

Tribunal fédéral – 2C\_636/2022, 2C\_637/2022  
II<sup>e</sup> Cour de droit public  
Arrêt du 5 avril 2023

Marchés publics  
öffentliche  
Beschaffungswesen



Bundesgericht – 2C\_636/2022, 2C\_637/2022  
II. öffentlichen Abteilung  
Urteil vom 5. April 2023

Question juridique de  
principe ; adaptation du  
contrat après  
adjudication ; interruption  
de la procédure  
d'adjudication  
Rechtsfrage von  
grundsätzlicher Bedeutung;  
Anpassung des Vertrags  
nach Zuschlag ;  
Unterbrechung des  
Vergabeverfahrens

Art. 83 LTF  
Art. 83 BGG

**Question juridique de principe** (art. 83 let. f LTF) – Rappel des principes (consid. 2.2). La question de savoir dans quelle mesure le projet de contrat peut encore être adapté sur certains points après l'adjudication ne constitue pas une question juridique de principe : dans l'ATF 134 II 297, le Tribunal fédéral a retenu qu'au moment de l'adjudication, tous les éléments essentiels du futur contrat doivent déjà être réglés, mais que les négociations contractuelles entre l'autorité adjudicatrice et l'adjudicataire ne commencent qu'après la clôture de la procédure d'adjudication et que les partenaires contractuels peuvent encore s'entendre librement sur les points secondaires (consid. 3.1.1). Dans le cas d'espèce, tous les éléments essentiels du futur contrat étaient déjà fixés au moment de l'adjudication (consid. 3.1.2 et 3.1.3).

La question de l'interruption de la procédure d'adjudication a également fait l'objet de jurisprudence fédérale. Une interruption n'est possible qu'à titre exceptionnel, à condition qu'il existe un motif important, l'autorité adjudicatrice disposant d'un important pouvoir d'appréciation à cet égard (consid. 3.2.1). S'il est vrai que le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé sur la question spécifique de savoir si des « défauts essentiels » dans le cahier des charges nécessitent une interruption de la procédure, la Haute Cour relève que, dans le cas d'espèce, l'existence de telles irrégularités n'était pas prouvée, de sorte que la question n'est pas pertinente pour solutionner le litige d'espèce (consid. 3.2.2 à 3.3).

**Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung** (Art. 83 Bst. f BGG) – Erinnerung an die Grundsätze (E. 2.2). Die Frage, inwieweit der Vertragsentwurf nach dem Zuschlag noch in einzelnen Punkten angepasst werden kann, stellt keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung dar: In BGE 134 II 297 hielt das Bundesgericht fest, dass zum Zeitpunkt des Zuschlags bereits alle wesentlichen Elemente des künftigen Vertrags geregelt sein müssen, die Vertragsverhandlungen zwischen Vergabebehörde und Zuschlagsempfänger aber erst nach Abschluss des Vergabeverfahrens beginnen und die Vertragspartner sich über Nebenpunkte noch frei verständigen können (E. 3.1.1). Im vorliegenden Fall waren alle wesentlichen Elemente des künftigen Vertrags zum Zeitpunkt des Zuschlags bereits festgelegt (E. 3.1.2 und 3.1.3).

Die Frage der Unterbrechung des Vergabeverfahrens war ebenfalls Gegenstand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Eine Unterbrechung ist nur ausnahmsweise möglich, sofern ein wichtiger Grund vorliegt, wobei die Vergabebehörde in dieser Hinsicht über einen erheblichen Ermessensspielraum verfügt (E. 3.2.1). Zwar hat sich das Bundesgericht noch nicht zu der spezifischen Frage geäußert, ob « wesentliche Mängel » in der Leistungsbeschreibung einen Abbruch des Verfahrens erfordern, doch stellt das Obergericht fest, dass im vorliegenden Fall die Existenz solcher Unregelmässigkeiten nicht bewiesen war, so dass die Frage für die Lösung des vorliegenden Rechtsstreits nicht relevant ist (E. 3.2.2 bis 3.3).

