

Tribunal fédéral – 2C_654/2022
II^e Cour de droit public
Arrêt du 28 septembre 2022

Marchés publics
Öffentliche
Beschaffungswesen



Bundesgericht – 2C_654/2022
II. öffentlichen Abteilung
Urteil vom 28. September 2022

Délai de recours au
Tribunal fédéral
Beschwerdefrist an das
Bundesgericht

Art. 46 et 132 LTF
Art. 46 und 132 BGG

Délai de recours au TF (art. 46 al. 2 let. e et 132 LTF) – Selon l’art. 46 al. 2 let. e LTF, les délais ne sont pas suspendus pendant les fêtes, en matière de marchés publics. Conformément à l’art. 132 al. 1 LTF, cette disposition, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2021, s’applique à toutes les procédures d’adjudication de la Confédération si la décision attaquée a été rendue après cette date, indépendamment du fait que les procédures ont été engagées sous l’empire de l’ancienne LMP ou de la LMP totalement révisée (consid. 3 et 4).

Frist für die Beschwerde an das BGer (Art. 46 Abs. 2 Bst. e und 132 BGG) – Gemäss Art. 46 Abs. 2 Bst. e BGG stehen die Fristen bei öffentlichen Aufträgen während der Feiertage nicht still. Gemäss Art. 132 Abs. 1 BGG gilt diese Bestimmung, die am 1. Januar 2021 in Kraft getreten ist, für alle Vergabeverfahren des Bundes, wenn der angefochtene Entscheid nach diesem Datum gefällt wurde, unabhängig davon, ob die Verfahren unter dem alten BoeB oder dem total revidierten BoeB eingeleitet wurden (E. 3 und 4).

Besetzung

Bundesrichterin Aubry Girardin, Präsidentin,
Bundesrichter Beusch,
Bundesrichterin Ryter,
Gerichtsschreiberin Ivanov.

Verfahrensbeteiligte

A. AG,
Beschwerdeführerin, vertreten durch
Rechtsanwältin Daniela Lutz,
Lutz Müller Rechtsanwälte,

gegen

Bietergemeinschaft L., bestehend aus:

C. AG,
D. GmbH,
E. AG,

alle drei vertreten durch Rechtsanwalt Christoph Isler, epartners Rechtsanwälte AG,

F. AG,

vertreten durch Herrn Dr. Stefan Scherler und/oder Frau lic. iur. Gisela Oliver, Rechtsanwälte, Scherler
+ Siegenthaler Rechtsanwälte AG,
Beschwerdegegnerinnen,

ARGE G., bestehend aus:

H. AG,

I. AG,

J. AG,

K. AG,

alle vertreten durch Herrn Dr. Beat Denzler und/oder Herrn Dr. Heinrich Hempel, Rechtsanwälte,
Schiller Rechtsanwälte AG,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen, Projekt Erneuerung Weissensteintunnel Umsetzung BehiG an den
Bahnhöfen Oberdorf und Gänsbrunnen, SIMAP-Meldungsnummer 1154351, SIMAP Projekt-ID
197516,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts Abteilung II vom 13. Juli 2022 (B-
1483/2022).

Sachverhalt:

A.

A.a. Am 31. Januar 2020 schrieb die F. AG (nachfolgend: die Vergabestelle) einen Bauauftrag unter dem Projekttitel "Erneuerung Weissensteintunnel Umsetzung BehiG an den Bahnhöfen Oberdorf und Gänsbrunnen" im offenen Verfahren aus. Am 18. September 2020 erteilte sie den Zuschlag für diesen Auftrag der A. AG zu einem Preis von Fr. 66'058'585.55.

A.b. Gegen die Zuschlagsverfügung vom 18. September 2020 gelangte einerseits die zweitplatzierte Bietergemeinschaft L., andererseits die viertplatzierte ARGE G. an das Bundesverwaltungsgericht. Mit Verfügung vom 21. Oktober 2020 zog die Vergabestelle ihre Zuschlagsverfügung vom 18. September 2020 "in Wiedererwägung" und "widerrief die Verfügung".

Mit Verfügung vom 27. November 2020 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag erneut der A. AG.

Die ARGE G. erhob gegen die zweite Zuschlagsverfügung vom 27. November 2020 erneut Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.

A.c. Mit Urteil vom 10. Dezember 2020 schrieb das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde der ARGE G. gegen die Zuschlagsverfügung vom 18. September 2020 als gegenstandslos geworden ab. Die Beschwerde der Bietergemeinschaft L. gegen ebendiese Verfügung hiess das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 20. April 2021 gut und erteilte ihr den Zuschlag.

