

BVGer B-5108/2019 vom 16. August 2022

Bundesverwaltungsgericht, 2022-08-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5108_2019_d20220816

FR: TAF B-5108/2019 du 16 août 2022

IT: TAF B-5108/2019 del 16 agosto 2022

Erwägungen

E. 1.1

Die Zuständigkeit zum Entscheid über ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen richtet sich nach der Zuständigkeit in der Hauptsache (Art. 28 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]). Als durch Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht selbständig anfechtbare Verfügungen gelten unter anderem der Zuschlag oder der Abbruch eines in den Anwendungsbereich des BöB fallenden Vergabeverfahrens (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB; zum Anfechtungsobjekt vgl. E. 3.1.3).

E. 1.2

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

E. 1.3

Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrags den Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

E. 1.3.1

Die Vergabestelle ist Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB).

E. 1.3.2

Die Vergabestelle schrieb die vorliegende Beschaffung als Dienstleistungsauftrag aus (vgl. Ziff. 1.8 der Ausschreibung vom 12. Oktober 2018). Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA. In diesem Anhang werden die unterstellten Dienstleistungen im Sinne einer Positivliste abschliessend aufgeführt (vgl. Botschaft vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde]

notwendigen Rechtsanpassungen Öffentliches Beschaffungswesen [GATT-Botschaft 2], in: BBl 1994 IV 1181; vgl. zum Ganzen den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] im Verfahren BRK 2001-009 vom 11. Oktober 2001, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.4 E. 2b/cc). Gemäss Art. 3 Abs. 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) gelten als Dienstleistungen die in Anhang 1a zur VöB aufgeführten Leistungen. Die darin enthaltene Liste mit der Überschrift "Dienstleistungen im Anwendungsbereich des Gesetzes [...]" entspricht derjenigen des Anhangs 1 Annex 4 GPA, indem sämtliche dort aufgeführten Dienstleistungen durch die VöB unverändert übernommen werden. Nur für solche dem Gesetz unterstehenden Dienstleistungen steht der Rechtsmittelweg offen (BVGE 2008/48 E. 2.1 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI" und BVGE 2011/17 E. 5.2.1 "Personalverleih", je mit Hinweisen; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1228 mit Hinweisen). Nach Anhang 1 Annex 4 GPA ist die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen massgeblich (CPCprov; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"; Urteil des BVGer B-8141/2015 vom 30. August 2016 E. 3.3.4 f. "Übersetzungen ZAS"). Die Vergabestelle wies die Beschaffung der Gemeinschaftsvokabular-Referenznummer CPV 90000000 "Abwasser- und Abfallbeseitigungs-, Reinigungs- und Umweltschutzdienste" zu (vgl. Ziff. 2.5 der Ausschreibung vom 12. Oktober 2018). Diese entspricht einer der CPCprov-Klassifikation Nr. 94 ("Abfall- und Abwasserbeseitigung; sanitäre und ähnliche Dienstleistungen") zuzuordnenden Dienstleistung, welche von dem Anhang I Annex 4 GPA bzw. Anhang 1a (Ziff. 18) zur VöB erfasst wird. Die Beschaffung fällt somit in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB.

E. 1.3.3

Das geschätzte Auftragsvolumen (vgl. Annex III zum Dienstleistungsvertrag Nr. [...] [iGeko-Nr. ...], Beilage Nr. 3.1-Version 2.0, Register Nr. 3 "Übersicht Gesamtkosten" und Ziff. 3.2 der Zuschlagsverfügung vom 11. September 2019) liegt deutlich über dem für Dienstleistungen geltenden Schwellenwert von Fr. 230'000.- (Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 1 Bst. b der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung [WBF] über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen [in der vorliegend anwendbaren Fassung vom 22. November 2017 für die Jahre 2018 und 2019; SR 172.056.12]).

E. 1.3.4

Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinn von Art. 3 BöB vorliegt, fällt die vorliegend streitbetroffene Beschaffung in den Anwendungsbereich des BöB. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der Streitsache und damit auch für den Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen zuständig.

E. 2

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung und auf Anordnung von vorsorglichen Massnahmen.

E. 2.1

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 1.2, mit Hinweisen; Zwischenentscheid des BVGer B-2955/2018 vom 4. Oktober 2018 E. 2.4; vgl. dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1340, mit Hinweisen). Dies gilt auch dann, wenn - wie vorliegend - die Qualifikation des Anfechtungsgegenstands als Zuschlag einer näheren Prüfung bedarf.

E. 2.2

Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Sie kann aber durch das Bundesverwaltungsgericht auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB).

E. 2.2.1

Das BöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweis "Lüftung Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als not-wendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 mit Hinweis).

E. 2.2.2

Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Dasselbe gilt für den Fall, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 "E-Mail-Services für Ratsmitglieder" E. 3.1). Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) "Vermessung Durchmesserlinie" im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2 "Hörgeräte"). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, welche die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September

1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 mit Hinweis; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification Grolley/FR"). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei - insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweis "Vermessung Durchmesserlinie"; zum Ganzen BVGE 2017 IV/3 E. 3 "Mobile Warnanlagen").

E. 2.3

Gemäss Art. 56 VwVG können vorsorgliche Massnahmen getroffen werden, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte Interessen einstweilen sicherzustellen. Für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen ist namentlich erforderlich, dass eine Abwägung der entgegenstehenden Interessen (vgl. vorstehend E. 2.2.2) den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint. Vorausgesetzt wird eine bestehende Dringlichkeit, d.h. es muss sich als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Weiter muss der Verzicht auf Massnahmen für den Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wiedergutzumachen ist. Der durch den Endentscheid zu regelnde Zustand darf dabei weder präjudiziert noch verunmöglicht werden (vgl. Urteil des BVGer A-359/2018 vom 14. Februar 2018 E. 4.2 m.w.H.; BGE 130 II 149 E. 2.2 und 127 II 132 E. 3).

