



Urteil vom 13. Juli 2023

Besetzung

Richterin Mia Fuchs (Vorsitz),
Richter Marc Steiner, Richterin Kathrin Dietrich,
Gerichtsschreiber Urs Küpfer.

Parteien

X. _____ AG,
vertreten durch lic. iur. Andreas Faller, Advokat,
Beschwerdeführerin,

gegen

Logistikbasis der Armee (LBA), Armeeapotheke,
Vergabestelle.

Gegenstand

öffentliches Beschaffungswesen;
Verfügung vom 2. Dezember 2022 betreffend
Beschaffung von Kaliumiodidtabletten.

Sachverhalt:**A.**

Nach einer Ausschreibung im offenen Verfahren für die Lieferung von Kaliumiodidtabletten publizierte die Armeeapotheke der Logistikbasis der Armee (LBA, Vergabestelle) am 15. August 2003 ihren Zuschlag vom 12. August 2003 an ein ausländisches Unternehmen (nachfolgend «Lieferant») auf www.shab.ch.

B.

Am 12. Januar 2004 schloss die Armeeapotheke mit dem Lieferanten ein «Distribution Agreement», am 4. November 2013 einen Nachfolgevertrag. Dieser wurde auf zehn Jahre befristet; er enthält eine Exklusivitätsklausel zugunsten des Lieferanten. Dessen Präparat war laut Vergabestelle seinerzeit das einzige in der Schweiz zugelassene. Im Juni 2018 trat mit Zustimmung der Armeeapotheke anstelle des ursprünglichen ein anderes ausländisches Unternehmen (nachfolgend «Lieferant») in das Vertragsverhältnis ein.

C.

Durch Verfügung vom 15. März 2019 erteilte das Schweizerische Heilmittelinstitut (Swissmedic) der X. _____ AG (Beschwerdeführerin), die Exportzulassung für Kaliumiodidtabletten.

D.

In einem E-Mail mit dem Betreff «Ausschreibung Kaliumiodid» kontaktierte die Beschwerdeführerin die Armeeapotheke am 8. April 2021 unter Bezugnahme auf ein früheres Telefongespräch. Dabei hielt sie fest, sie habe eine Zulassung für Kaliumiodid und möchte an der nächsten Ausschreibung gerne mitmachen. Laut Armeeapotheke werde das «Kick-off» dafür im 3. Quartal 2021 stattfinden. Mittlerweile könne sie die verlangte Falt-schachtelhöhe bestätigen. Es sei noch die Frage aufgekommen, ob eine Serialisierung, eine kindersichere Folie und ein perforierter Blister benötigt würden.

E.

Mit Schreiben vom 26. Januar 2022 bestellte die Armeeapotheke beim Lieferanten [...] Packungen Kaliumiodidtabletten.

F.

Am 31. Januar 2022 teilte sie der Beschwerdeführerin telefonisch mit, aufgrund des bestehenden Vertrages werde keine Beschaffung von

Kaliumiodidtabletten ausgeschrieben. Diesbezüglich kam es am 3. Februar 2022 zu einer telefonischen Aussprache zwischen Beschwerdeführerin und Armeeapotheke. Mit E-Mail an die Beschwerdeführerin vom 7. Februar 2022 begründete die Armeeapotheke ihr Vorgehen mit vertrags- und beschaffungsrechtlichen Überlegungen. In einem Brief vom 22. Februar 2022 tat die Beschwerdeführerin der Armeeapotheke ihre Ansicht kund, dass der Vertrag mit dem Lieferanten aufgelöst und die Beschaffung von Kaliumiodidtabletten ausgeschrieben werden müsse. Darauf antwortete die Armeeapotheke mit Schreiben vom 10. März 2022, sie werde am gewählten Vorgehen nichts ändern. Unter Bezugnahme auf ein Schreiben der Beschwerdeführerin vom 8. April 2022 erklärte sie dieser gegenüber sodann Folgendes (Zitat):

Aufgrund der Verfalldatenproblematik, werden wir bereits 2023 mit der Verteilung beginnen und nicht bloss anstreben. Deshalb wurde die Zusage an den aktuellen Lieferanten auch bereits erteilt, was wir Ihnen bereits früher kommuniziert haben.

Wir halten unsererseits fest, dass wir unser Vorgehen als rechtlich korrekt erachten und aufgrund der Sachzwänge, insbesondere auch der vertraglichen Vorgaben sowie der von Ihnen selber erwähnten möglichen Lieferengpässe notwendig war.

