



## Urteil vom 16. August 2022

---

Besetzung

Richter Christoph Errass (Vorsitz),  
Richterin Eva Schneeberger,  
Richter Marc Steiner,  
Gerichtsschreiber Davide Giampaolo.

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Stephan Glättli,  
Glättli Rechtsanwälte AG,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Bundesamt für Rüstung armasuisse,**  
vertreten durch die Rechtsanwälte  
Dr. iur. Martin Zobl und/oder MLaw Bernadette Bucheli,  
Walder Wyss AG,  
Vergabestelle.

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen,  
Projekt "Entsorgungsleistungen von Sonderabfällen  
und anderen kontrollpflichtigen Abfällen"  
(SIMAP-Projekt-ID 177380),  
Zuschlagsverfügung vom 11. September 2019  
(SIMAP-Meldungsnummer 1095569).

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

**A.a** Am 12. Oktober 2018 schrieb das Bundesamt für Rüstung armasuisse auf der Internetplattform SIMAP einen Dienstleistungsauftrag mit dem Projekttitel "Entsorgungsleistungen von Sonderabfällen und anderen kontrollpflichtigen Abfällen" im offenen Verfahren aus (SIMAP-Projekt-ID 177380; SIMAP-Meldungs-Nr. 1041667).

Neben diesem – vorliegend streitbetroffenen – Projekt Nr. 177380 führte die Vergabestelle im Zusammenhang mit Entsorgungsdiensten zwei weitere Submissionsverfahren durch: Das Projekt Nr. 169408 betreffend "Kanalreinigungen" wurde am 31. Juli 2018 auf SIMAP ausgeschrieben; den Zuschlag für die in mehrere Lose aufgeteilte Beschaffung erhielten am 23. November 2018 die A. \_\_\_\_\_ AG und die B. \_\_\_\_\_ AG. Das Projekt Nr. 159513 hatte gemäss Ausschreibung vom 31. August 2017 "Entsorgungs- und Verwertungsleistungen" zum Gegenstand. Der Zuschlag für dieses Projekt wurde am 5. Februar 2018 der C. \_\_\_\_\_ AG erteilt.

**A.b** Entsprechend Ziff. 1.3 der Ausschreibung vom 12. Oktober 2018 bestand für die Anbieter die Möglichkeit, bis zum 12. November 2018 Fragen zum Projekt Nr. 177380 mittels Forumseinträgen auf SIMAP zu stellen. Auf die Frage der X. \_\_\_\_\_ AG hin, ob die (vorliegend ausgeschrieben) Entsorgungsleistungen in Bezug auf Ölabscheiderabfälle und Sandfangmaterial, für welche entsprechende Preisofferten bereits im Rahmen des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") angefordert worden seien, dem Gewinner des Projekts Nr. 177380 oder dem Gewinner des Projekts Nr. 169408 gehörten, antwortete die Vergabestelle wie folgt (vgl. Ziff. 4 des Frage-Antwort-Katalogs):

"Mit der Ausschreibung Kanalreinigung wurden die Leistungen zur Entsorgung folgender Abfallarten gemäss VeVa-Code ausgeschrieben: 13 05 02 S / 13 05 08 S / 20 03 06 S / 19 08 09 ah / 19 08 10 S. Diese Leistung betrifft ausschliesslich die Entsorgung der oben angegebenen Abfallarten im Zusammenhang mit Kanalsanierungstätigkeiten. Da dieselben Abfallarten zum Teil auch ausserhalb von Sanierungstätigkeiten entsorgt werden müssen, wurden diese Abfallarten auch im aktuellen Preisblatt belassen. Auf die angegebene Menge im Preisblatt besteht jedoch keine Gewähr."

**A.c** In der Folge gingen zwei Angebote ein, darunter dasjenige der X. \_\_\_\_\_ AG vom 20. November 2018. Die Offertöffnung fand am 23. November 2018 statt.

**A.d** Am 25. Februar 2019 publizierte die Vergabestelle auf SIMAP den Abbruch des Vergabeverfahrens betreffend das Projekt Nr. 177380 (SIMAP-Meldungs-Nr. 1063061). Die Vergabestelle begründete den Abbruch damit, dass das Projekt eine "wesentliche Änderung" im Sinn von Art. 30 Abs. 3 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (AS 1996 518) erfahren habe (vgl. Ziff. 3 der Abbruchverfügung). Sie führte diesbezüglich in einem an die X. \_\_\_\_\_ AG gerichteten Schreiben vom 22. Februar 2019 aus, die im Rahmen des SIMAP-Projekts Nr. 177380 ausgeschriebenen Entsorgungsleistungen mit den "VeVa-Codes 130502.1 – .3, 130508.1 + .2 sowie Kombiabsaugwagen" seien "bereits mit einer anderen Ausschreibung vergeben" worden. Anlässlich des Debriefings vom 6. März 2019 teilte die Vergabestelle der X. \_\_\_\_\_ AG mit, dass "Abfälle mehrmals ausgeschrieben worden" seien, was der Hauptgrund für den Verfahrensabbruch sei.

**A.e** Hiergegen wandte sich die X. \_\_\_\_\_ AG mit Beschwerde vom 18. März 2019 an das Bundesverwaltungsgericht (Verfahren B-1359/2019). Sie beantragte, die Abbruchverfügung vom 25. Februar 2019 aufzuheben und den Zuschlag aufgrund der Akten zu erteilen, eventualiter sei das Verfahren zu dessen Fortsetzung an die Vergabestelle zurückzuweisen.

**A.f** Mit Verfügung vom 8. April 2019 kam die Vergabestelle auf ihren Abbruchentscheid vom 25. Februar 2019 zurück und hob diesen wiedererwägungsweise auf (Dispositiv-Ziff. 1). Sodann verfügte sie, dass das Vergabeverfahren betreffend das Projekt Nr. 177380 "in angepasster Form" weitergeführt werde (Dispositiv-Ziff. 2), und teilte mit, dass sie den teilnehmenden Anbietern ein angepasstes Leistungsverzeichnis zukommen lassen und ihnen eine Frist zur Einreichung von angepassten Offerten ansetzen werde (Dispositiv-Ziff. 3).

Zur Begründung führte die Vergabestelle an, dass "gewisse in der Ausschreibung enthaltene Leistungen, insbesondere die Entsorgungsleistungen mit den VeVa-Codes '130502.1', '130502.2', '130502.3', '130508.1' und '130508.2' sowie die Spezialleistung 'Kombiabsaugwagen', bereits in der Ausschreibung 'Kanalreinigungen' (SIMAP-Projekt-ID 169408 vom 31. Juli 2018) rechtskräftig vergeben" worden seien, wobei eine "Doppelausschreibung und Doppelvergabe ein- und derselben Leistung nicht möglich und nicht zulässig" sei. Weil aber "die bereits rechtskräftig vergebenen Leistungen nur einen untergeordneten Teil der ausgeschriebenen Leistungen" des

Projekts Nr. 177380 betreffen, erscheine es unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit als nicht angemessen, das Verfahren abzubrechen. Im Sinn einer mildereren Massnahme sei es daher verhältnismässig, "die bereits rechtskräftig vergebenen Leistungen aus dem Leistungsgegenstand der Ausschreibung [des Projekts Nr. 177380] zu entfernen und das Verfahren in angepasster Form weiterzuführen".

**A.g** Mit Entscheid vom 1. Mai 2019 schrieb das Bundesverwaltungsgericht das Beschwerdeverfahren B-1359/2019 als durch Wiedererwägung gegenstandslos geworden ab, nachdem die Beschwerdeführerin und die Vergabestelle übereinstimmend ein entsprechendes Abschreibungs-gesuch gestellt hatten.

**A.h** Am 11. September 2019 widerrief die Vergabestelle die SIMAP-Publikation vom 25. Februar 2019, weil der Abbruch durch Wiedererwägung aufgehoben worden sei (SIMAP-Meldungs-Nr. 1095253).

## **B.**

**B.a** Mit E-Mail vom 15. Juli 2019 liess die Vergabestelle der Beschwerdeführerin aktualisierte Ausschreibungsunterlagen zukommen. Gleichzeitig wurde die Beschwerdeführerin aufgefordert, ihre Offerte vom 20. November 2018 in einigen formellen Punkten zu bereinigen. Der Beschwerdeführerin wurde Frist bis zum 26. August 2019 angesetzt, um eine entsprechend angepasste Offerte einzureichen (vgl. Ziff. 8.2 des Pflichtenhefts Version 2.0).

**B.b** Dagegen gelangte die Beschwerdeführerin mit Beschwerde vom 5. August 2019 an das Bundesverwaltungsgericht (Verfahren B-3970/2019). Sie beantragte in der Sache die Aufhebung und Anpassung der aktualisierten Ausschreibungsunterlagen vom 15. Juli 2019 und rügte im Wesentlichen eine unzulässige Reduktion des vorgesehenen Leistungsgegenstands bzw. der definierten Vertragslaufzeit.

**B.c** Mit Zwischenverfügung vom 8. August 2019 wies das Bundesverwaltungsgericht das von der Beschwerdeführerin im Verfahren B-3970/2019 gestellte Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und um vorsorgliche Abnahme der Angebotseingabefrist zur Zeit ab.

**B.d** Am 16. August 2019 reichte die Beschwerdeführerin eine an die aktualisierten Ausschreibungsunterlagen vom 15. Juli 2019 angepasste und formell bereinigte Offerte ein. In ihrem Begleitschreiben hielt sie fest, dass

die Offerte unpräjudiziell erfolge und dass die Beschwerdeführerin – ungeachtet des Zuschlagsentscheids – den nächsten Verfahrensschritt anfechten werde, um sicherzustellen, dass die erhobene Beschwerde auf jeden Fall materiell geprüft werde.

### **C.**

**C.a** Mit Verfügung vom 11. September 2019 (publiziert auf SIMAP am 13. September 2019; SIMAP-Meldungs-Nr. 1095569) erteilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin den Zuschlag für das SIMAP-Projekt Nr. 177380. Die Vergabestelle begründete den Zuschlagsentscheid damit, dass die Beschwerdeführerin als einzige ein gültiges Angebot eingereicht habe (Ziff. 3.3 der Verfügung vom 11. September 2019).

**C.b** Am 19. September 2019 fand eine Besprechung zwischen der Vergabestelle und der Beschwerdeführerin statt, anlässlich welcher der Beschwerdeführerin der Vertragsentwurf ("Dienstleistungsvertrag [Auftrag]" Nr. ... [iGeko-Nr.: ...] mit Annexen I–III) zur Unterzeichnung bis am 30. September 2019 übergeben wurde (vgl. Schreiben der Vergabestelle vom 19. September 2019).

**C.c** Am 26. September 2019 sandte die Vergabestelle den Zuschlagsempfängern des Projekts Nr. 169408 betreffend "Kanalreinigungen", der A. \_\_\_\_\_ AG und der B. \_\_\_\_\_ AG, eine E-Mail mit folgendem Inhalt:

"Die Analyse der aktuellen Bedarfe in der Kanalreinigung für die Logistikbasis der Armee hat ergeben, dass die Mengengerüste gemäss Vertrag und vorgängiger Ausschreibung zu tief geschätzt wurden und erhöht werden müssen. Weiter hat sich ein zusätzlicher Bedarf an Saug- und Entsorgungsleistungen ergeben.

Im Attachment erhalten Sie daher die aktualisierten Mengengerüste und zusätzlich benötigten Leistungen im Dokument 'Leistungsanforderungen' in der Version 2.0 mit der Bitte, uns bis spätestens am 4. Oktober 2019 mitzuteilen, ob Sie in der Lage und gewillt sind, diese höheren Mengen und zusätzlichen Leistungen ab 1. Januar 2020 erbringen zu können.

Wenn ja, bitten wir Sie, uns die Preise für die zusätzlichen Leistungen und eine allfällige Preissenkung bei den erhöhten Mengen in beiliegendem Preisblatt in der Version 2.0 bis spätestens am 30. Oktober 2019 zu unterbreiten. Eine Erhöhung der Preise auf nicht veränderten Leistungen und/oder Mengen ist jedoch ausgeschlossen. Selbstverständlich können Sie für die zusätzlichen Leistungen und erhöhten Mengen auch Subunternehmen beiziehen; in diesem Falle bitten wir Sie um vollständige Angaben der beigezogenen Subunternehmen gemäss Lieferantenselbstdeklaration der Ausschreibung.

Gerne erwarten wir die rechtsgültig unterzeichneten Dokumente Leistungsbeschreibung V2.0, Preisblatt V2.0 sowie beim Bezug von Subunternehmern die angepasste Lieferantenselbstdeklaration bis spätestens 30. Oktober 2019."

Die Beschwerdeführerin erlangte Kenntnis von dieser E-Mail, nachdem die A. \_\_\_\_\_ AG sie ihr am 26. September 2019 weitergeleitet hatte.

