



## **Urteil vom 24. Oktober 2012**

---

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),  
Richter Francesco Brentani, Richter Claude Morvant,  
Gerichtsschreiberin Sabine Büttler.

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Andreas Güngerich,  
Effingerstrasse 1, Postfach 6916, 3001 Bern,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevöl-  
kerungsschutz und Sport VBS, armasuisse,**  
Wankdorfstrasse 2, 3003 Bern,  
Vergabestelle.

---

Gegenstand

Vergabeverfahren "Entsorgung von Sonder- und anderen  
kontrollpflichtigen Abfällen LBA" (SIMAP-Publikation vom  
19. Januar 2012; Meldungsnummer 723253).

**Sachverhalt:****A.**

Das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport bzw. die armasuisse (im Folgenden: Vergabestelle), schrieb auf der Internetplattform SIMAP am 29. September 2011 einen Dienstleistungsauftrag für die Entsorgung von Sonder- und anderen kontrollpflichtigen Abfällen im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 689041). Die ins Auge gefasste Dienstleistungsvereinbarung soll eine Laufzeit von 48 Monaten haben "mit einer Option für ein weiteres Jahr" (Punkt 2.5 der Ausschreibung).

**B.**

Am 19. Januar 2012 publizierte die Vergabestelle auf SIMAP unter der Meldungsnummer 723253 die Zuschlagserteilung an die Z.\_\_\_\_\_AG (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin).

**C.**

Gegen die Zuschlagsverfügung vom 19. Januar 2012 erhob die X.\_\_\_\_\_AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin), welche ebenfalls intern Frist ein Angebot eingereicht hatte, mit Eingabe vom 8. Februar 2012 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Die Beschwerdeführerin beantragt in der Hauptsache die Aufhebung der Zuschlagsverfügung vom 19. Januar 2012 sowie die Zuschlagserteilung an sich selbst. Eventualiter stellt sie Antrag auf Rückweisung der Sache zur Neu beurteilung an die Vergabestelle.

**D.**

Mit superprovisorischer Anordnung vom 9. Februar 2012 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid über den Antrag betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin.

**E.**

Die Vergabestelle beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 16. Februar 2012 die Gutheissung des Antrages auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Ausserdem verlangte sie namentlich mit Blick auf die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen die Beschränkung der Akteneinsicht. Zur detaillierten Darstellung des Sachverhalts in Bezug auf die instruktionsrichterliche Gewährung der Akteneinsicht wird auf den Sachverhalt des Zwischenentscheides vom 14. Juni 2012 verwiesen.

**F.**

Die Zuschlagsempfängerin, welcher mit Verfügung vom 9. Februar 2012 Frist bis zum 20. Februar 2012 zur freigestellten Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen angesetzt worden war, verzichtete auf die Beteiligung am Verfahren.

**G.**

Am 20. Februar 2012 wurde der Beschwerde aufgrund übereinstimmender Anträge der Beschwerdeführerin und der Vergabestelle einzelrichterlich die aufschiebende Wirkung erteilt.

**H.**

In ihrer Beschwerdeergänzung vom 21. März 2012 bekräftigte die Beschwerdeführerin ihr Gesuch um Akteneinsicht in alle nicht vom Einsichtsrecht zwingend ausgenommenen Dokumente. Materiell stellte sie sich auf den Standpunkt, die Preisberechnung sei fehlerhaft. Die Vergabestelle habe offenbar die Einheitspreise pro Tonne aller zur Entsorgung nachgefragten Sonderabfälle zusammengezählt und so den Preis berechnet. Nur so erkläre sich auch, dass trotz des siebenstelligen Auftragsvolumens die Preisspanne mit Fr. 56'621.55 bis Fr. 99'200.00 angegeben worden sei. Eine derartige Preisberechnung, welche die effektiv anfallende Menge pro Sonderabfallart nicht berücksichtige, sei vergaberechtswidrig. Dies insbesondere angesichts des Umstands, dass sich aus den Akten des Vergabeverfahrens ergebe, dass die Mengen pro Abfallgattung tatsächlich sehr unterschiedlich seien.

**I.**

Die Vergabestelle führte mit Eingabe vom 2. April 2012 insbesondere aus, das Pflichtenheft sei Teil der Ausschreibungsunterlagen. Die Ausschreibung sei wiederum ein Anfechtungsobjekt im Sinne von Art. 29 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1). Die Frist zur Anfechtung dieser Verfügung sei 20 Tage nach Publikationsdatum, also am 29. Oktober 2011, abgelaufen und die Ausschreibungsunterlagen seien somit in formelle Rechtskraft erwachsen. Die Vergabestelle beantrage daher, auf diese verspätet vorgebrachten Rügen, wonach die Ausschreibungsunterlagen bzw. das Pflichtenheft vergaberechtswidrig seien, nicht einzutreten.

