

100.2018.169U
HAT/ROS

Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 5. September 2018

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident
Verwaltungsrichter Daum, Verwaltungsrichter Häberli
Gerichtsschreiber Röthlisberger Brandenburg

A._____ AG

handelnd durch die statutarischen Organe
vertreten durch Advokat ...

Beschwerdeführerin

gegen

Arbeitsgemeinschaft B._____, bestehend aus:

1. **C._____ AG**, handelnd durch die statutarischen Organe
2. **D._____ AG**, handelnd durch die statutarischen Organe
beide vertreten durch Rechtsanwalt ...

Beschwerdegegnerinnen

und

Regierungsstatthalteramt Emmental

Amthaus, Dorfstrasse 21, 3550 Langnau im Emmental

sowie

Einwohnergemeinde E._____

handelnd durch den Gemeinderat



betreffend Submission; Zuschlag Sanierung Kugelfang der 300m-Schiessanlage ... (Entscheid des Regierungsstatthalteramts Emmental vom 25. Mai 2018; vbv 5/2017)

Sachverhalt:

A.

Am 6. Januar 2017 schrieb die Einwohnergemeinde (EG) E._____ Arbeiten für die Sanierung des Kugelfangs der stillgelegten Schiessanlage ... im offenen Verfahren aus. Der zu vergebende Auftrag umfasst Abtransport, Behandlung und Entsorgung des kontaminierten Materials. In der Folge gingen fünf Angebote ein mit Preisen zwischen Fr. 387'781.56 und Fr. 473'108.05. Am 7. März 2017 erteilte die EG E._____ den Zuschlag der A._____ AG, die den tiefsten Preis offeriert hatte.

B.

Hiergegen gelangten die zweit- und die drittplatzierten Konkurrentinnen an das Regierungsstatthalteramt (RSA) Emmental, das im Rahmen des Instruktionsverfahrens unter anderem einen Fachbericht des Bundesamts für Umwelt (BAFU) einholte. Weil das RSA zum Schluss kam, die A._____ AG erfülle die Eignungskriterien nicht vollständig und hätte ausgeschlossen werden müssen, hob es die Zuschlagsverfügung mit Entscheid vom 25. Mai 2018 auf (Ziff. 1 des Dispositivs) und erteilte den Zuschlag neu der zweitplatzierten Arbeitsgemeinschaft B._____ (Ziff. 2), bestehend aus der C._____ AG und der D._____ AG; soweit weitergehend wies es beide Beschwerden ab (Ziff. 3).

C.

Am 7. Juni 2018 hat die A._____ AG Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Sie beantragt, die Ziffern 1 und 2 des Entscheids des RSA Emmental vom 25. Mai 2018 aufzuheben und die Zuschlagsverfügung der EG E._____ vom 7. März 2017 zu bestätigen. Weiter ersucht sie darum, ihrer Beschwerde (zunächst superprovisorisch) aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Mit Verfügung vom 11. Juni 2018 hat der Abteilungspräsident der EG E._____ superprovisorisch untersagt, den Vertrag mit der C._____ AG und der D._____ AG abzuschliessen.

Mit Vernehmlassung vom 20. Juni 2018 beantragt das RSA Emmental sinngemäss die Abweisung der Beschwerde. Die C._____ AG und die D._____ AG schliessen mit Beschwerdeantwort vom 18. Juli 2018 ebenfalls auf Abweisung der Beschwerde. Die EG E._____ stellt ihrerseits sinngemäss den Antrag, die Beschwerde sei gutzuheissen und der Zuschlag der A._____ AG zu erteilen (Beschwerdeantwort vom 26.6.2018).

Nachdem ihr vom Instruktionsrichter Einsicht in die Akten (ohne Konkurrenzofferten) gewährt worden ist (Verfügung vom 23.7.2018), hat sich die A._____ AG am 6. August 2018 erneut zur Sache geäußert. Sie hat an ihren Rechtsbegehren festgehalten.

Erwägungen:

1.

1.1 Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig (vgl. auch Art. 13 Abs. 2 des Gesetzes vom

11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÖBG; BSG 731.2]). Die Beschwerdeführerin war am vorinstanzlichen Verfahren als (notwendige) Partei beteiligt, selbst wenn sie in diesem keine Eingaben gemacht hat (vgl. VGE 2014/248/252 vom 3.11.2014 E. 1.1 mit Hinweisen), ist als ursprüngliche Zuschlagsempfängerin durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

1.2 Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG; vgl. auch Art. 14 Abs. 2 ÖBG sowie Art. 16 der interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994 / 15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; BSG 731.2-1]).

2.