Besetzung

Bundesrichterin Aubry Girardin, Präsidentin,  
Bundesrichter Hartmann,  
Bundesrichterin Ryter,  
Gerichtsschreiber Marti.

Verfahrensbeteiligte

2C\_636/2022

ARGE A., bestehend aus:

B. AG,

C.,

D. AG,

E.,

Beschwerdeführerin,

alle vertreten durch Dr. Beat Denzler und/oder Dr. Heinrich Hempel,

*gegen*

1. F. AG,

vertreten durch Dr. Stefan Scherler und/oder Gisela Oliver, Rechtsanwälte,

2. G. AG, vertreten durch Rechtsanwältin Daniela Lutz,

3. Bietergemeinschaft H., bestehend aus:

I. AG,

J. GmbH,

K. AG,

alle vertreten durch Rechtsanwalt Christoph Isler,

Beschwerdegegnerinnen,

2C\_637/2022

ARGE A., bestehend aus:

B. AG,

C.,

D. AG,

E.,

Beschwerdeführerin,

alle vertreten durch Dr. Beat Denzler und/oder Dr. Heinrich Hempel,

*gegen*

1. F. AG,

vertreten durch Dr. Stefan Scherler und/oder Gisela Oliver, Rechtsanwälte,

2. G. AG, vertreten durch Rechtsanwältin Daniela Lutz,

3. Bietergemeinschaft H., bestehend aus:

I. AG,

J. GmbH,  
K. AG,  
alle vertreten durch Rechtsanwalt Christoph Isler,

Beschwerdegegnerinnen.

Gegenstand

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

Beschwerden gegen die Urteile B-1483/2022 und B-1486/2022 des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 13. Juli 2022.

### **Sachverhalt:**

#### **A.**

**A.a.** Am 31. Januar 2020 schrieb die F. AG (nachfolgend: die Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP einen Bauauftrag unter dem Projekttitel "Erneuerung Weissensteintunnel Umsetzung BehiG an den Bahnhöfen Oberdorf und Gänsbrunnen" im offenen Verfahren aus. Gemäss dem Projektbeschrieb sollen im Rahmen der umfassenden Erneuerung der Strecke Solothurn-Moutier der Weissensteintunnel für eine weitere Nutzungsdauer von 25 Jahren saniert und die beiden Bahnhöfe Oberdorf und Gänsbrunnen an die Anforderungen des Behindertengleichstellungsgesetzes angepasst und modernisiert werden.

**A.b.** Es gingen sechs Angebote von fünf verschiedenen Anbietern ein, darunter das Angebot der G. AG, das Angebot der Bietergemeinschaft H. sowie zwei Angebote der ARGE A. (ein Angebot für den Amtsvorschlag und ein Angebot für eine Unternehmervariante).

**A.c.** Mit E-Mail vom 6. August 2020 lud die Vergabestelle die Anbieter ein, vier zusätzliche Optionen (Berücksichtigung der Halteorte für den Bahnersatz beim Bahnhof Gänsbrunnen, Berücksichtigung des Alarmkonzepts an den Zufahrten zu den Tunnelportalen, Bauzeitverlängerung um 12 Wochen und Verschiebung der Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen auf einer Länge von insgesamt 400 Metern vom Typ G2 zum Typ G4) anzubieten und stellte ihnen vier entsprechende Leistungsverzeichnisse zu. Die Vergabestelle wies in ihrer E-Mail darauf hin, dass diese Optionen in die Preisbewertung einfließen würden. In der Folge reichten mehrere Anbieter, darunter auch die ARGE A., Nachofferten für diese Optionen ein.

**A.d.** Am 18. September 2020 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag der G. AG zu einem Preis von Fr. 66'068'585.55 (exkl. MWST). Hiergegen gelangten sowohl die Bietergemeinschaft H. (Verfahren B-4991/2020) als auch die ARGE A. (Verfahren B-5064/2020) an das Bundesverwaltungsgericht.

