

BVGer B-4162/2022 vom 18. April 2023

Bundesverwaltungsgericht, 2023-04-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4162_2022

FR: TAF B-4162/2022 du 18 avril 2023

IT: TAF B-4162/2022 del 18 aprile 2023

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) in Kraft. Gemäss der in Art. 62 BöB enthaltenen Übergangsbestimmung werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Die im vorliegenden Verfahren massgebliche Ausschreibung datiert vom 28. Mai 2020. Damit sind grundsätzlich die in jenem Zeitraum geltenden Rechtssätze anwendbar, nämlich insbesondere das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aBöB, AS 1996 508) und die Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aVöB, AS 1996 518).

E. 2.1

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind bzw. ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publiziert als BVGE 2017/IV/4 E. 1.1, mit Hinweisen "Publicom").

E. 2.2

Der Abbruch im Vergabeverfahren gilt als durch Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht anfechtbare Verfügung (vgl. Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 aBöB).

E. 2.3

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das aBöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (vgl. Art. 26 Abs. 1 aBöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 aBöB kann die Unangemessenheit vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 3.1

Das aBöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA 1994, AS 1996 609]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 m.H.). Es ist anwendbar,

wenn die Vergabestelle dem Gesetz untersteht (Art. 2 aBöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 aBöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 aBöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 aBöB gegeben ist.

E. 3.2

Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem aBöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a aBöB; vgl. Anhang I Annex 1 GPA 1994).

E. 3.3

Die vorliegende Beschaffung wurde als Bauauftrag ausgeschrieben (vgl. Ziff. 1.8 der Ausschreibung). Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c aBöB bedeutet der Begriff "Bauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziffer 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang I Annex 5 des GPA 1994. Die Ausschreibung verlangt die Planung und Ausführung der Bauabwasserbehandlungsanlage Nord der zweiten Gotthardröhre. Dabei handelt es sich um einen "Bauftrag", was auch unter den Verfahrensbeteiligten unbestritten blieb.

E. 3.4

Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c aBöB bzw. Art. 6 Abs. 2 aBöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. c der Verordnung des WBF vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 (AS 2019 4101) beträgt der Schwellenwert für Bauwerke 8.7 Mio. Franken. Der ursprüngliche Zuschlag im Verfahren B-5266/2020 wurde zu einem Preis von 20'554'965.45 Franken ohne MwSt. erteilt. Der Schwellenwert für Bauwerke wurde somit erreicht.

E. 3.5

Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 aBöB liegt nicht vor. Die vorliegend angefochtene Ausschreibung fällt daher in den Anwendungsbereich des aBöB.

E. 3.6

Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

E. 4.1

Das aBöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 aBöB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

E. 4.2

Die Frage, ob der Abbruch des Verfahrens rechtskonform war, betrifft die materielle Beurteilung (vgl. Urteil des BVGer B-5108/2019 vom 16. August 2022 E. 2.2.4). Im Rahmen der Beschwerdelegitimation ist praxisgemäss zu prüfen, ob die

Beschwerdeführerin bei Gutheissung ihrer Anträge eine reelle Chance hätte, den Zuschlag zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.6 ff.; Urteile des BVGer B-6295/2017 vom 25. Februar 2020 [auszugsweise publiziert in BVGE 2020 IV/2] E. 3.2 und B-7133/2014 vom 26. Mai 2015 E. 1.2).

E. 4.3

Im ersten Beschwerdeverfahren betreffend "N02 Secondo tubo San Gottardo - Los 204 - Bauabwasserbehandlungsanlage Nord" (Projekt-ID 204934) gegen den Zuschlag schloss das Bundesverwaltungsgericht das Angebot der damaligen Zuschlagsempfängerin aus und wies die Sache zur erneuten Prüfung an die Vergabestelle zurück (Urteil des BVGer 5266/2020 vom 25. August 2021 E. 5.6 und 6.9). Die zweitplatzierten Beschwerdeführerinnen verlangen im vorliegenden Beschwerdeverfahren die Aufhebung der Abbruchverfügung und die Erteilung des Zuschlages. Damit haben sie eine reelle Chance auf den Zuschlag, weshalb die Beschwerdelegitimation zu bejahen ist (vgl. Urteil des BVGer B-6295/2017 vom 25. Februar 2020 E. 3.2 "Produkte zur Aussenreinigung I").

E. 4.4

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 30 aBöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 4.5

Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

E. 5.1

In formeller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen, der Abbruch sei ohne ausreichende Begründung erfolgt, weshalb die Abbruchverfügung allein schon aufgrund dieser formellen Gehörsverletzung aufzuheben sei. Diese schwere Gehörsverletzung habe auch nicht durch die mündliche Begründung im Debriefing geheilt werden können.

E. 5.2

Die Vergabestelle hält dem entgegen, der Abbruch sei publiziert und die Anbieterinnen seien mit einem separaten Schreiben informiert worden. Spätestens nach dem Debriefing hätten sämtliche nötigen Informationen vorgelegen. Im Übrigen könne eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhalte, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern. Weiter anerkenne die Rechtsprechung, dass selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs von einer Rückweisung der Sache an die Verwaltung abgesehen werden könne, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf führe.

E. 5.3

Die Pflicht, Verfügungen zu begründen, auch wenn sie in Briefform ergangen sind, ergibt sich für die Behörden des Bundes aus Art. 35 Abs. 1 VwVG. Um dem in Art. 29 Abs. 2 BV verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör zu genügen, muss die Begründung einer Verfügung dem Betroffenen ermöglichen, die Tragweite der Verfügung zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen (BVGE 2019 IV/2 [nicht publizierte E. 3.3]; Urteile des BVGer B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 5.3; B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 2.3.1; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 1070 ff.).

E. 5.4

Im Vergaberecht ist die Begründungspflicht im aBöB und in der aVöB ausdrücklich geregelt. Art. 23 Abs. 1 aBöB verlangt eine summarische Begründung von Verfügungen nach Art. 29 aBöB. Die für Zuschlagsverfügungen notwendigen Angaben sind in Art. 28 aVöB aufgezählt. Nach Art. 23 Abs. 2 aBöB besteht jedoch die Möglichkeit, dass beim Zuschlag bestimmte Informationen den nicht berücksichtigten Anbieterinnen erst auf Gesuch hin (und damit erst nachträglich) bekanntgegeben werden. Art. 23 Abs. 1 und 2 aBöB, wonach Verfügungen nach Art. 29 aBöB zu begründen und zu eröffnen sind, ist eine *lex specialis* zu Art. 35 Abs. 1 und 3 VwVG sowie Art. 36 VwVG (vgl. Urteile des BVGer B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 5.3; B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 2.3.1).