E. 3.1

Das BöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 BöB bzw. Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"; Urteil des BVGer B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 1.2.1 "Geo-Agrardaten"). 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. 3.1.1

Die Vergabestelle bestreitet die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin. Die Beschwerdeführerin sei die Zuschlagsempfängerin des streitbetreffenen Projekts Nr. 177380 und verfüge insofern über kein praktisches Rechtsschutzinteresse an der Anfechtung bzw. Aufhebung des zu ihren Gunsten ergangenen Zuschlags. Würde nämlich die Beschwerde gutgeheissen und der Zuschlag aufgehoben, führte dies zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens mit entsprechend offenem Ausgang, wobei es gut

vorstellbar sei, dass die Beschwerdeführerin alsdann nicht mehr als Siegerin hervorgehe. Soweit die Beschwerdeführerin die "Erweiterung" des Zuschlags bzw. den Zuschlag zusätzlicher Leistungen verlange, lägen ihre Rechtsbegehren ausserhalb des (zulässigen) Streitgegenstands: Der Beschaffungsgegenstand werde durch die Ausschreibung und ergänzend durch die Ausschreibungsunterlagen definiert. Insofern sei der Streitgegenstand der Zuschlagsanfechtung auf den Ausschreibungsgegenstand begrenzt, denn es könne beschwerdeweise nicht mehr und nichts anderes verlangt werden, als Teil des (berichtigten) Ausschreibungsgegenstands bilde. Im Ergebnis fordere die Beschwerdeführerin mit diesen Rechtsbegehren nichts anderes als die freihändige Vergabe von nicht ausschreibungsgegenständlichen Leistungen an sich selbst unter Eliminierung des Anbieterwettbewerbs.

E. 3.1.2

Demgegenüber bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vergabestelle habe die Ausschreibungsunterlagen entgegen ihrer Zusicherung in der Wiedererwägungsverfügung vom 8. April 2019 nicht nur aktualisiert, sondern in vergaberechtswidriger Weise wesentlich geändert, wodurch sie die Beschwerdeführerin benachteiligt habe. Die Beschwerdeführerin habe sich bereits gegen die geänderten Ausschreibungsunterlagen zur Wehr gesetzt und in der Folge in ihrem Begleitschreiben vom 16. August 2019 ausdrücklich festgehalten, dass sie ungeachtet des Zuschlagsentscheids den folgenden Verfahrensschritt anfechten werde. Es sei kein wirksamer Rechtsschutz gewährleistet, wenn einerseits gegen die Ausschreibungsunterlagen mangels Anfechtungsobjekt nicht Beschwerde geführt werden könne und andererseits der Zuschlag nicht angefochten werden könne, weil die eigenmächtig und unrechtmässig modifizierte Ausschreibungsunterlagen den - den Streitgegenstand begrenzenden - Ausschreibungsgegenstand definierten.

E. 3.1.3

Die Beschwerde richtet sich formell gegen den an die Beschwerdeführerin selbst erteilten Zuschlag, welcher insoweit angefochten wird, als der Beschwerdeführerin nicht "sämtliche in der ursprünglichen Ausschreibung [betreffend das Projekt Nr. 177380] (...) ausgeschriebenen Leistungen mit Ausnahme der in der Ausschreibung [betreffend das Projekt Nr. 169408 ("Kanalreinigungen")] rechtskräftig vergebenen Leistungen [zugeschlagen worden sind]". Treffen die entsprechenden Rügen zu - was Gegenstand der materiellen Beurteilung ist -, so ist davon auszugehen, dass der angefochtenen Verfügung eine "dichotomische" Natur inhärent ist, indem sie einerseits einen expliziten "Zuschlags-Teil", andererseits aber auch einen impliziten "Abbruch-Teil" hinsichtlich der gegenüber der Ausschreibung vom 12. Oktober 2018 reduzierten Leistungen enthält, deren Reduktion über die Wiedererwägungsverfügung vom 8. April 2019 hinausgeht. Entgegen den Ausführungen der Vergabestelle richtet sich das Aufhebungsbegehren einzig gegen den sinngemäss präsumierten "Abbruch-Teil" der Verfügung (vgl. Beschwerdeantrag Ziff. 1), weshalb die Ausführungen in der Vernehmlassung vom 4. November 2019 zum fehlenden praktischen Interesse ins Leere stossen. Bei dieser Konzeption bilden mithin diejenigen Leistungen den Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens, welche vom ursprünglichen Ausschreibungsgegenstand entfernt worden sind, sofern deren Elimination von der Wiedererwägungsverfügung vom 8. April 2019 nicht erfasst wird.

E. 3.1.4

Die Frage, ob der präsумierte (Teil-)Abbruch des Verfahrens rechtskonform war, stellt eine materielle Hauptfrage des Beschwerdeverfahrens dar (vgl. Urteil des BVGer B-6295/2017 vom 25. Februar 2020 E. 3.2). 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 E. 3.2 und B-7133/2014 vom 26. Mai 2015 E. 1.2). Die Beschwerdeführerin verlangt sinngemäss neben der Aufhebung des "Abbruch-Teils" der Verfügung vom 11. September 2019 zusätzlich den Zuschlag hinsichtlich der betreffenden Leistungen gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1.2 und 1.3. Würde der präsумierte (Teil-)Abbruch aufgehoben werden, entfielen die Beendigung des Verfahrens in Bezug auf diese Leistungen, womit die Beschwerdeführerin eine reelle Chance hätte, auch hierfür den Zuschlag zu erhalten.