**C.d** Gegen die Verfügung vom 11. September 2019 erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 30. September 2019 (Eingangsdatum: 2. Oktober 2019) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (vorliegendes Verfahren B-5108/2019). In der Sache stellt sie folgende Rechtsbegehren:

"1. Die Zuschlagsverfügung vom 11. September 2019 [...] sei insofern aufzuheben, als dass der Beschwerdeführerin sämtliche in der ursprünglichen Ausschreibung zum SIMAP-Projekt Nr. 177380 betreffend Entsorgung von Sondermüll und anderen kontrollpflichtigen Abfällen ausgeschriebenen Leistungen mit Ausnahme der in der Ausschreibung zum SIMAP-Projekt Nr. 169408 betreffend Kanalreinigungen rechtskräftig vergebenen Leistungen zuzuschlagen und der Vertrag wie folgt entsprechend anzupassen sei:

1.1 Die Vertragslaufzeit des Grundauftrags sei bei 4 Jahren (2020–2023) mit 3 jährlichen Optionen bis 2026 zu belassen (Dienstleistungsvertrag [Nr.: ...; iGeko-Nr.: ...] Ziff. 2.1, Annex II Ziff. 1.2).

1.2 Die Streichung der Abfälle mit folgenden Veva-Codes sei aufzuheben: 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]), 130507 (öliges Wasser aus Öl/Wasserabscheidern), 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 (Glykollgemische), 160708 (ölbaltige Abfälle), 200137 (problematische Holzabfälle), 200304 (Fäkalschlamm), 200301 (gemischte Siedlungsabfälle) (Annex III).

1.3 Die ausgeschriebenen Mengen an Abfällen mit den Veva-Codes 130502.1 (Ölabscheider < 30 % Feststoffe), 130502.2 (Ölabscheider 30–50 % Feststoffe), 130502.3 (Ölabscheider > 50 % Feststoffe), 130508.1 (Abfallgemische aus Sandfanganlagen und Öl/Wasserabscheidern < 30 % Feststoffe), 130508.2 (Abfallgemische aus Sandfanganlagen und Öl/Wasserabscheidern 30–50 % Feststoffe) seien um die in der Ausschreibung 'Kanalreinigungen' (SIMAP-Projekt-ID 169408 vom 31. Juli 2018) rechtskräftig vergebenen Leistungen zu reduzieren (Annex III).

1.4 Die Streichung der Kombiawagen 4-Achser und 5-Achser inkl. Begleitmann sei aufzuheben (Annex III).

1.5 Die Streichung der Anfahrtsorte Avully, Belp, Blankenburg, Boltigen, Bremgarten, Curaglia, Erstfeld, Niedergesteln, Rümli, S-chanf, Stalden (Sarnen), Walenstadt und die Reduktion der Anzahl Anfahrten auf die einzelnen Standorte seien aufzuheben (Beilage 3.2).

2. Eventualiter sei das Verfahren zur Anpassung des Vertrages gemäss Ziff. 1 an die Vergabestelle zurückzuweisen.

3. Subeventualiter sei die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen."

In prozessualer Hinsicht beantragte die Beschwerdeführerin, es sei der Vergabestelle superprovisorisch zu untersagen, mit den Zuschlagsempfängern des Projekts Nr. 169408 betreffend "Kanalreinigungen" und/oder anderen Anbietern Verträge über die in Rechtsbegehren Ziff. 1.2 und 1.3 aufgeführten Leistungen und die in Annex III zum Vertragsentwurf "Dienstleistungsvertrag Nr. ... [iGeko-Nr.: ...]" enthaltenen Leistungen (Projekt Nr. 177380) abzuschliessen (superprovisorischer Antrag Ziff. 1). Sodann sei der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen (superprovisorischer Antrag Ziff. 2) und es seien die Verfahren B-5108/2019 und B-3970/2019 zu vereinigen (prozessualer Antrag Ziff. 3). Des Weiteren seien der Beschwerdeführerin die zur Edition beantragten Akten, nämlich die im Rahmen des Verfahrens betreffend das Projekt Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") zwischen der Vergabestelle und den Zuschlagsempfängern abgeschlossenen Dienstleistungsverträge samt Annexen, zuzustellen und es sei ihr anschliessend Gelegenheit zur Präzisierung der Rechtsbegehren und Ergänzung der Beschwerdebegründung zu geben (prozessualer Antrag Ziff. 4).

**C.e** Mit Zwischenverfügung vom 2. Oktober 2019 ordnete der Instruktionsrichter superprovisorisch an, dass bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über die (provisorische) Anordnung von vorsorglichen Massnahmen der Vergabestelle einstweilen untersagt wird, mit anderen Anbietern Verträge über die in Rechtsbegehren Ziff. 1.2 und – soweit sie nicht im Rahmen des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") rechtskräftig vergeben worden sind – die in Rechtsbegehren Ziff. 1.3 der Beschwerde vom 30. September 2019 enthaltenen Leistungen abzuschliessen (Dispositiv-Ziff. 2). Ferner wurde der Vergabestelle einstweilen untersagt, die im Rahmen des Projekts Nr. 177380 mit Verfügung vom 11. September 2019 der Beschwerdeführerin zugeschlagenen Leistungen anderweitig zu vergeben bzw. Verträge über diese Leistungen mit anderen Anbietern abzuschliessen (Dispositiv-Ziff. 3).

**C.f** Mit (innert erstreckter Frist erstatteter) Vernehmlassung vom 4. November 2019 (Eingangsdatum: 6. November 2019) beantragte die – nunmehr anwaltlich vertretene – Vergabestelle, auf die Beschwerde vom 30. September 2019 nicht einzutreten, eventualiter die Beschwerde abzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragte sie, die Anträge der Beschwerdeführerin auf Anordnung von vorsorglichen Massnahmen und Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen und die mit Zwischenverfügung vom 2. Oktober 2019 superprovisorisch angeordneten Massnahmen aufzuheben. Gleichzeitig reichte die Vergabestelle die Verfahrensakte betreffend das Projekt Nr. 177380 in elektronischer Form ein, jeweils in der Version "zuhanden des Gerichts" und in der Version "Beschwerdeführerin" (mit partiellen Abdeckungen und ohne die aus Sicht der Vergabestelle vom Akteneinsichtsrecht auszunehmenden Dokumente). In Bezug auf das Editionsbegehren der Beschwerdeführerin schloss die Vergabestelle auf dessen Abweisung, soweit dieses über den im Rahmen der Ausschreibung bereits öffentlich aufgelegten Vertragsentwurf "Dienstleistungsvertrag betreffend das Projekt [Nr. 169408] 'Kanalreinigungen'" hinausgehe.

**C.g** Mit Instruktionsverfügung vom 14. November 2019 wurde der Beschwerdeführerin das von der Vergabestelle elektronisch eingereichte Aktenossier in der Version "Beschwerdeführerin" zugestellt.

**C.h** Mit (innert erstreckter Frist eingereichter) Replik vom 12. Dezember 2019 (Eingangsdatum: 13. Dezember 2019) hielt die Beschwerdeführerin an ihren in der Beschwerde vom 30. September 2019 gestellten Anträgen fest. In prozessualer Hinsicht beantragte sie, die mit Zwischenverfügung vom 2. Oktober 2019 angeordneten Massnahmen für die Dauer des Verfahrens aufrechtzuerhalten, und erneuerte ihre Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und um Edition der mit den Zuschlagsempfängern des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") abgeschlossenen Dienstleistungsverträge.

**C.i** Mit Duplik vom 13. Januar 2020 (Eingangsdatum: 14. Januar 2020) bestätigte die Vergabestelle ihre Rechtsbegehren gemäss Vernehmlassung vom 4. November 2019.

**C.j** Am 15. Januar 2020 teilte der Instruktionsrichter den Parteien mit, dass ein weiterer Schriftenwechsel nicht vorgesehen sei.

**D.**

Mit Entscheid B-3970/2019 vom 20. Februar 2020 wies das Bundesverwaltungsgericht den Vereinigungsantrag der Beschwerdeführerin ab und trat auf die Beschwerde vom 5. August 2019 (Verfahren B-3970/2019) nicht ein. Es erwog, dass die gegen die aktualisierten Ausschreibungsunterlagen vom 15. Juli 2019 gerichtete Beschwerde eines zulässigen Anfechtungsobjekts ermangle, weshalb es an einer Eintretensvoraussetzung fehle.

**E.**

Mit Zwischenentscheid B-5108/2019 vom 3. September 2020 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gut, soweit mit der angefochtenen Verfügung vom 11. September 2019 das Vergabeverfahren betreffend das SIMAP-Projekt Nr. 177380 im Sinne der Erwägungen teilweise abgebrochen worden ist. Ebenso hiess es den Antrag der Beschwerdeführerin auf Anordnung von vorsorglichen Massnahmen gut und bestätigte die mit Zwischenverfügung vom 2. Oktober 2019 superprovisorisch angeordneten (Vertragsabschluss-)Verbote für die Dauer des Verfahrens.

**F.**

**F.a** Mit Verfügung vom 22. Oktober 2020 setzte der Instruktionsrichter den Parteien Frist bis zum 20. November 2020 an, um Schlussbemerkungen einzureichen. Auf entsprechende Gesuche der Vergabestelle vom 17. November 2020 und 14. Dezember 2020 hin wurde diese Frist (jeweils für beide Parteien) bis zum 15. Januar 2021 erstreckt.

**F.b** Mit Eingabe vom 12. Januar 2021 (Eingangsdatum: 13. Januar 2021) bestätigte die Beschwerdeführerin ihre materiellen Rechtsbegehren und erneuerte ihren prozessualen Antrag, es seien die mit den Zuschlagsempfängern des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") abgeschlossenen Dienstleistungsverträge (einschliesslich der Annexe) zu edieren.

**F.c** Mit als "Vernehmlassung in der Hauptsache" bezeichneter Eingabe vom 14. Januar 2021 (Eingangsdatum: 18. Januar 2021), eingereicht jeweils als Version "zuhanden des Gerichts" und "zuhanden der Beschwerdeführerin", äusserte sich die Vergabestelle nochmals einlässlich zur Sache. Neu stellt sie folgende Anträge:

"Präzisierte Rechtsbegehren:

1. Die Zuschlagsverfügung vom 11. September 2019 sei aufzuheben und die Sache an die Vergabestelle zurückzuweisen, um den im SIMAP-Projekt Nr. 177380 beteiligten Anbietern Gelegenheit zu geben, ihre Offerten um folgende Veva-Codes zu ergänzen, soweit die entsprechenden Flüssigabfälle in Gebinden anfallen und nicht abgesaugt werden müssen: 60205, 100103, 130205, 130208, 130507, 130701, 130703, 130703.1, 160113, 160114, 160115, 160115.1, 160708, 200304.
2. Im Übrigen sei die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Unter Kostenfolgen zulasten der Beschwerdeführerin."

In Bezug auf den Antrag Ziff. 1 führte die Vergabestelle aus, sie habe anlässlich der Vorbereitung ihrer Eingabe festgestellt, dass die ursprüngliche Korrektur des Leistungsverzeichnisses hinsichtlich der Flüssigabfälle mit den Veva-Codes 60205, 100103, 130205, 130208, 130507, 130701, 130703, 130703.1, 160113, 160114, 160115, 160115.1, 160708 und 200304 nach heutigem Kenntnisstand unpräzise gewesen sei. Soweit die entsprechenden Abfälle in Gebinden anfielen und nicht abgesaugt werden müssten, seien sie dem Leistungsgegenstand des streitbetreffenen Projekts Nr. 177380 zuzuordnen. Die Vergabestelle entschuldige sich für die versehentliche vollständige Streichung dieser Veva-Codes in den aktualisierten Ausschreibungsunterlagen vom 15. Juli 2019. Aufgrund des fortgeschrittenen Verfahrensstadiums erachte sie es als angezeigt, dass das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen des Endentscheids über diesen präzisierten Antrag befände, weshalb sie auf eine Wiedererwägung des Zuschlags *pendente lite* verzichte.

**F.d** Mit Instruktionsverfügung vom 20. Januar 2021 wurde der Beschwerdeführerin die Vernehmlassung der Vergabestelle vom 14. Januar 2021 in der Version "zuhanden der Beschwerdeführerin" (mit partiellen Abdeckungen und ohne Beilagen Nr. 13 und 22) zugestellt. Den Parteien wurde Frist bis zum 19. Februar 2021 angesetzt, um zu den Eingaben der Gegenpartei Stellung zu nehmen.

**G.**

**G.a** Mit Eingabe vom 29. Januar 2021 (Eingangsdatum: 1. Februar 2021) schloss die Vergabestelle auf Abweisung des Editionsbegehrens der Beschwerdeführerin.

**G.b** Mit Eingabe vom 12. März 2021 (Eingangsdatum: 16. März 2021) reichte die Beschwerdeführerin innert erstreckter Frist eine Stellungnahme zur Eingabe der Vergabestelle vom 14. Januar 2021 ein, wobei sie an ihren bisherigen Rechtsbegehren festhielt. Sie bringt vor, die Vergabestelle anerkenne mit dem in der Vernehmlassung vom 14. Januar 2021 neu formulierten Antrag Ziff. 1, dass die geänderten Ausschreibungsunterlagen vom 15. Juli 2019 falsch gewesen seien und die Zuschlagsverfügung vom 11. September 2019 entsprechend aufzuheben sei. Formell bedeute dies eine Beschwerdeanerkennung, was bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen sei. Materiell ziele die Vergabestelle indessen noch immer darauf ab, durch erneute Abänderung der Ausschreibungsunterlagen zu erreichen, dass wesentliche Mengen und Leistungen der Beschwerdeführerin entzogen und auf die Zuschlagsempfänger des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") übertragen würden. Dieses Ansinnen dürfe keinen Rechtsschutz finden.