**J.**

Mit Verfügung vom 3. April 2012 wurde der Schriftenwechsel entsprechend den Vorbringen der Vergabestelle einstweilen namentlich auf die

Frage beschränkt, ob sowohl Ausschreibung als auch Ausschreibungsunterlagen "in formelle Rechtskraft erwachsen" seien und ob dies zur Folge habe, dass die Rügen der Beschwerdeführerin betreffend die Preisberechnung verspätet seien.

**K.**

Die Beschwerdeführerin bestritt in ihrer Stellungnahme vom 16. April 2012 sämtliche von der Vergabestelle mit Eingabe vom 2. April 2012 gemachten Vorbringen. Zur formellen Rechtskraft der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen führte die Beschwerdeführerin namentlich aus, es sei aus der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich gewesen, dass die Vergabestelle den Zuschlagspreis fehlerhaft errechnen würde. Selbst wenn demnach eine selbständige Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen möglich gewesen wäre, hätte die Beschwerdeführerin hierzu keinen Anlass gehabt. Der Vorwurf der Vergabestelle, die Beschwerdeführerin habe gewisse Rügen verspätet vorgebracht, erweise sich somit als haltlos.

**L.**

Mit Stellungnahme vom 30. April 2012 beantragte die Vergabestelle die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei, eventualiter die Rückweisung der Sache "zur Neuauflage" an die Vorinstanz. Insbesondere seien die Rügen der Beschwerdeführerin mangels Unvorhersehbarkeit des gewählten Vorgehens als verspätet zu betrachten. Zur Begründung ihres Eventualbegehrens auf Rückweisung an die Vorinstanz "zur Neuauflage" führt sie aus, diese sei einerseits sachgerecht, weil die Mitbewerber ihre Preise pro Gut ebenfalls anpassen wollen. Andererseits müsse die Vergabestelle den Warenkorb grundsätzlich hinsichtlich der Gewichtung einzelner Güter überprüfen und allenfalls neue Gewichtungen oder gar Streichungen aus der Liste vornehmen, um zu einem wirtschaftlich ebenfalls vertretbaren Ergebnis zu kommen.

**M.**

Die Beschwerdeführerin hielt in ihrer Stellungnahme vom 8. Mai 2012 vollumfänglich an ihren Rechtsbegehren gemäss Beschwerde vom 8. Februar 2012 fest. Die Vergabestelle erkläre nicht, weshalb die Beschwerdeführerin bereits die Ausschreibung hätte anfechten müssen. Insbesondere lege sie nicht dar, inwiefern es für die Beschwerdeführerin erkennbar gewesen wäre, dass die Vergabestelle trotz Durchführung einer GATT/WTO-Ausschreibung sowie der Mitteilung der benötigten Mengen an alle Anbieter einfach die einzelnen Einheitspreise (ohne Ge-

wichtung) zusammenzählen würde. Zu den Ausführungen der Vergabestelle hinsichtlich der Aufhebung des Zuschlages und der Rückweisung der Sache führt die Beschwerdeführerin aus, daraus lasse sich ableiten, dass selbst aus der Sicht der Vergabestelle Fehler im Submissionsverfahren begangen worden seien. In Bezug auf den Eventualantrag der Vergabestelle macht sie geltend, wenn das Bundesverwaltungsgericht die entsprechenden Berechnungen nicht selbst anstellen wolle, sei die Sache – lediglich – zur korrekten Berechnung der Preise an die Vorinstanz zurückzuweisen, ohne dass die Angebote verändert werden dürfen. Da sämtliche Preise bekannt seien, würde eine Neuausschreibung einem unzulässigen Abbruch des Vergabeverfahrens gleichkommen.

**N.**

Mit Zwischenentscheid vom 14. Juni 2012 stellte das Gericht fest, dass die Tatsache, dass die Ausschreibung unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist, der materiellen Beurteilung der Rügen der Beschwerdeführerin betreffend die Preisberechnung durch die Vergabestelle nicht entgegen steht. Dieser Zwischenentscheid blieb unangefochten.

**O.**

Am 18. Juni 2012 wurde die am 3. April 2012 angeordnete Beschränkung des Schriftenwechsels aufgehoben und der Vergabestelle bis zum 2. Juli 2012 Frist gesetzt, um sich zum Dispositiv des Endentscheides und den Modalitäten der Rückweisung zu äussern.