Natürlich werden wir den laufenden Vertrag fristgerecht kündigen, was aber (mit Kündigungsfrist von einem Jahr) erst per November 2023 möglich sein wird und an der aktuellen Situation nichts ändert.

G.

Mit Schreiben vom 19. August 2022 kündigte die Armeeapotheke den Vertrag mit dem Lieferanten, wobei sie Folgendes festhielt (Zitat):

Based on section 15, we are terminating the agreement in due time at the end of the ten-year contract period. Due to Swiss procurement law requirements, we will have to put future procurement out to tender again.

The termination does not affect the order for potassium iodide tablets dated January 26th, 2022 or its logistical implementation.

H.

Am 26. September 2022 ersuchte die Beschwerdeführerin die Armeeapotheke schriftlich um Zustellung einer Verfügung, weil sie der Überzeugung sei, dass eine Ausschreibung erfolgen müsse. Sie wolle ein allfälliges rechtliches Vorgehen prüfen und die sich stellende Rechtsfrage resp. die Beschaffungspraxis der Armeeapotheke für künftige Beschaffungen überprüfen lassen.

I.

Am 2. Dezember 2022 verfügte die Vergabestelle, auf das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 26. September 2022 werde nicht eingetreten. Dabei legte sie dar, mangels Zulassung für das fragliche Produkt sei die Gesuchstellerin weder 2003 noch 2013 als Anbieterin in Frage gekommen. Da kein weiterer Marktteilnehmer vorhanden gewesen sei, sei der Auftrag freihändig vergeben worden. Der Gesuchstellerin fehle somit ein schutzwürdiges Interesse am Erlass einer Verfügung bezüglich der Beschaffungen von 2003 und 2013.

Aus Gründen der Versorgungssicherheit und wegen des faktischen Monopols habe die Armeeapotheke jeweils langfristige Verträge abgeschlossen. Infolge der Exklusivitätsklausel dürfe sie Kaliumiodidtabletten während der Vertragslaufzeit nur beim jetzigen Lieferanten beziehen. Es liege ein Rahmenvertrag vor, welcher mit der aktuellen Bestellung (Abruf) nur noch umgesetzt werde. Mit dem Zuschlag im Jahr 2013 sei die Beschaffung abgeschlossen gewesen. Der Abruf bilde keinen erneuten Zuschlag.

Es sei nicht vorgesehen, ein abgeschlossenes Vergabeverfahren mittels Gesuchs um Erlass einer Verfügung neu aufzurollen, um damit nachträglich ein Anfechtungsobjekt zu schaffen. Eine Beschwerde gegen den Abschluss von Einzelverträgen sei nach Beschaffungsrecht ausgeschlossen. Auch diesbezüglich fehle es der Gesuchstellerin an einem schutzwürdigen Interesse am Erlass einer Verfügung.

J.

Mit Entscheid vom 8. Dezember 2022 dehnte Swissmedic die Zulassung von Kaliumiodidtabletten der Beschwerdeführerin auf die Schweiz aus, qualifizierte dies als geringfügige Änderung und verzichtete auf eine Gebühr.

K.

Die Verfügung der Vergabestelle vom 2. Dezember 2022 focht die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 27. Dezember 2022 beim Bundesverwaltungsgericht an. Dabei beantragte sie Folgendes (Zitat):

1. Die Beschwerde sei gutzuheissen, die angefochtene Verfügung vom 2. Dezember 2022 im Sinne der vorliegenden Beschwerde aufzuheben und es sei festzustellen, dass die allfällige, stillschweigende Verlängerung der Liefervereinbarung für Kaliumiodid und insbesondere der Exklusivitätsklausel zu Unrecht erfolgt, die Beschwerdeführerin zu Unrecht nicht bei der Evaluation für eine künftige Liefervereinbarung berücksichtigt worden ist, per 1. Januar 2024 eine neue Liefervereinbarung abzuschliessen

und eine gesetzeskonforme Evaluation respektive Ausschreibung durchzuführen ist.