2.1 Abfälle sind soweit möglich zu verwerten; ansonsten sind sie umweltverträglich und – soweit es möglich und sinnvoll ist – im Inland zu entsorgen (Art. 30 Abs. 2 und 3 des Bundesgesetzes vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz [Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01]). Abgelagert werden dürfen Abfälle nur auf Deponien (Art. 30e Abs. 1 USG). Gemäss Art. 30f Abs. 1 USG erlässt der Bundesrat Vorschriften über den Verkehr mit Abfällen, deren umweltverträgliche Entsorgung besondere Massnahmen erfordert (Sonderabfälle). Dabei regelt er auch die Ein-, Aus- und Durchfuhr und berücksichtigt insbesondere die Interessen der regionalen grenzüberschreitenden Zusammenarbeit sowie die Umweltverträglichkeit der Entsorgungsmöglichkeiten im In- und Ausland. Nach Art. 30f Abs. 2 USG dürfen Sonderabfälle im Inland nur an Unternehmungen übergeben werden, die über eine kantonale Bewilligung verfügen (Bst. b und d); ins Ausland ausgeführt werden dürfen sie nur mit einer Bewilligung des BAFU (Bst. c). Erteilt werden die Bewilligungen, wenn Gewähr für eine umweltverträgliche Entsorgung der Abfälle besteht (Abs. 3). Gestützt auf diese Bestimmungen im USG hat der Bundesrat die Verordnung vom 22. Juni 2005 über den Verkehr mit Abfällen (VeVA; SR 814.610) erlassen, in der er

sowohl den Inlandverkehr mit Sonderabfällen und anderen kontrollpflichtigen Abfällen als auch den grenzüberschreitenden Verkehr mit allen Formen von Abfällen detailliert regelt. So bestimmt Art. 16 Abs. 1 VeVA, dass ein Gesuch um Ausfuhrbewilligung folgende Unterlagen enthalten muss: den Nachweis, dass die Voraussetzungen für die Ausfuhrbewilligung gemäss Art. 17 VeVA erfüllt sind (Bst. a); eine Kopie des Vertrags des Exporteurs in der Schweiz mit dem Entsorgungsunternehmen im Ausland sowie bei einer Weitergabe der Abfälle an andere Entsorgungsunternehmen eine Kopie der entsprechenden Verträge (Bst. b; vgl. Anhang 2 der VeVA); einen auf der elektronischen Datenbank des BAFU ausgefüllten Notifizierungsbogen (Bst. c; vgl. Art. 31 VeVA). Das BAFU kontrolliert das Gesuch auf seine Vollständigkeit hin und holt vor der Bewilligung der Ausfuhr die Zustimmung der zuständigen Behörden des Einfuhrstaats und der Durchfuhrstaaten ein (Art. 16 Abs. 3 VeVA). Voraussetzung für die Erteilung der Ausfuhrbewilligung sind nach Art. 17 VeVA, dass der Entsorgungsweg der auszuführenden Abfälle bekannt ist (Bst. a), die Entsorgung umweltverträglich ist und dem Stand der Technik entspricht (Bst. b), die Zustimmungen des Einfuhrstaats und der Durchfuhrstaaten vorliegen, die nach dem Basler Übereinkommen vom 22. März 1989 über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung (SR 0.814.05) sowie dem OECD-Ratsbeschluss vom 14. Juni 2001 und 28. Februar 2002 (SR 0.814.052) erforderlich sind (Bst. e) und dass eine ausreichende Sicherheitsleistung nach Art. 20 VeVA erbracht ist (Bst. f; gegebenenfalls sind die weiteren Voraussetzungen von Bst. c und d zu erfüllen). Das BAFU befristet Ausfuhrbewilligungen grundsätzlich auf höchstens ein Jahr (Art. 18 VeVA).

2.2 Die Kantone haben dafür zu sorgen, dass durch Abfälle belastete Standorte saniert werden, wenn die konkrete Gefahr von lästigen oder schädlichen Einwirkungen besteht; sie erstellen einen öffentlich zugänglichen Kataster der belasteten Standorte (Art. 32c Abs. 1 und 2 USG). Für die Sanierung von belasteten Standorten bei Schiessanlagen, die nicht einem überwiegend gewerblichen Zweck dienen, richtet der Bund nach Art. 32e Abs. 3 Bst. c USG Abgeltungen aus. Bei 300m-Schiessanlagen beträgt die Abgeltung pauschal Fr. 8'000.-- pro Scheibe (Art. 32e Abs. 4 Bst. c Ziff. 1 USG; für die Ausrichtung der Abgeltungen vgl. Art. 9 ff. der

Verordnung vom 26. September 2008 über die Abgabe zur Sanierung von Altlasten [VASA; SR 814.681]). Gemäss Art. 20 der Verordnung vom 26. August 1998 über die Sanierung von belasteten Standorten (Altlasten-Verordnung, AltIV; SR 814.680) obliegt es grundsätzlich der Inhaberschaft des belasteten Standorts, die Sanierungsmassnahmen durchzuführen.

3.

Der Kugelfang der 300m-Schiessanlage ..., die im Jahr 1997 stillgelegt worden ist, liegt zur Hauptsache auf einer Parzelle im Eigentum der EG E._____. Da seine nähere Umgebung stark mit Blei und anderen Schadstoffen belastet ist, wurde das Gebiet um den Kugelfang als sanierungsbedürftig in den kantonalen Kataster der belasteten Standorte eingetragen.