**P.**

Mit Eingabe vom 2. Juli 2012 beantragt die Vergabestelle in Anbetracht des Zwischenentscheides vom 14. Juni 2012 die Aufhebung des Zuschlags. Ausserdem sei das der Vernehmlassung beiliegende Preisblatt in das Dispositiv aufzunehmen. Schliesslich sei die Vergabestelle anzuweisen, die Teilnehmer im Vergabeverfahren zur Offertstellung gestützt auf das eingereichte Preisblatt einzuladen. Eventualiter sei die Sache an die Vergabestelle zur neuen Ausschreibung zurückzuweisen mit der Auflage, die Zuschlagskriterien so zu gestalten, dass Mengen, Preise und Lieferorte pro VeVa-Kategorie anzubieten sind und die Mengen und Lieferorte basierend auf den Erfahrungswerten 2010 durch die Vergabestelle im Voraus anzugeben sind. Zur Begründung führt die Vergabestelle aus, im Rahmen des Vergabeverfahrens sei dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung der Anbieter Rechnung zu tragen. Da das Gericht festgestellt habe, dass in den Ausschreibungsunterlagen lediglich die Verrechnungseinheiten publiziert worden seien, ohne darauf hinzuweisen, dass die

Einheitspreise nicht mit vorbestimmten Mengen publiziert würden. War dieser Mangel für die Beschwerdeführerin nicht erkennbar, so gelte dies auch für die anderen Anbieter. Eine neuerliche Offertanfrage sei zur Wahrung der Gleichbehandlung geboten. Einen Abbruch des Verfahrens schliesst die Vergabestelle demgegenüber aus. Soweit dem Antrag auf Verbindlicherklärung des Preisblattes kein Erfolg beschieden sei, sei das Verfahren durch Rückweisung zu erledigen.

**Q.**

Die Beschwerdeführerin hält mit Eingabe vom 13. Juli 2012 an den mit der Beschwerde vom 8. Februar 2012 gestellten Rechtsbegehren vollumfänglich fest. Die Vergabestelle gehe offenbar nach wie vor davon aus, es sei zulässig, die einzelnen Preise pro Abfallgattung ohne Multiplikation mit der anfallenden Menge zusammenzuzählen, um so den Zuschlagspreis zu berechnen. Ein solches Vorgehen sei indessen vergaberechtswidrig. Demnach sei für den Fall einer Rückweisung explizit festzuhalten, dass die Vergabestelle zur Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots die Einheitspreise pro Stück je Abfallmenge mit den voraussichtlich benötigten Abfallmengen zu multiplizieren habe. Ausserdem basiere die mit Eingabe vom 2. Juli 2012 eingereichte rektifizierte Liste auf den bereits bekannten Beilagen 3b und 3c. Demnach gebe es keinen Anlass für eine neue Offertanfrage oder gar eine Neuausschreibung. Vielmehr sei die Evaluierung des wirtschaftlich günstigsten Angebots aufgrund der bereits eingereichten Offerten vorzunehmen.

**R.**

Mit Verfügung vom 17. Juli 2012 wurde die Vergabestelle ersucht zu erläutern, ob ihre Anträge so zu verstehen seien, dass sie an ihrer "Warenkorb-berechnung" unter "blosser Addition der Einheitspreise" ohne Multiplikation mit den veranschlagten Mengen festhalte. Ausserdem erhielten die Parteien Gelegenheit, sich bis zum 27. Juli 2012 zur Frage zu äussern, welche Anbieter für den Fall, dass Gelegenheit zur Einreichung einer neuen Offerte (etwa gestützt auf die Liste vom 2. Juli 2012) gegeben werde, zu berücksichtigen wären.

**S.**

Die Vergabestelle führte mit Eingabe vom 19. Juli 2012 aus, ihre Eingabe vom 2. Juli 2012 sei so zu verstehen, dass sie explizit die Berücksichtigung der Mengen beantrage. In Bezug auf die Rückweisung sei aufgrund der Mängel der Ausschreibung davon auszugehen, dass alle Anbieter zwingend zur Offertstellung einzuladen sind.

**T.**

Am 25. Juli 2012 nahm die Beschwerdeführerin dahingehend Stellung, dass die Vergabestelle offenbar ihre Meinung geändert habe. Nachdem diese nun ebenfalls davon ausgehe, dass sie die Stückpreise mit den veranschlagten Mengen multiplizieren müsse, sei der Zuschlag aufzuheben. Es habe im Anschluss an die Rückweisung einzig die korrekte Evaluation der bereits eingereichten Offerten zu erfolgen. Dabei seien nur die Offerten der Zuschlagsempfängerin und diejenige der Beschwerdeführerin neu zu evaluieren. Auch bei einer Rückweisung zur neuen Offertstellung sei jedenfalls nur der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben, eine neue Offerte einzureichen. Die anderen Anbieter seien nach der Praxis der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen nicht mehr zu berücksichtigen, weil sie sich mit dem Zuschlag abgefunden hätten.