2. Ausserdem sei festzustellen, dass sämtliche Lieferungen durch den bestehenden Vertragspartner der Beschwerdegegnerin ab 1. Januar 2024 gegen zwingendes Beschaffungsrecht verstossen.
3. Unter ordentlicher und ausserordentlicher Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

Zur Begründung hielt die Beschwerdeführerin fest, es sei nicht nachvollziehbar, dass die Vergabestelle darauf verzichte, die stillschweigende, automatische Verlängerung des Vertrags um fünf Jahre durch eine Kündigung zu verhindern und so die Basis für ein rechtskonformes Verfahren zu legen. Dies gelte besonders im Lichte der verschärften sicherheitspolitischen Lage in Europa, hätte durch eine Kündigung doch zumindest die Exklusivitätsvereinbarung eliminiert und damit die Versorgungssicherheit für die Schweizer Bevölkerung erhöht werden können, weil dann die Möglichkeit bestanden hätte, künftig zwei Anbieter parallel zu berücksichtigen. Aufgrund des hohen Volumens und des Wertes der Kaliumiodidbeschaffung sowie der erheblichen Bedeutung für die Landesversorgung müsse eine Ausschreibung stattfinden, sobald die Vergabestelle Kenntnis von einem zusätzlichen Bewerber erlangt habe. Mit einer vertragskonformen Kündigung bzw. Nichtverlängerung könne die Beschwerdegegnerin den Weg freimachen für eine korrekte Ausschreibung bzw. Evaluation des oder der künftigen Lieferanten.

Im Ergebnis führe deren Vorgehen zum Ausschluss der Beschwerdeführerin aus einem für den Zeitraum ab Januar 2024 zwingend gebotenen Beschaffungsverfahren. Diese habe deshalb ein schutzwürdiges Interesse an einer Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungshandelns und an einer materiell korrekten Ausrichtung des Beschaffungsprozesses. Das Vorgehen sei als Ermessensmissbrauch resp. als willkürliches Verwaltungshandeln und mithin auch als Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben zu qualifizieren, hätten doch die Beschwerdegegnerin und die Armeeapotheke in weit über ein Jahr dauernden Verhandlungen und Gesprächen kontinuierlich den Eindruck erweckt, dass die Beschwerdeführerin in die Evaluation der künftigen Versorgung mit Kaliumiodid einbezogen werde.

L.

In einem E-Mail vom 27. Dezember 2022 orientierte die Armeeapotheke die Beschwerdeführerin, sie habe den Vertrag vom 4. November 2013 mit

dem Lieferanten von Kaliumiodidtabletten am 19. August 2022 fristgerecht per Ende 2023 gekündigt.

M.

In ihrer Vernehmlassung vom 26. Januar 2023 beantragte die Vergabestelle, die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin seien abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die Beschwerdeführerin formuliere in Ziff. 1 und 2 drei oder vier unterschiedliche Begehren in einer Art, dass kaum ersichtlich werde, was sie genau fordere. Sie vermische dabei prozessuale Aspekte (Aufhebung der Verfügung) mit vertragsrechtlichen (behauptete Verlängerung der Liefervereinbarung) und beschaffungsrechtlichen Aspekten (Ausschreibung per 1. Januar 2024). Damit verletze sie das Bestimmtheitsgebot. Ein Rechtsbegehren müsse so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung der Beschwerde unverändert zum Urteil erhoben werden könne, was vorliegend zweifelhaft sei.

Ausserdem sei es weder Sache der Beschwerdeführerin noch des Bundesverwaltungsgerichts, über künftige Beschaffungen oder gar über mögliche künftige Bedürfnisse der Verwaltung zu befinden. Die Beschwerdeführerin verlange in ihren Rechtsbegehren eine Prüfung der Beschaffungspraxis der Vergabestelle ab dem Jahr 2024. Es fehle aber an einem konkreten Sachverhalt, da noch offen sei, zu welchem Zeitpunkt genau der nächste Beschaffungsprozess für Kaliumiodidtabletten gestartet werde.

Der bestehende Vertrag sei 2013 in einer Monopolsituation auf eine Dauer von 10 Jahren abgeschlossen worden. Er ende erst per November 2023. Auf dieses Datum hin habe die Vergabestelle ein Jahr im Voraus fristgerecht die Kündigung ausgesprochen. Sonst hätte sich der Vertrag automatisch verlängert, was natürlich auch nicht im Sinne der Vergabestelle gewesen sei. Sofern der Bedarf gegeben sei, werde die Vergabestelle den Markt analysieren und Beschaffungen nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen tätigen.

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

N.