3.1. Gemäss Art. 133 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 3. Februar 1995 über die Armee und die Militärverwaltung (Militärgesetz, MG; SR 510.10) sorgen die Gemeinden dafür, dass die Schiessanlagen, die für die ausserdienstlichen militärischen Schiessübungen sowie die entsprechende Tätigkeit der Schiessvereine benötigt werden, unentgeltlich zur Verfügung stehen. Zu diesem Zweck haben sie insb. Grund und Boden zu beschaffen und Schiessanlagen mit sämtlichen zweckdienlichen Einrichtungen zu errichten (Art. 133 Abs. 3 MG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 der Verordnung vom 15. November 2004 über die Schiessanlagen für das Schiesswesen ausser Dienst [Schiessanlagen-Verordnung; SR 510.512]). Zu letzteren zählen ausdrücklich auch Kugelfang, Vorkugelfang und Prellplatten (Art. 7 Abs. 1 Bst. b Ziff. 6 der Schiessanlagen-Verordnung). Angesichts dieser bundesrechtlichen Verpflichtungen der Gemeinden betrifft die Sanierungspflicht für den belasteten Standort der Schiessanlage ... öffentliche Aufgaben der EG E._____. Daraus folgt, dass es sich bei den hiefür anfallenden Bauarbeiten um einen öffentlichen Auftrag im Sinn von Art. 6 Abs. 3 IVöB handelt; unter den Verfahrensbeteiligten ist denn auch unbestritten, dass die Auftragsvergabe dem öffentlichen Vergaberecht unterliegt.

3.2 Im Hinblick auf die erforderliche Dekontaminierung des Gebiets um den Kugelfang, die im Herbst 2017 erfolgen sollte, hat die Gemeinde am

6. Januar 2017 einen Auftrag öffentlich ausgeschrieben, der Abtransport, Behandlung und Entsorgung des belasteten Materials umfasst (act. 4D pag. 220). In den Ausschreibungsunterlagen vom 22. Dezember 2016 hat sie neben zwei Zuschlagskriterien (Kosten und Referenzen) auch verschiedene Eignungskriterien bestimmt (act. 4D pag. 312). Zum einen haben die Offerentinnen eine vollständig ausgefüllte «Selbstdeklaration» und ein vollständig ausgefülltes «Anbieterblatt» sowie eine schriftliche Bestätigung einzureichen, über die Kapazität für Abtransport und Entsorgung von bis zu 200 Tonnen bzw. 130 Kubikmeter Aushubmaterial pro Tag zu verfügen. Zum andern müssen sie Angaben machen, auf welchem Weg sie die abtransportierten Materialien entsorgen werden. Unter Bezugnahme auf die VeVA und die gestützt auf deren Art. 2 vom Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) erlassene Verordnung vom 18. Oktober 2005 über Listen zum Verkehr mit Abfällen (SR 814.610.1) sowie die Verordnung vom 4. Dezember 2015 über die Vermeidung und die Entsorgung von Abfällen (Abfallverordnung, VVEA; SR 814.600) hat die Gemeinde als Eignungskriterium definiert, dass in der Offerte die «korrekten Entsorgungswege» für die verschiedenen wie folgt umschriebenen Abfallkategorien aufgelistet werden müssen:

- «1. Bodenaushub, der durch gefährliche Stoffe verunreinigt ist, VeVA-Code 17 05 03 [S], >VVEA Typ E
2. Stark belasteter abgetragener Bodenaushub, VeVA-Code 17 05 90 [akb], VVEA Typ E
3. Aushubmaterial, das durch gefährliche Stoffe verunreinigt ist, VeVA-Code 17 05 05 [S], >VVEA Typ E
4. Stark verschmutztes Aushubmaterial, VeVA-Code 17 05 91 [akb], VVEA Typ E
5. Bauabfälle, die gefährliche Stoffe enthalten, Kugelfangholz, VeVA-Code 17 09 03 [S]
6. Holzabfälle, die gefährliche Stoffe enthalten (problematische Holzabfälle), Bahnschwellen belastet, VeVA-Code 17 02 98»

3.3 Insgesamt gingen fünf Offerten bei der Gemeinde ein, wobei die Auswertung zeigte, dass eines der Angebote die verlangte schriftliche Kapazitätsbestätigung nicht enthielt und deshalb nicht weiter berücksichtigt werden konnte. Die übrigen vier Angebote erfüllten in den Augen der Vergabebehörde alle Eignungskriterien und wurden bewertet. Beim Zu-

schlagungskriterium der Referenzen erreichten alle Konkurrentinnen das Punktemaximum, sodass letztlich allein die Höhe der offerierten Sanierungskosten für die Rangierung ausschlaggebend war. Bei diesem Kriterium erhielt die kostengünstigste Beschwerdeführerin (Fr. 387'781.56) die maximale Punktezahl 5,00 (gewichtet 4,00), während das etwas teurere Angebot der Beschwerdegegnerinnen (Fr. 410'324.40) mit 4,73 Punkten (gewichtet 3,78) bewertet wurde und so den zweiten Platz belegte (act. 4E pag. 362). Letztere fochten den der Beschwerdeführerin erteilten Zuschlag vorab mit dem Argument an, deren Angebot erfülle das Eignungskriterium der Angabe der «korrekten Entsorgungswege» nicht vollständig und müsse deshalb ausgeschlossen werden.