**U.**

Mit Verfügung vom 26. Juli 2012 wurde der Schriftenwechsel im Hauptverfahren geschlossen.

**V.**

Am 8. August 2012 reichte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin eine Honorarnote ein, welche der Vergabestelle zur freigestellten Stellungnahme zugestellt wurde, worauf diese indessen mit Eingabe vom 16. August 2012 verzichtete.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

**1.1** Ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, hat das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen (BVGE 2007/6 E. 1 mit weiteren Hinweisen; BVGE 2008/61, nicht publizierte E. 2.1).

**1.2** Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 172.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26

Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

**1.3** Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (e contrario Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BöB, vgl. auch Art. 39 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]; BVGE 2008/61 E. 3.1, 2008/48 E. 2.1; Entscheidung der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] vom 11. Oktober 2001, veröffentlicht in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.4, E. 1b mit Hinweisen).

**1.4** Die Vergabestelle untersteht als Teileinheit der allgemeinen Bundesverwaltung dem BöB (Art. 2 Abs. 1 lit. a BöB). Ein Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB liegt vor, da die hier in Frage stehenden Entsorgungsdienstleistungen zur im Annex 4 aufgeführten Klasse 9402 der CPC (prov.) gehören, welche sowohl Haus- als auch Industriel Müllbeseitigung (inkl. Transport) umfasst (vgl. dazu ausführlich den Zwischenentscheid im vorliegenden Verfahren vom 14. Juni 2012, E. 1.4). Das Auftragsvolumen beträgt grob 5 Millionen Franken; die entsprechenden Feststellungen im Zwischenentscheid vom 14. Juni 2012 (E. 1.4) sind auch im Rahmen des nachfolgenden Schriftenwechsels namentlich seitens der Vergabestelle nicht in Frage gestellt worden. Somit steht das Erreichen des einschlägigen Schwellenwerts ausser Frage. Demnach sind die Regeln des BöB auf den hier zu beurteilenden Auftrag anzuwenden. In Bezug auf das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen kann im Übrigen auf den Zwischenentscheid im vorliegenden Verfahren vom 14. Juni 2012 (E. 1.5) verwiesen werden.

## **2.**

**2.1** Mit Zwischenentscheid vom 14. Juni 2012 (E. 4.4) hat das Gericht festgestellt, dass der Beschwerdeführerin beizupflichten ist, wenn sie geltend macht, es sei für sie nicht erkennbar gewesen, dass die Auftraggeberin ihre erst vor Bundesverwaltungsgericht als "Warenkorb" bezeichnetes Preisbewertungsmodell so verstehe, dass Einheitspreise pro Abfallgattung direkt zusammengezählt und ohne Berücksichtigung der Mengen bewertet werden. Demnach ist festgestellt worden, dass die Beschwerdeführerin ihre Rügen betreffend die Preisbewertung auch im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags noch vorbringen kann. Zum Weiteren Pro-

zessprogramm ist in diesem Zusammenhang (vgl. E. 5 des Zwischenentscheids) darauf hingewiesen worden, dass die Frage, ob das vorliegend gewählte "Warenkorb"-Modell vergaberechtswidrig ist, dem Endentscheid vorbehalten bleibt. Dabei sei aufgrund des Eventualantrages der Vergabestelle auf Aufhebung des Zuschlags und Rückweisung für den Fall, dass sich die Rügen der Vergabestelle nicht als "verspätet" erweisen, wohl davon auszugehen, dass sie an der Beurteilung dieser Frage nicht festhält. Ob dies zutrifft, ist nachfolgend aufgrund des nach Ergehen des Zwischenentscheides durchgeführten unbeschränkten Schriftenwechsels zu prüfen.