Nach Fristerstreckung replizierte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom

17. April 2023, wobei sie an ihren Rechtsbegehren festhielt. Insbesondere erklärte sie, die Vergabestelle habe die verschiedenen Rechtsbegehren durch Widersprüche zwischen ihrer Kommunikation vor Formulierung der angefochtenen Verfügung und dem Inhalt derselben nötig gemacht. Sie habe der Beschwerdeführerin die Auflösung des laufenden Liefervertrages mit Schreiben vom 8. April 2022 in Aussicht gestellt. Die Kündigung habe sie allerdings erst am Tag des Fristablaufs für die vorliegende Beschwerde gegen ihre Verfügung vom 2. Dezember 2022, nämlich am 27. Dezember 2022 um 15.11 Uhr, per Mail bestätigt.

Bei einer direkten Zulassung für den Schweizer Markt müsse ein Produkt innerhalb von 12 Monaten auf den Markt gebracht werden (Sunset Clause), um die Zulassung nicht zu verlieren. Die Beschwerdeführerin habe deshalb keine andere Wahl gehabt, als eine Exportzulassung zu beantragen. Eine solche könne jederzeit innerhalb von 70 Tagen in eine Bewilligung für den Schweizer Markt umgewandelt werden. Diese Umwandlung habe die Beschwerdeführerin bei Konkretisierung der Thematik im Sommer 2022 auch beantragt. Am 8. Dezember 2022 sei die Bestätigung der als geringfügig qualifizierten Zulassungsänderung eingetroffen. Swissmedic habe auf die Änderungsgebühr verzichtet, weil man davon ausgegangen sei, dass die Zulassung der Beschwerdeführerin für Kaliumiodid im überwiegenden öffentlichen Interesse liege.

Bis dato habe die Vergabestelle nichts Erkennbares hinsichtlich einer Ausschreibung für einen neuen, ab Anfang 2024 laufenden Liefervertrag getan. Dieses Verhalten sei nicht nachvollziehbar und belege die Notwendigkeit eines entsprechenden Feststellungsurteils. Gleichzeitig dokumentiere es das schutzwürdige Interesse der Beschwerdeführerin als einziger Anbieterin auf dem Schweizer Markt in Bezug auf die künftige Ausgestaltung des Liefervertrags für Kaliumiodid.

Zu prüfen sei auch, ob eine Lieferung für den Zeitraum nach Ablauf der vertraglichen Wirkung zulässig sei, ohne dass eine neue Ausschreibung erfolge. Jedenfalls verstiesse sämtliche nach dem 1. Januar 2024 durch den bisherigen Vertragspartner der Vergabestelle vorgenommenen Lieferungen gegen zwingendes Beschaffungsrecht. Ein Feststellungsurteil schaffe Rechtssicherheit in Bezug auf die nächste Vertragsperiode und erspare ein neues Rechtsverfahren für den Fall, dass die Beschwerdegegnerin entsprechend ihrer zeitweisen Argumentation doch keine ordentliche Ausschreibung durchführen sollte.

O.

Auf die entscheidungswesentlichen Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**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»).

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.

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) erwogen wird, ein in Anwendung des VwVG schutzwürdiges Feststellungsinteresse fehlt, kann allerdings offengelassen werden, ob sie im Rahmen des

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 dereinst dennoch darauf berufen, müsste sie eine individuelle Mitteilung an die Beschwerdeführerin in Betracht ziehen, sodass sich diese allenfalls dagegen wehren könnte.

4.

4.1 Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind bzw. ob auf eine Beschwerde 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 Nationalstrassen» und B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publiziert als BVGE 2017/IV/4, E. 1.1, «Publicom»).

4.2 Am Verfahren vor der Logistikkbasis der Armee hat die Beschwerdeführerin als Gesuchstellerin teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG). Durch die angefochtene Nichteintretensverfügung ist sie als Adressatin besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG). Sie hat ein schutzwürdiges Interesse 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 Beschwerde sind gewahrt. Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

4.3 Auf die Beschwerde ist daher im oben (E. 2) abgesteckten Umfang einzutreten.

5.

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

Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren hin eine Feststellungsverfügung treffen.