## **H.**

**H.a** Mit Editionsverfügung vom 24. März 2021 forderte der Instruktionsrichter die Vergabestelle auf, die mit den Zuschlagsempfängern der Ausschreibungen Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") und Nr. 159513 ("Entsorgungs- und Verwertungsleistungen") abgeschlossenen Dienstleistungsverträge (inkl. Annexe) sowie die Beilage 1.0 zum Pflichtenheft des Projekts Nr. 169408 ("Eignungskriterien") beim Bundesverwaltungsgericht einzureichen. Die Vergabestelle wurde angewiesen, die betreffenden Verträge zusätzlich auch in einer der Beschwerdeführerin zustellbaren (partiell geschwärzten) Version einzureichen, ohne jedoch die konkreten vertragsgegenständlichen Leistungen (inkl. allfälliger Veva-Codes und Mengenangaben) abzudecken. Gleichzeitig wurde der Vergabestelle Frist bis zum 30. April 2021 angesetzt, um sich (letztmalig) zur Sache zu äussern.

**H.b** Mit Eingabe vom 30. Juni 2021 ("Schlussbemerkungen"; Eingangsdatum: 2. Juli 2021) reichte die Vergabestelle innert zweimal erstreckter Frist die angeforderten Dokumente ein und nahm zur Eingabe der Beschwerdeführerin vom 12. März 2021 Stellung. Sie bestätigte ihre Anträge gemäss Vernehmlassung vom 14. Januar 2021.

**H.c** Mit Instruktionsverfügung vom 5. Juli 2021 wurden der Beschwerdeführerin die edierten Dokumente (gemäss Verfügung vom 24. März 2021)

jeweils in der Version "Akten zuhanden der Beschwerdeführerin" zugestellt. Es wurde ihr Frist bis zum 30. Juli 2021 angesetzt, um eine Stellungnahme einzureichen.

## **I.**

**I.a** Mit Eingabe vom 8. September 2021 (Eingangsdatum: 9. September 2021) äusserte sich die Beschwerdeführerin innert zweimal erstreckter Frist zu den Schlussbemerkungen der Vergabestelle vom 30. Juni 2021 und hielt unverändert an ihren bisherigen Anträgen fest.

**I.b** Am 13. September 2021 teilte der Instruktionsrichter den Parteien mit, dass kein weiterer Schriftenwechsel vorgesehen sei.

## **J.**

Infolge altersbedingten Ausscheidens des bisherigen Instruktionsrichters Ronald Flury aus dem Amt als Bundesverwaltungsrichter wurde auf den 1. Mai 2022 Richter Christoph Errass als Instruktionsrichter eingesetzt.

## **K.**

Mit Eingabe vom 7. Juli 2022 (Eingangsdatum: 8. Juli 2022) stellte die Vergabestelle den prozessualen Antrag, es sei ihr in Wiedererwägung des Zwischenentscheids vom 3. September 2020 (Dispositiv-Ziff. 1 und 2) freizustellen, die streitbetroffenen Leistungen für die verbleibende Dauer des Beschwerdeverfahrens auch bei den Zuschlagsempfängern der Ausschreibungen Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") und Nr. 159513 ("Entsorgungs- und Verwertungsleistungen") zu beziehen.

## **L.**

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien sowie die eingereichten Aktenstücke wird, soweit entscheidrelevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Die Akten der Verfahren B-1359/2019 und B-3970/2019 werden beigezogen.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **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 12. Oktober 2018. Damit sind grundsätzlich die in jenem Zeitraum geltenden Rechtssätze anwendbar, nämlich insbesondere das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (nachfolgend: aBöB, AS 1996 508) und die Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (nachfolgend: aVöB, AS 1996 518).

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet 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 (Art. 26 Abs. 1 aBöB und Art. 37 VGG).

### **2.**

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

**2.1** Als durch Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht selbständig anfechtbare Verfügungen gelten unter anderem der Zuschlag oder der Abbruch eines in den Anwendungsbereich des aBöB fallenden Vergabeverfahrens (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 aBöB).

**2.1.1** Das aBöB 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 aBöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 aBöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden

öffentlichen Auftrags den Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 aBöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 aBöB gegeben ist.

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

**2.1.3** 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 aBöB 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 aVöB gelten als Dienstleistungen die in Anhang 1a zur aVöB 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 aVöB 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 aVöB erfasst wird

(vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-738/2012 vom 14. Juni 2012 E. 1.4). Die Beschaffung fällt somit in den sachlichen Anwendungsbereich des aBöB.

**2.1.4** 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 aBöB bzw. Art. 6 Abs. 2 aBöB 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]).

**2.1.5** Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinn von Art. 3 aBöB vorliegt, fällt die streitbetroffene Beschaffung in den Anwendungsbereich des aBöB. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

**2.2** 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 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).

**2.2.1** Die Vergabestelle bestreitet in ihrer Vernehmlassung vom 4. November 2019 die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin. Die Beschwerdeführerin sei die Zuschlagsempfängerin des streitbetroffenen 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 vorstell-

bar 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.

**2.2.2** 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.

**2.2.3** 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]" (vgl. Beschwerdeantrag Ziff. 1). 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" hin-

sichtlich der gegenüber der Ausschreibung vom 12. Oktober 2018 reduzierten Leistungen enthält, deren Reduktion nach Auffassung der Beschwerdeführerin 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, 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.

**2.2.4** Die Frage, ob der präsumierte (Teil-)Abbruch des Verfahrens rechtskonform war, betrifft die materielle Beurteilung (vgl. Urteil des BVGer B-6295/2017 vom 25. Februar 2020 [auszugsweise publiziert in BVGE 2020 IV/2] 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 [auszugsweise publiziert in BVGE 2020 IV/2] 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 u.a. den Zuschlag hinsichtlich der betreffenden Leistungen gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1.2–1.3. Würde der präsumierte (Teil-)Abbruch aufgehoben werden, entfielen die Beendigung des Verfahrens in Bezug auf diese Leistungen, womit die Beschwerdeführerin als einzige Anbieterin, die ein gültiges Angebot eingereicht hat, eine reelle Chance hätte, auch hierfür den Zuschlag zu erhalten. Insofern ist die Beschwerdeführerin zur Beschwerde legitimiert.

**2.3** Die Vergabestelle hat mit Vernehmlassung vom 14. Januar 2021 ihre Rechtsbegehren dahingehend geändert, dass sie neu die Aufhebung ihrer Verfügung vom 11. September 2019 sowie die Rückweisung der Streitsache an sie selbst beantragt, um den im SIMAP-Projekt Nr. 177380 beteiligten Anbietern Gelegenheit zu geben, ihre Offerten um die VeVa-Codes 60205, 100103, 130205, 130208, 130507, 130701, 130703, 130703.1, 160113, 160114, 160115, 160115.1, 160708 und 200304 zu ergänzen, soweit die entsprechenden Flüssigabfälle in Gebinden anfielen und nicht abgesaugt werden müssten (Antrag Ziff. 1). Soweit der Aufhebungsantrag der Vergabestelle den präsumierten "Abbruch-Teil" der Verfügung vom

11. September 2019 betrifft, bewirkt er keine Gegenstandslosigkeit des Beschwerdeverfahrens. Denn die Beschwerdeführerin verlangt zusätzlich auch den Zuschlag hinsichtlich dieser eliminierten Leistungspositionen, sofern deren Elimination von der Wiedererwägungsverfügung vom 8. April 2019 nicht erfasst wird. Soweit die Vergabestelle im Übrigen die Aufhebung des "Zuschlags-Teils" der Verfügung vom 11. September 2019 beantragt, liegt ihr Begehren ausserhalb des Streitgegenstands (vgl. E. 2.2.3).

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

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

### **3.**

Die Beschwerdeführerin wirft der Vergabestelle im Wesentlichen vor, dass sie unter Missachtung ihrer eigenen Wiedererwägungsverfügung vom 8. April 2019 die Ausschreibungsunterlagen des Projekts Nr. 177380 ("Sonderabfälle") nach der Offertöffnung wesentlich geändert habe, um die "herausgebrochenen" Leistungen, die nur zu einem geringen Teil im Verfahren betreffend das Projekt Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") rechtskräftig vergeben worden seien, nachträglich an die Zuschlagsempfänger des Projekts Nr. 169408 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 aVöB ausgehebelt. Dieses Vorgehen sei rechtsmissbräuchlich.

**3.1** 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 dem ursprünglichen Ausschreibungsgegenstand 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) reduziert worden ist:

| Veva-Code                              | Entsorgungsgüter / Entsorgungsleistungen  |
|--|---|
| 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  |
| Spezialleistungen zur Abfallentsorgung | Kombisauwagen 4-Achser inkl. Begleitmann  |
|  | Kombisauwagen 5-Achser inkl. Begleitmann  |

Die Elimination dieser Leistungspositionen führte unbestrittenermassen ebenfalls zum Wegfall der anfänglich vorgesehenen Anfahrtsorte Avully, Belp, Blankenburg, Boltigen, Bremgarten, Curaglia, Erstfeld, Niedergesteln, Rümlang, S-chanf, Stalden (Sarnen) und Walenstadt (vgl. "Beilage Nr. 3.2-Version 2.0 [Anfahrtsorte pro Jahr]"), weil an diesen Anfahrtsorten nur Entsorgungsgüter mit eliminierten Veva-Codes anfallen. Hingegen wird von der Vergabestelle in Abrede gestellt, dass die Vertragslaufzeit gekürzt worden sei.

**3.2** Sodann steht in tatsächlicher Hinsicht fest, dass die eliminierten Leistungspositionen (mit Ausnahme der Veva-Codes 200137 und 200301) im überarbeiteten Dokument "[Annex II] Leistungsanforderungen-Version 2.0 vom 26. September 2019" des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") aufgeführt sind, welches die Vergabestelle – nachträglich zu ihrer Wiedererwägungs- bzw. Zuschlagsverfügung vom 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. Zu konstatieren ist dabei, dass die Veva-Codes 130502 und 130508 bereits in der anfänglichen Version der Leistungsanforderungen zum Projekt Nr. 169408 vom 31. Juli 2018 explizit figuriert hatten und die diesbezüglichen Entsorgungsleistungen in der Version 2.0 des betreffenden Dokuments mengenmässig erhöht wurden, wohingegen die Veva-Codes 60205, 100103, 130205, 130208, 130507, 130701, 130703, 130703.1, 160113, 160114, 160115, 160115.1, 160708 und 200304 erstmals explizit erwähnt wurden.

| Eliminierte Leistungspositionen<br>Projekt Nr. 177380 |   | Projekt Nr. 169408<br>("Kanalreinigungen")   |   |
|---|---|--|---|
| Veva-Code   | Geschätzte Menge<br>(kg/Jahr)<br>gemäss Ausschreibungsunterlagen vom<br>12. Oktober 2018 <sup>1</sup> | Geschätzte Menge<br>(kg/Jahr)<br>gemäss Ausschreibungsunterlagen<br>vom 31. Juli 2018 <sup>2</sup> | Geschätzte Menge<br>(kg/Jahr)<br>gemäss Anhang<br>zur E-Mail vom<br>26. Sept. 2019 <sup>3</sup> |
| <b>130502.1</b>                                       | 400'000   | 8'500 <sup>4</sup>   | 1'233'790 <sup>5</sup>  |
| <b>130502.2</b>                                       | 60'000  |  |   |
| <b>130502.3</b>                                       | 100'000   |  |   |
| <b>130508.1</b>                                       | 450'000   |  |   |
| <b>130508.2</b>                                       | 10'000  |  |   |
| <b>60205</b>  | 200   | -  | 2'771 <sup>6</sup>  |
| <b>100103</b>   | 20'000  | -  | 11'400 <sup>6</sup>   |
| <b>130205</b>   | 150'000   | -  | 93'330 <sup>6</sup>   |
| <b>130208</b>   | 80'000  | -  | 65'840 <sup>6</sup>   |
| <b>130507</b>   | 50'000  | -  | 17'060 <sup>6</sup>   |
| <b>130701</b>   | 16'000  | -  | 9'270 <sup>6</sup>  |
| <b>130703</b>   | 10'000  | -  | 9'510 <sup>6</sup>  |
| <b>130703.1</b>                                       | 2'000   |  |   |
| <b>160113</b>   | 3'700   | -  | 5'080 <sup>6</sup>  |
| <b>160114</b>   | 8'000   | -  | 17'410 <sup>6</sup>   |
| <b>160115</b>   | 25'000  | -  | 9'560 <sup>6</sup>  |
| <b>160115.1</b>                                       | 20  |  |   |
| <b>160708</b>   | 7'500   | -  | 4'200 <sup>6</sup>  |
| <b>200304</b>   | 250'000   | -  | 183'820 <sup>6</sup>  |
| <b>Total</b>  | <b>1'642'420</b>  | <b>8'500</b>   | <b>1'663'041</b>  |

- <sup>1</sup> Vgl. "Beilage Nr. 3.1-Version 1.0 (Preisblatt)" vom 12. Oktober 2018 zum Projekt Nr. 177380.
- <sup>2</sup> Vgl. "Beilage Nr. 3.2-Version 1.0 (Annex II Leistungsanforderungen)" vom 31. Juli 2018 zum Projekt Nr. 169408 ("Kanalreinigungen"), S.11 und 12.
- <sup>3</sup> Vgl. "Annex II Leistungsanforderungen-Version 2.0" vom 26. September 2019 zum Projekt Nr. 169408 ("Kanalreinigungen"), S. 13 und 14.
- <sup>4</sup> Vgl. "Mengengerüst" (S. 12), Position 183.011, Summe für alle Lose.
- <sup>5</sup> Vgl. "Mengengerüst" (S. 13), Position 183.011, Summe für alle Lose.
- <sup>6</sup> Vgl. "Mengengerüst" (S. 14), Summe für alle Lose aus den Positionen "Abfallkategorien mit Saugtätigkeit" und "Abfallkategorien ohne Saugtätigkeit".

