieb befindlichen Schweizer Kernkraftwerke eine baldige Ausschreibung vorgesehen sein. Immerhin schloss die Vergabestelle mit dem aktuellen Lieferanten zehnjährige Rahmenverträge ab, was sie nicht zuletzt mit der Versorgungssicherheit begründet. In diesem Kontext ist auch darauf hinzuweisen, dass die Schweizer Kernkraftwerke keiner gesetzlichen Laufzeitbeschränkung unterliegen. Ferner bleibt das Szenario eines Störfalls in einer ausländischen Anlage zu berücksichtigen.

E. 5.3.4

Beschaffungsbedarf existiert demnach auch ab 2024, mutmasslich auf Jahre und Jahrzehnte hinaus. (Ersatz-) Beschaffung und dauernde Reservehaltung sind gesetzlich vorgeschrieben (Art. 20 StSG, Art. 2 Abs. 1 Bst. a, c und e JTV); sie stehen nicht im Belieben der Armeepotheke. Diese muss namentlich die Anzahl verteilter Packungen, die Lagerbestände und die Haltbarkeitsdauer der Tabletten kennen, um ihre in Art. 2 JTV verankerten Aufgaben erfüllen zu können. Mit Blick darauf muss sie auch in der Lage sein, den jeweiligen (Ersatz-) Bedarf abzuschätzen und rechtzeitig neue Tabletten zu bestellen. Die Gewährleistung ständiger

B-5996/2022 Seite 14 Verfügbarkeit von Kaliumiodidtabletten legt einen frühzeitigen Beginn des Beschaffungsprozesses nahe. Soweit entsprechend der bisherigen Praxis der Armeepotheke eher langfristige Rahmenverträge abgeschlossen werden, braucht die exakte Zahl zu liefernder Tabletten nicht von Beginn weg festzustehen, denn die jeweils benötigte Menge wird erst zu gegebener Zeit abgerufen. Dadurch lässt sich auch die Bevölkerungsentwicklung berücksichtigen, und eine aufgrund eines unerwarteten Zwischenfalls notwendig werdende vorzeitige Ersatzbeschaffung kann ohne grösseren Verzug bewerkstelligt werden. Es ist davon auszugehen, dass die Armeepotheke den Bedarf für die kommenden Jahre schon heute mindestens annäherungsweise zu bestimmen vermag, kennt sie doch ihre aktuellen Lagerbestände, deren Veränderung aufgrund ihrer Bestellung vom 26. Januar 2022 sowie den ungefähren Zeitpunkt der Ersatzbeschaffung infolge Ablaufs der Haltbarkeit der vorrätigen Tabletten. Nicht vorhersehen lassen sich selbstredend Ereignisse, welche zum Gebrauch der Tabletten führen könnten. Deshalb wird die Armeepotheke gerade unter dem Blickwinkel der Versorgungssicherheit daran inte-

ressiert sein, nach Ablauf des bisherigen Vertrags innert nützlicher Frist eine künftige Bezugsquelle (oder mehrere solche) zu erschliessen. Wie auch der Abruf einer Charge Kaliumiodidtabletten vom 26. Januar 2022 im Rahmen des per November 2023 gekündigten Vertrags zeigt, bedürfen entsprechende Lieferungen einer gewissen Vorlaufzeit. Ferner sind bei Ausschreibungen allfällige Rechtsmittelverfahren einzukalkulieren.

E. 5.4

Daraus lässt sich folgern, dass die Beschaffung von Kaliumiodidtabletten durch die Armeepothek ab dem Jahr 2024 einen hinreichend konkretisierten Sachverhalt bildet. Diese sollte in der Lage sein, Feststellungen über eine etwaige Ausschreibungspflicht zu treffen und, gegebenenfalls, einen entsprechenden Zeithorizont zu nennen. Sie kennt das Produkt und mögliche Anbieter. Allerdings würde die Vergabestelle in erster Linie über eine eigene Pflicht und nur mittelbar über das individuell-konkrete Teilnahmerecht der Beschwerdeführerin an einer allfälligen Ausschreibung befinden. Insofern erscheint es fraglich, ob überhaupt im Sinne von Art. 25 Abs. 1 VwVG feststellungsfähige Rechte und Pflichten der Beschwerdeführerin vorliegen. Dabei ist ergänzend zu beachten, dass für eine Teilnahme an einer Ausschreibung die dazumal von der Vergabestelle bestimmten Bedingungen erfüllt sein müssen. Weil ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse jedoch fehlt (siehe sogleich E. 6), muss darauf nicht näher eingegangen werden.