E. 3.1.5

Demgemäss ist die Beschwerdeführerin prima facie zur Beschwerde legitimiert.

E. 3.2

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

E. 3.3

Nach dem Gesagten ist mithin nicht davon auszugehen, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann.

E. 4

Die Beschwerdeführerin wirft der Vergabestelle vor, dass sie unter Missachtung ihrer eigenen Wiedererwägungsverfügung vom 8. April 2019 die Ausschreibungsunterlagen des Projekts Nr. 177380 nach Offertöffnung wesentlich geändert habe, um die "herausgebrochenen" Leistungen, die nur zu einem geringen Teil im Verfahren betreffend das Projekt Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") tatsächlich rechtskräftig vergeben worden seien, nachträglich an die Zuschlagsempfänger des Projekts Nr. 169408 oder an Dritte freihändig zu vergeben. Die Beschwerdeführerin könne daher den (auf den geänderten Ausschreibungsunterlagen basierenden) Zuschlag für das Projekt Nr. 177380 in dieser Form nicht akzeptieren. Sie macht geltend, die Vergabestelle habe in unzulässiger Weise sowohl den Leistungsgegenstand als auch die Vertragslaufzeit reduziert, und rügt eine Verletzung des aus dem Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot fliessenden Abänderungsverbots des Leistungsverzeichnisses. Indem die Vergabestelle die Ausschreibungsunterlagen "nach Gutdünken" und ohne sachlichen Grund abgeändert und für die eliminierten Leistungen weitere Offerten eingeholt habe, habe sie die Bestimmungen über den Verfahrensabbruch gemäss Art. 30 Abs. 3 VöB ausgehebelt. Dieses Vorgehen sei rechtsmissbräuchlich.

E. 4.1

Unbestritten ist, dass der mit Verfügung vom 11. September 2019 der Beschwerdeführerin zugeschlagene Leistungsgegenstand, welcher sich aus Annex III ("Beilage Nr. 3.1-Version 2.0 [Preisblatt]") zum Vertragsentwurf "Dienstleistungsvertrag Nr. [...] (iGeko-Nr. ...)" ergibt, gegenüber der Ausschreibung des Projekts Nr. 177380 vom 12. Oktober 2018 (vgl. "Beilage Nr. 3.1-Version 1.0 [Preisblatt]" und Beschwerde-Beilage Nr. 29a im Verfahren B-3970/2019) um folgende Leistungspositionen (nach Veva-Codes) bzw. Quantitäten davon reduziert worden ist (vgl. Vernehmlassung vom 4. November 2019, Rz. 39):

Veva-Code Entsorgungsgüter / Leistungen 60205 andere Basen 100103 Filterstäube aus Torffeuerung und Feuerung mit naturbelassenem Holz oder Restholz 130205 nichtchlorierte Maschinen, Getriebe- und Schmieröle auf Mineralölbasis 130208 andere Maschinen, Getriebe- und Schmieröle (einschliesslich Mineralölgemische) 130502.1 Ölabscheider < 30 % Feststoffe 130502.2 Ölabscheider 30-50 % Feststoffe 130502.3 Ölabscheider > 50 % Feststoffe 130507 öliges Wasser aus Öl/Wasserabscheidern 130508.1 Abfallgemische aus Sandfanganlagen und Öl/Wasserabscheidern < 30 % Feststoffe 130508.2 Abfallgemische aus Sandfanganlagen und Öl/Wasserabscheidern 30-50 % Feststoffe 130701 Heizöl und Diesel 130703 andere Brennstoffe (einschliesslich Gemische), Düsenkraftstoffe, Kerosin 130703.1 andere Brennstoffe (einschliesslich Gemische) 160113 Bremsflüssigkeiten 160114 Frostschutzmittel, die gefährliche Stoffe enthalten 160115 Frostschutzmittel mit Ausnahme derjenigen, die unter 160114 fallen 160115.1 Glykologemische 160708 ölhaltige Abfälle 200137 problematische Holzabfälle 200304 Fäkalschlamm 200301 gemischte Siedlungsabfälle Sodann steht ebenfalls fest, dass die vorerwähnten Leistungen (mit Ausnahme der Veva-Codes 200137 und 200301) im überarbeiteten Dokument "Leistungsanforderungen-Version 2.0 vom 26. September 2019" des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") aufgeführt sind, welches die Vergabestelle - nachträglich zu ihrer Wiedererwägungs- bzw. Zuschlagsverfügung (8. April 2019 bzw. 11. September 2019) im streitbetroffenen Verfahren - als Anhang zu ihrer E-Mail vom 26. September 2019 (vgl. Sachverhaltsabschnitt C.c.) den Zuschlagsempfängern des Projekts Nr. 169408 zusandte (vgl. Vernehmlassung vom 4. November 2019, Rz. 45 ff.). Entsprechend den Ausführungen der Vergabestelle ist dabei davon auszugehen, dass die Veva-Codes 130502 und 130508 bereits in der ursprünglichen Version der Leistungsanforderungen zum Projekt Nr. 169408 figurierten und die diesbezüglichen Entsorgungsleistungen in der betreffenden Version 2.0 des Dokuments mengenmässig erhöht wurden (vgl. Beschwerde-Beilage Nr. 11, S. 11 und 13), wohingegen die Veva-Codes 60205, 100103, 130205, 130208, 130507, 130701, 130703, 160113, 160114, 160115 160708 und 200304 erstmals explizit erwähnt wurden (vgl. Beschwerde-Beilage Nr. 11, S. 12 und 14; Vernehmlassung vom 4. November 2019, Rz. 48).