E. 5.5

Demgegenüber fehlen im aBöB und in der aVöB Bestimmungen zum Inhalt der Begründung von Abbruchverfügungen. Dazu hat das Bundesverwaltungsgericht in BVGE 2012/28 E. 3.6.4 erkannt, dass bei einer Abbruchverfügung höhere Anforderungen an die Begründungsdichte zu stellen sind als bei einer Zuschlagsverfügung. Deshalb müsse aus der Begründung hervorgehen, aus welchen sachlichen Gründen die Vergabestelle das Verfahren abbricht und ob der Abbruch definitiv ist oder eine Wiederholung des Verfahrens in Betracht gezogen wird (vgl. Urteile des BVGer B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 2.3.1; B-536/2013 vom 29. Mai 2013 E. 2.2.1).

E. 5.6

Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Eine Verletzung dieses Rechts führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Indes kann nach gefestigter Rechtsprechung eine - nicht besonders schwerwiegende - Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die den Sachverhalt und die Rechtslage frei überprüfen darf. Die Heilung eines allfälligen Mangels soll aber die Ausnahme bleiben (BGE 147 IV 340 E. 4.11.3; Urteil des BGer 4A_453/2016 vom 16. Februar 2017 E. 2.4). Die Rechtsprechung anerkennt, dass selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs von einer Rückweisung der Sache an die Verwaltung abgesehen werden kann, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem - der Anhörung gleichgestellten - Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wäre (BGE 147 IV 340 E. 4.11.3; 142 II 218 E. 2.8.1; vgl. zum Ganzen Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1175 f. m.w.H. auf die Rechtsprechung bzw. kritisch zur Heilung der Gehörsverletzung: Rz.1178).

E. 5.7

Die Vergabestelle hat den Abbruch am 31. August 2022 auf www.simap.ch publiziert und mit einer wesentlichen Änderung der nachgefragten Leistung begründet. Mit Schreiben vom gleichen Tag informierte sie die Anbieterinnen, die Ausgangslage habe sich gegenüber der Ausschreibung aufgrund des Arbeitsfortschrittes massgebend verändert. Die vielfältigen Aktivitäten und die Organisation des Loses müssten neu gedacht, koordiniert und zugewiesen werden. Am 14. September 2022 fand zusätzlich ein mündliches Debriefing statt. Die Vergabestelle geht davon aus, damit den Anforderungen an die Begründungspflicht eines Abbruchs nachgekommen zu sein.

E. 5.8

In der Publikation des Abbruchs verweist die Vergabestelle auf den vorliegend nicht anwendbaren Art. 43 Abs. 1 Bst. f des totalrevidierten BÖB (vgl. E. 1 hiervor), wonach ein Abbruch bei einer wesentlichen Änderung der nachgefragten Leistung möglich ist. Die weitere Begründung, welche im Schreiben der Vergabestelle vom 31. August 2022 den Anbieterinnen nachgereicht wurde, fiel knapp aus, blieb allgemein und äusserte sich nicht zu den einzelnen, konkreten Gründen. Das Debriefing selbst fand online statt. Der Inhalt des Gesprächs wird von der Vergabestelle und den Beschwerdeführerinnen unterschiedlich wiedergegeben. Ob diese Vorgehensweise der Vergabestelle den erhöhten Anforderungen an die Begründung von Abbrüchen insgesamt genügt, braucht nicht endgültig geklärt zu werden, erscheint jedoch fraglich. Selbst wenn im vorliegenden Fall von einer Gehörsverletzung auszugehen wäre, kann sie im Sinne einer Ausnahme jedoch als geheilt betrachtet werden, zumal eine Aufhebung des Abbruchs ohne materielle Prüfung des geltend gemachten sachlichen Grundes für den Abbruch einen formalistischen Leerlauf zur Folge hätte. Die vorliegende Konstellation unterscheidet sich schliesslich von derjenigen, die das Bundesverwaltungsgericht im Verfahren BVGE 2012/28 zu prüfen hatte, als der Abbruch des Vergabeverfahrens lediglich implizit mit der neuen Ausschreibung verfügt wurde. Des Weiteren hatten die Beschwerdeführerinnen im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens die Möglichkeit, sich zur Streitsache vor dem Bundesverwaltungsgericht, das den Sachverhalt und die Rechtslage (wenn auch unter Vorbehalt von Art. 31 aBÖB) frei überprüft, in einem doppelten Schriftenwechsel und mit Schlussbemerkungen umfassend zu äussern (Urteil des BVGer B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 2.3.3). Eine allfällige Gehörsverletzung wäre somit im vorliegenden Beschwerdeverfahren geheilt worden.

E. 5.9

Die Rüge der Beschwerdeführerinnen, bereits aufgrund der fehlenden Begründung der Abbruchverfügung sei diese aufzuheben, erweist sich deshalb als unbegründet.

E. 6.1

Die vorliegende Ausschreibung "N02 Secondo tubo San Gottardo - Los 204" vom 28. Mai 2020 umfasst den Bau sowie den Betrieb/Unterhalt der Bauwasserbehandlungsanlage Nord für den Bau der zweiten Röhre des Gotthard-Strassentunnels (Los 204). Zu den ausgeschriebenen Aufgaben gehört insbesondere die Reinigung des Bauabwassers für den Zugangs-stollen (Los 243) und für den Hauptstollen (Los 241).

E. 6.2

Neben dem hier streitgegenständlichen Los 204 waren kleinere Bauabwasserreinigungsleistungen auch in Los 242 ("Umlegung Sicherheitsstollen") ausgeschrieben. Mit Zuschlagsverfügung vom 3. November 2020 wurden diese Leistungen an die E. _____ AG vergeben (Projekt-ID 204801, Meldungsnummer 1162015).

E. 6.3

Laut Vergabestelle kam es in der Folge zu diversen unvorhersehbaren Verschiebungen im Projekt, welche eine umfassende Neuplanung erforderlich machten: Einerseits habe sich der Baubeginn des Hauptstollens (Los 241) verzögert, unter anderem verursacht durch ein Beschwerdeverfahren (Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022, Urteil des BGer 2C_327/2022 vom 22. Juli 2022) gegen das Los 111 "Materialbewirtschaftung und -logistik Nord+Süd" (SIMAP-Meldungsnummer 1222447; Projekt-ID 217357). Diese Verzögerung habe es unmöglich gemacht, den Baubeginn des

Hauptstollens zu planen. Andererseits habe eine weitere Beschwerde gegen die Ausschreibung des Hauptstollens (Los 241) vom 1. September 2022 zu zusätzlichen Verzögerungen geführt (vgl. Abschreibungsentscheid des BVGer B-3811/2022 vom 19. September 2022).

E. 6.4

Im Rahmen dieser Neuplanung entschied sich die Vergabestelle, mit dem Bau des Zugangsstollens zu beginnen, bevor die Vergabe der dazugehörenden Bauabwasserreinigung rechtskräftig vergeben war. Das dabei entstehende Bauabwasser lässt die Vergabestelle seither und bis auf Weiteres von der bereits bestehenden Reinigungsanlage für die Umlegung des Sicherheitsstollens (Los 242) durch die E. _____ AG bzw. ihre Subunternehmerin, die C. _____ AG, reinigen. Die entsprechende Anlage wurde laut Vergabestelle für diese zusätzliche Reinigungsleistung ausgebaut und ist seit dem 22. August 2021 in Betrieb.