B-5996/2022 Seite 15

E. 6

Einem Feststellungsbegehren ist zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist (Art. 25 Abs. 2 VwVG).

E. 6.1

Rechtlich geschützt muss das Interesse nicht sein. Rein tatsächliche, wirtschaftliche oder ideelle Interessen genügen, sofern sie schützenswert erscheinen. Im Vordergrund stehen dürfte dabei das Interesse, dank frühzeitiger Klärung der Rechtslage das Risiko unvorteilhafter Dispositionen zu vermeiden. Mit anderen Worten muss der Gesuchsteller ohne sofortige, verbindliche Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfangs öffentlich-rechtlicher Rechte oder Pflichten Gefahr laufen, nachteilige Massnahmen zu treffen oder günstige zu unterlassen (vgl. Urteile des BVGer B-2885/2021 vom 1. März 2022 E. 2.1 «Sicherheitsdienst Rastplatz Wileroltigen» und B-6641/2019 vom 25. August 2020 E. 4.2; vgl. MO-SER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, N. 2.30; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N. 398; WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, a.a.O., Art. 25 N. 1; HÄNER, a.a.O., Art. 25 N. 17). Das Interesse muss überdies aktuell und praktisch sein (vgl. Urteile des BVGer B-2885/2021 vom 1. März 2022 E. 2.1 «Sicherheitsdienst Rastplatz Wileroltigen», B-6641/2019 vom 25. August 2020 E. 4.2 und B-1290/2017 vom 22. September 2017 E. 6.1.1). Wie Art. 25 Abs. 2 VwVG ausdrücklich festhält, hat der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachzuweisen. So muss er im Rahmen seiner gesetzlichen Mitwirkungspflicht etwa aufzeigen, dass das Risiko nachteiliger Dispositionen besteht und ein mögliches künftiges Verhalten, dessen Rechtsfolgen geklärt werden sollen, wahrscheinlich ist. Es liegt nicht an der Behörde, von Amtes wegen nach allfälligen Interessen zu forschen, die nicht geltend gemacht oder auf schlüssige Weise dargetan wurden (vgl. WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, a.a.O., Art. 25 N. 29; vgl.

auch KIENER/RÜT- SCHE/KUHN, N. 397).

E. 6.2.1

Die Beschwerdeführerin argumentiert, im Ergebnis werde sie aus einem für den Zeitraum ab Januar 2024 zwingend gebotenen Beschaffungsverfahren ausgeschlossen. Deshalb habe sie ein schutzwürdiges Interesse an einer Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungshandels und an einer materiell korrekten Ausrichtung des Beschaffungsprozesses. In weit über ein Jahr dauernden Verhandlungen und Gesprächen hätten die Logistikbasis und die Armeeapotheke kontinuierlich den Eindruck erweckt, dass die Beschwerdeführerin in die Evaluation der künftigen Versorgung

B-5996/2022 Seite 16 mit Kaliumiodid einbezogen werde. Bis dato habe die Vergabestelle jedoch nichts Erkennbares hinsichtlich einer Ausschreibung für einen neuen, ab Anfang 2024 laufenden Liefervertrag getan. Dieses Verhalten belege die Notwendigkeit eines entsprechenden Feststellungsurteils und dokumentiere das schutzwürdige Interesse der Beschwerdeführerin als einziger Anbieterin auf dem Schweizer Markt in Bezug auf die künftige Ausgestaltung des Liefervertrags für Kaliumiodid.

E. 6.2.2

Darauf erwidert die Vergabestelle, der Beschwerdeführerin fehle ein schutzwürdiges Interesse, das etwa darin bestünde, dank der vorzeitigen Rechtsklärung das Risiko nachteiliger Dispositionen zu vermeiden. Derartige Umtriebe oder Dispositionen seien weder ersichtlich, noch mache die Beschwerdeführerin sie geltend.