**2.2** Die Beschwerdeführerin hielt der Vergabestelle mit Eingabe vom 13. Juli 2012 vor, sie gehe nach wie vor davon aus, es sei zulässig, die einzelnen Preise pro Abfallgattung ohne Multiplikation mit der anfallenden Menge zusammenzuzählen, um so den Zuschlagspreis zu berechnen. Demnach sei die Vergabestelle anzuweisen, zur Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots die Einheitspreise pro Stück je Abfallmenge mit den voraussichtlich benötigten Abfallmengen zu multiplizieren. Nachdem die Vergabestelle mit Verfügung vom 17. Juli 2012 um entsprechende Erläuterung ersucht worden war, führte sie mit Eingabe vom 19. Juli 2012 aus, die Einreichung des Preisblattes bedeute nicht, dass keine Multiplikation der angebotenen Preise mit der veranschlagten Menge vorgesehen sei. Die Berechnung mittels Multiplikation sei denn auch "die typische Methode" (vgl. Eingabe der Vergabestelle vom 19. Juli 2012, S. 2). Damit ist der Antrag der Vergabestelle vom 2. Juli 2012, wonach der angefochtene Zuschlag aufzuheben sei, jedenfalls in Verbindung mit der Eingabe vom 19. Juli 2012 so zu verstehen, dass die Vergabestelle an der Beurteilung der Vergaberechtskonformität der gewählten "Warenkorb"-Methode – wie mit Zwischenentscheid vom 14. Juni 2012 vermutet – nicht festhält (vgl. zur hier nicht zu beurteilenden Rechtmässigkeit derselben etwa das Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2011.00321 vom 28. September 2011, E. 5, und dazu wiederum MARTIN BEYELER/HUBERT STÖCKLI, Rechtsprechung aus den Jahren 2010-2012, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli, Aktuelles Vergaberecht 2012, S. 65 ff., insb. S. 116 f.). Vielmehr ist dem gemeinsamen Begehren auf Aufhebung des Zuschlags jedenfalls zu entsprechen. Da zumindest eine neue Offertbewertung notwendig ist, fällt eine direkte Erteilung des Zuschlags durch das Gericht ausser Betracht (vgl. hierzu das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7571/2009 vom 20. April 2011 E. 9.2 mit Hinweisen sowie ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel

2008, S. 181 Rz. 3.196). Demnach sind im Folgenden lediglich die Modalitäten der Rückweisung zur Neuerteilung des Zuschlags gestützt auf Art. 32 Abs. 1 BöB zu beurteilen. Dies entspricht im Ergebnis auch der Auffassung der Beschwerdeführerin, welche mit Eingabe vom 25. Juli 2012 davon ausgeht, dass die Vergabestelle ihre Meinung bezüglich der zu wählenden Preisberechnungsmethode geändert habe und die Fehlerhaftigkeit der blossen Addition der Einheitspreise pro Stück anerkenne. Damit verzichtet die Beschwerdeführerin wiederum sinngemäss auf ihre Begehren vom 13. Juli 2012, wonach die Vergabestelle im Dispositiv entsprechend anzuweisen sei.

### **3.**

**3.1** Die Beschwerdeführerin führte zu einer allfälligen Neuausschreibung des Auftrags bereits mit Eingabe vom 8. Mai 2012 aus, dass eine solche für den Fall einer Rückweisung jedenfalls zu unterbleiben habe; andernfalls würde dies einen unzulässigen Abbruch des vorliegenden Beschaffungsverfahrens bedeuten. Ein solches vergaberechtswidriges Vorgehen der Vergabestelle gelte es zu unterbinden. Darauf wiederum nimmt die Vergabestelle mit Eingabe vom 2. Juli 2012 Bezug, wenn sie ausführt, der Beschwerdeführerin sei beizupflichten, dass die Ordnung von Art. 30 VöB einen Abbruch oder eine Neuauflage durch die Vergabebehörde scheitern lasse. Für diese übereinstimmend angenommene Rahmenbedingung (vgl. dazu etwa ROBERT WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 2003, S. 1 ff., insb. S. 26) spricht auch der Umstand, dass sich – wie auch immer die Modalitäten der Rückweisung festzulegen sind – der Auftragsgegenstand nicht ändert und sich damit auch kein weiterer oder anderer Anbieterkreis für den zu vergebenden Auftrag interessiert. Demnach ist unstrittig, dass das Verfahren nicht abgebrochen werden und keine Neuausschreibung erfolgen soll. Folglich ist der Eventualantrag der Vergabestelle, der fälschlicherweise auf Rückweisung zur Neuausschreibung lautet, im Sinne der Begründung desselben so zu verstehen, dass die Vergabestelle beantragt, das Verfahren sei zurückzuweisen, damit diese den Anbietern gestützt auf das am 2. Juli 2012 eingereichte Mengengerüst Gelegenheit zur Einreichung einer neuen Offerte geben, die Angebote evaluieren und schliesslich den Zuschlag neu erteilen kann.