E. 6.5

Der Zuschlag für diese zusätzliche Reinigungsleistung des Bauabwassers aus dem Zugangsstollen erfolgte ca. neun Monate später, am 17. Mai 2022 (Projekt-ID 238382, Meldungsnummer 1263107). Die Vergabestelle wählte hierfür ein freihändiges Verfahren und begründete dies mit der "Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits [im Los 242] erbrachter Leistungen" (Art. 21 Abs. 2 Bst. e BöB). Den späten Zeitpunkt des Zuschlages erklärte die Vergabestelle damit, im erwähnten freihändigen Verfahren seien zusätzlich auch andere Nachtragsleistungen des Loses 242 vergeben worden.

E. 6.6

Gegen die Zuschlagsverfügung vom 17. Mai 2022 wurde kein Rechtsmittel ergriffen. Die Verfügung umfasst auch nicht den Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens. Hinzu kommt, dass die zugeschlagene Leistung bereits seit dem 22. August 2021 und fortlaufend bezogen wurde. Dieses Verfahren kann deshalb im vorliegenden Verfahren nicht ohne Weiteres erneut zur Diskussion gestellt werden.

E. 7.1

Es stellt sich aber die Frage, wie die in E. 6.6 hiervor dargestellte Reduktion des Leistungsgegenstands im vorliegenden Verfahren submissionsrechtlich zu qualifizieren ist.

E. 7.2

Das Submissionsrecht beruht auf der Konzeption, dass ein einmal eingeleitetes Vergabeverfahren nur durch Zuschlag oder Abbruch beendet werden kann ("tertium non datur"; vgl. Urteile des BVGer B-5108/2019 vom 16. August 2022 E. 5.1.1; B-2449/2012 vom 6. September 2012 [auszugsweise publiziert in BVGE 2012/28] E. 3.2.1; B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 3.1; MARTIN BEYELER, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, AJP 7/2005, S. 784 Rz. 4; Stefan M. Scherler, Abbruch und Wiederholung von Vergabeverfahren - Motive, Voraussetzungen und die Folgen, in: Zufferey/Stöckli, Aktuelles Vergaberecht 2008, S. 287 Rz. 2; STEFAN SUTER, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, 2010, Rz. 13 und 18; vgl. auch Art. XIII Abs. 4 Bst. b GPA 1994). Der Abbruch des auf Zuschlagserteilung und Vertragsabschluss ausgerichteten Vergabeverfahrens bewirkt dessen vorzeitige Beendigung unter Verzicht auf Zuschlagserteilung und Vertragsabschluss im betreffenden Verfahren (vgl. Urteile des BVGer B-2449/2012 vom 6. September 2012 E. 3.2.1 und B-1772/2014 vom 21. Oktober

2014 E. 3.1; BEYELER, AJP 7/2005, a.a.O., S. 786 Rz. 13).

E. 7.3

Der Abbruch des Vergabeverfahrens ist im aBöB nicht speziell geregelt, wird aber in Art. 30 aVöB vorausgesetzt und basiert auf Art. XIII Abs. 4 Bst. b GPA 1994 (vgl. Hans Rudolf Trüeb, Beschaffungsrecht, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, Rz. 25.119 S. 1051). Entsprechend der in Art. XIII Abs. 4 Bst. b GPA 1994 enthaltenen Vorgabe, dass von einem Zuschlag lediglich dann abgesehen werden darf, wenn die Beschaffungsstelle im öffentlichen Interesse beschlossen hat, keinen Auftrag zu vergeben, hat der Verordnungsgeber in Art. 30 aVöB die Abbruchgründe wie folgt normiert (vgl. Urteile des BVGer B-5108/2019 vom 16. August 2022 E. 5.1.1.1; B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 E. 2.1 und B-7133/2014 vom 26. Mai 2015 E. 2.3): "[Art. 30 aVöB] Abbruch, Wiederholung und Neuauflage des Vergabeverfahrens 1 Die Auftraggeberin bricht das Verfahren ab, wenn sie das Projekt nicht verwirklicht. 2 Die Auftraggeberin kann das Vergabeverfahren abbrechen und wiederholen, wenn: a. kein Angebot die Kriterien und technischen Anforderungen erfüllt, die in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt sind; b. günstigere Angebote zu erwarten sind, weil technische Rahmenbedingungen ändern oder Wettbewerbsverzerrungen wegfallen. 3 Die Auftraggeberin kann ein neues Vergabeverfahren durchführen, wenn sie das Projekt wesentlich ändert." Literatur und Rechtsprechung unterscheiden beim Abbruch zwischen einem definitiven und einem provisorischen Abbruch: Definitiv ist ein Abbruch dann, wenn auf das Beschaffungsgeschäft endgültig verzichtet wird (vgl. Art. 30 Abs. 1 aVöB). Es handelt sich dabei um Fälle, in denen der ursprüngliche Beschaffungsbedarf komplett weggefallen ist, weil das damit verbundene unmittelbare Ziel nicht mehr erreicht werden soll oder kann. Beim definitiven Abbruch soll dem abgebrochenen Verfahren kein neues folgen (vgl. Suter, a.a.O., Rz. 207). Provisorisch ist der Abbruch, wenn das Verfahren im Hinblick auf eine Wiederholung oder Neuauflage des Beschaffungsgeschäfts abgebrochen wird (vgl. Art. 30 Abs. 2 und 3 aVöB; Urteile des BVGer B-6295/2017 vom 25. Februar 2020 [auszugsweise publiziert in BVGE 2020 IV/2] E. 5.3 und B 1284/2017 vom 6. Juni 2017 E. 2.2; vgl. zum Ganzen: Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 792 ff. und Rz. 797 ff). Der Leistungsbedarf bleibt grundsätzlich bestehen, er soll jedoch erst mittelfristig befriedigt werden (vgl. Suter, a.a.O., Rz. 219). Provisorische Abbrüche machen das Feld für ein neues Verfahren frei, währenddem definitive Abbrüche ein gegenstandsloses Verfahren beenden (vgl. Beyeler, AJP 7/2005, S. 785 Rz. 8). Anders als beim Verfahrensabbruch im Hinblick auf den endgültigen Verzicht auf das Beschaffungsgeschäft kann die Vergabebehörde nach herrschender Lehre von einem betroffenen Anbieter gezwungen werden, das laufende Verfahren weiterzuführen und es durch Zuschlagserteilung abzuschliessen, sofern sich die Abbruchverfügung als widerrechtlich erweist (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 797 f.; Urteile des BVGer B-5108/2019 vom 16. August 2022 E. 5.1.1.1; B-6295/2017 vom 25. Februar 2020 [auszugsweise publiziert in BVGE 2020 IV/2] E. 5.3 und B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 E. 2.2).