**A.e.** Am 21. Oktober 2020 zog die Vergabestelle ihre Zuschlagsverfügung vom 18. September 2020 in Wiedererwägung und widerrief diese. Mit Verfügung vom 27. November 2020 erteilte sie den Zuschlag erneut der G. AG. Die ARGE A. erhob auch gegen die zweite Zuschlagsverfügung vom 27. November 2020 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Verfahren B-6366/2020); ihre Beschwerde gegen die erste Zuschlagsverfügung vom 18. September 2020 schrieb das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 10. Dezember 2020 als gegenstandslos ab (Verfahren B-5064/2020).

#### **B.**

**B.a.** Mit Urteil vom 20. April 2021 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde der Bietergemeinschaft H. gegen die Zuschlagsverfügung vom 18. September 2020 gut und erteilte ihr den Zuschlag (Verfahren B-4991/2020); dieses Urteil wurde auch der ARGE A. eröffnet. Dagegen erhob die G. AG Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht, welches daraufhin das Verfahren 2C\_399/2021 eröffnete. Auch die ARGE A. gelangte an das Bundesgericht (Verfahren 2C\_427/2021).

**B.b.** Die Beschwerde der ARGE A. gegen die zweite Zuschlagsverfügung vom 27. November 2020 wies das Bundesverwaltungsgericht im Parallelverfahren B-6366/2020 mit Urteil vom 9. Juni 2021 ab. Auch gegen dieses Urteil erhob die ARGE A. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht; dieses nahm die Beschwerde unter der Verfahrensnummer 2C\_565/2021 entgegen.

### **C.**

**C.a.** Mit Urteil vom 28. Februar 2022 vereinigte das Bundesgericht die drei Verfahren 2C\_399/2021, 2C\_427/2021 und 2C\_565/2021 (publiziert als **BGE 148 I 53**). Es hiess die Beschwerden der ARGE A. in den Verfahren 2C\_427/2021 und 2C\_565/2021 gut, hob die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-4991/2020 vom 20. April 2021 und B-6366/2020 vom 9. Juni 2021 auf und wies die Angelegenheit zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an das Bundesverwaltungsgericht zurück. Die Beschwerde der G. AG im Verfahren 2C\_399/2021 schrieb es als gegenstandslos ab.

In seiner Begründung führte das Bundesgericht aus, die Beurteilung der Beschwerde der Bietergemeinschaft H. dürfe nicht losgelöst von der Beurteilung der Beschwerde der ARGE A. erfolgen. Erforderlich sei mindestens eine materielle Verfahrenskoordination: Es müsse sichergestellt sein, dass die Beschwerdeentscheide zeitlich koordiniert ergingen; weiter müssten die Verfahrensrechte aller an den verschiedenen Verfahren beteiligten Anbieterinnen gewahrt werden; schliesslich müsse in derselben Besetzung über die parallelen Verfahren entschieden werden. Werde eine Zuschlagsverfügung von mehreren Anbieterinnen angefochten, gebiete es der Anspruch auf rechtliches Gehör, anderen beschwerdeführenden Anbieterinnen die Möglichkeit zu gewähren, sich zu den Rechtsstandpunkten der betreffenden Konkurrentin zu äussern.

### **D.**

**D.a.** Im Nachgang an das bundesgerichtliche Urteil stellte das Bundesverwaltungsgericht der Bietergemeinschaft H. die von der ARGE A. im Beschwerdeverfahren B-6366/2020 eingereichten Rechtsschriften sowie (umgekehrt) der ARGE A. die im Verfahren B-4991/2020 von der Bietergemeinschaft H. eingereichten Rechtsschriften zur freigestellten Stellungnahme zu; beide nutzten die Möglichkeit zur Stellungnahme.

**D.b.** Mit Urteil vom 13. Juli 2022 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde der Bietergemeinschaft H. gegen die Zuschlagsverfügung vom 18. September 2020 erneut gut, hob diese auf und erteilte den Zuschlag der Bietergemeinschaft H. (Verfahren B-1483/2022). Mit Urteil gleichen Datums und in derselben Besetzung wies es die Beschwerde der ARGE A. ab (Verfahren B-1486/2022).