**3.2** Die Beschwerdeführerin beantragt im Unterschied zur Vergabestelle zum weiteren Vorgehen, dass die der Vergabestelle vorliegenden Offerten

nicht verändert werden dürfen. Vielmehr seien die benötigten Mengenangaben wie auch sämtliche Preise von allen Anbieterinnen bekannt, womit die korrekten Mengenangaben durch blosse Multiplikation aufgrund der eingereichten Offerten ermittelt werden können. Die Vergabestelle weist indessen richtigerweise darauf hin, dass das Gericht mit Zwischenentscheid vom 14. Juni 2012 erkannt habe, dass die Berechnungsmethode aufgrund der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen nicht klar erkennbar gewesen sei (vgl. Eingabe der Vergabestelle vom 2. Juli 2012, S. 2). Demnach würde sich das Gericht – je nachdem wie die Zuschlagsempfängerin die Ausschreibungsunterlagen verstanden hat – tatsächlich in Widerspruch zu dieser Erkenntnis setzen, wenn es die Anbieter – nachdem sich die Vergabestelle zu einer anderen Preisberechnungsmethode bereit erklärt hat (vgl. E. 2.2 hiervor) – auf ihren Angaben in der ersten Offerte behaften und der Vergabestelle gemäss dem Antrag der Beschwerdeführerin untersagen würde, neue Offerten einzuholen. Vor allem kann es der Vergabestelle, nachdem das Mengengerüst bei der aufgrund der Rückweisung zur Anwendung gelangenden Methode eine andere Bedeutung hat als vor Erteilung des angefochtenen Zuschlags, auch nicht untersagt sein, das Mengengerüst zu präzisieren, was mit dem am 2. Juli 2012 eingereichten Preisblatt offensichtlich erreicht werden soll. Nur unter der von der Beschwerdeführerin vertretenen Prämisse, dass keine Gelegenheit zur Offertstellung gegeben werden darf, wäre es angezeigt, die Vergabestelle zu verpflichten, die Neuberechnung aufgrund der bisherigen Angaben zum Mengengerüst (insbesondere gemäss den Beilagen 3b "Aufstellung Sonderabfälle der LBA mit Mengenangabe" und 3c "Aufstellung Sonderabfälle der LBA [inkl. Armeepothek] mit Mengenangabe") durchzuführen. Ist aber die erneute Gelegenheit zur Offertstellung nicht zu beanstanden, kann es der Vergabestelle auch nicht verwehrt sein, das Mengengerüst und namentlich die Angaben zu den Transporten für eine neue Offerte zu präzisieren, solange dadurch nicht ein anderer Anbieterkreis angesprochen wird. Indessen ist der sinngemässe Antrag der Vergabestelle, das am 2. Juli 2012 eingereichte Preisblatt im Dispositiv des vorliegenden Entscheids als verbindlich zu erklären, abzuweisen. Eine solche Vorgabe betreffend die Ermessensausübung würde der Zielsetzung von Art. 31 BöB, wonach die Unangemessenheit im Beschwerdeverfahren nicht gerügt werden kann, widersprechen. Zusammenfassend steht es der Vergabestelle frei, ob sie sich des Umstands vergewissern will, dass die Zuschlagsempfängerin (vgl. zum zu berücksichtigenden Anbieterkreis E. 4 hiernach) von denselben Annahmen in Bezug auf die Preisberechnung ausgegangen ist wie die Beschwerdeführerin, und die ihr bereits vorliegenden Offerten aufgrund

von Multiplikation von Menge und Preisen gemäss den ursprünglichen Mengenangaben neu evaluieren will, oder ob sie gestützt auf ein neues Mengengerüst etwa gemäss dem Preisblatt vom 2. Juli 2012 ein zweites Mal Gelegenheit zur Offertstellung geben will.

#### 4.

**4.1** Nach der Praxis der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, welche das Bundesverwaltungsgericht übernommen hat, sind in die Neubeurteilung nach Rückweisung nur die Zuschlagsempfängerin und die Beschwerdeführerin einzubeziehen (vgl. die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-7571/2009 vom 20. April 2011 E. 9.2, B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 6.3 und B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 6.3, je mit Hinweisen). Es ist im Folgenden zu prüfen, ob diese Praxis auch auf den vorliegenden Fall angewendet werden soll.

**4.2** Die Beschwerdeführerin geht mit Eingabe vom 25. Juli 2012 im Sinne der dargestellten Praxis davon aus, dass die weiteren Anbieter nicht mehr zu berücksichtigen sind, weil diese den Zuschlag nicht angefochten haben. Dies gilt nach ihrer Auffassung unabhängig von der Art des festgestellten Verfahrensmangels im Falle einer Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung der Offerten bzw. zur neuerlichen Offerteingabe. Demgegenüber geht die Vergabestelle mit Stellungnahme vom 19. Juli 2012 davon aus, dass sich der erkannte Mangel im vorliegenden Verfahren auf die Ausschreibung bzw. die Ausschreibungsunterlagen bezieht. Damit macht sie sinngemäss geltend, die Rechtsfolge müsse eine andere sein als bei der blossen Rüge von Bewertungsfehlern. Wenn der gesetzliche Auftrag der Gleichbehandlung der Anbieter sowie der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots erfüllt werden solle, so müsse das Verfahren in das Stadium zurückversetzt werden, in welchem der Mangel aufgetreten sei. Wäre eine "mängelfreie" (recte wohl: mit Mängeln behaftete) Ausschreibung angefochten worden, so hätte die gerichtliche Anordnung im Falle einer Gutheissung auch Folgen für alle Anbieter. Würde die Ausschreibung mittelbar durch Anfechtung des Zuschlags der gerichtlichen Prüfung unterzogen, so seien die Folgen richtigerweise dieselben.