3.4 In ihrer Offerte vom 10. Februar 2017 hat die Beschwerdeführerin angegeben, das Material, das in die Abfallkategorien 2 und 4 fällt, auf einer Deponie des Typs E in Jaberg zu entsorgen und jenes der Kategorien 5 und 6 auf der Annahmestelle Wimmis der Sortiergesellschaft F. _____ AG. Den Bodenaushub der Kategorien 1 und 3 will die Beschwerdeführerin demgegenüber in ihr Zwischenlager im Hafen Basel verbringen, um es von dort anschliessend «zur Behandlung in einer notifizierten und bewilligten Anlage» nach Deutschland weiterzuleiten (Offerte vom 10.2.2017, Beschwerdebeilage [BB] 7). – Das RSA hat zwar erwogen, das streitbetreffende Eignungskriterium könne grundsätzlich auch erfüllen, wer den abzutransportierenden Abfall ausserhalb der Schweiz entsorge, selbst wenn die Gemeinde für die Umschreibung der Abfallkategorien ausdrücklich auf die Bestimmungen von VeVA und VVEA Bezug genommen habe (angefochtener Entscheid E. 2.6.2). Es hat aber bemängelt, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Offerte keine konkrete Anlage nennt, in die die nach Deutschland zu überführenden Abfälle gebracht würden. Da keine gültige Bewilligung des BAFU für den Export der Abfälle vorliege, hätte die Vergabebehörde die Rechtmässigkeit des Exports (Einhaltung der hiesigen Anforderungen an die Umweltverträglichkeit) selber überprüfen können müssen. Mangels Angaben zum letzten Schritt des Entsorgungswegs sei dies gestützt auf die Offerte der Beschwerdeführerin nicht möglich gewesen. Mithin habe diese nicht alle Eignungskriterien vollständig erfüllt und hätte vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen (angefochtener Entscheid E. 2.6.3).

3.5 Die Beschwerdeführerin rügt vor Verwaltungsgericht, die Handhabung des Eignungskriteriums der Angabe der Entsorgungswege durch das RSA verletze das Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung [BV; SR 101] und Art. 26 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]). Aus einer Ausfuhrbewilligung des BAFU ergebe sich die Rechtmässigkeit der von ihr vorgesehenen Entsorgung in Deutschland, weshalb die Vergabebehörde keine eigene Prüfung vornehmen müsse und das Fehlen der Angabe eines konkreten Entsorgungsorts unerheblich sei. Weiter habe das RSA gegen das Willkürverbot (Art. 9 BV; Art. 11 Abs. 1 KV) verstossen, da es beim Eignungskriterium der Entsorgungswege ohne Not von der Auslegung der Vergabebehörde abgewichen sei. Die von der Gemeinde beigezogenen Fachleute hätten die eingegangenen Angebote geprüft und deren Bewertung vorbereitet. Dabei seien sie zum Schluss gekommen, jenes der Beschwerdeführerin erfülle alle Eignungskriterien und sei das wirtschaftlich günstigste. Der angefochtene Entscheid lasse dies zu Unrecht ausser acht; er sei aufzuheben und der Zuschlag ihr zu erteilen. – Die Beschwerdegegnerinnen entgegnen, einzig die Behandlung des streitbetroffenen Aushubmaterials in einer Bodenwaschanlage entspreche dem heutigen Stand der Technik. Das BAFU habe diese Voraussetzung missachtet, sodass die zwischenzeitlich erteilte Ausfuhrbewilligung widerrechtlich sei. Zudem sei sie mit einem Widerrufsvorbehalt versehen, was gegen Art. 17 Bst. b VeVA verstosse; die Umweltverträglichkeit der Entsorgung müsse vor und nicht erst nach Erteilung der Bewilligung geprüft werden.

4.

4.1. Der Beschwerdeführerin ist im verwaltungsgerichtlichen Verfahren antragsgemäss Einsicht in die Vorakten gewährt worden, allerdings ohne die Konkurrenzofferten und die Aufstellung der Vergabebehörde, in der die Details der Angebotspreise aller Anbieterinnen wiedergegeben wurden (act. 4E pag. 365). Mit ihrer Eingabe vom 6. August 2018 hat die Beschwerdeführerin verlangt, auch in die Offerte der Beschwerdegegnerinnen Einsicht nehmen zu können. Sie macht geltend, die darin angegebenen

Entsorgungswege nachvollziehen zu wollen, weil dies für die Begründung ihrer Beschwerde von erheblicher Relevanz sei.