E. 4.2

Zunächst ist unter dem Blickwinkel einer prima facie-Prüfung zu eruieren, ob die dargelegte Reduktion des Ausschreibungsgegenstands im Widerspruch zur Wiedererwägungsverfügung vom 8. April 2019 steht bzw. ob zwischen dem (ursprünglichen) Ausschreibungsgegenstand und dem zugeschlagenen Leistungsgegenstand eine Diskrepanz besteht, welche über die mit Wiedererwägungsverfügung vom 8. April 2019 festgelegte Reduktion hinausgeht.

E. 4.2.1

Die Vergabestelle führt aus, sie habe die zu erbringenden Entsorgungsleistungen im Wesentlichen in drei Beschaffungsprojekte aufgeteilt (Projekte Nr. 159513, Nr. 169408 und Nr. 177380 [vorliegendes Submissionsverfahren]). Das Projekt Nr. 169408 betreffend "Kanalreinigungen" betreffe dabei Flüssigabfälle, bei deren Entsorgung u.a. Saugwagen eingesetzt würden. Im Zusammenhang mit dem Forumseintrag der Beschwerdeführerin (Ziff. 4 des Frage-Antwort-Katalogs; vgl. Sachverhaltsabschnitt A.b) habe die Vergabestelle Abklärungen zu allfälligen weiteren Überschneidungen zwischen den Beschaffungsprojekten vorgenommen. Die Abklärungen hätten dabei ergeben, dass es nicht nur Überschneidungen mit bereits in den Ausschreibungen Nr. 169408

("Kanalreinigungen") und Nr. 177380 ausdrücklich genannten Veva-Codes gegeben habe, sondern auch hinsichtlich derjenigen Abfälle, zu deren Entsorgung Saugwagen nötig seien und mithin ebenfalls bereits Gegenstand der Ausschreibung Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") gewesen seien. Die Vergabestelle habe nämlich sämtliche Veva-Codes, die unter eine Abfallkategorie "mit Saugtätigkeit" fielen, dem Projekt Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") zugeordnet. Dies sei deshalb sachgerecht, weil der zuständige Entsorger mittels Veva-Code identifiziert werde und es betrieblich keinen Sinn mache, Abfälle mit gleichem Veva-Code von unterschiedlichen Entsorgungsunternehmen abholen zu lassen. Die Vergabestelle habe daraufhin den Abbruch des Submissionsverfahrens Nr. 177380 verfügt, welchen sie in der Folge in Wiedererwägung gezogen habe. Die Ausschreibungsunterlagen des Projekts Nr. 177380 seien entsprechend der nachstehenden Übersicht berichtigt worden. Die Bereinigung der Veva-Codes habe auch zu einer Anpassung der Anfahrtsorte geführt. Indessen sei die Vertragslaufzeit nicht gekürzt worden. Veva-Code Grund der Streichung gemäss Vergabestelle 130502.1, 130502.2, 130502.3, 130508.1, 130508.2 "Die Veva-Codes wurden bereits mit dem Projekt Nr. 169408 ('Kanalreinigung') vergeben." 60205, 100103, 130205, 130208, 130507, 130701, 130703, 130703.1, 160113, 160114, 160115, 160115.1, 160708, 200304 "Die Veva-Codes werden mittels Saugwagen entsorgt. Die Streichung der Spezialleistung 'Kombisauugwagen' führt sachlogisch zur Streichung der entsprechenden Veva-Codes. Die Spezialleistung 'Saugwagen' wurde bereits mit dem Projekt Nr. 169408 ('Kanalreinigung') vergeben." 200137, 200301 "Die Veva-Codes wurden bereits mit dem Projekt Nr. 159513 ('Verwertungsleistungen') vergeben." Die Bereinigung der Ausschreibungsunterlagen stehe nicht im Widerspruch zur Wiedererwägungsverfügung vom 8. April 2019. Die Vergabestelle habe ihren Willen zur Vermeidung von Parallelzuständigkeiten bereits in der Wiedererwägungsverfügung kundgetan, indem sie auf unzulässige Doppelvergaben verwiesen habe. Sie habe dabei "insbesondere" - und damit "beispielhaft", nicht aber "ausschliesslich" - die Entsorgungsleistungen mit den Veva-Codes 130502.1, 130502.2, 130502.3, 130508.1 und 130508.2 sowie die Spezialleistung "Kombiabsaugwagen" erwähnt. Wie aus der Wortwahl hervorgehe, habe sich die Vergabestelle so die Bereinigung von weiteren Leistungen vorbehalten. Um sicherzustellen, dass die Zuschlagsempfänger des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") die zugeschlagenen Leistungen auch in den aktualisierten Mengen erbringen könnten, habe die Vergabestelle die E-Mail vom 26. September 2019 (vgl. Sachverhaltsabschnitt C.c) verschickt. Die Zuschlagsempfänger des Projekts Nr. 169408 seien dabei aber nicht nach zusätzlichen oder anderen Leistungen ausserhalb der bereits zugeschlagenen gefragt worden. So seien unter der Position 183.011 (Beschwerde-Beilage Nr. 11, S. 11 und 13) lediglich die Mengen für die bereits in der ursprünglichen Version explizit genannten Veva-Codes 130502 und 130508 erhöht worden, wobei das Mengengerüst von Anfang an unter dem Vorbehalt gestanden habe, dass die Mengen durch den Auftraggeber unter- bzw. unterschritten werden könnten. Auch sei die Vertragssumme trotz der aktualisierten Mengen gleich geblieben. Zudem seien die mit Saugwagen zu entsorgenden Abfälle nachträglich mittels Veva-Codes konkretisiert worden (Beschwerde-Beilage Nr. 11, S. 12 und 14).