Weiter ist festzustellen, dass die Annexe II ("Leistungsanforderungen") der mit den Zuschlagsempfängern des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") abgeschlossenen Dienstleistungsverträge (Dienstleistungsvertrag zwischen der Vergabestelle und der A. \_\_\_\_\_ AG vom 6. Dezember 2018 [Vertrags-Nr.: ...; iGeko-Nr.: ...]; Dienstleistungsvertrag zwischen der Vergabestelle und der B. \_\_\_\_\_ AG vom 20. Dezember 2018 [Vertrags-Nr.: ...; iGeko-Nr.: ...]), soweit hier interessierend, mit den betreffenden Entwürfen in den Ausschreibungsunterlagen vom 31. Juli 2018 (Beilage

Nr. 3.2-Version 1.0 [Annex II Leistungsanforderungen] vom 31. Juli 2018) korrespondieren, d.h., dass die Veva-Codes 60205, 100103, 130205, 130208, 130507, 130701, 130703, 130703.1, 160113, 160114, 160115, 160115.1, 160708 und 200304 darin nicht ausdrücklich aufgeführt sind und dass in Bezug auf die Veva-Codes 130502 und 130508 lediglich die dargelegten Quantitäten (Ziff. 2.2 "Mengengerüst", Position 183.011) figurieren.

**3.3** In Bezug auf die eliminierten Leistungen mit den Veva-Codes 200137 und 200301 ist festzustellen, dass diese Positionen bereits in den vom 31. August 2017 datierenden Ausschreibungsunterlagen zum Projekt Nr. 159513 ("Entsorgungs- und Verwertungsleistungen") explizit aufgeführt waren (vgl. Beilage Nr. 2.2 "Preisblatt") und im Dienstleistungsvertrag zwischen der Vergabestelle und der C. \_\_\_\_\_ AG vom 23. Mai 2018 (Vertrags-Nr.: ...; iGeko-Nr.: ...) entsprechend übernommen wurden (vgl. Annex III).

| Eliminierte Leistungspositionen<br>Projekt Nr. 177380 |              |   | Projekt Nr. 159513<br>("Entsorgungs- und<br>Verwertungsleistungen") |  |
|---|--------------|---|---|--|
| Veva-Code   | Ein-<br>heit | Geschätzte Menge<br>gemäss Ausschreibungs-<br>unterlagen vom<br>12. Oktober 2018 <sup>1</sup> | Ein-<br>heit  | Geschätzte Menge<br>gemäss Ausschreibungs-<br>unterlagen vom<br>31. August 2017 <sup>2</sup> |
| <b>200137</b>   | kg           | 800   | t   | 1'000  |
| <b>200301</b>   | Stk.         | 10  | t   | 3'500  |

<sup>1</sup> Vgl. "Beilage Nr. 3.1-Version 1.0 (Preisblatt)" vom 12. Oktober 2018 zum Projekt Nr. 177380.

<sup>2</sup> Vgl. "Beilage Nr. 2.2" ("Preisblatt") vom 31. August 2017 zum Projekt Nr. 159513 ("Entsorgungs- und Verwertungsleistungen").

#### **4.**

Zunächst ist zu eruieren, ob zwischen dem (ursprünglichen) Ausschreibungsgegenstand und dem zugeschlagenen Leistungsgegenstand eine Inkongruenz besteht, welche über die mit Wiedererwägungsverfügung vom 8. April 2019 festgelegte Reduktion hinausgeht. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil die Reduktion des Leistungsgegenstands, soweit diese mit der "Anpassung" des Ausschreibungsverfahrens Nr. 177380 im Sinne der Wiedererwägungsverfügung vom 8. April 2019 (Dispositiv-Ziff. 2) kongruiert, Gegenstand des bereits rechtskräftig erledigten Verfahrens B-1359/2019 gewesen ist und insofern nicht ohne Weiteres erneut zur Dis-

kussion gestellt werden kann (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.225 m.w.H.).

**4.1** Die Vergabestelle führt aus, sie habe den Bedarf der Logistikkbasis der Armee LBA (Bedarfsträgerin) an Entsorgungsleistungen neu in drei voneinander getrennte Beschaffungsprojekte aufgeteilt (Projekte Nr. 159513, Nr. 169408 und Nr. 177380 [vorliegendes Submissionsverfahren]): Das Projekt Nr. 159513 ("Entsorgungs- und Verwertungsleistungen") habe die Entsorgung von verwertbaren Abfällen zum Gegenstand, womit "normale" Abfälle aus dem Immobilienmanagement (z.B. Hauskehricht, Plastik, Karton, Papier, Metalle, Holz, Pet etc.) gemeint seien. Das Projekt Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") umfasse zum einen die Reinigung der in den betreffenden Leistungsanforderungen (Ziff. 1.3) aufgeführten Entwässerungsanlagen, zum anderen aber auch das Absaugen der darin angesammelten Flüssigabfälle. Demgegenüber beinhalte das streitbetroffene Projekt Nr. 177380 den Abtransport und die Entsorgung von (weiteren) Sonder- und anderen kontrollpflichtigen Abfällen (kurz: "Sonderabfällen"). Damit sollten Leistungen beschafft werden, die nicht bereits im Rahmen der beiden anderen Ausschreibungen vergeben worden seien. Je nach Art des betroffenen Objekts (Entwässerungsanlage oder nicht) bzw. der betroffenen Abfallart (Flüssigabfall oder fester Abfall) beinhalteten die Entsorgungsleistungen unterschiedliche Tätigkeiten: Während Entwässerungsanlagen mittels spezieller Reinigungs- und Saugfahrzeuge (sog. Kombisaugwagen) gereinigt und abgesaugt werden müssten, seien andere Abfälle, namentlich feste (Sonder-)Abfälle sowie Flüssigabfälle in Gebinden (z.B. in Kanistern oder Fässern), lediglich von einem geeigneten Lastwagen abzutransportieren. U.a. basierend auf dieser in betrieblicher und ökologischer Hinsicht entscheidenden Differenzierung sehe das neue Entsorgungsregime vor, dass sämtliche Kanalreinigungs- und Saugleistungen pro Standort durch den gleichen Anbieter, d.h. durch die Zuschlagsempfänger des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen"), vorzunehmen seien. Denn im Lichte dessen, dass die Reinigungs- und Saugarbeiten an den Entwässerungsanlagen oftmals zusammenfielen und mithilfe desselben Fahrzeugs (Kombisaugwagen) ausgeführt würden, ergebe eine künstliche Auftrennung dieser Aktivitäten keinen Sinn. Selbst wo die Reinigung keine Saugleistung umfasse oder umgekehrt, sei nicht erkennbar, nach welchen Kriterien die zuständigen Dienstleister abgerufen werden sollten. Massgeblich für die Abgrenzung zwischen dem Projekt Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") und dem vorliegenden Projekt Nr. 177380 sei daher

insbesondere die Frage, ob ein (Sonder-)Abfall mittels Saugleistung (Kombisaugwagen) abzuholen sei oder nicht. Insofern seien sämtliche bei den Entwässerungsanlagen anfallenden Flüssigabfälle, zu deren Entsorgung Kombisaugwagen eingesetzt würden, dem Projekt Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") zuzuordnen. Demgegenüber sei die Entsorgung von anderen Sonderabfällen, welche nicht mit Saugleistungen verbunden seien, sondern nur abtransportiert werden müssten (d.h. Abfälle in einem festen Aggregatzustand oder Flüssigabfälle in Gebinden), Gegenstand des streitbetreffenen Projekts Nr. 177380.

**4.1.1** Sodann führt die Vergabestelle aus, sie habe im Zusammenhang mit dem SIMAP-Forumseintrag der Beschwerdeführerin (Ziff. 4 des Frage-Antwort-Katalogs; vgl. Sachverhaltsabschnitt A.b) Abklärungen zu allfälligen Überschneidungen zwischen den Beschaffungsprojekten vorgenommen. Dabei sei sie zur Erkenntnis gelangt, dass der Leistungsgegenstand des Projekts Nr. 177380 teilweise und versehentlich "zu weit" definiert worden sei, namentlich in Bezug auf diejenigen Abfälle, für deren Entsorgung Kombisaugwagen eingesetzt würden. Allerdings sei die Vergabestelle bei der Beantwortung der Frage der Beschwerdeführerin im SIMAP-Frageforum (vgl. Sachverhaltsabschnitt A.b.) fälschlicherweise noch davon ausgegangen, dass die erwähnten Abfallkategorien (Ölabscheiderabfälle und Sandfangmaterial mit den Veva-Codes 130502 und 130508) teilweise auch ausserhalb der im Rahmen des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") ausgedruckten Leistungen, nämlich als separater Sondermüll, entsorgt werden müssten. Die Aussage, wonach die in der Ausschreibung Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") vergebenen Leistungen nur Entsorgungen "im Zusammenhang mit Kanalsanierungstätigkeiten" beinhalteten, beruhe auf einem internen Missverständnis und erweise sich im Nachhinein als unzutreffend. Auch sei der Vergabestelle in jenem Zeitpunkt nicht bewusst gewesen, dass die Abfallarten mit den Veva-Codes 130502 und 130508 ausschliesslich gesaugt und daher gar nie in Gebinden anfallen würden. Um eine unzulässige und unpraktikable Doppelvergabe zu verhindern, sei die Vergabestelle im weiteren Verfahrensverlauf gehalten gewesen, den Leistungskatalog des Projekts Nr. 177380 um diejenigen Positionen zu reduzieren, die sich mit den bereits rechtskräftigen Zuschlägen in den Projekten Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") und Nr. 159513 ("Entsorgungs- und Verwertungsleistungen") überlagert hätten. Die Vergabestelle habe daraufhin den Gesamtabbruch des Submissionsverfahrens Nr. 177380 verfügt, welchen sie in der Folge mit Wiedererwägungsverfügung vom 8. April 2019 widerrufen und stattdessen das Leistungsverzeichnis entsprechend den aktualisierten Ausschreibungsunterlagen vom

15. Juli 2019 berichtet habe. Allerdings habe die Vergabestelle während des vorliegenden Beschwerdeverfahrens, d.h. anlässlich der Vorbereitung der am 14. Januar 2021 erstatteten Vernehmlassung, festgestellt, dass die vorgenommene Korrektur des Leistungsverzeichnisses insofern unpräzise gewesen sei, als die Flüssigabfälle mit den Veva-Codes 60205, 100103, 130205, 130208, 130507, 130701, 130703, 130703.1, 160113, 160114, 160115, 160115.1, 160708 und 200304 vollständig entfernt worden seien. Denn in Bezug auf diese Abfälle sei einzig beabsichtigt gewesen, diejenigen Mengen auszuscheiden, welche mittels Kombisauwagen abzuholen und daher bereits im Rahmen des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") vergeben worden seien. Soweit die betroffenen Abfälle jedoch in Form von Gebinden anfielen, gehörten sie zum Leistungsgegenstand des streitbetroffenen Projekts Nr. 177380, was von Anfang an so intendiert gewesen sei. Konkret hätten folgende Positionen zwingend aus dem Leistungskatalog des Projekts Nr. 177380 entfernt werden müssen:

| Veva-Code   | Grund der Elimination gemäss Vergabestelle   |
|---|--|
| 130502.1, 130502.2, 130502.3, 130508.1, 130508.2  | Elimination, da Abfälle mit diesen Veva-Codes vollständig abzusaugen seien und bereits Gegenstand des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigung") bildeten.   |
| 60205, 100103, 130205, 130208, 130507, 130701, 130703, 130703.1, 160113, 160114, 160115, 160115.1, 160708, 200304 | (Teilweise) Elimination, soweit Abfälle mit diesen Veva-Codes (mittels Kombisauwagen) abzusaugen seien und entsprechend bereits Gegenstand des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigung") bildeten. Die Streichung der Spezialleistung "Kombisauwagen" führe sachlogisch zur Streichung der entsprechenden Veva-Codes (Vernehmlassung vom 4. November 2019, Rz. 39). Soweit diese Abfälle jedoch in Gebinden anfielen, hätten sie nicht eliminiert werden dürfen (Vernehmlassung vom 14. Januar 2021, Rz. 21 f. und 59). |
| 200137, 200301  | Elimination, da Abfälle mit diesen Veva-Codes bereits Gegenstand des Projekts Nr. 159513 ("Entsorgungs- und Verwertungsleistungen") gebildet hätten.   |