4.2 Mit Blick auf die Besonderheiten des Vergabeverfahrens ist das Akteneinsichtsrecht auch im Rechtsmittelstadium jedenfalls insoweit eingeschränkt, als die Offerten gegenüber den Mitbewerbern grundsätzlich vertraulich zu behandeln sind (Art. 11 Bst. g IVöB; BGE 139 II 489 E. 3.3 mit Hinweisen). Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 21 ff. VRPG sowie Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 26 Abs. 2 KV) ergibt sich hier nichts anderes, zumal nicht ersichtlich ist, inwiefern eine detaillierte Kenntnis der Entsorgungswege der Beschwerdegegnerinnen für die Argumentation der Beschwerdeführerin vor Verwaltungsgericht relevant sein könnte. Ob diese mit ihrem Rechtsbegehren durchdringt, hängt allein davon ab, ob ihre eigenen Angaben zur Entsorgung in Deutschland den Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen genügen. Einen Zuschlag an sich selber vermöchte die Beschwerdeführerin nämlich nicht mit Einwänden gegen die Angaben der Beschwerdegegnerinnen zu erwirken. Zudem ergibt sich aus den Erwägungen der Vorinstanz klar, dass die Beschwerdegegnerinnen die Sonderabfälle, die nicht auf einer Deponie des Typs E entsorgt werden können, in die Bodenwaschanlage G._____ in Rümlang zu bringen gedenken. Der Beschwerdeführerin ist der massgebende Entsorgungsweg ihrer Konkurrentinnen demnach ohnehin bereits bekannt. Bei dieser Ausgangslage ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Einsichtnahme in die Offerte der Beschwerdegegnerinnen abzuweisen.

4.3 Ebenfalls abzuweisen ist der Antrag der Beschwerdeführerin, die Verantwortlichen der H._____ AG zu befragen (Beschwerde S. 9), die von der Gemeinde für die Durchführung des Vergabeverfahrens beigezogen worden ist. Die Beschwerdeführerin legt mit keinem Wort dar, weshalb eine Befragung der betreffenden Personen erforderlich sein sollte. Im Übrigen ist aktenkundig, dass diese davon ausgehen, das Angebot der Beschwerdeführerin erfülle einerseits die Eignungskriterien und sei andererseits das wirtschaftlich günstigste (vgl. die Empfehlung der H._____ AG zuhanden der EG E._____ vom 23.2.2017, act. 4E pag. 357-361). Bei diesen Gegebenheiten ist nicht ersichtlich, welche zusätzlichen

Erkenntnisse aus ihrer persönlichen Befragung zu gewinnen wären (vgl. BGE 141 I 60 E. 3.3; BVR 2012 S. 252 E. 3.3.3).

5.

5.1 Allfällige Eignungskriterien hat die Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen (Art. 16 Abs. 1 der Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÖBV; BSG 731.21]). Solche können insbesondere die fachliche, technische, organisatorische oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Anbieterschaft sein, wobei die Eignungskriterien auftragsspezifisch zu bestimmen und wo nötig zu präzisieren sind. Zur Beurteilung der festgelegten Eignungskriterien können Nachweise verlangt werden (Art. 16 Abs. 2 und 3 ÖBV). Eignungskriterien sollen sicherstellen, dass nur jene Unternehmen im Vergabeverfahren eine Chance auf den Zuschlag erhalten, die den ausgeschriebenen Auftrag gehörig erfüllen können. Bei ihrer Formulierung und Anwendung verfügt die Vergabebehörde über einen grossen Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen im Rahmen der Rechtskontrolle einschliesslich der Feststellung des Sachverhalts nicht unter dem Titel der Auslegung einschränken dürfen (vgl. vorne E. 1.2). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die Rechtsmittelbehörde nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken. Eignungskriterien sind dabei so auszulegen und anzuwenden, wie sie aufgrund ihrer Formulierung in der Ausschreibung von der Anbieterschaft in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten; auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (BGE 2C_994/2016 vom 9.3.2018 E. 4.1.1; BGE 143 I 177 E. 2.3, 141 II 14 E. 7.1). Anbieterinnen, die die geforderten Eignungskriterien nicht erfüllen, werden von der Teilnahme am Verfahren ausgeschlossen (Art. 24 Abs. 1 Bst. c ÖBV). Anders ist zu entscheiden, wenn die Mängel geringfügig sind, muss ein Ausschlussgrund doch eine gewisse Schwere aufweisen. Dies ist dann der Fall, wenn die Gleichbehandlung zwischen der fehlerhaften Offerte und den übrigen Angeboten sich nicht mehr gewährleisten liesse. Ein Ausschluss wäre hingegen unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch, wenn die Abweichung von den Vorgaben der Ausschreibung

untergeordneten Charakter hat und mit Blick auf das Preis-Leistungs-Verhältnis nur unbedeutend ist (BGE 143 I 177 E. 2.3.1; BVR 2018 S. 206 E. 3.1, je mit Hinweisen.). So darf etwa die Vergabestelle eine nachträgliche Einreichung von Detailnachweisen zulassen (BGer 2C_346/2013 vom 20.1.2014 E. 3.3), während der Ausschluss wegen nicht fristgerechter Einreichung von Eignungsnachweisen nicht zu beanstanden ist (BGE 143 I 177 E. 2.3.1).

5.2 Streitig ist vor Verwaltungsgericht allein, ob die Vorinstanz Recht verletzt hat, wenn sie im Unterschied zur Vergabebehörde zum Schluss gekommen ist, die Beschwerdeführerin habe in Bezug auf die Abfallkategorien 1 und 3 das Eignungskriterium der Angabe der Entsorgungswege nicht erfüllt, weil sie in ihrer Offerte den genauen Entsorgungsort in Deutschland nicht angegeben habe.