E. 7.4

Das Vergaberecht geht vom Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung aus: Danach ist die Vergabestelle an den definitiv, vollständig und widerspruchsfrei zu umschreibenden Leistungsgegenstand gebunden und darf, nach der Offertöffnung, innerhalb des konkreten Vergabeverfahrens grundsätzlich nicht mehr davon abweichen (Urteil des BVGer

B-5108/2019 vom 16. August 2022 E. 5.2.1.1; Zwischenentscheid des BVGer B-998/2014 vom 6. Oktober 2014 E. 3.3 m.w.H.; Suter, a.a.O., Rz. 241 m.w.H.; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 804 ff. und 830). Erfordern jedoch neue Erkenntnisse während des laufenden Submissionsverfahrens eine Modifikation des Beschaffungsgegenstands, ist wie folgt zu differenzieren: Stellt die anvisierte Modifikation, etwa in der Form eines einseitigen Verzichts auf ausgeschriebene Positionen (Leistungsreduktion), eine wesentliche Projektänderung dar (vgl. Art. 30 Abs. 3 aVöB), so muss die Vergabestelle das Verfahren abbrechen - indem sie einen Gesamtabbruch des konkreten Verfahrens verfügt - und es in modifizierter Form neu auflegen. Diese Vorgehensweise ergibt sich aus den Geboten der Transparenz (Art. 1 Abs. 1 Bst. a aBöB) und der Publizität hinsichtlich des Beschaffungsgegenstands und folgt überdies aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 1 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 1 Bst. a aBöB; vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 804 und 807 ff., mit Verweis auf BRK 2004-014 vom 11. März 2005, E. 2c/aa; BEYELER, AJP 7/2005, S. 786 Rz. 10; Suter, a.a.O., Rz. 248 ff., wonach die "Kann"-Formulierung in Art. 30 Abs. 3 aVöB insofern missverständlich ist, als sie einen Ermessensspielraum suggeriert). Denn die Ausschreibung verkäme zu einer blossen Formalität und die damit angestrebte Transparenz würde bedeutungslos, sofern die Vergabestelle den Beschaffungsgegenstand im Nachhinein substantiell verändern könnte, ohne dass neue potentielle Anbieter die Möglichkeit hätten, ihrerseits eine Offerte einzureichen und den Zuschlag für die neue Beschaffung zu erhalten (vgl. Suter, a.a.O., Rz. 241; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 804). Hinzu kommt, dass die Modifikation des Beschaffungsgegenstands in der Form einer nachträglichen Umlagerung bestimmter Leistungen in ein anderes Beschaffungsprojekt, bei dessen Ausschreibung diese Leistungen noch nicht eingeschlossen waren, einer freihändigen Vergabe ohne vorgängiges Ausschreibungsverfahren entspricht. Ein Abbruch zwecks anderweitigen freihändigen Vertragsabschlusses in Bezug auf die gleiche Leistung ist jedoch unzulässig. Von einer wesentlichen Projektänderung ist in der Regel dann auszugehen, wenn die Modifikation wettbewerbswirksam ist, d.h., wenn sie als geeignet erscheint, den Wettbewerb zwischen den Anbietern zu beeinflussen. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn die Modifikation eine Ausweitung des Kreises potentieller Anbieter erwarten lässt, sich spürbar auf die Kalkulationsgrundlagen der Anbieter auswirkt bzw. deren Kalkulationsfreiheit beschränkt oder eine Veränderung der Zuschlagskriterien nach sich zieht (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 809; BEYELER, AJP 7/2005, S. 786 Rz. 10; Suter, a.a.O., Rz. 251). Demgegenüber sind unwesentliche Leistungsreduktionen mittels Berichtigung im laufenden Verfahren erlaubt, sofern die Vergabestelle dabei die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz einhält (Urteil des BVGer B-5108/2019 vom 16. August 2022 E. 5.2.1.1; vgl. BEYELER, AJP 7/2005, S. 786 Rz. 10; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 829).

E. 7.5

Sowohl die Vergabestelle als auch die Beschwerdeführerinnen gehen von einem provisorischen Abbruch aus. Die Vergabestelle macht hierfür eine wesentliche Projektänderung geltend, die von den Beschwerdeführerinnen bestritten wird. Der Beschaffungsgegenstand soll aber erneut ausgeschrieben werden, weshalb ein Zuschlag an die Beschwerdeführerinnen weiterhin möglich ist. Dem ist ergänzend hinzuzufügen, dass ein Teil der ursprünglich ausgeschriebenen Leistung, nämlich die Reinigung des Bauabwassers des Zugangsstollens, seit dem 22. August 2022 und bis auf Weiteres durch die E._____ AG bzw. ihre Subunternehmerin, die C._____ AG, gereinigt wird (vgl. E.

6.4 hervor). Die entsprechende Bauleistung wurde bereits bezogen (im Unterschied zur Konstellation im Urteil BVGer B-5108/2019 vom 16. August 2022 E. 5.1.3). In diesem Umfang handelt es sich somit um einen definitiven Abbruch.

E. 8.1

Die Beschwerdeführerinnen rügen, es gebe keinen sachlichen Grund für einen Abbruch, insbesondere habe sich das Projekt nicht wesentlich verändert. Ein Bedarf nach einer redundanten Bauabwasserbehandlungsanlage mit zwei Linien sei weiterhin ausgewiesen. Auch ein grösseres Auffangbecken ändere daran nichts. Selbst wenn man davon ausgehen sollte, dass eine Linie genüge, würde es sich hierbei noch immer nicht um eine wesentliche Änderung handeln, weil eine Änderung der Bieterreihenfolge ausgeschlossen werden könne. Allein aufgrund der inflationsbedingten Teuerung der vergangenen Monate sei bei einer Neuausschreibung in jedem Fall von höheren Kosten auszugehen.

E. 8.2

Die Vergabestelle begründet den Abbruch im Wesentlichen mit der Reduktion der ursprünglich ausgeschriebenen Menge von Bauabwasser: Weil nun insgesamt weniger Bauabwasser und weniger Bauabwasser gleichzeitig anfallt, seien nicht mehr zwei separate Linien nötig. Die Ausgangslage habe sich so sehr verändert, dass die ursprüngliche Ausschreibung nicht mehr wirtschaftlich sei. Zudem kämen bei einer Neuausschreibung durch den geringeren Umfang und die geringere Komplexität weitere Anbieter in Betracht, weshalb der Abbruch auch mit Blick auf die Gleichbehandlung geboten sei.