### **E.**

Mit einer einzigen Eingabe vom 5. August 2022 (Postaufgabe) erhebt die ARGE A. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gegen die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-1483/2022 und B-1486/2022 vom 13. Juli 2022. Sie beantragt, die angefochtenen Urteile seien aufzuheben und das Vergabeverfahren sei abzubrechen, eventuell sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz, subeventuell an die Vergabestelle zurückzuweisen. Eventuell zu diesen Begehren sei betreffend das vorinstanzliche Verfahren B-1486/2022 die Rechtswidrigkeit des Zuschlags an die G. AG und betreffend das Verfahren B-1483/2022 die

Rechtswidrigkeit des Zuschlags an die Bietergemeinschaft H. festzustellen. Prozessual ersucht die ARGE A., ihrer Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren.

Das Bundesgericht nahm die Beschwerde der ARGE A. gegen das Urteil B-1483/2022 unter der Verfahrensnummer 2C\_636/2022 und jene gegen das Urteil B-1486/2022 unter der Verfahrensnummer 2C\_637/2022 entgegen. Am 9. August 2022 lud es die Verfahrensbeteiligten in beiden Verfahren ein, allfällige Vernehmlassungen und Stellungnahmen zum Gesuch um aufschiebende Wirkung einzureichen.

Die Vergabestelle verzichtete darauf, in Bezug auf das Gesuch um aufschiebende Wirkung einen Antrag zu stellen; im Rahmen der Vernehmlassung beantragte sie, auf die Beschwerden sei nicht einzutreten, eventualiter seien sie abzuweisen. Die Bietergemeinschaft H. beantragte, sowohl das Gesuch um aufschiebende Wirkung als auch die Beschwerden seien abzuweisen, soweit auf Letztere einzutreten sei. Die G. AG schloss auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Zudem verlangte sie, auf die Beschwerden sei nicht einzutreten; eventualiter seien sie abzuweisen. Die Vorinstanz verzichtete darauf, eine Vernehmlassung einzureichen und in Bezug auf das Gesuch um aufschiebende Wirkung einen Antrag zu stellen.

Mit Verfügung vom 28. September 2022 legte die Abteilungspräsidentin der Beschwerde der ARGE A. sowohl im Verfahren 2C\_636/2022 als auch im Verfahren 2C\_637/2022 insofern die aufschiebende Wirkung bei, als sie der Vergabestelle untersagte, während der Dauer des bundesgerichtlichen Verfahrens einen Vertrag im Bereich des Vergabegegenstands abzuschliessen. Mit Eingabe vom 16. November 2022 ersuchte die Vergabestelle um Entzug der aufschiebenden Wirkung. Der Instruktionsrichter lud die Verfahrensbeteiligten ein, hierzu bis am 5. Dezember 2022 Stellung zu beziehen. Die Bietergemeinschaft H. schloss auf Gutheissung der von der Vergabestelle gestellten Anträge, während die ARGE A. deren Abweisung verlangte, soweit darauf eingetreten werden könne. Mit Verfügung vom 20. Dezember 2022 wies der Instruktionsrichter das Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung ab, soweit er darauf eintrat.

## **F.**

Gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1483/2022 vom 13. Juli 2022 erhob auch die G. AG Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Eingabe vom 20. August 2022 [Postaufgabe]). Das Bundesgericht eröffnete daraufhin das Parallelverfahren 2C\_654/2022. Mit Urteil vom 28. September 2022 trat es wegen verpasster Beschwerdefrist nicht auf die Beschwerde ein.

## **Erwägungen:**

### **1.**

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG) und mit freier Kognition (vgl. **BGE 146 II 276 E. 1;** **141 II 113 E. 1**).