**4.3** Zunächst ist festzustellen, dass der seitens der Beschwerdeführerin gerügte Mangel in der Preisberechnung nach der "Warenkorb"-Methode ohne Multiplikation der Preise pro Einheit mit der anfallenden Menge besteht. Richtig ist aber auch, dass das Gericht davon ausgegangen ist, dass aufgrund der Ausschreibungsunterlagen keine klaren Aussagen ge-

troffen werden konnten über die Art der Preisberechnung im Sinne der später tatsächlich gewählten Methode. Insofern sind diese auch mit Blick auf den Grundsatz der Transparenz (jedenfalls in Verbindung mit der tatsächlich gewählten Preisbewertungsmethode) zu beanstanden. Tatsächlich wäre es bei dieser Ausgangslage denkbar, das Verfahren mit Wirkung für alle Anbieterinnen zurückzusetzen und nach Klärung der Berechnungsmethode Gelegenheit zur Offertstellung zu geben. Dies entspricht indessen nicht der Praxis. Namentlich mit den Urteilen B-891/2009 vom 5. November 2009 (E. 6.3) und B-7571/2009 vom 20. April 2011 (E. 9.2) hat das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, dass selbst für den Fall, dass die Vergabestelle allenfalls die Transparenz über die anzuwendenden Vergabekriterien erst herstellen und dann Gelegenheit zur Anpassung der Offerte geben wolle, dies nur unter Einbezug der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin zu geschehen habe (vgl. dazu auch den Entscheid BRK 1999-006 vom 3. September 1999, publiziert in: *Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB]* 64.30, E. 6b, und zum Ganzen HANS RUDOLF TRÜEB, *BöB-Kommentar*, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.) *Wettbewerbsrecht II*, Zürich 2011, Rz. 3 zu Art. 32 BöB). Etwas Anderes lässt sich aus dem Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter nicht ableiten, da hier Ungleiches – will sagen Anbieter, welche Beschwerde erhoben haben im Vergleich zu denjenigen, welche darauf verzichtet haben – nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Die Rekurskommission hat dazu in ständiger Rechtsprechung festgehalten, dass die anderen Anbieter den erfolgten Zuschlag nicht angefochten und sich mit ihm abgefunden haben (vgl. etwa den Entscheid BRK 1999-0013 vom 1. März 2000, publiziert in: *VPB* 64.59, E. 4b, und zum Ganzen PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/ EVELYNE CLERC, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 1. Band, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 926). Richtig ist indessen, dass ein Spannungsverhältnis besteht zwischen der prozesualen Sichtweise, die der Praxis von BRK und Bundesverwaltungsgericht zugrunde liegt, und dem Gesetzeszweck der Förderung des Anbieterwettbewerbs und allenfalls auch demjenigen des möglichst wirtschaftlichen Mitteleinsatzes (vgl. in diesem Sinne etwa kritisch bereits HUBERT STÖCKLI, Anmerkung zu S34 [= *VPB* 64.59], in: *Baurecht* 2000, S. 126). Praktische Auswirkungen dieses Zielkonflikts macht die Vergabestelle indessen im konkreten Fall nicht geltend, namentlich da keine Mängel in Bezug auf die Offerte der Zuschlagsempfängerin behauptet worden sind. Damit kann im vorliegenden Fall auch offen bleiben, wie andernfalls vorzugehen wäre (vgl. dazu WOLF, *Die Beschwerde gegen Vergabeent-*

scheide, a.a.O., S. 27). Demnach sind nur die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin in das weitere Verfahren einzubeziehen.