E. 8.3

Nach der Rechtsprechung darf die Vergabestelle ein bundesrechtliches Vergabeverfahren definitiv oder zwecks Neuaufgabe eines geänderten Projekts abrechnen bzw. einen bereits erfolgten Zuschlag widerrufen, wenn sachliche Gründe dieses Vorgehen rechtfertigen und damit nicht die gezielte Diskriminierung von einzelnen Anbietern beabsichtigt ist (BGE 134 II 199 E. 2.3 m.w.H.; BVGE 2012/28 E. 3.6.3; Urteile des BVGer B-6295/2017 vom 25. Februar 2020 [auszugsweise publiziert in BVGE 2020 IV/2] E. 5.4; B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 E. 2.2 und B-7133/2014 vom 26. Mai 2015 E. 2.3). Das Vorliegen eines sachlichen Grundes für den Abbruch darf nicht leichtthin angenommen werden (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 799 und 830). Ein Abbruch ist etwa dann zulässig, wenn die Vergabestelle die betreffende Leistung nicht mehr benötigt, die ursprüngliche Umschreibung der Leistung nicht zu einer bedarfsgerechten Beschaffung führt, ein rechtmässiger Zuschlag nicht möglich ist oder das Verfahren zu keinem brauchbaren Ergebnis führt (vgl. BGE 141 II 353 E. 6.5 f. und E. 7; Urteile des BVGer B-6295/2017 vom 25. Februar 2020 E. 5.4 m.w.H. [auszugsweise publiziert in BVGE 2020 IV/2] und B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 3.4). Umgekehrt wäre ein diskriminierendes Verhalten der Vergabestelle gegenüber einem Anbieter namentlich dann anzunehmen, wenn ein Abbruch darauf gerichtet ist, den Zuschlag an einen unerwünschten Anbieter zu verhindern, oder wenn die Vergabestelle in den Vertragsverhandlungen den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 798; Urteile des BVGer B-6295/2017 vom 25. Februar 2020 E. 3.5 [auszugsweise publiziert in BVGE 2020 IV/2] und B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 3.5). Angesichts der grossen Planungs- und Ausgestaltungsfreiheit, welche Auftraggeber bei öffentlichen Beschaffungen anerkanntermassen geniessen (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.3.1), sind im Beschwerdeverfahren - im Interesse eines wirksamen Rechtsschutzes und einer griffigen Missbrauchskontrolle -

an die Substantiierung der Abbruchgründe strenge Massstäbe zu setzen (Urteile des BVGer B-5108/2019 vom 16. August 2022 E. 5.2.1.2; B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 3.6).

E. 8.4

Die verschiedenen Berechnungen der neu benötigten Reinigungskapazitäten der Vergabestelle und der Beschwerdeführerinnen unterscheiden sich erheblich.

E. 8.4.1

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, für die Dauer der verbleibenden Leistungserbringung sei weiterhin eine redundante Anlage mit zwei Linien mit einer Kapazität von je 75 l/s zwingend nötig. Hierfür verweisen die Beschwerdeführerinnen auf den Umstand, dass neben dem Tunnelbauabwasser auch das Abwasser der Baustelleninstallationsfläche gereinigt werden müsse. Diese Fläche schätzen die Beschwerdeführerinnen in ihrer Replik auf 75'000 m², weshalb für ein Starkregenfallereignis eine Kapazität von rund 1'000 l/s benötigt werde. Der Verzicht auf eine zweite Linie käme einer Hochrisiko-Strategie gleich. Würde eine einzelne Linie mit einer Kapazität von 75 l/s für einen halben Tag ausfallen, entstünden 3.24 Millionen Liter Bauabwasser, die nicht in dem vorgesehenen Auffangbecken zurückgehalten werden könnten. Um die Gewässer vor einer Verschmutzung zu schützen und um die gesetzlichen Anforderungen zu erfüllen, sei zwingend eine redundante Anlage mit zwei Linien nötig (Replik Rz. 11 f.). In ihren Schlussbemerkungen korrigierten die Beschwerdeführerinnen ihre Schätzung betreffend Baustelleninstallationsfläche um ein Drittel auf 49'935 m², verweisen aber weiterhin auf die Notwendigkeit einer redundanten Anlage mit zwei Linien. Gemäss der Norm SN 592 000 des Verbands Schweizer Abwasser- und Gewässerfachleute werde selbst für eine Fläche von 19'150 m² eine Kapazität von mehr als 500 l/s benötigt (Schlussbemerkungen Rz. 22, 26; Beilage 29).

E. 8.4.2

Die Vergabestelle hält dagegen, die Annahme, wonach die gesamte Baustelleninstallationsfläche durch das Los 204 gereinigt werde, sei falsch. Die neu durch das Los 204 zu reinigende Baustelleninstallationsfläche betrage 19'150 m² (Fläche Dach Brücke, Tübinglagerfläche, Materialumschlag/Lagerfläche gross, Wendefläche klein, Lagerfläche klein; vgl. Beilage 13). Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerinnen die ursprüngliche Kalkulation der benötigten Kapazitäten von 300 l/s auch nicht in Frage gestellt hätten (Beilage 15). Erst im Beschwerdeverfahren würden die Beschwerdeführerinnen nun plötzlich eine Kapazität von 1'000 l/s fordern. Falls es tatsächlich elementare Fehler bei der Dimensionierung der Anlage gegeben hätte, wäre es auch an den Beschwerdeführerinnen gewesen, dies im Lauf des Verfahrens vorzubringen. Das hätten die Beschwerdeführerinnen aber nicht gemacht. Mit den zwei ursprünglich geplanten Linien mit je 75 l/s, einer damals massgebenden Fläche von 16'700 m² sowie einem Ausgleichsbecken von 1'000 m³ habe man die gesetzlichen Mindestvorschriften erfüllt. Für den unwahrscheinlichen Fall, dass die Kapazitäten nicht ausgereicht hätten, seien zudem Notmassnahmen vorgesehen gewesen, insbesondere die Neutralisation des Abwassers mit Mineralsäure. An diese ursprünglich bekannt gegebene Kalkulation hätten sich auch die Beschwerdeführerinnen bei der Abgabe ihres Angebots gehalten, ohne sie in Frage zu stellen (Duplik Rz. 17 f.). Nun habe sich aber die Ausgangslage grundsätzlich verändert. Es falle insgesamt weniger Bauabwasser an (Vortrieb Zugangsstollen, Bauinstallationsflächen G08 und G14a) und es sei insgesamt weniger Bauabwasser

gleichzeitig zu reinigen (Beilage 16). Mit derselben Kalkulationsgrundlage wie bei der Ausschreibung würde für ein Starkregenereignis somit nur noch eine Kapazität von 200 l/s und nicht mehr 300 l/s benötigt. Dies stelle eine erhebliche Abweichung gegenüber der ursprünglich ausgeschriebenen Menge dar und habe zur Folge, dass nicht mehr zwingend zwei Linien notwendig seien (Vernehmlassung Rz. 21 ff.; Duplik Rz. 19 ff.; Schlussbemerkungen Rz. 12 ff.).