B.

B.a. Gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. April 2021 gelangten die A. AG (am 11. Mai 2021; Verfahren 2C_399/2021) und die ARGE G. (am 20. Mai 2021; Verfahren 2C_427/2021) mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht.

B.b. Mit Urteil vom 9. Juni 2021 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde der ARGE G. gegen die zweite Zuschlagsverfügung vom 27. November 2020 (vgl. A.b hiervor) ab.

Dagegen erhob die ARGE G. am 13. Juli 2021 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht (Verfahren 2C_565/2021).

B.c. Mit Urteil vom 28. Februar 2022 (**BGE 148 I 53**) vereinigte das Bundesgericht die drei Verfahren (Dispositiv-Ziffer 1) und hiess die Beschwerden der ARGE G. im Sinne der Erwägungen gut (Dispositiv-Ziffer 2). Es hob die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. April 2021 und vom 9. Juni 2021 auf und wies die Angelegenheit zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an das Bundesverwaltungsgericht zurück. Die Beschwerde der A. AG wurde als gegenstandslos geworden abgeschrieben (Dispositiv-Ziffer 3).

B.d. In der Folge hiess das Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, mit Urteil B-1483/2022 vom 13. Juli 2022 die Beschwerde der Bietergemeinschaft L. gut und erteilte ihr den Zuschlag. Die Beschwerde der ARGE G. wies es mit Urteil B-1486/2022 vom 13. Juli 2022 ab.

C.

Gegen das Urteil B-1483/2022 gelangt die A. AG mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 20. August 2022 (Postaufgabe) an das Bundesgericht. Sie beantragt, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und es sei ihr der Zuschlag zu erteilen.

Mit Verfügung vom 23. August 2022 wurde der Beschwerde antragsgemäss superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zuerkannt.

D.

Mit Eingabe vom 5. August 2022 hatte auch die ARGE G. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-1483/2022 und B-1486/2022 vom 13. Juli 2022 erhoben. Das Bundesgericht eröffnete daraufhin die Verfahren 2C_636/2022 und 2C_637/2022. Mit Verfügung vom 24. August 2022 wurde die ARGE G. in das vorliegende Verfahren beigezogen.

E.

Es wurde ein Schriftenwechsel angeordnet. Das Bundesverwaltungsgericht verzichtete auf Vernehmung zur aufschiebenden Wirkung und in der Sache. Die Vergabestelle, die ARGE G. und die Bietergemeinschaft L. liessen sich zur aufschiebenden Wirkung vernehmen. Letztere wies in ihrer Stellungnahme sinngemäss darauf hin, dass die Beschwerde verspätet sein könnte.

Erwägungen:

1.

Auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur unter den kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen von Art. 83 lit. f BGG zulässig (vgl. **BGE 140 I 285** E. 1.1; **134 II 192** E. 1.2; **133 II 396** E. 2.1), wobei zu beachten ist, dass die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts nicht offensteht (Art. 113 BGG *e contrario*). Ob diese Voraussetzungen vorliegend gegeben sind, braucht angesichts des Ausgangs des Verfahrens nicht geklärt zu werden.

2.

2.1. Die Beschwerde gegen einen Entscheid ist innert 30 Tagen nach der Eröffnung der vollständigen Ausfertigung beim Bundesgericht einzureichen (Art. 100 Abs. 1 BGG). Fristen, die durch eine Mitteilung ausgelöst werden, beginnen am folgenden Tag zu laufen (Art. 44 Abs. 1 BGG). Die Beschwerde gilt als rechtzeitig erhoben, wenn sie spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post übergeben wird (Art. 48 Abs. 1 BGG).

Gemäss Art. 46 Abs. 1 lit. b BGG stehen die Fristen vom 15. Juli bis und mit dem 15. August still. In Verfahren betreffend die öffentlichen Beschaffungen gilt Art. 46 Abs. 1 BGG jedoch nicht (Art. 46 Abs. 2 lit. e BGG).

2.2. Das angefochtene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Juli 2022 (versandt am 19. Juli 2022) wurde der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben am 20. Juli 2022 zugestellt. Somit begann die Beschwerdefrist am Donnerstag, den 21. Juli 2022 zu laufen und endete, unter Berücksichtigung von Art. 46 Abs. 2 lit. e BGG, am Freitag, den 19. August 2022.