## 5.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Zuschlag den übereinstimmenden Begehren der Parteien entsprechend aufzuheben ist. Das Verfahren ist im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zur Neuerteilung des Zuschlags zurückzuweisen. Dies bedeutet einerseits, dass keine Neuausschreibung erfolgt (vgl. E. 3.1 hiavor). Des Weiteren steht es der Vergabestelle frei, aufgrund eines neu festgesetzten Mengengerüsts Gelegenheit zur Offertstellung zu geben (vgl. E. 3.2 hiavor). Schliesslich sind in das weitere Verfahren nur die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin einzubeziehen (vgl. E. 4 hiavor). Da die Beschwerdeführerin demnach im Ergebnis obsiegt, erübrigt es sich, auf die Akteneinsichtsbegehren einzugehen (vgl. dazu etwa die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 30. Januar 2008 E. 2.2). Damit bleibt es bei der im Anfangsstadium des Beschwerdeverfahrens gewährten Akteneinsicht, insbesondere in den Evaluationsbericht und dessen Beilagen.

## 6.

**6.1** Die Gerichtsgebühr richtet sich nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Da von einem Vergabevolumen von ca. 5 Millionen Franken auszugehen ist, rechtfertigt es sich, die Gerichtsgebühr unter Berücksichtigung des Zwischenentscheides vom 14. Juni 2012 und der Tatsache, dass die Frage der Vergaberechtswidrigkeit nicht materiell abgehandelt zu werden brauchte, gemäss Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> Bst. b VwVG und Art. 4 VGKE auf Fr. 8'000.- festzusetzen.

**6.2** Die Verfahrenskosten sind anteilmässig im Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen zu verlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 4.39). Vorliegend obsiegt die Beschwerdeführerin in Bezug auf den Zwischenentscheid vom 14. Juni 2012 vollständig, in Bezug auf die Modalitäten der Rückweisung im Rahmen des Endentscheids mehrheitlich mit Ausnahme des Begehrens, wonach nicht Gelegenheit zu einer neuen Offertstellung gegeben werden sollte. Damit ist sie insgesamt zu einem Achtel als unterliegend anzusehen. Die Beschwerde-

führerin hat demnach einen Verfahrenskostenanteil von Fr. 1'000.00 zu tragen. Dieser Betrag ist mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 10'000.00 zu verrechnen. Verfahrensbeteiligten Bundesbehörden können gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Verfahrenskosten auferlegt werden (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in den vereinigten Verfahren B-6177/2008 und B-6386/2008 vom 13. Februar 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/17, E. 11.2 mit Hinweisen).

**6.3** Die Beschwerdeführerin hat im Umfang ihres Obsiegens Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin weist mit Honorarnote vom 8. August 2012 einen Aufwand von 45.5 Stunden aus. Dieser erweist sich mit Blick auf Art. 7 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 1 VGKE ohne Weiteres als angemessen. Dies gilt indessen nicht für den geltend gemachten Stundensatz von Fr. 400.00, der dem Höchstansatz für Anwaltshonorare gemäss Art. 10 Abs. 2 VGKE entspricht. Im Unterschied zu besonders komplexen Fällen gelangt vorliegend der Regelsatz für Vergabefälle von Fr. 350.00 pro Stunde zur Anwendung. Auch der Streitwert legt keine abweichende Beurteilung nahe (vgl. zum Ganzen etwa die Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-978/2012 vom 22. März 2012). Demnach ist von einem Honorar von Fr. 15'925.00 auszugehen, womit sich unter der Berücksichtigung der Auslagen von Fr. 637.00 und der Mehrwertsteuer in Höhe von 1'324.95 ein Parteiaufwand von Fr. 17'886.95 ergibt. Entsprechend der Verlegung der Verfahrenskosten sind der mehrheitlich obsiegenden Beschwerdeführerin die Parteikosten zu sieben Achteln zu ersetzen. Demnach ist ihnen eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 15'651.10 inkl. MWSt zuzusprechen. Die teilweise obsiegende Vergabestelle hat demgegenüber auch insoweit keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 7 Abs. 3 VGKE; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in den vereinigten Verfahren B-6177/2008 und B-6386/2008 vom 13. Februar 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/17, E. 11.5 mit Hinweisen).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Der angefochtene Zuschlag wird aufgehoben.

**2.**

Das Verfahren wird im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zur Neuerteilung des Zuschlags zurückgewiesen.

**3.**

**3.1** Die Verfahrenskosten werden der Beschwerdeführerin im Umfang von Fr. 1'000.00 auferlegt.

**3.2** Die der Beschwerdeführerin auferlegten Verfahrenskosten werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 10'000.00 verrechnet. Der Überschuss von Fr. 9'000.00 wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft zurückerstattet.

**4.**

Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vergabestelle eine Parteientschädigung von Fr. 15'651.10 inkl. MWSt zugesprochen.

**5.**

Der Vergabestelle wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**6.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref. SIMAP Nr. 723253; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin (A-Post)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner

Sabine Büttler

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil kann, soweit davon auszugehen ist, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt Art. 83 Bst. f Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110] innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 31. Oktober 2012