E. 4.2.2

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vergabestelle habe sich insofern nicht an die Wiedererwägungsverfügung vom 8. April 2019 gehalten, als sie weit mehr als die gemäss Verfügung "bereits rechtskräftig vergebenen Leistungen" aus dem Leistungsgegenstand des Projekts Nr. 177380 entfernte habe. So gebe die Vergabestelle mit der an die

Zuschlagsempfänger des Projekts Nr. 169408 betreffend "Kanalreinigungen" gerichteten E-Mail vom 26. September 2019 zu erkennen, dass die im Rahmen des Projekts Nr. 177380 reduzierten Entsorgungsleitungen entgegen den Angaben in der Wiedererwägungsverfügung nicht alle bereits rechtskräftig vergeben worden seien, sondern zum grössten Teil erst noch an die Zuschlagsempfänger verteilt werden sollen. Damit entpuppe sich die Aussage der Vergabestelle, wonach eine Doppelvergabe nicht möglich und nicht zulässig sei, weshalb die bereits rechtskräftig vergebenen Leistungen aus dem Leistungsgegenstand der streitbetroffenen Ausschreibung zu entfernen seien, als falsch. In Bezug auf die Veva-Codes 130502 (Ölabscheider) und 130508 (Abfallgemische aus Sandfanganlagen) seien insgesamt über 1'000 Tonnen gestrichen worden, währenddem im Verfahren "Kanalreinigungen" lediglich Kleinmengen im Umfang von 8.5 Tonnen ursprünglich ausgeschrieben gewesen seien. Hinzu komme, dass Entsorgungsleistungen im Zusammenhang mit den Veva-Codes 60205, 100103, 130205, 130208, 130507, 130701, 130703, 130703.1, 160113, 160114, 160115, 160115.1, 160708 und 200304 im Rahmen des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") nicht ausgeschrieben und nicht rechtskräftig vergeben worden seien. Auch sei diesbezüglich irrelevant, ob diese Abfälle mittels Saugwagen oder als Stückgut entsorgt werden müssten. Abgesehen davon, dass ein Saugwagen ein Arbeitshilfsmittel sei, über dessen Einsatz das Entsorgungsunternehmen entscheide, und es insofern keine rechtliche Abfallkategorie "mit Saugtätigkeit" gebe, sei vorliegend einzig entscheidend, welche Leistungen den Zuschlagsempfängern des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") rechtskräftig vergeben worden seien. Die Argumentation der Vergabestelle, dass sämtliche Veva-Codes, die mit einem Saugwagen entsorgt werden könnten, nachträglich dem Projekt "Kanalreinigungen" zugeordnet worden seien, damit die Bedarfsträger dadurch den zuständigen Entsorger identifizieren könnten, sei konstruiert.

E. 4.2.3

Verwaltungsrechtsakte sind nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, d.h. dem Verwaltungsrechtsakt ist der Sinn zu geben, den ihr der Empfänger aufgrund der Umstände, die im Zeitpunkt des Empfangs bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen, in guten Treuen beilegen durfte und beilegen musste (Jürg Bickel, Auslegung von Verwaltungsrechtsakten, 2014, S. 315; ferner BGE 115 II 415 E. 3a m.w.H.; Beatrice Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1983, S. 40; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 29 Rz. 16). Unter vertrauenstheoretischen Gesichtspunkten ist zu konstatieren, dass das von der Vergabestelle dargelegte Entsorgungskonzept, dass sämtliche Veva-Codes, die unter eine Abfallkategorie "mit Saugtätigkeit" fallen, dem Projekt Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") zugeordnet werden, - soweit ersichtlich - weder öffentlich kommuniziert wurde noch den Ausschreibungsunterlagen entnommen werden konnte. Hinzu kommt, dass die Vergabestelle in ihrer Antwort im Frageforum ausführte, dass die Leistungen mit den Veva-Codes 130502 und 130508 deshalb sowohl in der Ausschreibung Nr. 177380 als auch in der Ausschreibung Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") figurierten, weil diese "auch ausserhalb von Kanalsanierungstätigkeiten" benötigt würden, womit vertrauenstheoretisch auch darauf geschlossen werden durfte, dass der direkte Konnex zur Kanalsanierungstätigkeit das massgebliche Abgrenzungskriterium bildet. Im Lichte dessen ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Aufteilung der Abfälle mit gleichem Veva-Code auf mehrere Entsorgungsunternehmen a priori keinen Sinn machen würde. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die Formulierung in der Wiedererwägungsverfügung, wonach es "verhältnismässig [sei], die bereits rechtskräftig vergebenen Leistungen aus dem

Leistungsgegenstand der rubrizierten Ausschreibung zu entfernen [...] [Hervorhebung hinzugefügt], einen retrospektiven Charakter suggeriert. In Ermangelung konkreter Hinweise auf das von der Vergabestelle verfolgte Entsorgungskonzept sowie unter Berücksichtigung der gewählten Formulierung ("bereits rechtskräftig vergeben") ist prima facie davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin die Wiedererwägungsverfügung nach dem Vertrauensprinzip nicht so verstehen musste, dass die vorliegend streitbetroffenen Veva-Codes, soweit sie im Zeitpunkt der Wiedererwägungsverfügung nicht bereits rechtskräftig vergeben waren, aus dem Leistungsgegenstand des Projekts Nr. 177380 entfernt würden.

E. 4.2.4

Demnach ist festzuhalten, dass ein Widerspruch der Reduktion des Ausschreibungsgegenstands um die Veva-Codes 60205, 100103, 130205, 130208, 130507, 130701, 130703, 130703.1, 160113, 160114, 160115, 160115.1, 160708, 200137, 200304, 200301 bzw. (mengenmässig) 130502.1, 130502.2, 130502.3, 130508.1 und 130508.2 zur Wiedererwägungsverfügung vom 8. April 2019 prima facie nicht ausgeschlossen werden kann.