5.1 Der Begriff der Verfügung wird in Art. 5 VwVG definiert. Art. 25 Abs. 1 VwVG umschreibt den möglichen Gegenstand von Feststellungsverfügungen materiell gleich wie Art. 5 Abs. 1 Bst. b VwVG. Auch eine solche Verfügung 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 feststellen (vgl. BEATRICE WEBER-DÜRLER/PANDORA KUNZ-NOTTER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler, VwVG-Kommentar, 2019, Art. 25 N. 3 ff.; ISABELLE HÄNER, in: Bernhard Waldmann/Patrick L. Krauskopf, 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 RÜTSCHKE/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

f.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, N. 2.29; KIENER/RÜTSCHKE/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).

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

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.

5.2.2 Alle zehn Jahre werden Jodtabletten (Kaliumiodid 65 SERB-Tabletten) 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

Verteilaktion statt. Da das Haltbarkeitsdatum der damals verteilten Tabletten je nach Charge zwischen Ende 2023 und September 2024 abläuft, wird die Armeeapotheke ab Herbst 2023 eine neue Verteilungskampagne im Umkreis 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 öffentliche Einrichtungen (Schulen, Kindertagesstätten, Krankenhäuser, Behörden 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 dabei haben (zum Ganzen siehe www.kaliumiodid.ch).

5.3 Die Logistikkbasis der Armee bringt vor, es sei weder Sache der Beschwerdeführerin noch des Bundesverwaltungsgerichts, über künftige Beschaffungen 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.

5.3.1 Am 26. Januar 2022 bestellte die Armeeapotheke beim Lieferanten [...] Packungen Kaliumiodidtabletten für die Verteilung 2023/24. In einem Schreiben an die Armeeapotheke vom 26. Januar 2022 hielt dieser Folgendes 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 Armeeapotheke am 19. August 2022 per November 2023. Angesichts des Zehnjahresrhythmus wird die übernächste reguläre Verteilung voraussichtlich 2033/34 erfolgen. Mit Blick darauf konstatierte die Armeeapotheke in ihrer oben (Sachverhalt, G.) zitierten Kündigung selber eine Pflicht zur Neuausschreibung. Deren Gegenstand 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.

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

Ende der Haltbarkeit zeitgerecht Ersatz beschafft wird (Bst. e). Wie in der angefochtenen Nichteintretensverfügung festgehalten, schloss die Armeepothek aus Gründen der Versorgungssicherheit und wegen des faktischen Monopols des bisherigen Lieferanten jeweils langfristige (zehnjährige) Rahmenverträge ab. Vor Bundesverwaltungsgericht erklärte sie, es sei noch offen, wann genau der nächste Beschaffungsprozess für Kaliumiodidtabletten 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.

5.3.3 Die Aufgabe der Armeepothek, 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.

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 Armeepothek. 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

Verfügbarkeit von Kaliumiodidtabletten legt einen frühzeitigen Beginn des Beschaffungsprozesses nahe. Soweit entsprechend der bisherigen Praxis der Armeeapotheke 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 Armeeapotheke 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 Armeeapotheke gerade unter dem Blickwinkel der Versorgungssicherheit daran interessiert 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.

5.4 Daraus lässt sich folgern, dass die Beschaffung von Kaliumiodidtabletten durch die Armeeapotheke 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 dannzumal von der Vergabestelle bestimmten Bedingungen erfüllt sein müssen. Weil ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse jedoch fehlt (siehe sogleich E. 6), muss darauf nicht näher eingegangen werden.

6.

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

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 öffentlichrechtlicher 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. MOSER/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/RÜTSCHKE/KUHN, N. 397).

6.2

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 Verwaltungshandelns 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

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.

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.

6.3 Sinngemäss beruft sich die Beschwerdeführerin auf vergangenes vertrauenserweckendes 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 verfälle 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

Austausches mit der Armeepothek während der vergangenen Jahre bekannt sein.

Ferner gibt es keine Garantie, dass eine Offerte der Beschwerdeführerin bei einer Neuausschreibung berücksichtigt würde und einen Zuschlag erhielte. 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 BVGer B-3580/2021 vom 30. November 2021 E. 5 m.H.).

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

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 Logistikbasis 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.

7.

Soweit die Beschwerdeführerin bei der Logistikbasis 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.

8.

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

9.

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. 4^{bis} 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.

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 10. November 2015 E. 10.1).

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)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 1'500.– festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt. Zur Bezahlung wird der Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– verwendet. Der Restbetrag von Fr. 1'500.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin und die Vergabestelle.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Mia Fuchs

Urs Küpfer

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtschrift 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 18. Juli 2023

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde;
Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Gerichtsurkunde)