E. 8.5

Die Vergabestelle konnte damit aufzeigen, warum sie von einer Bauinstallationsfläche von 19'150 m² ausgeht und nicht von 75'000 m² bzw. 49'935 m². Sie hat auch Angaben dazu gemacht, was mit dem anfallenden Wasser auf den übrigen Flächen der Baustelle geschieht (Beilage 13). Aus den eingereichten Unterlagen wird weiter deutlich, dass das Bauabwasser des Zugangsstollens seit dem 22. August 2021 und bis auf Weiteres (entgegen der ursprünglichen Ausschreibung) ausserhalb des hier streitgegenständlichen Loses 204 gereinigt wird und der Vortrieb für den Zugangsstollen zeitnah abgeschlossen sein wird (vgl. E. 6.4 hiervor). Der Vergabestelle gelang es in nachvollziehbarer Weise aufzuzeigen, wie diese veränderte Ausgangslage zu einer Reduktion des Bauabwassers des Loses 204 führte, auch unter Nennung der einzelnen, mit der Reduktion zusammenhängenden Positionen (Beilage 16). Die Kalkulation der neu benötigten Kapazität von 200 l/s folgt der Kalkulation der Kapazität der Ausschreibung (unter Berücksichtigung von 15 % mehr Baustelleninstallationsfläche), welche auch den Beschwerdeführerinnen als Grundlage ihrer ursprünglichen Offerte diente, ohne dass sie die Kalkulation zum damaligen Zeitpunkt in Frage gestellt hätten. Auf die anderslautenden Berechnungen der Beschwerdeführerinnen während des Beschwerdeverfahrens kann nicht abgestellt werden. Sie widersprechen sich teilweise in ihrer Herleitung (wie die Vergabestelle in Rz. 13 ihrer Schlussbemerkungen zutreffend anmerkt), gehen von einer zu grossen Baustelleninstallationsfläche aus (Replik Rz. 11, Schlussbemerkungen Rz. 22) und begründen die getroffenen Annahmen und ausgewählten Normen nicht ausreichend (vgl. Beilage 29). Erschwerend kommt hinzu, dass bei den Berechnungen der Beschwerdeführerinnen weitere Möglichkeiten der Pufferung bzw. Erhöhung der Kapazität ausser Betracht gelassen werden, wie beispielsweise ein grösseres Retentionsbecken (vgl. Duplik Rz. 38), eine höhere Reinigungskapazität der einzelnen Linie (vgl. Schlussbemerkungen der Beschwerdeführerinnen Rz. 42) oder weitere Notmassnahmen (Duplik Rz. 17).

E. 8.6

Die Beschwerdeführerinnen weisen zusätzlich darauf hin, dass die Vergabestelle bei der Kalkulation der noch benötigten Reinigungskapazität eine zu geringe Sicherheitsmarge vorsieht (vgl. Replik Rz. 12). Diese Rüge würde eine allfällige Neuausschreibung betreffen und ist vorliegend nicht zu behandeln. Bereits an dieser Stelle ist jedoch auf den breiten Ermessensspielraum der Vergabestelle bei der Auswahl und Gewichtung einzelner Vergabekriterien hinzuweisen, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreifen würde. Dies gilt auch für die Festlegung der technischen Spezifikationen. Die Lehre spricht insoweit von trotz Vergaberecht "gesicherten Handlungsspielräumen" (BVG 2017 IV/3 E. 4.3.3; Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.3 "HP-Monitore" m.H. auf Hubert Stöckli, Urteilsanmerkung S9 zum Urteil des BGer 2P.282/1999 vom 2. März 2000, in: Baurecht 2001, S. 65). Der breite Ermessensspielraum in Bezug auf die Ausgestaltung der Vergabekriterien dient auch dazu, Vergabestellen vor überhöhten Erwartungen der Anbieter

an die "richtige" Ausschreibung zu schützen (Urteil des BVGer B-879/2020 vom 8. März 2021 E. 9.5; Zwischenentscheid des BVGer B-4019/2021 vom 25. November 2021 E. 9.5). Als Zwischenfazit ist deshalb festzuhalten, dass es der Vergabestelle gelungen ist, aufzuzeigen, weshalb für die Reinigung der verbleibenden Menge Bauabwasser des Loses 204 nicht mehr zwingend eine redundante Anlage mit zwei Linien notwendig ist.

E. 8.7

Daraus folgt weiter, dass aufgrund der erheblich veränderten Ausgangslage auch eine Änderung der Bieterreihenfolge nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden kann (vgl. dazu Beyeler, Der Gestaltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 2595, 2818). Die von den Beschwerdeführerinnen vorgenommenen Kürzungen einzelner Positionen des Angebots, welche für sich genommen (noch) keinen Einfluss auf die Bieterreihenfolge hatten (vgl. Replik Rz. 17 ff., Schlussbemerkungen Rz. 30), vermögen daran nichts zu ändern, zumal zusätzliche Kürzungen denkbar wären (Duplik Rz. 32 f.) und die entstandenen Mehrkosten (aufgrund des Verzichts auf die zweite Linie) in einem Umfeld ohne Wettbewerb kalkuliert wurden (vgl. Vernehmlassung Rz. 14 ff.). Soweit die Beschwerdeführerinnen darauf hinweisen, dass eine Neuausschreibung allein aufgrund der Teuerung zu keinen niedrigeren Angebotspreisen führen könne (Replik Rz. 34), ist zu ergänzen, dass auch das Angebot der Beschwerdeführerinnen mit Stichtag vom 22. Juli 2022 der Teuerung angepasst worden wäre (vgl. Beschwerdebeilage 19, Antwort 42).

E. 8.8

Zusätzlich folgt auch aus dem Gebot der Transparenz und der Publizität in Bezug auf den Beschaffungsgegenstand, dass die Vergabestelle ein laufendes Verfahren unterbrechen und neu beginnen muss, wenn ein Beschaffungsgegenstand in einem wichtigen Punkt geändert worden ist. Dadurch soll sichergestellt werden, dass auch andere Anbieter die Möglichkeiten haben, ein Angebot einzureichen und den Zuschlag zu erhalten (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 804; Suter, a.a.O., Rz. 248). Gleiches gilt, wenn aufgrund der neuen Ausgangslage ein neuer, grösserer oder jedenfalls anders zusammengesetzter Bieterkreis zu erwarten ist (Beyeler, Der Gestaltungsanspruch des Vergaberechts, a.a.O., Rz. 2813; Suter, a.a.O., Rz. 251). Im vorliegenden Vergabeverfahren wurde die C._____ AG mangels Eignung ausgeschlossen (Urteil des BVGer B-5266/2020 vom 25. August 2021 E. 5.6). Sie reinigt derzeit als Subunternehmerin das Bauabwasser des Loses 242 (Duplik Rz. 37). Es ist vorstellbar, dass sie bei einer Ausschreibung des veränderten Beschaffungsgegenstandes ebenfalls ein Angebot abgeben wird und sich der Bieterkreis auch dadurch verändert.