E. 4.3

Es stellt sich die Frage, wie die Reduktion des Leistungsgegenstands submissionsrechtlich zu qualifizieren ist.

E. 4.3.1

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-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 und B-536/2013 vom 29. Mai 2013 E. 3.2.1; 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). 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, S. 786 Rz. 13).

E. 4.3.1.1

Der Abbruch des Vergabeverfahrens ist im BöB - de lege lata - nicht speziell geregelt, wird aber in Art. 30 VöB vorausgesetzt und basiert auf Art. XIII Abs. 4 Bst. b GPA (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 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 Ordnungsgeber in Art. 30 VöB die Abbruchgründe wie folgt normiert (vgl. Urteile des BVGer B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 E. 2.1 und B-7133/2014 vom 26. Mai 2015 E. 2.3): "[Art. 30 VöB] 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 VöB). 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 VöB; vgl. zum Ganzen: GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 792 ff. und Rz. 797 ff.; Suter, a.a.O., Rz. 219; BEYELER, AJP 7/2005, S. 785 Rz. 8; Urteile des BVGer B-6295/2017 vom 25. Februar 2020 E. 5.3; B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 E. 2.2 und B-7133/2014 vom 26. Mai 2016 E. 2.3). 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 beseitigen (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-6295/2017 vom 25. Februar 2020 E. 5.3 und B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 E. 2.2).

E. 4.3.1.2

Der Abbruch des Vergabeverfahrens ist eine selbständig anfechtbare Verfügung (Art. 29 Bst. a BöB). In BVGE 2012/28 erwog das Bundesverwaltungsgericht, dass, wenn die Vergabestelle eine Neuausschreibung des Beschaffungsprojekts vornimmt, ohne das Verfahren vorgängig mit separater Abbruchverfügung beendet zu haben, die Neuausschreibung gleichzeitig auch einen "impliziten" Abbruch des ursprünglichen Verfahrens darstellt (vgl. Urteil des BVGer B-2449/2012 vom 6. September 2012, auszugsweise publiziert in BVGE 2012/28, E. 1.5 f., 3.1 und 4.1 f.).

E. 4.3.2

Einen Unterfall des (Gesamt-)Abbruchs bildet die Figur des Teilabbruchs des Submissionsverfahrens (vgl. Urteil des BVGer B-2449/2012 vom 6. September 2012 E. 3.2.1), welche nach herrschender Doktrin insbesondere dann heranzuziehen ist, wenn die Vergabestelle einzelne Leistungen aus einem gesamthaft ausgeschriebenen Leistungspaket ausgliedert (vgl. Scherler, a.a.O., S. 291 Rz. 12; BEYELER, AJP 7/2005, S. 786 Rz. 10; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 830, unter Referenzierung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 25. Oktober 2011 [VB.2011.00330]; zum Ganzen vgl. auch SUTER, a.a.O., Rz. 223 ff.). Ungeachtet dessen, ob die ausgegliederten Leistungen in einem anderen Verfahren vergeben werden sollen oder nicht, handelt es sich

beim Teilabbruch mit Bezug auf das ursprüngliche Verfahren um eine nachträgliche Reduktion des ausgeschriebenen Leistungsumfangs (vgl. Scherler, a.a.O., S. 291 Rz. 12; BEYELER, AJP 7/2005, S. 786 Rz. 10; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 829, wonach der Teilabbruch des Vergabeverfahrens auf eine nachträgliche Änderung des Beschaffungsgegenstands hinausläuft).

E. 4.3.3

Soweit die Reduktion des Ausschreibungsgegenstands von der Wiedererwägungsverfügung vom 8. April 2019 nicht erfasst wird, sind die betreffenden Leistungen Gegenstand des Projekts Nr. 177380 geblieben. Insofern, als die Vergabestelle diese Leistungen von der Zuschlagsverfügung vom 11. September 2019 ausklammerte, ist prima facie von einem impliziten Teilabbruch auszugehen. Im Lichte dessen, dass die Vergabestelle die betreffenden Leistungen im Verfahren Nr. 169408 betreffend "Kanalreinigungen" zu beschaffen beabsichtigt, handelt es sich um einen provisorischen Teilabbruch.

E. 4.4

Schliesslich ist die Rechtmässigkeit des Teilabbruchs zu prüfen.

E. 4.4.1

Dogmatisch lässt sich der Teilabbruch in Bezug auf dessen Rechtswirkungen als Unterfall des Gesamtabbruchs des Vergabeverfahrens einordnen, bildet aber aufgrund der inhärenten Leistungsreduktion gleichzeitig auch eine Sonderform der Projektänderung (vgl. Suter, a.a.O., Rz. 228). Dementsprechend ist die Zulässigkeit eines Teilabbruchs mutatis mutandis vor dem Hintergrund der Regeln über den Gesamtabbruch und die Projektänderung zu beurteilen.

E. 4.4.1.1

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 (vgl. 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 VöB), 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 BöB) 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 BöB) (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 VöB 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 (vgl. BEYELER, AJP 7/2005, S. 786 Rz. 10; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 829). Aus diesen Grundsätzen lässt sich ableiten, dass der Teilabbruch des Submissionsverfahrens lediglich dann eine zulässige Vorgehensweise darstellt, wenn dadurch der ausgeschriebene Leistungsumfang nur unwesentlich reduziert wird.

E. 4.4.1.2

Wie der Gesamtabbruch bedarf auch der Teilabbruch sachlicher Gründe (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 830; BEYELER, AJP 7/2005, S. 786 Rz. 10; Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 2758 und 2817): Nach der Rechtsprechung darf die Vergabestelle ein bundesrechtliches Vergabeverfahren definitiv oder zwecks Neuauflage 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 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 leichthin 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. 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. 5.4 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 (vgl. Urteil des BVGer B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 3.6).