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerde am 20. August 2022 bei der Post aufgegeben, wie aus dem Poststempel auf dem Briefumschlag zu ersehen ist. Folglich ist die Beschwerde verspätet eingereicht worden.

3.

Die Beschwerdeführerin sagt, sie habe ohne Weiteres die Frist gewahrt und macht sinngemäss geltend, Art. 46 Abs. 2 lit. e BGG sei im vorliegenden Verfahren nicht massgebend. Zur Begründung führt sie aus, die Ausschreibung datiere vom 31. Januar 2020, sodass das Vergabeverfahren aufgrund der Übergangsbestimmung von Art. 62 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (Beschaffungsgesetz, BöB; SR 172.056.1) dem alten Recht unterstehe.

3.1. Art. 46 Abs. 2 lit. e BGG stellt eine Verfahrensbestimmung dar, die durch Anhang 7 Ziff. II 2 des totalrevidierten Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen eingefügt wurde (vgl. AS 2020 685) und am 1. Januar 2021 in Kraft getreten ist. Die Regelung entspricht Art. 56 Abs. 2 BöB, welcher vorsieht, dass die Bestimmungen des VwVG und des BGG über den Fristenstillstand keine Anwendung auf die Vergabeverfahren nach dem vorliegenden Gesetz finden. Zuvor waren die Vorschriften des BGG über den Fristenstillstand auch auf öffentliche Beschaffungen anwendbar.

Anlässlich dieser Totalrevision des BöB wurde auch Art. 83 lit. f BGG betreffend die Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geändert.

3.2. Gemäss einem allgemeinen intertemporalrechtlichen Grundsatz sind neue Verfahrensregeln - vorbehältlich abweichender gesetzlicher Anordnungen - mit dem Tag ihres Inkrafttretens sofort und vollumfänglich anwendbar, es sei denn, das neue Recht bringe eine grundlegend neue Verfahrensordnung mit sich (vgl. **BGE 144 II 273** E. 2.2.4; **137 II 409** E. 7.4.5; **126 III 431** E. 2b).

3.3. Das Bundesgerichtsgesetz enthält in Bezug auf Art. 46 Abs. 2 lit. e keine spezielle Übergangsbestimmung. Indessen sieht Art. 132 Abs. 1 BGG vor, dass dieses Gesetz auf die nach seinem Inkrafttreten eingeleiteten Verfahren des Bundesgerichts anwendbar ist, auf ein Beschwerdeverfahren jedoch nur dann, wenn auch der angefochtene Entscheid nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ergangen ist. Es handelt sich um eine allgemeine Übergangsbestimmung, die sinngemäss auch auf nachträglich in Kraft getretene Änderungen des BGG anwendbar ist (**BGE 146 IV 293** E. 2.3; CHRISTIAN DENYS, in: Commentaire de la LTF, 3. Aufl. 2022, N. 8 zu Art. 132 BGG; HANSJÖRG SEILER, in: Seiler/von Werdt/Günther, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2015, N. 7 zu Art. 132 BGG).

3.4. Das Bundesgericht hat im vorangegangenen, auch die Beschwerdeführerin betreffenden Verfahren - unter Hinweis auf Art. 132 Abs. 1 BGG und die allgemeinen intertemporalen Grundsätze - bereits erwogen, dass Art. 83 lit. f BGG in der Fassung gemäss Anhang 7 Ziff. II 2 BöB und somit in der am 1. Januar 2021 geltenden Fassung anzuwenden ist (vgl. Urteil 2C_399/2021, 2C_427/2021 und 2C_565/2021 vom 28. Februar 2022 E. 2.2, nicht publ. in **BGE 148 I 53**).

Wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, besteht kein Anlass, in Bezug auf Art. 46 Abs. 2 lit. e BGG anders zu entscheiden (vgl. sogl. E. 4).

4.

4.1. Mit Art. 62 BöB, auf welchen sich die Beschwerdeführerin beruft (vgl. E. 3), enthält auch das Beschaffungsgesetz des Bundes eine Übergangsbestimmung. Danach werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt.

Daraus kann ohne Weiteres geschlossen werden, dass der Ausdruck "nach bisherigem Recht" das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 [AS 1996 508]) umfasst. Festzuhalten ist, dass dieses Gesetz keine Bestimmungen betreffend Beschwerdefristen im bundesgerichtlichen Verfahren enthielt.