E. 8.9

Zusammenfassend ist in Übereinstimmung mit der Vergabestelle davon auszugehen, dass sich das Projekt im Sinne von Art. 30 Abs. 3 aVöB wesentlich verändert hat. Der Abbruch erfolgte somit aus sachlichen Gründen und im öffentlichen Interesse (vgl. BGE 134 II 192 E. 2.3, Urteil des BVGer B-5108/2019 vom 16. August 2022 E. 5.2.1.1). Das Verfahren erweist sich in diesem Punkt als spruchreif, weitere Beweismittel sind nicht erforderlich (vgl. die Beweisofferten in Replik Rz. 11, 12 und 42, Schlussbemerkungen Rz. 12, 13, 18 und 22). Die Anträge der Beschwerdeführerinnen, die Abbruchverfügung sei aufzuheben und der Zuschlag ihr zu erteilen bzw. die Sache der Vorinstanz zur Fortführung des Verfahrens zurückzuweisen (vgl. Ziff. 1 und 2 der Beschwerde), sind deshalb abzuweisen.

E. 9.1

Auch wenn die von der Vergabestelle vorgenommenen Änderungen der nachgefragten Leistung den Abbruch des Verfahrens objektiv zu begründen vermögen, bleibt nachfolgend zu prüfen, ob der Abbruch rechtswidrig erfolgt ist (vgl. BGE 134 II 192 E. 2.3; Urteil des BVGer B-998/2014 vom 8. Juli 2016 E. 3.7; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2015.00568 vom 12. Mai 2016 E. 6).

E. 9.2

Eine Vergabestelle ist verpflichtet, das Vergabeverfahren nach dem Grundsatz von Treu und Glauben durchzuführen. Aus diesem Grundsatz ergibt sich, dass die im öffentlichen Interesse liegenden Gründe für den Abbruch des Vergabeverfahrens für die Vergabestelle im Zeitpunkt der Ausschreibung des Auftrags bzw. der weiteren Forderungen an die Anbieterinnen nicht voraussehbar sein durften (BGE 134 II 192 E. 2.3; Urteile des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018 E. 7.3.2 und B-998/2014 vom 8. Juli 2016 E. 3.7; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 793). Dieses Ergebnis scheint auch deshalb gerechtfertigt, weil das Vertrauen der Anbieterinnen in den geordneten Ablauf des Vergabeverfahrens nur auf diese Weise geschützt werden kann (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2015.00568 vom 12. Mai 2016 E. 6).

E. 9.3

Die Anbieterinnen dürfen darauf vertrauen, dass ernsthaft und loyal verhandelt wird. Die Frage, ob der Bedarf nach der ausgeschriebenen Leistung auch zum Zeitpunkt des geplanten Vertragsschlusses noch vorliegt, ist ausreichend und früh genug zu klären. Die Vergabestelle verstösst insbesondere gegen die Treuepflicht, wenn sie Verhandlungen aufgenommen hat oder fortführt, obwohl kein Abschlusswille mehr besteht (Suter, a.a.O., Rz. 413; Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, 2004, Rz. 769). Die Vergabestelle verletzt ihre Treuepflicht auch dann, wenn sie einmal seriös begonnene Vertragsverhandlungen fortsetzt, obwohl sie weiss oder wissen müsste, dass der Vertragsschluss inzwischen nicht mehr in Frage kommt (Suter, a.a.O., Rz. 414).

E. 9.4

Im vorliegenden Verfahren publizierte die Vergabestelle am 6. Oktober 2020 den Zuschlag an die ARGE A._____. Gegen diese Zuschlagsverfügung erhoben die Beschwerdeführerinnen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Mit Zwischenentscheid B-5266/2020 vom 17. März 2021 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gut und führte in E. 7.5 und 7.6 prima facie aus, dass zur Erfüllung des Eignungskriteriums "Vergleichbare Referenzen: Werkvertrags- oder Schlussrechnungssumme > 10 Mio. Franken exkl. MwSt" eine Schätzung der entsprechenden Summe durch die Vergabestelle nicht ausreicht. Stattdessen werden die in der Ausschreibung geforderten Dokumente für den Nachweis benötigt. Dieser Nachweis gelang der Vergabestelle aber auch im Hauptverfahren nicht. Mindestens der Vergabestelle musste somit bereits zu diesem Zeitpunkt klar gewesen sein, dass der Ausschluss der ARGE A._____ drohte und dass danach insbesondere die zweitplatzierten Beschwerdeführerinnen für den Zuschlag in Frage gekommen wären.

E. 9.5

Um mit den Bauarbeiten für den Zugangstollen fristgerecht beginnen zu können, entschied sich die Vergabestelle, das Bauabwasser des Zugangstollen ab dem 22. August 2021 und bis auf Weiteres nicht im hier streitgegenständlichen Los 204, sondern im Los 242 reinigen zu lassen (vgl. E. 6.4 hiervor), obwohl sie zu diesem Zeitpunkt aufgrund des

Devolutiveffekts der vorliegenden Beschwerde dazu nicht berechtigt gewesen wäre (vgl. Urteil des BVGer B-7133/2014 vom 26. Mai 2015 E. 4.2; Hansjörg Seiler, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2013, Art. 54 Rz. 3 ff.). Erschwerend kommt hinzu, dass die entsprechende Zuschlagsverfügung für das Los 242 erst am 17. Mai 2022 - und somit neun Monate nach dem Beginn des Leistungsbezugs - publiziert und das gewählte freihändige Verfahren mit "Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits [im Los 242] erbrachter Leistungen" gemäss Art. 21 Abs. 2 lit. e BÖB begründet wurde (wobei allein aus der Zuschlagsverfügung vom 17. Mai 2022 nicht erkennbar war, dass es um eine Reinigungsleistung von Bauabwasser ging, welche ursprünglich im Los 204 ausgeschrieben war [Projekt-ID 238382, Meldungsnummer 1263107]).