E. 4.4.2

Die Beschwerdeführerin bringt vor, entsprechend Ziff. 1.2 der revidierten "Leistungsanforderungen [Beilage Nr. 2.0]-Version 2.0" des Projekts Nr. 177380 sei das Mengengerüst gegenüber der ursprünglichen Version von ca. 3'700 Tonnen Sonderabfällen auf ca. 2'100 Tonnen reduziert worden. Des Weiteren stünden nicht mehr 76 Standorte, sondern nur noch 60 Standorte zur Verfügung und es könne pro Jahr nicht mehr mit ca. 500 Entsorgungsfahrten, sondern nur noch mit ca. 350 Entsorgungsfahrten gerechnet werden. Bei den im Preisblatt nach Veva-Codes aufgeschlüsselten Abfällen (vgl. E. 4.1) seien insgesamt 1'600 Tonnen Sonderabfälle eliminiert worden. Dabei handle es sich um Leistungen und Mengen im Umfang von rund Fr. 550'000.- pro Jahr, womit der Beschwerdeführerin bei einer 4-jährigen Vertragslaufzeit mit dreimaliger Optionsmöglichkeit, unter Berücksichtigung der Preissteigerung, ein Auftragsvolumen von rund 4 Mio. Fr. entgehe. Die Beschwerdeführerin habe sich am Vergabeverfahren Nr. 169409 betreffend "Kanalreinigungen" deshalb nicht beteiligt, weil bezüglich der Entsorgung von Öl- und Fettabscheidern im betreffenden Preisblatt nur Kleinmengen angegeben worden seien und die Beschwerdeführerin nicht auf Kanalreinigungen, sondern auf Schachtentleerungen und das Absaugen von grösseren Abfallmengen spezialisiert sei. Dass im Projekt Nr. 169408 betreffend "Kanalreinigungen" die Vertragssumme angeblich trotz der erweiterten Leistungen gleichbleiben soll, habe auf die erhebliche finanzielle Einbusse, die der Beschwerdeführerin entstehe, keinen Einfluss. Es handle sich um eine wesentliche Leistungsreduktion, welche durch keinen sachlichen Grund gerechtfertigt sei. Insbesondere sei nicht ersichtlich, weshalb gestützt auf die Veva-Codes die entsprechenden Leistungen aus dem Leistungsgegenstand des Projekts Nr. 177380 zu entfernen und sie in die Ausschreibung "Kanalreinigungen" zu verschieben seien, zumal es keine von Gesetzes wegen mittels Saugwagen zu entsorgenden Abfälle gebe.

E. 4.4.3

Demgegenüber führt die Vergabestelle aus, der Leistungsgegenstand des Projekts Nr. 177380 sei nicht wesentlich reduziert worden. Bei der Beurteilung der Wesentlichkeit einer Änderung sei darauf abzustellen, ob sie sich auf den hypothetischen Anbieterwettbewerb auswirke (mit Verweis auf Jäger, Änderungen im Vergabeverfahren, in: Aktuelles Vergaberecht 2018, Rz. 23). Mit dem Kriterium der Wesentlichkeit würden somit potentielle Zuschlagsempfänger geschützt, nicht jedoch die Zuschlagsempfängerin selbst. Zudem sei die Reduktion aus sachlichen Gründen erfolgt: Die Vergabestelle arbeite mit vielen Bedarfsträgern zusammen. Überschneidungen bei Ausschreibungen könnten auch bei grösster Sorgfalt nicht ausgeschlossen werden. Daher müsse die Vergabestelle auch während des laufenden Verfahrens die Möglichkeit haben, Fehler zu korrigieren (mit Verweis auf Jäger, a.a.O., Rz. 10). Mit der vorgenommenen Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen hätten solche Überschneidungen eliminiert werden können, was nicht nur sachlich begründet, sondern auch dringend geboten gewesen sei.

E. 4.4.4

Soweit die Vergabestelle sinngemäss geltend macht, die Beschwerdeführerin sei als Zuschlagsempfängerin vom Schutzzadius des Wesentlichkeitskriteriums nicht erfasst, kann ihr nicht gefolgt werden. Die Beschwerdeführerin ist in Bezug auf die hier interessierende

Leistungsreduktion nicht Zuschlagsempfängerin. Mit Blick auf die substantielle Minderung des Leistungsgegenstands und auf die Wettbewerbswirksamkeit der anvisierten Transferierung der Leistungen in das Verfahren Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") ist davon auszugehen, dass die über die Wiedererwägungsverfügung hinausgehende Reduktion des Leistungsgegenstands wesentlich ist. Mithin ergibt sich, dass der mit Verfügung vom 11. September 2019 implizit verfügte, auf eine wesentliche Leistungsreduktion gerichtete Teilabbruch prima facie eine unzulässige Vorgehensweise darstellt.

E. 4.4.5

Schliesslich vermag auch die Argumentation der Vergabestelle, die angestrebte Fehlerkorrektur stelle vorliegend einen sachlichen Grund dar, nicht zu überzeugen. Gemäss den Ausführungen der Vergabestelle in der Vernehmlassung vom 4. November 2019 (Rz. 34) waren die zu korrigierenden Überschneidungen der Beschaffungsprojekte im Zeitpunkt des Erlasses der Wiedererwägungsverfügung bereits bekannt und mithin voraussehbar (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-998/2014 vom 6. Oktober 2014 E. 3.3). Ein sachlicher Grund für einen - entgegen der vertrauenstheoretischen Konzeption der Wiedererwägungsverfügung - implizit verfügten Teilabbruch über einen substantiellen Teil des Leistungsgegenstands kann darin nicht erblickt werden.