**4.1.2** Die Vergabestelle führt weiter aus, in der Ausschreibung des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") seien die Mengen gewisser abzusaugender Flüssigabfälle ursprünglich zu tief geschätzt worden. Dies sei insbesondere darauf zurückzuführen, dass die Bedarfsstelle über keine Erfahrungswerte verfügt habe, da bis anhin die Beschwerdeführerin allein für sämtliche Reinigungs-, Saug- und Entsorgungstätigkeiten aufgekommen sei. Im Wissen um die Ungenauigkeit der Schätzwerte habe die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen konsequent darauf hingewiesen, dass die angegebenen Mengen bloss indikativ zu verstehen seien und dafür keine Gewähr bestehe (vgl. Preisblatt [Beilage 3.1] zur Ausschreibung "Sonderabfälle"). Um sicherzustellen, dass die Zuschlagsempfänger des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") die betreffenden Leistungen auch in den nachträglich "nach oben korrigierten" Quantitäten erbringen könnten, habe die Vergabestelle die E-Mail vom 26. September 2019 verschickt (vgl. Sachverhaltsabschnitt C.c). Entgegen dem falschen Verständnis der Beschwerdeführerin handle es sich dabei aber nicht um eine Ausweitung des Leistungsgegenstands im vergaberechtlichen Sinn. Insbesondere seien die Zuschlagsempfänger des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") nicht nach neuartigen (Mehr-)Leistungen gefragt worden, welche ausserhalb der schon zugeschlagenen Leistungsarten lägen oder mit einer Erhöhung der Vergabesumme bzw. des Kostendachs einhergingen. So ergebe sich aus den entsprechenden Leistungsanforderungen vom 31. Juli 2018, dass der Leistungsgegenstand des Projekts Nr. 169408 nebst der Reinigung (Position 120.000 "Kanalreinigung") auch das "Absaugen" (Position 130.000) der betroffenen Entwässerungsanlagen (u.a. Schlamm-sammler, Ölabscheider, Fettabscheider, Versickerungsschächte) umfasse, wobei die mit Saugleistungen verbundenen Tätigkeiten präzise umschrieben worden seien (z.B. bei den Positionen 131.000 ["Schlamm-sammler"] und 132.100 ["Ölabscheider"]). Die Tatsache, dass die Flüssigabfälle, zu deren Entsorgung Kombisaugwagen eingesetzt würden, ursprünglich nur teilweise mittels Veva-Codes spezifiziert worden seien (vgl. die unter der Position 183.011 explizit genannten Veva-Codes 130502 und 130508), ändere nichts daran, dass diese Abfälle zum Leistungsgegenstand des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") gehörten. So sei es beispielsweise für alle fachkundigen Anbieter offensichtlich, dass in "grossen Schlamm-sammlern" (Position 133.100) umfangreiche Abfälle der – anfänglich nicht explizit aufgeführten – Kategorie "Fäkalschlamm" (Veva-Code 200304) anfielen, welche zwecks Reinigung abzusaugen seien. Dasselbe gelte auch für die unter der Position 132.100 erwähnten Ölabscheider, in denen sich Abfälle mit den Veva-Codes 130502.1 ("Ölabscheider < 30 % Feststoffe), 130502.2 (Ölabscheider 30–50 % Feststoffe)

oder 130502.3 (Ölabscheider > 50 % Feststoffe) ansammeln würden, zumal hier gemäss der Position 132.110 "der komplette Inhalt des Ölabscheiders mit Saugwagen" abzusaugen sei. Die Absaugtätigkeiten für sämtliche Entwässerungsanlagen seien zudem auch im Preisblatt einzeln aufgeführt worden. Dass es sich dabei entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin nicht lediglich um "Kleinstmengen" gehandelt habe, ergebe sich bereits aus der Anzahl der dafür vorgesehenen Arbeitsstunden (z.B. Positionen 131.000, 132.100, 132.200). Ausserdem hätte der Beschwerdeführerin aufgrund ihrer langjährigen Tätigkeit für die Bedarfsstelle bewusst sein müssen, dass die angegebenen Mengen teilweise zu niedrig gewesen seien. Dass sie trotz ihrer Kenntnisse und ihres Wissensvorsprungs die Vergabestelle auf den indikativ angegebenen Mengen behaften möchte, grenze an Treuwidrigkeit.

Ferner bringt die Vergabestelle vor, dass die zugeschlagene Vergabesumme trotz der zusätzlichen Mengen gleichgeblieben sei. Mit Zuschlag vom 23. November 2018 seien den Zuschlagsempfängern des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") Aufträge im Wert (exkl. MwSt.) von Fr. 1'416'304.– (A. \_\_\_\_\_ AG) bzw. Fr. 4'331'101.– (B. \_\_\_\_\_ AG) vergeben worden. Die Zuschläge seien rechtskräftig und die entsprechenden Verträge rechtsgültig abgeschlossen worden, weshalb die Vergabestelle befugt sei, die betreffenden Reinigungs- und Saugleistungen bis zum Erreichen der jeweiligen Vergabesummen bzw. Kostendächer oder alternativ bis zum Ablauf der Vertragsdauer – je nachdem, was früher eintrete – bei den Zuschlagsempfängern des Projekts Nr. 169408 zu beziehen. Dies gelte selbst dann, wenn die streitbetroffenen Leistungen, entsprechend den Anträgen der Beschwerdeführerin, im vorliegenden Submissionsprojekt Nr. 177380 ein zweites Mal vergeben werden sollten. Denn die Beschwerdeführerin hätte auch bei Zuschlagserteilung keinen Anspruch auf Erbringung der bereits anderweitig vergebenen und vertraglich vereinbarten Entsorgungsleistungen. Hinzu komme, dass aufgrund eines Vergleichs der bisher erbrachten Leistungen mit dem für diese Zeit (*pro rata temporis*) berechneten Kostendach davon auszugehen sei, dass die Zuschlagsempfänger des Projekts Nr. 169408 am Ende der Vertragsdauer die zugeschlagenen Vergabesummen nicht ausgeschöpft haben würden. Denn die A. \_\_\_\_\_ AG und die B. \_\_\_\_\_ AG hätten in den Jahren 2019 und 2020 lediglich ... % bzw. ... % des für diesen Zeitraum rechnerisch verfügbaren Kostendachs beansprucht, woraus eine "Restmenge" von ... % (entsprechend Fr. ...) bzw. ... % (entsprechend Fr. ...) resultiere. Im Lichte dessen, dass die Vergabestelle im Umfang der verbleibenden

Residualmenge, d.h. des nicht anderweitig konsumierten Teils der Vergabesumme, frei darin sei, die ausschreibungsgegenständlichen Saugleistungen bei den Zuschlagsempfängern des Projekts Nr. 169408 zu beziehen, finde insgesamt keine Aufstockung der Leistungen, sondern bloss eine Verschiebung innerhalb des indikativen Mengengerüsts statt.

**4.1.3** Die Vergabestelle stellt sich auf den Standpunkt, in der Anpassung des Leistungsgegenstands der streitbetreffenen Ausschreibung könne weder ein Widerspruch zur Wiedererwägungsverfügung vom 8. April 2019 noch eine Verletzung des Vertrauensprinzips erblickt werden. In ihrer Wiedererwägungsverfügung vom 8. April 2019, aber auch schon in ihrem Schreiben vom 22. Februar 2019 betreffend den Verfahrensabbruch (vgl. Sachverhaltsabschnitt A.d), habe die Vergabestelle wahrheitsgemäss und unter Einhaltung des Transparenzprinzips ihren Willen zur Vermeidung von Parallelzuständigkeiten kundgetan, indem sie auf die Unzulässigkeit einer Doppelvergabe hinsichtlich der bereits rechtskräftig vergebenen Leistungen verwiesen habe. Sie habe sich dabei "insbesondere" – und damit "beispielhaft", nicht aber "ausschliesslich" – auf die Entsorgungsleistungen mit den Veva-Codes 130502.1, 130502.2, 130502.3, 130508.1 und 130508.2 sowie die Spezialleistung "Kombiabsaugwagen" bezogen. Im Zeitpunkt der Wiedererwägungsverfügung sei die Entsorgung der darin ausdrücklich erwähnten Abfallkategorien (Abfälle aus Ölabscheidern [130502.1–3]; Abfallgemische aus Sandfanganlagen [130508.1-2]) jedenfalls im Umfang der zugeschlagenen Vergabesummen bereits rechtskräftig vergeben gewesen; dasselbe gelte für die weiteren abzusaugenden Abfallarten, welche aus dem Leistungsverzeichnis entfernt worden seien. Für die Vergabestelle habe kein Anlass bestanden, diese weiteren Abfallarten bereits in der Wiedererwägungsverfügung einzeln aufzuführen. Da (Teil-)Abbruchverfügungen, einschliesslich deren Wiedererwägungen, bloss summarisch zu begründen seien (Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 29 Bst. a aVöB), habe sie sich in der Wiedererwägungsverfügung darauf beschränkt, die mengen- und wertmässig wichtigsten der von der Reduktion betroffenen Leistungen zu nennen.

**4.2** Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen 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 ("Sonderabfälle") entfernt habe. Die eliminierten Entsorgungsleistungen seien nachträglich in das rechtskräftig abgeschlos-

sene Submissionsprojekt Nr. 169408 "Kanalreinigungen" transferiert worden, mit der Absicht, diese "unter der Hand" an die Zuschlagsempfänger dieses Projekts zu verteilen. Zu diesem Zweck seien mit E-Mail vom 26. September 2019 schriftliche Offerten eingeholt worden. Es liege keine zu korrigierende Doppelvergabe vor, sondern eine nachträgliche unrechtmässige Verschiebung von Leistungen in eine andere Ausschreibung zum Nachteil der Beschwerdeführerin.

**4.2.1** Die Beschwerdeführerin bringt vor, es treffe nicht zu, dass die Ausschreibung des streitbetroffenen Projekts Nr. 177380 ("Sonderabfälle") in der anfänglich publizierte Version vom 12. Oktober 2018 mit einem Fehler behaftet gewesen sei. Insofern könne keine Rede davon sein, dass der Leistungsgegenstand, namentlich hinsichtlich derjenigen Flüssigabfälle, für deren Entsorgung Kombisaugwagen eingesetzt würden, "versehentlich zu weit" definiert worden sei. Die Vergabestelle stelle den Sachverhalt wahrheitswidrig dar, wenn sie ausführt, sie habe eine "ungeplante Doppelvergabe" berichtigen müssen. Denn es sei ihre ursprüngliche Idee gewesen, die Kanalreinigung und den Kanalunterhalt an ein Kanalreinigungsunternehmen und die Entsorgung von Ölabscheiderabfällen an einen Sonderabfallentsorger zu vergeben. Zwischen den in Frage stehenden Tätigkeiten, d.h. der Kanalreinigung und der Entsorgung von Sonderabfällen, bestünden keine Überschneidungen: Es entspreche der Praxis, dass ein Kanalreinigungsunternehmen im Rahmen des Kanalunterhalts die Reinigung der Kanalisation separat durchführe und im Anschluss daran den Schlammsammler entleere, wobei Kleinmengen an (abzusaugenden) Sonderabfällen anfielen. Hingegen erfolge die Entleerung des Ölabscheiders erst nachträglich durch den Sonderabfallentsorger. Die Abgrenzung zwischen den beiden Tätigkeitsbereichen sei von Anfang an klar gewesen und habe in der Vergangenheit noch nie Schwierigkeiten bereitet. Es komme nicht darauf an, ob der Inhalt der Ölabscheider fest oder flüssig sei bzw. ob dieser in Gebinden oder im Tank entsorgt werde; entscheidend sei indessen, ob die Ölabscheider periodisch oder aperiodisch entleert würden bzw. ob die Entleerung im Zusammenhang mit dem Unterhalt der Abscheidergefässe, der Kanäle, der Leitungen und der Schlammsammler oder aber im Rahmen der periodischen Entsorgung von Sonderabfällen erfolge. Dies ergebe sich bereits aus Ziff. 1.3 der Leistungsanforderungen-Version 2.0 vom 26. September 2019 des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") (Annex II), wonach – wie schon der Projekttitle indiziere – die (fach- und zeitgerechte) Reinigung der Entwässerungsanlagen dessen Beschaffungsgegenstand bilde. Die periodische Entleerung von Flüssigkeiten aus

Ölabscheidern sei hingegen Teil der streitbetroffenen Ausschreibung "Sonderabfälle".