E. 6.3

Sinngemäss beruft sich die Beschwerdeführerin auf vergangenes vertrauenswürdiges Verhalten der Vergabestelle, wonach sie in die Evaluation der künftigen Beschaffung von Kaliumiodidtabletten involviert würde. Diesbezüglich erwähnt sie im Beschwerdeverfahren freilich keine bereits getroffenen nachteiligen Dispositionen ihrerseits. Ebenso wenig spezifiziert sie eine entsprechende Gefahr für die Zukunft. In ihrem Schreiben vom 22. Februar 2022 an die Armeeapotheke hatte sie Folgendes dargelegt (Zitat): Der zeitliche und finanzielle Aufwand waren für [X. _____ AG] erheblich. Wir haben uns dabei auf die Aussage verlassen, dass im Herbst 2021 eine öffentliche Ausschreibung stattfinden wird, an welcher die finalen Anforderungen an Produkt und Sekundärverpackung geäußert werden. Kurz: Wir haben alles darangesetzt, um bereit zu sein für die angekündigte Kaliumiodid-Ausschreibung, deren Durchführung ohne Begründung oder Vorinformation ausblieb. Stattdessen wurde [X. _____ AG] am 31. Januar 2022 durch [...] telefonisch eine Absage erteilt mit der Begründung, man habe bemerkt, dass die Ware früher verfallend als der geplante Aussand im Jahr 2024. Die Bestellung sei deshalb beim bestehenden Partner bereits platziert. Folglich werde es zu keiner Ausschreibung kommen. Als offenkundig erscheint immerhin das Interesse der Beschwerdeführerin an einer Ausschreibung der Beschaffung von Kaliumiodidtabletten ab dem Jahr 2024, denn dadurch bekäme sie die Chance, einen neuen Absatzmarkt zu erschliessen. Wenn der Zeitpunkt einer solchen Neuausschreibung absehbar wäre, könnte sie allenfalls nötige betriebliche Planungsmaßnahmen frühzeitig in die Wege leiten, also nützliche Dispositionen tätigen. Allerdings macht sie dahingehend nichts geltend, und die wesentlichen Parameter einer nächsten Ausschreibung dürften ihr aufgrund ihres

B-5996/2022 Seite 17 Austausch mit der Armeeapotheke während der vergangenen Jahre bekannt sein. Ferner gibt es keine Garantie, dass eine Offerte der Beschwerdeführerin bei einer Neuausschreibung berücksichtigt würde und einen Zuschlag erhielt. Deswegen sieht sie sich ohnehin mit einer gewissen Unsicherheit konfrontiert, welche sie als Betriebsrisiko selber zu tragen hat. Ausserhalb eines formellen Beschaffungsverfahrens und unabhängig von einer konkreten Offerte konnte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin denn auch nicht verbindlich zusichern, sie in eine künftige Evaluation einzubeziehen. Nach heutigem Beurteilungsstand lässt sich sodann nicht sagen, dass die Beschwerdeführerin im Ergebnis aus einem künftigen Vergabeverfahren ausgeschlossen würde, zumal der bisherige Liefervertrag, ihrer Forderung entsprechend, gekündigt wurde. Wenn sie die Voraussetzungen erfüllt, wird sie an einer Neuausschreibung teilnehmen dürfen. Laut Publikation des Zuschlags vom 12. August 2003 belief sich der seinerzeitige Vergabepreis auf Fr. [...], weshalb davon auszugehen ist, dass der Auftragswert einer künftigen Beschaffung über den einschlägigen Schwellenwerten gemäss Anhang 4 zum BöB läge. Sollte der Auftrag zu Unrecht freihändig einem Dritten vergeben werden, bestünde eine Anfechtungsmöglichkeit gemäss Art. 56 Abs. 4 BöB (vgl. auch Art. 48 BöB betreffend Veröffentlichungen). Eine Feststellung, wonach der Auftrag künftig wieder ausgeschrieben wird, würde der Beschwerdeführerin demgegenüber keinen aktuellen praktischen Nutzen bieten. In diesem Kontext sei noch darauf hingewiesen, dass die Beschwerdeführerin bereits mit ihrer Auslandszulassung den Status einer potentiellen Anbieterin im Sinne der Legitimation zur Anfechtung von Ausschreibungen und Freihandvergaben erlangt hat (vgl. BVGE 2009/17 E. 3 und Urteil des BVer B-3580/2021 vom 30. November 2021 E. 5 m.H.).