E. 4.4.6

Nach dem Gesagten ist die sinngemäss erhobene Rüge der Beschwerdeführerin, der implizite Teilabbruch sei rechtswidrig, prima facie nicht offensichtlich unbegründet.

E. 4.5

Als Zwischenergebnis ist daher davon auszugehen, dass die Beschwerde aufgrund eine prima facie-Würdigung nicht als offensichtlich unbegründet erscheint.

E. 5

In der Folge ist in einem nächsten Schritt abzuwägen, ob die Interessen der Vergabestelle an einer sofortigen Vollstreckung gewichtiger sind als das Interesse der Beschwerdeführerin, dass ihre Chance auf einen Zuschlag gewahrt werden.

E. 5.1

Die Vergabestelle macht geltend, die beantragten Massnahmen lägen ausserhalb des Streitgegenstands. Da die Beschwerdeführerin den Zuschlag von Leistungen verlange, die über den Ausschreibungsgegenstand hinausgingen, sei die Beschwerde der aufschiebenden Wirkung nicht zugänglich. Auch vorsorgliche Massnahmen könnten aufgrund ihrer Akzessorietät zur Hauptsache nur zum Schutz von Interessen angeordnet werden, die innerhalb des Streitgegenstands lägen. Um eine sichere und fachgerechte Entsorgung der Abfälle zu gewährleisten, sei die Vergabestelle dringend auf einen raschen Vertragsabschluss angewiesen, einerseits mit den Zuschlagsempfängern des Projekts Nr.169408 und andererseits mit der Beschwerdeführerin im streitbetroffenen Projekt. Die Blockade durch die Beschwerdeführerin führe zu einer gesetzeswidrigen Situation. Es verstehe sich von selbst, dass die Vergabestelle die entsprechenden Abfälle, welche zum Teil toxisch seien, nicht in Verletzung von Umweltschutzvorschriften selbst lagern und mit dem Leistungsbezug zuwarten könne.

E. 5.2

Soweit sich die Vergabestelle auf den Standpunkt stellt, die beantragten Massnahmen seien vom Streitgegenstand nicht erfasst, ist auf die Erwägungen in E. 3.1.3 zu verweisen. Die in Rechtsbegehren Ziff. 1.2 und 1.3 aufgeführten Leistungen bilden Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens.

E. 5.3

Fest steht, dass die Vergabestelle dauernd auf die in Frage stehenden Entsorgungsleistungen angewiesen ist und ein gewichtiges und dringliches öffentliches Interesse an den Entsorgungsleistungen besteht. Dieses wird aber insofern relativiert, als die betreffenden Leistungen unbestrittenermassen von der Beschwerdeführerin (zumindest faktisch) weiterhin erbracht werden. Soweit sich die Vergabestelle sodann auf die mit dieser faktischen Situation einhergehende fehlende Rechts- und Planungssicherheit beruft, ist zu beachten, dass nicht jedes Beschleunigungsinteresse der Vergabestelle einer Dringlichkeit entspricht, welche zur Verweigerung des vorsorglichen Rechtsschutzes führt. Der Umstand, dass gegen eine Verfügung ein Rechtsmittel ergriffen werden kann, hat die Vergabestelle bei sorgfältiger Disponierung bereits in ihre Planung einzubeziehen und die Termine, die eingehalten werden müssen, entsprechend anzusetzen. Beschaffungsgeschäfte samt Durchführung des eigentlichen Submissionsverfahrens und eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens sind demnach nach Möglichkeit so langfristig zu planen, dass grundsätzlich keine Dringlichkeit eintreten kann (vgl. Urteil des BGer 2C_339/2010 vom 11. Juni 2010 E. 3.2). Aufgrund der gesamten Umstände und im Lichte dessen, dass aufgrund der Aktenlage eine mögliche freihändige Vergabe der streitgegenständlichen Leistungen als wahrscheinlich erscheint, ist das Interesse der Beschwerdeführerin an einem wirksamen Rechtsschutz als überwiegend einzustufen.

E. 6

Nach dem Gesagten ist das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gutzuheissen, soweit mit der Verfügung vom 11. September 2019 das Vergabeverfahren betreffend das Projekt Nr. 177380 im Sinne der Erwägungen teilweise abgebrochen worden ist. Der Suspensiveffekt bewirkt, dass das Vergabeverfahren hinsichtlich der streitgegenständlichen Leistungen nicht beendet wird. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen ist gutzuheissen. Bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts in der Hauptsache ist der Vergabestelle einstweilen zu untersagen, die folgenden Leistungen anderweitig zu vergeben bzw. über diese Leistungen Verträge mit anderen Anbietern abzuschliessen: - Entsorgungsleistungen im Zusammenhang mit Abfällen mit den folgenden Veva-Codes: 60205, 100103, 130205, 130208, 130507, 130701, 130703, 130703.1, 160113, 160114, 160115, 160115.1, 160708, 200137, 200304, 200301; - Entsorgungsleistungen im Zusammenhang mit Abfällen mit den folgenden Veva-Codes, soweit sie nicht im Rahmen des SIMAP-Projekts Nr. 169408 "Kanalreinigungen" rechtskräftig vergeben worden sind: 130502.1, 130502.2, 130502.3, 130508.1, 130508.2; - sämtliche Leistungen im Rahmen des SIMAP-Projekts Nr. 177380, die mit der Verfügung vom 11. September 2019 der Beschwerdeführerin zugeschlagen worden sind (entsprechend Annex III ["Beilage Nr. 3.1-Version 2.0 [Preisblatt]"] zum Vertragsentwurf "Dienstleistungsvertrag Nr. [...] [iGeko-Nr. ...]").

E. 7

Über die Kosten dieses Zwischenentscheids ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden.

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