**4.2.2** Des Weiteren führt die Beschwerdeführerin aus, dass diese Unterscheidung auch der Vergabestelle klar gewesen sei, weshalb sie richtigerweise lediglich kleine Mengen an Ölabscheider-, Schlammsammler- und Fettabscheiderabfällen in die Ausschreibungsunterlagen vom 31. Juli 2018 zum Projekt Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") aufgenommen habe. Anhand der im Preisblatt aufgeführten Mengen (z.B. für Los 2 [ALC Grolley]: 0.5 t Ölabscheiderabfälle [Position 183.011]) sei für einen fachkundigen Anbieter ohne Weiteres erkennbar, dass die periodische Entleerung der Ölabscheider nicht zum Leistungsgegenstand der Ausschreibung "Kanalreinigungen" gehöre. Die Vergabestelle sei zudem von einem Anbieter für das Projekt Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") explizit darauf aufmerksam gemacht worden, dass die angegebenen Mengen an Öl- und Fettabscheiderabfällen im Verhältnis zu den Anlagen "sehr gering" seien. Anstatt die angeblich zu tief geschätzten Quantitäten zu korrigieren, habe die Vergabestelle im SIMAP-Frageforum zum Projekt "Kanalreinigungen" mitgeteilt, dass das Mengengerüst auf den "Vergangenheitswerten der letzten Jahre" basiere. Damit hätten die betroffenen Anbieter davon ausgehen müssen, dass das (periodische) Absaugen von Ölabscheidern nicht in der Ausschreibung "Kanalreinigungen" integriert sei. Sodann habe die Vergabestelle im Rahmen der Ausschreibung "Sonderabfälle" mit ihrer Antwort im SIMAP-Frageforum (vgl. Sachverhaltsabschnitt A.b) nochmals bestätigt, dass die parallel ausgeschriebenen Abfälle mit den Veva-Codes 130502 und 130508 auch "ausserhalb von Kanalsanierungstätigkeiten" entsorgt werden müssten. Damit seien die Grossmengen an Ölabscheiderabfällen, wie in den Vorjahren, durch den Zuschlagsempfänger des Projekts Nr. 177380 ("Sonderabfälle") zu bewirtschaften. Es könne mithin keine Rede davon sein, dass die streitbetroffene Ausschreibung sowie die Antwort der Vergabestelle im SIMAP-Frageforum fehlerhaft gewesen seien.

Durch ein fadenscheiniges Konstrukt, so die Beschwerdeführerin weiter, beabsichtige die Vergabestelle, im Nachhinein das Absaugen von Flüssigabfällen in die Ausschreibung "Kanalreinigungen" zu verschieben. Der Grund dafür sei wohl darin zu erblicken, dass die Vergabestelle nach der Offertöffnung festgestellt habe, dass die Zuschlagsempfänger des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") ihre Saugleistungen zur Entsorgung von Sonderabfällen zu tieferen Preisen anbieten würden. Die Behauptung der Vergabestelle, dass Entwässerungsanlagen mittels Kombisaugwagen gereinigt und abgesaugt werden müssten, während andere feste

(Sonder-)Abfälle sowie Flüssigabfälle in Gebinden nur von einem geeigneten Lastwagen abzutransportieren seien, sei falsch und konstruiert. Abgesehen davon, dass die (branchenfremde) Aufteilung in Reinigungs- bzw. Saugleistungen einerseits und Entsorgungsleistungen andererseits faktisch nicht realisierbar sei, zumal jeder abzusaugende Abfallstoff durch den zuständigen Dienstleister auch verwertet bzw. entsorgt werden müsse, verfügten die Zuschlagsempfänger des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") für bestimmte (mittels Saugfahrzeugen abzuholende) Abfallstoffe teilweise über keine entsprechende Annahmewilligung (gemäss dem Auszug "Veva-Online" fehlten folgende Annahmewilligungen: A. \_\_\_\_\_ AG: andere Basen [Veva-Code 60205], ölhaltige Abfälle [Veva-Code 160708]; B. \_\_\_\_\_ AG: andere Basen [Veva-Code 60205], Heizöl und Diesel [Veva-Code 130701], andere Brennstoffe [Veva-Code 130703], Bremsflüssigkeiten [Veva-Code 160113], Frostschutzmittel [Veva-Code 160114]). Des Weiteren sei zu berücksichtigen, dass der Abtransport von Sonderabfällen, soweit es sich um Gefahrgut handle, den Vorschriften der Verordnung vom 29. November 2022 über die Beförderung gefährlicher Güter auf der Strasse (SDR, SR 741.621) sowie des Übereinkommens über die internationale Beförderung gefährlicher Güter auf der Strasse (ADR, SR 0.741.621) unterliege. Im SIMAP-Frageforum zum Projekt "Kanalreinigungen" habe die Vergabestelle eine Frage zur Erforderlichkeit der SDR/ADR-Zulassung für die einzusetzenden Fahrzeuge dahingehend beantwortet, dass es "in Ausnahmefällen" vorkommen könne, dass ein Gefahrgut transportiert werden müsse. Nach den Ausführungen der Vergabestelle sollten nunmehr indessen sämtliche abzusaugende Abfälle – ungeachtet, ob es sich um Gefahrgut handle oder nicht – von den dafür nicht ausgerüsteten Zuschlagsempfängern des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") entsorgt werden.

**4.2.3** Ferner bringt die Beschwerdeführerin vor, dass ein (Kombi-)Saugfahrzeug ein reines Arbeitsinstrument sei, welches bei allen drei Submissionsprojekten betreffend Entsorgungsleistungen zum Einsatz komme. Würde die mehrfache Vergabe dieses Arbeitsinstruments – entsprechend der Konzeption der Vergabestelle – eine unzulässige Doppelvergabe darstellen, so hätte im Rahmen des Projekts Nr. 159513 ("Entsorgungs- und Verwertungsleistungen") der C. \_\_\_\_\_ AG die Bewirtschaftung der Fettabscheider nicht zugeschlagen werden dürfen (vgl. E-Mail-Korrespondenz zwischen der C. \_\_\_\_\_ AG und der Beschwerdeführerin vom August 2020), da das Absaugen von Fettabscheiderabfällen ebenfalls mittels Kombisaugwagen erfolge. Insofern erweise sich das von der Vergabestelle herangezogene Abgrenzungskriterium, ob ein Abfallstoff mittels Saugleistung

(Kombisaugwagen) abzuholen sei oder nicht, als inkonsistent und irrelevant. Ausserdem treffe es nicht zu, dass die Vergabestelle von Anfang an intendiert habe, die Entsorgung der Abfälle mit den Veva-Codes 60205, 100103, 130205, 130208, 130507, 130701, 130703, 130703.1, 160113, 160114, 160115, 160115.1, 160708 und 200304 nur dann dem vorliegenden Projekt Nr. 177380 zuzuweisen, soweit diese als Stückgut bzw. in Form von Gebinden anfielen. Mit dieser Konstruktion, welche erst nachträglich – mutmasslich nach dem Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. September 2020 – entstanden sei, soll der Eindruck erweckt werden, dass das Abgrenzungskriterium des Saugwagens aus praktischer und ökologischer Sicht zwingend sei. In Wahrheit diene dies einzig dazu, das rechtswidrige Herausbrechen der der Beschwerdeführerin zustehenden Leistungen zu verschleiern. Denn während die Vergabestelle in ihrer Vernehmlassung vom 4. November 2019 noch behauptet habe, es mache betrieblich keinen Sinn, Abfälle mit gleichen Veva-Codes von unterschiedlichen Entsorgungsunternehmen abholen zu lassen, habe sie anlässlich ihrer Eingabe vom 14. Januar 2021 plötzlich festgestellt, dass die korrigierten Ausschreibungsunterlagen erneut falsch gewesen seien. Die Vergabestelle verhalte sich widersprüchlich und ändere ihre Argumentation laufend je nach Verfahrensstand.

**4.2.4** Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, es handle sich klarerweise um eine rechtserhebliche Ausweitung des entsprechenden Leistungsgegenstands, wenn die Vergabestelle wesentliche Mengen an Ölabscheiderabfällen (Veva-Codes 130502.1, 130502.2, 130502.3, 130508.1, 130508.2) sowie zusätzliche Sonderabfallstoffe (Veva-Codes 60205, 100103, 130205, 130208, 130507, 130701, 130703, 130703.1, 160113, 160114, 160115, 160115.1, 160708 und 200304) nachträglich in das Projekt Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") transferiere. Mit einer allfälligen Ausschöpfung des Kostendachs bzw. der Vergabesumme habe dies nichts zu tun. Dass es bei dieser Vorgehensweise nicht darum gehe, rechtskräftig vergebene Leistungen aus dem Leistungsgegenstand der Ausschreibung "Sonderabfälle" zu eliminieren, ergebe sich schon daraus, dass die Differenz zwischen den in den jeweiligen (ursprünglichen) Ausschreibungsunterlagen angegebenen Mengen an Ölabscheiderabfällen mit den Veva-Codes 130502.1, 130502.2 und 130502.3 (Projekt Nr. 169408: 8.5 t; Projekt Nr. 177380: 560 t) 551.5 Tonnen (Faktor 65) betrage. Eine derartige Fehleinschätzung sei unmöglich, zumal die Vergabestelle entgegen ihrer Behauptung im Besitz der einschlägigen (Mengen-)Statistiken der Beschwerdeführerin gewesen sei. So habe die Beschwerdeführerin die

in der Verordnung des UVEK vom 18. Oktober 2005 über Listen zum Verkehr mit Abfällen (SR 814.610.1) indizierten Veva-Codes in ihrer internen Dokumentation jeweils durch einen Punkt und einer weiteren Zahl hinter der sechsstelligen Nummer weiter spezifiziert (z.B. 130703[.1] oder 160115[.1]). Diese internen, nicht offiziellen Bezeichnungen der Beschwerdeführerin habe die Vergabestelle sogar in den Ausschreibungsunterlagen übernommen, womit klar sei, dass ihr referentielle Erfahrungswerte zur Verfügung gestanden hätten. Im Übrigen könne die Vergabestelle nichts zu ihren Gunsten ableiten, wenn sie auf die in den Ausschreibungsunterlagen des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") figurierende hohe Anzahl an Arbeits- und Saugfahrzeugstunden (vgl. Leistungsanforderungen vom 31. Juli 2018) hinweise. Die veranschlagten Arbeitsstunden seien nämlich in erster Linie auf die Kanalreinigung zurückzuführen, welche viel aufwändiger als die Entleerung des Ölabscheiders sei. Denn ein Ölabscheider mit einem Volumen von fünf Kubikmetern werde mit einem modernen Saugfahrzeug bereits innert 30 Minuten entleert. Indessen könne aus den ursprünglich vorgesehenen Mengen an Sonderabfällen, welche realistischerweise im Zusammenhang mit der Kanalreinigung anfielen, abgeleitet werden, dass das periodische Absaugen von Ölabscheidern nicht zum Leistungsgegenstand der Ausschreibung "Kanalreinigungen" gehöre.

### **4.3**

**4.3.1** 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 (JÜRIG 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).

**4.3.2** Aus einer vertrauenstheoretischen Auslegung der Wiedererwägungsverfügung vom 8. April 2019 lassen sich zum einen ein retrospektiver Ansatz ("bereits rechtskräftig vergeben"), zum anderen aber auch eine quantitative Limitierung der Leistungsreduktion ("nur einen untergeordneten Teil der ausgeschriebenen Leistungen") ableiten.

In retrospektiver Hinsicht ist von einer mit der Wiedererwägungsverfügung inkongruenten Leistungsreduktion auszugehen, wenn die eliminierten Leistungen bereits vor dem 8. April 2019 in einem anderen Vergabeverfahren rechtskräftig vergeben wurden. Dies bedingt, dass die Aufteilung in Kanalreinigungs- und Saugleistungen, welche ausschliesslich dem Projekt Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") zuzuordnen seien, und Entsorgungsleistungen im Zusammenhang mit anderen – nicht abzusaugenden – Sonderabfällen (Abfallstoffe in einem festen Aggregatzustand oder Flüssigabfälle in Gebinden), welche den Gegenstand des streitbetroffenen Projekts Nr. 177380 bilden würden, von der Vergabestelle spätestens im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit den Zuschlagsempfängern des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") (6. Dezember 2018 bzw. 20. Dezember 2018) beabsichtigt war. Soweit die Vergabestelle in diesem Zusammenhang ausführt, diese Aufteilung sei "von Anfang an" intendiert gewesen, ist zu deren Ungunsten festzuhalten, dass ihre Ausführungen sich in mehrfacher Hinsicht nicht mit der Aktenlage decken. So führte die Vergabestelle im Zeitraum vom 12. Oktober 2018 bis 12. November 2018 in ihrer Antwort im SIMAP-Frageforum der streitbetroffenen Ausschreibung (vgl. Sachverhaltsabschnitt A.b) noch aus, dass die im Rahmen des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") zu vergebenden Leistungen mit den Veva-Codes 130502 und 130508 ausschliesslich Entsorgungen "im Zusammenhang mit Kanalsanierungstätigkeiten" beinhalteten. Die Intention, sämtliche mit Saugleistungen verbundene (Sonder-)Abfälle dem Projekt Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") zuzuweisen, lässt sodann auch die folgende Antwort der Vergabestelle im SIMAP-Frageforum "Kanalreinigungen" (Los Nr. 7) nicht erkennen:

"Frage: [...] Unter dieser Pos. muss bestätigt werden, dass ADR/SDR-Fahrzeuge eingesetzt werden [...]. Auf dem Preisblatt ist jedoch nirgends Material mit gefährlichen Gütern zum Entsorgen vorgesehen. Heisst [das, dass] ein SDR/ADR-Fahrzeug für diese Arbeiten gar nicht notwendig [ist]? Sollte aus irgendwelchen Gründen Sondermüll in den Schächten vorhanden sein, ist dies ja kein Bestandteil dieser Ausschreibung. Frage: Warum muss man für diese Arbeiten SDR/ADR-Fahrzeuge zwingend zur Verfügung stellen [...]?"