E. 6.4

Angesichts dessen lässt sich nicht erkennen, dass die Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse hinsichtlich des künftigen Sachverhalts nachgewiesen hätte (vgl. Art. 25 Abs. 2 VwVG). Zu prüfen bleibt, ob Gleiches auch für den Abruf von [...] Packungen Kaliumiodidtabletten vom 26. Januar 2022 gestützt auf den in der Folge am 19. August 2022 per November 2023 gekündigten Vertrag mit dem bisherigen Lieferanten gilt. Diesbezüglich wirft die Beschwerdeführerin die Frage auf, ob es zulässig sei, über das Vertragsende hinauslaufende Lieferungen ohne (neue) Ausschreibung zu vereinbaren. Sie erklärt, es sei jedenfalls offensichtlich, dass sämtliche nach dem 1. Januar 2024 durch den bisherigen

B-5996/2022 Seite 18 Vertragspartner der Beschwerdegegnerin vorgenommenen Lieferungen gegen zwingendes Beschaffungsrecht verstossen würden. Da aber die gesamte Bestellung bis Ende 2023 auszuliefern ist (vgl. oben E. 5.3.1) und die Beschwerdeführerin die Logistikkbasis der Armee auch nicht um eine entsprechende Feststellung ersucht hat, braucht darauf nicht näher eingegangen zu werden, zumal sich das vorliegende Beschwerdeverfahren auf die Eintretensfrage beschränkt. Wie oben (E. 2) dargelegt, ist unter anderem auf ihr Rechtsbegehren Ziff. 2, es sei festzustellen, dass sämtliche Lieferungen durch den bestehenden Vertragspartner der Beschwerdegegnerin ab 1. Januar 2024 gegen zwingendes Beschaffungsrecht verstossen würden, nicht einzutreten.

E. 7

Soweit die Beschwerdeführerin bei der Logistikkbasis der Armee hinsichtlich der Bestellung vom 26. Januar 2022 gestützt auf Art. 25a VwVG eine Verfügung über einen Realakt

beantragt haben sollte, wäre zu beachten, dass Art. 25a Abs. 1 VwVG ebenfalls ein schutzwürdiges Interesse verlangt. Ein solches fehlt der Beschwerdeführerin nach den vorstehenden Erwägungen aber. Im Übrigen hat sie nicht (auf substantiierte Weise) dargelegt, inwiefern die erwähnte Bestellung rechtswidrig sein könnte; ebensowenig ist Entsprechendes ersichtlich.

E. 8

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist.

E. 9.1

Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. Ausnahmsweise können sie ihr erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2). Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Dementsprechend wird sie vorliegend auf Fr. 3'000.- festgesetzt.

B-5996/2022 Seite 19 Unter Ziff. 3 ihrer Rechtsbegehren beantragt die Beschwerdeführerin «ordentliche und ausserordentliche Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin». Sie erklärt, im Rahmen der Beschwerdebegründung und der Replik sei eindeutig dargelegt worden, dass die Beschwerdegegnerin das vorliegende Verfahren durch ihr intransparentes und widersprüchliches Verhalten und durch die bis dato nicht erfolgte Zusicherung der Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens verursacht habe. Dies sei bei der Verteilung der Verfahrenskosten unabhängig vom Ausgang des Verfahrens zu Lasten der Beschwerdegegnerin zu berücksichtigen. Gemäss Art. 6 VGKE können die Verfahrenskosten einer Partei, der keine unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 65 VwVG gewährt wird, ganz oder teilweise erlassen werden, wenn ein Rechtsmittel ohne erheblichen Aufwand für das Gericht durch Rückzug oder Vergleich erledigt wird (Bst. a) oder andere Gründe in der Sache oder in der Person der Partei es als unverhältnismässig erscheinen lassen, sie ihr aufzuerlegen (Bst. b). Während die Vergabestelle gegenüber dem bisherigen Lieferanten festhielt, nach schweizerischem Recht müsse sie künftige Beschaffungen neu ausschreiben, äusserte sie sich diesbezüglich gegenüber der Beschwerdeführerin in eher widersprüchlicher, wenig transparenter Weise. So erklärte sie noch in ihrer Vernehmlassung vor Bundesverwaltungsgericht, sofern der Bedarf gegeben sei, werde sie den Markt analysieren und Beschaffungen nach BöB tätigen. Daher rechtfertigt es sich namentlich mit Blick auf obenstehende E. 5.2.2 ff., die der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegenden Verfahrenskosten im Sinne einer einzelfallbezogenen Ausnahme gestützt auf Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 6 Bst. b VGKE um die Hälfte zu reduzieren (vgl. Urteil des BVGer B-605/2014 vom

E. 9.2

Bei diesem Verfahrensausgang ist der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die Vergabestelle hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE; Urteil des BVGer B-6261/2020 vom 18. Mai 2021 E. 10.2 m.H.). (Dispositiv nächste Seite)

B-5996/2022 Seite 20

E. 10

November 2015 E. 10.1).

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