E. 9.6

Die Zuschlagsverfügung vom 17. Mai 2022 ist nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens (vgl. E. 6.6 hiervor). Entscheidend ist jedoch, dass hier die Reduktion der benötigten Reinigungskapazitäten und somit der Grund für den Abbruch im vorliegenden Verfahren von der Vergabestelle selbst herbeigeführt wurde: Erst durch den Bezug der Reinigungsleistung in einem anderen als dem ursprünglich ausgeschriebenem Los wurde die wesentliche Projektänderung - insgesamt weniger Bauabwasser und weniger Bauabwasser gleichzeitig - von der Vergabestelle selbst geschaffen. Dabei war ihr spätestens seit dem 22. August 2021 klar bzw. hätte klar sein müssen, dass dieses Vorgehen zum Abbruch des Verfahrens führen kann bzw. muss. Trotzdem trat die Vergabestelle nach der Rückweisung des Verfahrens (Urteil des BVGer B-5266/2020 vom 25. August 2021 E. 6.9) in weitere Verhandlungen mit den zweitplatzierten Beschwerdeführerinnen, die sich über mehrere Monate hinzogen. Problematisch wirkt in diesem Zusammenhang insbesondere, dass die Vergabestelle nach der Rückweisung weitere vier Monate mit der Aufnahme von Verhandlungen zuwartete (in denen weiterhin Bauabwasser in einem anderen Los gereinigt wurde, ohne dass die entsprechende Zuschlagsverfügung unter Wahrung der nötigen Transparenz und Publizität erteilt worden wäre). Erschwerend kommt hinzu, dass die Vergabestelle noch am 13. Juli 2022 von den Beschwerdeführerinnen verlangte, ihr Angebot bis zum 31. Dezember 2022 zu verlängern (was die Beschwerdeführerinnen gleichentags bestätigten), nur um zehn Tage später das Verfahren mit einer Begründung abubrechen, die sich auf Vorgänge bezieht, die spätestens seit dem 22. August 2021 bekannt waren. Dieses Vorgehen der Vergabestelle verstösst insgesamt klar gegen den Grundsatz von Treu und Glauben.

E. 9.7

Der Antrag (Ziff. 4 der Beschwerde) der Beschwerdeführerinnen, es sei festzustellen, dass die Abbruchverfügung der Vergabestelle rechtswidrig war, ist somit gutzuheissen.

E. 10.1

Die Beschwerdeführerinnen beantragen subeventualiter (Ziff. 3 der Beschwerde), ihnen sei Schadenersatz in der Höhe von mindestens CHF [...] zuzüglich Mehrwertsteuer, der Kosten für die Rechtsmittelverfahren und eines Schadenszinses von 5 % ab Zeitpunkt der Abbruchverfügung zu bezahlen.

E. 10.2

Das Verfahren zur Geltendmachung von Schadenersatz durchläuft nach Art. 32 Abs. 2 und Art. 35 Abs. 1 aBÖB zwei unterschiedliche Stufen (anders im revidierten BÖB, in dem eine adhäsionsweise Beurteilung eines Ersatzbegehrens nach Art. 58 Abs. 3 BÖB möglich wäre;

vgl. zum Ganzen: Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017, BBl 2017 1985). Im vorliegenden Beschwerdeverfahren stellt das Bundesverwaltungsgericht lediglich fest, dass die angefochtene Verfügung rechtswidrig erfolgt ist. Erst nach dieser Feststellung ist das Verfahren nach Art. 35 aBöB einzuleiten (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1414; kritisch zum vergaberechtlichen Schadenersatz im primären Rechtsschutz: BEYELER, AJP 7/2005, a.a.O., S. 792 Rz. 39, 41).

E. 10.3

Auf den Antrag der Beschwerdeführerinnen, es sei ihnen aufgrund der rechtswidrigen Abbruchverfügung Schadenersatz zuzusprechen, kann deshalb im vorliegenden Verfahren mangels gesetzlicher Grundlage nicht eingetreten werden.

E. 11

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen ist. Es wird festgestellt, dass die Abbruchverfügung vom 31. August 2022 rechtswidrig ist. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird. Mit Erlass des vorliegenden Urteils wird das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

E. 12.1

Die Verfahrenskosten sind den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Keine Verfahrenskosten werden der Vorinstanz auferlegt, auch wenn sie unterliegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

E. 12.2

Die Beschwerdeführerinnen sind mit ihrem Hauptantrag (Ziff. 1 der Beschwerde), die Abbruchverfügung der Vergabestelle sei aufzuheben und der Zuschlag sei ihnen zu erteilen, nicht durchgedrungen. Ausschlaggebend hierfür war jedoch das Verhalten der Vergabestelle, welche sich entschieden hatte, Reinigungsleistungen in einem anderen Los zu beziehen, als ursprünglich ausgeschrieben. Es rechtfertigt sich deshalb, von einem überwiegenden Obsiegen der Beschwerdeführerinnen auszugehen, weshalb ihnen keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

E. 12.3

Eine ganz oder teilweise obsiegende Partei hat Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten, welche der Vergabestelle aufzuerlegen sind (vgl. Art. 64 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG; Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (vgl. Art. 8 VGKE).

E. 12.4

Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen reichte am 23. März 2023 eine Kostennote für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht für den Zeitraum vom 31. August 2022 bis zum 21. März 2023 von insgesamt Fr. 46'180.85 (inkl. MwSt.) ein und machte einen Zeitaufwand von insgesamt 117 Stunden und 50 Min. geltend, wobei 21 Stunden und

25 Min. zum Stundensatz von Fr. 450.-- , 86 Stunden und 20 Min. zum Stundensatz von Fr. 350.-- und 10 Stunden 5 Min. zum Stundensatz von Fr. 300.-- verrechnet wurden. Die Vergabestelle anerkannte in ihrer Stellungnahme vom 30. März 2023 grundsätzlich den Zeitaufwand und verzichtete auf ausführliche Anmerkungen zur Honorarnote.

E. 12.5

Mit heutigem Urteil ergeht ein Entscheid nach abgeschlossenem Hauptverfahren mit doppeltem Schriftenwechsel und ausführlichen Schlussbemerkungen. Dabei handelt es sich um ein Verfahren, in welchem auch technische Fragen von einer gewissen Komplexität zu behandeln waren. Einzig die unaufgeforderte Eingabe vom 2. März 2023 (0.5 Stunden zu einem Stundensatz von Fr. 300.--) kann nicht zu den notwendigen Kosten gezahlt werden. Ein Zeitaufwand von 117 h 20 Min. ist somit gerechtfertigt.

E. 12.6

Nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts ist in Beschaffungssachen von einem Regelstundensatz von Fr. 350.-- auszugehen, wobei für besonders komplexe Verfahren der Maximalstundensatz von Fr. 400.-- zur Anwendung gebracht werden kann (Art. 10 Abs. 2 VGKE; Urteile des BVGer B-1565/2021 vom 15. Juni 2021 S. 6; B-998/2014 vom 8. Juli 2016 E. 8; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1450). Da es sich vorliegend nicht um ein besonders komplexes Verfahren handelt, ist vom Regelstundensatz von Fr. 350.-- auszugehen. Damit ist den Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 40'587.50 zuzusprechen, nämlich 107 Stunden und 45 Min. zum Stundensatz von Fr. 350.-- und 9 Stunden 35 Min. zum Stundensatz von Fr. 300.--.

E. 12.7

Die Parteientschädigung umfasst vorliegend keinen Mehrwertsteuerzuschlag im Sinn von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE, weil die im Register der mehrwertsteuerpflichtigen Personen eingetragenen Beschwerdeführerinnen als vorsteuerabzugsberechtigte Parteien zu behandeln sind (vgl. Urteil des BGer 4A_465/2016 vom 15. November 2016 E. 3.2.3; Urteil des BVGer B-4704/2021 vom 18. Mai 2022 E. 9.2).

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