Antwort: Es kann in Ausnahmefällen vorkommen, dass ein Gefahrgut (z.B. Flammpunkt zu hoch) vorhanden ist und somit dem ADR/SRD-Fahrzeug geführt und nach den Vorschriften entsorgt werden muss. Diese Leistung kann der Anbieter auch mit einem Subunternehmer sicherstellen."

In quantitativer Hinsicht ist weiter zu beachten, dass in der Ausschreibung "Kanalreinigungen" die ursprünglich geringfügigen Mengen an Abfällen mit den Veva-Codes 130502 und 130508 (gemäss Ausschreibungsunterlagen vom 31. Juli 2018) erst mit E-Mail vom 26. September 2019 um ein Vielfaches (Faktor 145; vgl. E. 3.2) erhöht wurden, nachdem die entsprechenden Leistungen aus dem Projekt Nr. Projekt Nr. 177380 ("Sonderabfälle") entfernt worden waren.

**4.3.3** Die Antworten der Vergabestelle in den SIMAP-Foren, welche keine Hinweise auf das von der Vergabestelle dargestellte neue Entsorgungskonzept enthalten, sowie die erhebliche Fehlschätzung der Quantitäten in den Ausschreibungsunterlagen des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") vom 31. Juli 2018, aber auch der Zeitpunkt der Anfrage an die Zuschlagsempfänger vom 26. September 2019, legen den Schluss nahe, dass im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit den Zuschlagsempfängern des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") (6. Dezember 2018 bzw. 20. Dezember 2018) die Zuordnung sämtlicher mit Saugleistungen verbundenen (Sonder-)Abfälle zum Projekt "Kanalreinigungen" noch nicht beabsichtigt war. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Vergabestelle zu diesem Zeitpunkt noch davon ausging, dass beide Projekte Saugleistungen beinhalteten (vgl. Antwort im SIMAP-Frageforum des Projekts Nr. 177380), wobei aufgrund des ursprünglichen Mengengerüsts der Ausschreibung "Kanalreinigungen" anzunehmen ist, dass die Entleerung der Ölabscheider (Veva-Codes 130502 und 130508) ausserhalb der aperiodisch durchzuführenden Kanalreinigungen dem streitbetroffenen Projekt zugeordnet worden sei. Die Ausführungen der Vergabestelle zu internen Missverständnissen und fehlenden Erfahrungswerten vermögen diese Annahme nicht zu entkräften, zumal die Beschwerdeführerin überzeugend dargelegt hat, dass sie die betreffenden Jahresstatistiken der Vergabestelle regelmässig zur Verfügung stellte.

**4.3.3.1** Davon ausgehend, dass im hier relevanten Zeitpunkt eine Zuweisung sämtlicher mit Saugleistungen verbundenen (Sonder-)Abfälle zum Projekt Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") nicht intendiert war, stellen die den Zuschlagsempfängern mit E-Mail vom 26. September 2019 zusätzlich angebotenen Leistungen und Quantitäten eine gegenüber dem ursprünglichen Ausschreibungsgegenstand neue Leistungskategorie dar, was sich im Übrigen auch aus der Systematik der aktualisierten Version der Leistungsanforderungen ergibt (vgl. Beschwerde-Beilage Nr. 11, wo die im Projekt Nr. 177380 eliminierten Positionen als "Entsorgung von Sondermüll mittels Saugwagen und ohne Saugwagen" [S. 12] neben den anfänglichen

Leistungsarten "Kanalreinigungs- und Saugarbeiten" etc. figurieren). Zudem ist in der E-Mail vom 26. September 2019 an die Zuschlagsempfänger des Projekts Kanalreinigungen nicht nur von "höheren Mengen", sondern explizit von "zusätzlichen Leistungen" die Rede (vgl. Sachverhaltsabschnitt C.c). Insofern handelt es sich bei diesen Leistungen nicht um ein "Plus an Quantitäten", sondern um ein Aliud. Der Vergabestelle kann daher nicht gefolgt werden, wenn sie sich auf den Standpunkt stellt, es liege diesbezüglich eine Verschiebung innerhalb des indikativen Mengengerüsts vor.

#### **4.3.4**

**4.3.4.1** Aus dem Gesagten folgt, dass in Bezug auf die eliminierten Leistungen mit den Veva-Codes 60205, 100103, 130205, 130208, 130507, 130701, 130703, 130703.1, 160113, 160114, 160115, 160115.1, 160708, 200304 sowie hinsichtlich der eliminierten Leistungen mit den Veva-Codes 130502.1, 130502.2, 130502.3, 130508.1, 130508.2, soweit Quantitäten davon nicht explizit in Annex II ("Leistungsanforderungen", Ziff. 2.2 "Mengengerüst", Position 183.011) der Dienstleistungsverträge mit den Zuschlagsempfängern des Projekts Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") aufgeführt sind (Dienstleistungsvertrag zwischen der Vergabestelle und der A. \_\_\_\_\_ AG vom 6. Dezember 2018 [Vertrags-Nr.: ...; iGeko-Nr.: ...]; Dienstleistungsvertrag zwischen der Vergabestelle und der B. \_\_\_\_\_ AG vom 20. Dezember 2018 [Vertrags-Nr.: ...; iGeko-Nr.: ...]), nicht davon auszugehen ist, dass diese bereits rechtskräftig vergeben worden sind. Insofern besteht eine Inkongruenz zur Wiedererwägungsverfügung vom 8. April 2019.

Insoweit, als die Elimination dieser Leistungen zum Wegfall der ursprünglich vorgesehenen Anfahrtsorte Avully, Belp, Blankenburg, Boltigen, Bremgarten, Curaglia, Erstfeld, Niedergesteln, Rümlang, S-chanf, Stalden (Sarnen) und Walenstadt geführt hat (vgl. E. 3.1), liegt diesbezüglich ebenfalls eine Inkongruenz zur Wiedererwägungsverfügung vom 8. April 2019 vor.

**4.3.4.2** Hingegen resultiert aus dem retrospektiven Ansatz, dass in Bezug auf die Elimination der Leistungen mit den Veva-Codes 200137 und 200301, welche bereits in den Ausschreibungsunterlagen vom 31. August 2017 zum Projekt Nr. 159513 ("Entsorgungs- und Verwertungsleistungen") explizit aufgeführt waren und im Dienstleistungsvertrag (Annex III) zwischen der Vergabestelle und der C. \_\_\_\_\_ AG vom 23. Mai 2018 (Vertrags-Nr.: ...; iGeko-Nr.: ...) entsprechend übernommen wurden (vgl. E. 3.3), von einer bereits rechtskräftig erfolgten Vergabe auszugehen

ist. Deren Elimination steht daher nicht im Widerspruch zur Wiedererwägungsverfügung vom 8. April 2019.

**4.3.4.3** Auch bezüglich der Vertragsdauer ist davon auszugehen, dass keine Inkongruenz zur Wiedererwägungsverfügung vom 8. April 2019 besteht. Denn aus dem ursprünglichen Vertragsentwurf, welcher Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen vom 12. Oktober 2018 bildete, wird ersichtlich, dass das Ende der Grundlaufzeit jeweils fix bis zum 31. Dezember 2022 terminiert war (mit Option für Verlängerung um dreimal ein Jahr), während deren Beginn mittels einer Variable ("tt.mm.jjjj") offengelassen wurde. Vertrauenstheoretisch ergibt sich daraus, dass die Beschwerdeführerin nicht davon ausgehen durfte, dass sich die Grundlaufzeit über den 31. Dezember 2022 hinaus verlängert.

## 5.

**5.1** Es stellt sich die Frage, wie die Reduktion des Leistungsgegenstands im Umfang der dargelegten Inkongruenz zur Wiedererwägungsverfügung vom 8. April 2019 submissionsrechtlich zu qualifizieren ist.

**5.1.1** 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).

**5.1.1.1** 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 (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 Verordnungsgeber in Art. 30 aVöB 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 aVöB] Abbruch, Wiederholung und Neuauflage des Vergabeverfahrens

<sup>1</sup> Die Auftraggeberin bricht das Verfahren ab, wenn sie das Projekt nicht verwirklicht.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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; 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 [auszugsweise publiziert in BVGE 2020 IV/2] 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 [auszugsweise publiziert in BVGE 2020 IV/2] E. 5.3 und B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 E. 2.2).

**5.1.1.2** Der Abbruch des Vergabeverfahrens ist eine selbständig anfechtbare Verfügung (Art. 29 Bst. a aBöB). In BVGE 2012/28 erwoog 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.).

**5.1.2** 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).

**5.1.3** 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 Zuschlagsverfü-

gung vom 11. September 2019 ausklammerte, ist von einem impliziten Teilabbruch auszugehen. Im Lichte dessen, dass die Vergabestelle die streitbetroffenen Leistungen im Verfahren Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") zu beschaffen beabsichtigte und diese Leistungen im Projekt Nr. 169408 eine neue Leistungskategorie darstellen, handelt es sich um einen provisorischen Teilabbruch. Insofern kann der Vergabestelle nicht gefolgt werden, wenn sie sich auf den Standpunkt stellt, es liege ein definitiver Teilabbruch vor, da sie die eliminierten Leistungen nicht doppelt benötige.

**5.2** Im Folgenden ist die Rechtmässigkeit des Teilabbruchs zu prüfen.

**5.2.1** 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.

**5.2.1.1** 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 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 (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.

**5.2.1.2** 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 abbrechen bzw. einen bereits erfolgten Zuschlag widerrufen, wenn sachliche Gründe dieses Vorge-

hen 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 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 [auszugsweise publiziert in BVGE 2020 IV/2] 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 [auszugsweise publiziert in BVGE 2020 IV/2] 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. B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 3.6).

**5.2.2** 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 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 ("Kanalreinigungen") deshalb nicht beteiligt, weil bezüglich der Entsorgung von Öl- und Fettabseidern 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. Es handle sich um eine wesentliche Leistungsreduktion, welche durch keinen sachlichen Grund gerechtfertigt sei. Insbesondere erwiesen sich die von der Vergabestelle herangezogenen Nachhaltigkeitsgründe bei näherer Betrachtung als unzutreffend, da den Zuschlagsempfängern des Projekts Nr. 169409 ("Kanalreinigungen") teilweise die für die Annahme von Sonderabfällen erforderlichen Bewilligungen fehlten.

**5.2.3** Demgegenüber führt die Vergabestelle aus, der Leistungsgegenstands des Projekts Nr. 177380 sei nicht wesentlich reduziert worden. Zwar werde nicht in Abrede gestellt, dass aufgrund der vorgenommenen Berichtigung ein kleineres Entsorgungsvolumen anfallt. Dies sei jedoch nicht relevant, da sich die Wesentlichkeit allein aus einem Vergleich des aktuellen zum potentiellen Anbieterkreis ergebe. Es sei jedoch nicht ersichtlich, dass die vorgenommene Leistungsreduktion zusätzliche Anbieter auf den Plan rufen könnte. Denn der Anbieterkreis würde sich aller Voraussicht nach auch bei einer Wiederholung des gesamten Verfahrens nicht ändern. Auch hätte ein Gesamtabbruch keine Besserstellung der Beschwerdeführerin zur Folge.

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 der vorgenommenen Berichtigung habe eine Doppelvergabe vermieden werden sollen. Für die Ausscheidung lägen zudem betriebliche und ökologische Gründe vor. Denn die Auftrennung in Reinigungs- und Saugleistungen auf der einen Seite und anderen Entsorgungsleistungen auf der anderen Seite sei unter Nachhaltigkeitsaspekten geboten. Müssten nämlich für dasselbe Objekt jeweils mehrere Leistungserbringer aufgeboten werden, würde dies eine substantielle Anzahl von LKW-Mehrfahrten mit sich bringen, was in diametralem Widerspruch zur neuen Beschaffungsstrategie des Bundes stehe.

Auch würde eine künstliche Auftrennung der oftmals zusammenfallenden Aktivitäten "Reinigen" und "Saugen" keinen Sinn ergeben.