5.2.1 Für die Bewilligung der Ausfuhr von Abfällen jeglicher Art sind die Bundesbehörden allein zuständig; anders als bei der bewilligungspflichtigen Behandlung von Abfällen im Inland gibt es keine kantonalen oder kommunalen Zuständigkeiten. Dem Kanton, in dem sich die ins Ausland zu verbringenden Abfälle befinden, wird vom BAFU lediglich eine Kopie der Verfügung zu Informationszwecken zugestellt (Art. 19 Abs. 3 VeVA). Zudem ist eine Bewilligung nicht nur für die Ausfuhr von Sonderabfällen erforderlich, sondern grundsätzlich für jegliche Art von Abfällen; so ist das BAFU im Bereich der Abfallausfuhr zu einer umfassenden Rechtmässigkeitsprüfung gehalten. Unter Berücksichtigung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz beurteilt es dabei das Erfüllen vielfältiger formeller und materieller Voraussetzungen und prüft insbesondere auch, ob die Entsorgung dem Stand der Technik entspricht und ob die Zustimmung der Behörden des Einfuhrstaats vorliegt. Ihm sind in jedem Einzelfall die genauen Entsorgungswege bekannt, wobei es für seinen Bewilligungsentscheid Einsicht in die Verträge mit dem ausländischen Entsorgungsunternehmen nimmt (vorne E. 2.1). Angesichts dieser Aufgaben und Kompetenzen des BAFU im Bereich der Ausfuhr von Abfällen sowie mit Blick auf die einschlägige gesetzliche Regelung besteht – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen – weder für die Vergabebehörde noch für die Rechtsmittelinstanz Raum, die Rechtmässigkeit eines bewilligten Abfalltransports ins

Ausland in Frage zu stellen. Ist eine Entsorgung im Ausland gemäss den Ausschreibungsbedingungen des öffentlichen Auftrags zulässig, was für die vorliegende Ausschreibung von keiner Seite (mehr) angezweifelt wird, ist die «korrekte Entsorgung» von Abfällen nach dem Gesagten mittels Ausfuhrbewilligung des BAFU nachgewiesen. Für die Offerte der Beschwerdeführerin heisst das, dass diese ihren Entsorgungsweg für Abfälle der Kategorien 1 und 3 mit dem Hinweis, das betreffende Material werde gestützt auf eine Bewilligung des BAFU und eine Notifikation nach Basler Übereinkommen nach Deutschland verbracht, hinreichend umschrieben hat. Die Beschwerdeführerin muss keine konkrete Anlage nennen, die die Abfälle übernimmt, da sie nur aufzuzeigen hat, auf welchem Weg sie die Abfälle rechtmässig entsorgen will. Im Übrigen setzt die Erteilung der Ausfuhrbewilligung zwingend die Nennung des ausländischen Entsorgungsunternehmens voraus, wobei das BAFU das Erfüllen aller massgeblicher Voraussetzungen zu prüfen hat und die Bewilligung erst nach Einsicht in die vertragliche Einigung mit dem Entsorgungsunternehmen (und mit Zustimmung der ausländischen Behörden) erteilt. Bei diesen Gegebenheiten würde das Fehlen von Angaben zum genauen Entsorgungsort in Deutschland in der Offerte selber, wenn solche vom Eignungskriterium gefordert wären, einen Mangel von lediglich untergeordneter Bedeutung darstellen, der einen Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin nicht rechtfertigen würde.

5.2.2 Die Vorinstanz hat allerdings nicht auf eine generelle Verpflichtung der Vergabebehörde geschlossen, eine eigene Prüfung der rechtskonformen Entsorgung von Abfällen im Ausland vorzunehmen. Vielmehr ist das RSA davon ausgegangen, hier hätte die Vergabebehörde mangels Vorliegens einer gültigen Ausfuhrbewilligung für die Abfälle aus dem Schiessstand ... die Prüfung ausnahmsweise anstelle des BAFU vornehmen müssen. Wegen der ungenügenden Angaben der Beschwerdeführerin zum «letzten Schritt des Entsorgungswegs» sei das jedoch unmöglich gewesen, sodass diese das streitige Eignungskriterium nicht erfülle und vom Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen (vorne E. 3.4). Mit den entsprechenden Erwägungen greift das RSA unzulässigerweise in den Beurteilungsspielraum der Vergabebehörde ein (vorne E. 5.1) und stellt an das Angebot der Beschwerdeführerin Anforderungen, die für jene der Kon-