Demgegenüber ist gestützt auf den Wortlaut des Art. 62 BöB nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber mit Art. 62 BöB eine von Art. 132 Abs. 1 BGG abweichende Übergangsregelung erlassen wollte. Eine solche Derogation dürfte auch nicht leichthin angenommen werden, sondern müsste vielmehr im Gesetz klar zum Ausdruck kommen.

4.2. Den Materialien lassen sich ebenfalls keine Hinweise darauf entnehmen, dass Art. 62 BöB auch die Verfahrensvorschriften des BGG umfasst. So wird dort lediglich ausgeführt, die Übergangsbestimmung sei aus Praktikabilitätsgründen, aufgrund der in der Regel längeren Dauer der Vergabeverfahren, eingeführt worden (vgl. Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [nachfolgend: Botschaft BöB], BBl 2017 1992, Art. 63). Die Ausnahme vom Fristenstillstand, geregelt in Art. 56 Abs. 2 BöB (vgl. E. 3.1 hiavor), wird sodann mit dem Beschleunigungsgebot und dem Bestreben, den Beschaffungsvorgang zeitnah abzuschliessen, begründet (vgl. Botschaft BöB, BBl 2017 1983).

Inwiefern Praktikabilitätsgründe gegen die Anwendung neuer Verfahrensvorschriften des BGG gemäss der Übergangsregelung von Art. 132 Abs. 1 sprechen würden, ist nicht ersichtlich. Mit praktischen Schwierigkeiten verbunden wäre demgegenüber eine Lösung, bei welcher die bundesgerichtlichen Beschwerdefristen unterschiedlich berechnet würden, je nachdem, wann das jeweilige Vergabeverfahren des Bundes eingeleitet wurde.

4.3. Es ergibt sich, dass weder gestützt auf den Wortlaut von Art. 62 BöB noch auf die Materialien ein klarer Wille des Gesetzgebers erkennbar ist, in Bezug auf den hier interessierenden Art. 46 Abs. 2 lit. e BGG eine von Art. 132 Abs. 1 BGG abweichende Regelung anzuwenden. Der Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach unter den Begriff "bisheriges Recht" auch das BGG in der bis zum 31. Dezember 2020 geltenden Fassung falle, kann deshalb nicht gefolgt werden.

Vor diesem Hintergrund ist Art. 62 BöB - im Einklang mit den allgemeinen intertemporalrechtlichen Grundsätzen und Art. 132 Abs. 1 BGG - in dem Sinne auszulegen, dass der Ausdruck "bisheriges Recht" die Verfahrensvorschriften des BGG nicht umfasst. Für diese Auslegung spricht auch das Bestreben des Gesetzgebers, Vergabeverfahren beschleunigt bzw. zeitnah abzuschliessen. Schliesslich gebietet die Rechtssicherheit, dass die bundesgerichtliche Beschwerdefrist bei sämtlichen Vergabeverfahren des Bundes und der Kantone nach gleichen Grundsätzen berechnet wird.

Dies bedeutet, dass Art. 46 Abs. 2 lit. e (i.V.m. Art. 132 Abs. 1) BGG auf alle Vergabeverfahren des Bundes anzuwenden ist, wenn der angefochtene Entscheid nach dem Inkrafttreten dieser Bestimmung ergangen ist, unabhängig davon, ob die Verfahren unter dem alten oder dem totalrevidierten BöB eingeleitet wurden. Folglich gelangt Art. 46 Abs. 2 lit. e BGG im vorliegenden bundesgerichtlichen Verfahren zur Anwendung, da der angefochtene Entscheid am 13. Juli 2022 und somit nach dessen Inkrafttreten ergangen ist.

5.

Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als verspätet, sodass darauf nicht einzutreten ist. Mit dem Entscheid in der Sache wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

6.

Bei diesem Verfahrensausgang werden die aufgrund des geringen Aufwands reduzierten Gerichtskosten der unterliegenden Beschwerdeführerin auferlegt (Art. 66 Abs. 1 BGG). Die Beschwerdeführerin hat der Bietergemeinschaft L. und der als Betroffene zur Vernehmlassung

eingeladenen ARGE G. je eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Die Vergabestelle hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat die Bietergemeinschaft L. und die ARGE G. für das bundesgerichtliche Verfahren mit je Fr. 4'000.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, der ARGE G. bestehend aus der H. AG, der I. AG, der J. AG sowie der K. AG, und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, mitgeteilt.

Lausanne, 28. September 2022

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: F. Aubry Girardin

Die Gerichtsschreiberin: D. Ivanov