**5.2.4** Die Vergabestelle verneint vorliegend die Wesentlichkeit mit dem Argument, dass sich diese nicht summenmässig, sondern einzig über das Kriterium der hypothetischen (Anbieter-)Wettbewerbsrelevanz definiere, wobei keine weiteren Anbieter in Frage kämen. Dem ist entgegenzuhalten, dass die von der Vergabestelle intendierte Umlagerung der in der Ausschreibung "Sonderabfälle" eliminierten Leistungen in das (abgeschlossene) Projekt Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") einer freihändigen Vergabe entspricht, welche die Beschwerdeführerin vom Anbieterwettbewerb ausschliessen würde. Denn die Beschwerdeführerin reichte in der Ausschreibung "Kanalreinigungen" nur deshalb kein Angebot ein, weil sie gestützt auf die ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen berechtigterweise von Kleinmengen ausging. Insofern ist mit Blick auf die Wettbewerbswirksamkeit der anvisierten Transferierung der eliminierten Leistungen in das Verfahren Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") die Wesentlichkeit der Leistungsreduktion im Projekt Nr. 177380 zu bejahen. Im Ergebnis bewirkt diese Vorgehensweise, dass ein Zuschlag der streitbetroffenen Leistungen an die Beschwerdeführerin in treuwidriger Weise verhindert würde, weshalb das Vorliegen eines sachlichen Grundes hierfür von vornherein zu verneinen ist.

**5.2.5** Demnach erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin, der implizit erfolgte Teilabbruch des Vergabeverfahrens Nr. 177380 ("Sonderabfälle") sei rechtswidrig, als begründet, soweit sie sich auf die dargelegte Inkongruenz zur Widererwägungsverfügung vom 8. April 2019 (vgl. E. 4.3.4) bezieht.

## **6.**

**6.1** Gemäss Art. 32 Abs. 1 aBöB entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst (reformatorisch) oder weist diese mit verbindlichen Weisungen an die Auftraggeberin zurück (kassatorisch). Nach der im interkantonalen Submissionsrecht entwickelten Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. BGE 146 II 276 E. 6.2.1), welche prinzipiell auch im Anwendungsbereich des öffentlichen Beschaffungswesens des Bundes zum Tragen kommt (vgl. Urteil des BGer 2C\_399/2021, 2C\_427/2021, 2C\_565/2021 vom 28. Februar 2022 E. 4.5), hat die Beschwerdeinstanz ihre Kompetenz, ein reformatorisches Urteil zu fällen, ausschliesslich in

Konstellationen anzuwenden, die "hinreichend geklärt" sind (vgl. auch Urteile des BVGer B-5266/2020 vom 25. August 2021 E. 6.8 und B-5601/2018 vom 24. April 2019 E. 8 m.w.H.). Eine solche Konstellation liegt namentlich dann vor, wenn am Vergabeverfahren lediglich zwei Anbieterinnen teilnehmen oder der Zuschlag ohne Weiteres an die nächstbesser platzierte Anbieterin erteilt werden kann, da keine weiteren Anbieterinnen für den Zuschlag in Frage kommen. Hingegen mangelt es beispielsweise an der erforderlichen Klarheit, wenn zweifelhaft ist, ob die beschwerdeführende Anbieterin das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht hat (vgl. BGE 146 II 276 E. 6.2.1).

**6.2** Gegen eine direkte Zuschlagserteilung durch das Bundesverwaltungsgericht wendet die Vergabestelle im Wesentlichen ein, dass bereits der Wettbewerbsgrundsatz es gebiete, bei einer Reintegration der eliminierten Leistungen in die streitbetreffene Ausschreibung zumindest eine Offerte der zweiten Anbieterin einzuholen und diese mit dem Angebot der Beschwerdeführerin zu vergleichen. Denn es sei zum aktuellen Zeitpunkt völlig offen, ob die Beschwerdeführerin hinsichtlich der eliminierten Leistungen das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht habe. Auch bestünden erhebliche Zweifel, ob die Beschwerdeführerin hinsichtlich der zusätzlichen Saugleistungen gewisse Eignungskriterien (namentlich EK 4, EK 8, EK 16) erfülle, weshalb diesbezüglich eine vertiefte Prüfung durch die Vergabestelle unerlässlich sei.

**6.3** Die Beschwerdeführerin reichte als einzige der beiden Anbieterinnen ein gültiges Angebot ein, weshalb die Vergabestelle auf eine Bewertung der Zuschlagskriterien verzichtete (vgl. Ziff. 4.2.8 des Evaluationsberichts vom 9. September 2019). Die Vergabestelle hielt in Ziff. 4.2.7 des Evaluationsberichts fest, dass die Beschwerdeführerin alle Eignungskriterien erfüllt. Die für das streitbetreffene Projekt definierten Eignungskriterien, welche sich anfänglich auf den gesamten (ungekürzten) Leistungsgegenstand bezogen hatten, wurden mit der Reduktion Leistungsgegenstands im Rahmen der aktualisierten Ausschreibungsunterlagen vom 15. Juli 2019 nicht geändert (vgl. Ziff. 4.1 des Evaluationsberichts vom 9. September 2019). Im Lichte dessen, dass mithin sowohl dem ursprünglichen als auch dem reduzierten Ausschreibungsgegenstand dieselben Eignungskriterien zugrunde liegen, hat eine Reintegration der eliminierten Leistungen keine Auswirkungen auf die bereits vorgenommene Prüfung der Eignungskriterien. Denn es ist weder ersichtlich noch von der Vergabestelle dargetan, dass (auch) die Definition der Eignungskriterien gemäss Ausschreibung

vom 12. Oktober 2018 (namentlich EK 4 ["Gesamtverantwortung für vorliegendes Projekt"], EK 8 ["Vertragsentwurf"], EK 16 ["Haftpflichtversicherung (Personen- und Sachschäden)"]), soweit darin überhaupt ein besonderer Bezug zu den bestimmten Saugleistungen erblickt werden kann, mit Fehlern behaftet gewesen sein soll. Entgegen der Annahme der Vergabestelle ist daher die Einholung einer neuen Offerte der (ausgeschlossenen) Mitanbieterin ebenso wenig erforderlich wie eine erneute Eignungsprüfung in Bezug auf das Angebot der Beschwerdeführerin. Da demnach keine weiteren Anbieterinnen für den Zuschlag der streitbetroffenen Entsorgungsleistungen in Frage kommen, ist in der vorliegenden Konstellation eine direkte Zuschlagserteilung durch das Bundesverwaltungsgericht möglich.

Soweit die Beschwerdeführerin indessen die "Anpassung des Vertrages" bzw. des Vertragsentwurfs verlangt (vgl. Beschwerdeantrag Ziff. 1 [in fine]), kann ihrem Antrag nicht entsprochen werden. (Anfechtungs-)Gegenstand des submissionsrechtlichen Beschwerdeverfahrens bilden ausschliesslich Verfügungen der Vergabestelle (vgl. Art. 27 Abs. 1 aBöB). Der Vertrag als solcher stellt kein zulässiges Beschwerdeobjekt dar (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1090), weshalb er mit einem Beschwerdeentscheid nicht unmittelbar rechtsgestaltend modifiziert werden kann. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Beschwerdeinstanz nicht befugt wäre, der Auftraggeberin Vorschriften über deren (künftiges) vertragliches Verhalten zu machen (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 17. Januar 2019, WB.2018.00469, E. 4.2; vgl. auch Zwischenentscheid des BVGer B-3579/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 4.3; FETZ/STEINER, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in: SBVR Allgemeines Ausenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Bd. XI, 3. Aufl. 2020, Rz. 204). Denn es widerspräche der Kohärenz der Rechtsordnung, wenn die vergaberechtliche "Vorordnung des Vertragsschlusses" keinerlei Auswirkungen auf die Vertragsgestaltung hätte (vgl. mutatis mutandis BVGE 2009/19 E. 7.2). Insofern ist vorliegend davon auszugehen, dass die Vergabestelle auch hinsichtlich ihres vertraglichen Verhaltens gegenüber der Beschwerdeführerin an die Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts betreffend den massgeblichen Leistungsgegenstand der streitbetroffenen Ausschreibung gebunden ist.

## 7.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Die Verfügung der Vergabestelle vom 11. September 2019 ist insoweit aufzuheben, als damit das Vergabeverfahren betreffend das SIMAP-Projekt Nr. 177380 im Sinne der Erwägungen teilweise abgebrochen worden ist.

Die vom (impliziten) Teilabbruch betroffenen Leistungen sind im Umfang der festgestellten Inkongruenz zur Wiedererwägungsverfügung vom 8. April 2019 (vgl. E. 4.3.4) nach Massgabe der Ausschreibungsunterlagen vom 12. Oktober 2018 und der Offerte vom 20. November 2018 im Sinne der Erwägungen der Beschwerdeführerin zuzuschlagen. Die Zuschlagserteilung hat rückwirkend auf den 11. September 2019 für eine Vertragslaufzeit bis zum 31. Dezember 2022 (mit Option für Verlängerung um dreimal ein Jahr) zu erfolgen, weil die Beschwerdeführerin während der Dauer des Beschwerdeverfahrens unbestrittenermassen die streitbetroffenen Leistungen erbringen konnte. Andernfalls würde die Zuschlagserteilung faktisch eine unzulässige Verlängerung der Vertragslaufzeit bewirken.

Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

## **8.**

Das Gesuch der Vergabestelle vom 7. Juli 2022, es sei ihr in Wiedererwägung des Zwischenentscheids vom 3. September 2020 freizustellen, die streitbetroffenen Leistungen für die verbleibende Dauer des Beschwerdeverfahrens auch bei den Zuschlagsempfängern der Ausschreibungen Nr. 169408 ("Kanalreinigungen") und Nr. 159513 ("Entsorgungs- und Verwertungsleistungen") zu beziehen, wird mit dem vorliegenden Endentscheid gegenstandslos.

## **9.**

**9.1** Bei diesem Ergebnis und unter Berücksichtigung des Zwischenentscheids vom 3. September 2020 gilt die Beschwerdeführerin als weitgehend obsiegend, weshalb ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 und 3 VwVG). Vergabestellen sind von der Kostentragungspflicht befreit (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

**9.2** Eine ganz oder teilweise obsiegende Partei hat Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten, welche der Vergabestelle aufzuerlegen ist (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 (Art. 8 VGKE). Die Beschwerdeführerin hat keine Kostennote eingereicht, weshalb das Gericht die Parteientschädigung aufgrund der Akten festlegt (Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Mit dem vorliegenden Urteil ergeht ein Entscheid nach abgeschlossenem Hauptverfahren, in welchem die Beschwerdeführerin im Anschluss an einen doppelten Schriftenwechsel im Zusammenhang mit dem Zwischenentscheid vom 3. September 2020 nochmals umfassend zu den neuen Rechtsbegehren und Vorbringen der Vergabestelle in ihren umfangreichen Eingaben vom 14. Januar 2021 und 30. Juni 2021 Stellung nehmen musste. In Anbetracht des Umfangs und der Komplexität der Streitsache erscheint daher eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 30'000.– als angemessen.

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

### **1.**

**1.1** Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die Verfügung der Vergabestelle vom 11. September 2019 wird insoweit aufgehoben, als damit das Vergabeverfahren betreffend das SIMAP-Projekt Nr. 177380 im Sinne der Erwägungen teilweise abgebrochen worden ist.

**1.2** Die folgenden Leistungen werden, rückwirkend auf den 11. September 2019 für eine Vertragslaufzeit bis zum 31. Dezember 2022 (mit Option für Verlängerung um dreimal ein Jahr), nach Massgabe der Ausschreibungsunterlagen vom 12. Oktober 2018 und der Offerte vom 20. November 2018 im Sinne der Erwägungen der Beschwerdeführerin zugeschlagen:

Leistungen im Zusammenhang mit Abfällen mit den Veva-Codes 60205, 100103, 130205, 130208, 130507, 130701, 130703, 130703.1, 160113, 160114, 160115, 160115.1, 160708, 200304;

Leistungen im Zusammenhang mit Abfällen mit den Veva-Codes 130502.1, 130502.2, 130502.3, 130508.1, 130508.2, soweit Quantitäten davon nicht explizit in Annex II ("Leistungsanforderungen", Ziff. 2.2 "Mengengerüst", Position 183.011) zum Dienstleistungsvertrag zwischen der Vergabestelle und der A.\_\_\_\_\_ AG vom 6. Dezember 2018 betreffend die Ausschreibung "Kanalreinigungen" vom 31. Juli 2018 [SIMAP-Projekt-Nr. 169408; Vertrags-Nr.: ...; iGeko-Nr.: ...] und in Annex II ("Leistungsanforderungen", Ziff. 2.2 "Mengengerüst", Position 183.011) zum Dienstleistungsvertrag zwischen der Vergabestelle und der B.\_\_\_\_\_ AG vom 20. Dezember 2018 betreffend die Ausschreibung "Kanalreinigungen" vom 31. Juli 2018 [SIMAP-Projekt-Nr. 169408; Vertrags-Nr.: ...; iGeko-Nr.: ...]) aufgeführt sind.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

### **2.**

Das Gesuch der Vergabestelle vom 7. Juli 2022 um Wiedererwägung des Zwischenentscheids vom 3. September 2020 ist gegenstandslos geworden.

### **3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 8'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils auf ein von ihr zu bezeichnendes Konto zurückerstattet.

**4.**

Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vergabestelle eine Parteientschädigung von Fr. 30'000.– zugesprochen. Dieser Betrag ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu überweisen.

**5.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin und die Vergabestelle.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Christoph Errass

Davide Giampaolo

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]), sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und 2 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 18. August 2022

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde;  
Beilage: Rückerstattungsformular);
- die Vergabestelle (Ref-Nr.: [...]; Gerichtsurkunde).