kurrentinnen, die eine Entsorgung im Inland vorsehen, weder in gleicher noch in ähnlicher Weise gelten: Gemäss den Ausschreibungsunterlagen vom 22. Dezember 2016 haben die Anbieterinnen in ihren Offerten «aufzulisten», auf welche Art und Weise die Abfälle der verschiedenen Kategorien «korrekt» entsorgt werden sollen. Wie gesehen ist dieses Eignungskriterium mit den einschlägigen Angaben erfüllt, zumal die Gemeinde keine Belege verlangt (act. 4D pag. 312), obschon sie nach Art. 16 Abs. 3 ÖBV Nachweise zur Beurteilung der festgelegten Eignungskriterien fordern könnte (vorne E. 5.1). Aus den Angaben in den einzelnen Angeboten muss also bloss ersichtlich sein, dass die Abfälle «korrekt», d.h. entsprechend den gesetzlichen Vorgaben behandelt werden (hiervor E. 5.2.1). Die Konkurrentinnen der Beschwerdeführerin, die gegen die Zuschlagsverfügung an das RSA gelangt sind, haben dementsprechend lediglich angegeben, wohin sie die Abfälle der Kategorien 1 und 3 zu bringen gedenken (in die Bodenwaschanlage G. _____ in Rümlang bzw. Bodenrecyclinganlage der I. _____ AG in Regensdorf angefochtener Entscheid E. 2.6.3). Dabei hat auch das RSA von ihnen keine Belege dafür erwartet, dass diese Anlagen über die erforderlichen kantonalen Bewilligungen verfügen (vorne E. 2.1) bzw. ihre Betreiberinnen bereit gewesen sind, im Herbst 2017 Abfälle aus der Schiessanlage ... anzunehmen. Dann kann der Vergabebehörde nicht vorgeworfen werden, von der Beschwerdeführerin nichts Entsprechendes verlangt zu haben, zumal eine Ausfuhrbewilligung nur erteilt wird, wenn alle gesetzlichen Anforderungen erfüllt sind. Vielmehr hätte die Vorinstanz akzeptieren müssen, dass nach Auffassung der Gemeinde die Angabe genügt, die Abfälle der Kategorien 1 und 3 würden gestützt auf eine Bewilligung des BAFU und eine Notifikation nach Basler Übereinkommen nach Deutschland gebracht. Sie hat den Beurteilungsspielraum der Vergabebehörde missachtet, wenn sie stattdessen verlangt, die Beschwerdeführerin müsse zusätzliche Angaben machen oder gar eine gültige Ausfuhrbewilligung vorlegen, um das Eignungskriterium zu erfüllen. Gleichzeitig hat sie gegen das vergaberechtliche Gleichbehandlungsgebot von Art. 11 Bst. a IVöB verstossen, zumal nicht einzelnen Anbieterinnen Vorteile gewährt oder Nachteile auferlegt werden dürfen, die für die anderen Anbieterinnen nicht auch gelten. Ebenso wenig darf einseitig zu Gunsten oder zu Lasten einzelner Anbieterinnen in den Wettbewerb eingegriffen werden. Das

Vergabeverfahren muss für alle Anbietenden nicht nur formell, sondern auch materiell gleichwertige Wettbewerbsbedingungen gewährleisten (VGE 2013/213 vom 2.10.2013 E. 5.2 mit Hinweis auf Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2013, S. 807 ff., 830 f.).

5.2.3 Entgegen der Auffassung der Vorinstanz wäre die Vergabebehörde zudem gar nicht in der Lage, anstelle des BAFU zuverlässig einzuschätzen, ob eine Ausfuhr der Abfälle rechtmässig erfolgt. Dies schon darum nicht, weil eine Bewilligung neben gültigen Verträgen mit dem Entsorgungsunternehmen auch die Zustimmung der ausländischen Behörden erfordert. Hätte also die Beschwerdeführerin über den Umstand hinaus, dass sie den Sonderabfall in Deutschland entsorgen werde, auch angegeben, in welche deutsche Anlage die Abfälle gebracht werden, könnte gestützt auf diese Information die Zulässigkeit der geplanten Ausfuhr noch nicht zuverlässig beurteilt werden. Die entsprechenden Angaben hätten deshalb für die Vergabebehörde keinerlei Zusatznutzen gebracht, sodass ein striktes Erfordernis, den «letzten Schritt des Entsorgungswegs» ausdrücklich zu nennen, durch keine schutzwürdigen Interessen gerechtfertigt ist. Der angefochtene Entscheid verstösst deshalb auch gegen das Verbot des überspitzten Formalismus (vgl. allgemein dazu BVR 2015 S. 301 E. 3.1; BGE 142 I 10 E. 2.4.2).

5.2.4 Schliesslich bleibt zu erwähnen, dass der Beschwerdeführerin nicht vorgehalten werden kann, im Moment des Zuschlags für den Zeitraum der Auftragserfüllung (noch) nicht über eine Ausfuhrbewilligung des BAFU verfügt zu haben. Indem die Gemeinde die Verfügung des BAFU vom 3. August 2016 vorgelegt hat, die der Beschwerdeführerin die Ausfuhr von Sonderabfällen der verlangten Kategorien nach Deutschland bewilligt (act. 4E pag. 380 ff.), war im vorinstanzlichen Verfahren jedenfalls erstellt, dass der in der Offerte für die Abfälle aus dem Kugelfang angegebene Entsorgungsweg den gesetzlichen Grundlagen entspricht. Noch weniger als ein Beleg hierfür ist gemäss Ausschreibungsunterlagen ein Nachweis verlangt, dass der Auftrag tatsächlich erfüllt werden kann. So haben denn auch die Konkurrentinnen der Beschwerdeführerin keine laufenden Verträge mit den von ihnen bezeichneten Entsorgungsunternehmen einge-

reicht. Im Übrigen weist die Beschwerdeführerin zu Recht darauf hin, dass die Ausfuhrbewilligung einzelfallbezogen erteilt wird und nicht auf Vorrat einzuholen ist, zumal wie erwähnt auch die Zustimmung des Einfuhrstaats erforderlich ist (vorne E. 5.2.1). So hätte sich denn eine im Herbst 2017 gültige Ausfuhrbewilligung hier als nutzlos erwiesen, ist doch der Auftrag bisher nicht ausgeführt worden. Zwischenzeitlich hat das BAFU der Beschwerdeführerin erneut eine Bewilligung erteilt, wobei deren Gültigkeitsdauer am 14. Mai 2018 wieder abgelaufen ist (Verfügung vom 13.11.2017, act. 4B pag. 120 ff.). Es ist ohne weiteres davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin für die Ausführung des streitigen Auftrags eine weitere Ausfuhrbewilligung wird einholen können. Auch deshalb ist eine Stellungnahme des BAFU zur Bewilligungspraxis entbehrlich; der entsprechende Beweisantrag der Beschwerdegegnerinnen (Beschwerdeantwort S. 8) wird abgewiesen (vgl. zur antizipierten Beweiswürdigung vorne E. 4.3).

5.3 Zusammenfassend hat die Beschwerdeführerin den Entsorgungsweg für die Abfälle der Kategorien 1 und 3 gemäss Ausschreibung in ihrer Offerte hinreichend aufgezeigt. Wenn die Vorinstanz für das Erfüllen des Eignungskriteriums zusätzlich Angaben zum genauen Entsorgungsort in Deutschland verlangt, greift sie unzulässigerweise in den Beurteilungsspielraum der Vergabebehörde ein und verstösst gegen das vergaberechtliche Gleichbehandlungsgebot. Da eine dahingehende formelle Anforderung an die Offerten zudem durch keine schutzwürdigen Interessen gerechtfertigt ist, verstösst der angefochtene Entscheid auch gegen das Verbot des überspitzten Formalismus. Ferner würden die fehlenden Angaben zum genauen Entsorgungsort in Deutschland ohnehin nur einen geringfügigen Mangel darstellen, der einen Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin nicht rechtfertigen würde. Damit erweist sich die Beschwerde als begründet; sie ist gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen. Mit dem vorliegenden Urteil erübrigt es sich, das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu beurteilen bzw. das Superprovisorium durch eine ordentliche vorsorgliche Massnahme abzulösen (vgl. BVR 2012 S. 314 E. 5.4; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 28 N. 5).

6.

6.1 Bei diesem Verfahrensausgang werden die Beschwerdegegnerinnen unter solidarischer Haftbarkeit kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 und Art. 106 VRPG). Weiter hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf Ersatz der ihr im verwaltungsgerichtlichen Verfahren entstandenen Parteikosten (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Die Kostennote ihres Rechtsvertreters gibt zu keinen Bemerkungen Anlass.

6.2 Die Kosten vor der Vorinstanz sind entsprechend dem Ausgang des vorliegenden Verfahrens neu zu verlegen. Da das RSA den bei ihm unterliegenden Parteien keine Verfahrenskosten auferlegt hat, ist deren Höhe unbestimmt. Sodann hat es sich um ein Verfahren mit überdurchschnittlichem Aufwand gehandelt hat, weshalb die Kosten nicht durch das Verwaltungsgericht zu bestimmen, sondern die Sache zur Neuverlegung von Verfahrens- und Parteikosten an das RSA zurückzuweisen ist.

7.

Gemäss Art. 83 Bst. f des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unzulässig gegen Entschiede auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffung, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) oder des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68) nicht erreicht (Ziff. 1) und sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Ziff. 2). Die Voraussetzungen von Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und Ziff. 2 BGG gelten nach der bundesgerichtlichen Praxis kumulativ (vgl. etwa BGE 133 II 396 E. 2.1). Der Wert der streitigen Vergabe erreicht die massgeblichen Schwellenwerte nicht (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB i.V.m. Art. 1 Bst. c der Verordnung des Eidgenössischen

Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung [WBF] vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 [SR 172.056.12]), weshalb das vorliegende Urteil einzig mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde angefochten werden kann und mit dem Hinweis auf dieses Rechtsmittel zu versehen ist.

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Entscheid des Regierungsstatthalteramts Emmental vom 25. Mai 2018 wird aufgehoben und die Zuschlagsverfügung der Einwohnergemeinde E. _____ vom 7. März 2017 bestätigt.
2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 7'000.--, werden den Beschwerdegegnerinnen auferlegt.
3. Die Beschwerdegegnerinnen haben der Beschwerdeführerin die Parteikosten für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 4'636.30 (inkl. Auslagen), zu ersetzen.
4. Die Sache wird zur Neuverlegung der Verfahrens- und Parteikosten im Verfahren vor dem Regierungsstatthalteramt Emmental an die Vorinstanz zurückgewiesen.

5. Zu eröffnen:

- der Beschwerdeführerin
- den Beschwerdegegnerinnen
- der Einwohnergemeinde E. _____
- dem Regierungsstatthalteramt Emmental
- der Wettbewerbskommission

Der Abteilungspräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 39 ff. und 113 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.