**1.1.** Gemeinsamer Ausgangspunkt der zu beurteilenden Beschwerdeverfahren ist die Zuschlagsverfügung der Vergabestelle vom 18. September 2020 zugunsten der G. AG, gegen die sowohl die ARGE A. als auch die Bietergemeinschaft H. ans Bundesverwaltungsgericht gelangt waren (vgl. **BGE 148 I 53 E. 4.1**). Über diese Beschwerden entschied das Bundesverwaltungsgericht - nach erfolgter Rückweisung durch das Bundesgericht - im Rahmen der beiden separaten, aber materiell koordinierten Beschwerdeverfahren B-1483/2022 und B-1486/2022 mit Urteilen vom 13. Juli 2022: Dabei erteilte es den Zuschlag der Bietergemeinschaft H. und wies gleichzeitig die Beschwerde der ARGE A. ab. Diese Urteile bilden Gegenstand der hier zu beurteilenden Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten der ARGE A. (nachfolgend: Beschwerdeführerin), die als solche vor Bundesgericht beschwerdeberechtigt ist und durch ihre Gesellschafter handelt (vgl. Urteil 2C\_327/2022 vom 26. Juli 2022 E. 1.3).

**1.2.** Vor der Vorinstanz standen sich im Verfahren B-1486/2022 die ARGE A. (als Beschwerdeführerin) und die G. AG (als Beschwerdegegnerin) gegenüber. Ebenfalls beteiligt waren die Vergabestelle sowie die Bietergemeinschaft H., die jedoch keine Rechtsbegehren gestellt hatte. Im Verfahren B-1483/2022 führte die Bietergemeinschaft H. ihrerseits Beschwerde, wobei die G. AG als Beschwerdegegnerin auftrat und wiederum die Vergabestelle beteiligt war. Auch die ARGE A. hat sich im Verfahren B-1483/2022 äussern können; sie stellte jedoch keine Anträge, sodass die Vorinstanz die Frage offen liess, ob beziehungsweise in welcher Rolle sie am Verfahren teilnehmen können (vgl. angefochtener Entscheid [B-1483/2022] E. 2). Die Vorinstanz nahm in der Begründung ihres Urteils B-1483/2022 Bezug auf das Verfahren B-1486/2022 und führte in dieser Hinsicht aus, dass nichts ersichtlich sei, was gegen den Anspruch der Bietergemeinschaft H. auf den Zuschlag sprechen könne (vgl. angefochtener Entscheid [B-1483/2022] E. 5.4).

**1.3.** Nach Gesagtem weisen die Verfahren 2C\_636/2022 und 2C\_637/2022 einen engen sachlichen und prozessualen Zusammenhang auf (vgl. analog zur ungeteilten Wirkung der angefochtenen Urteile bereits **BGE 148 I 53** E. 4.1 und 4.2). Sie sind entsprechend zu vereinigen und durch einen einzigen Entscheid zu erledigen (vgl. Art. 71 BGG i.V. mit Art. 24 BZP).

## **2.**

Zu prüfen sind damit zunächst die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten.

**2.1.** Bei den angefochtenen Urteilen handelt es sich um Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG). Auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt und der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den hier für Bauleistungen massgebenden Schwellenwert von Fr. 2'000'000.-- nach Art. 52 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (Beschaffungsgesetz, BöB; SR 172.056.1) erreicht (Art. 83 lit. f BGG [in der Fassung gemäss Anhang 7 Ziff. II 2 BöB; AS 2020 641]; vgl. zur intertemporalen Anwendbarkeit des neuen Rechts Art. 132 Abs. 1 BGG und **BGE 126 III 431** E. 2b). Die beiden Voraussetzungen gelten kumulativ (vgl. **BGE 140 I 285** E. 1.1; **134 II 192** E. 1.2; **133 II 396** E. 2.1).

**2.2.** Bei der Frage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG muss es sich um eine Rechtsfrage aus dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts handeln. Die Anwendung rechtsprechungsgemässer Prinzipien auf einen Einzelfall stellt keine Grundsatzfrage dar. Der blosser Umstand, dass die aufgeworfene Rechtsfrage noch nie entschieden worden ist, genügt nicht. Es muss sich um eine Rechtsfrage handeln, deren Entscheid für die Praxis wegleitend sein kann und die von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung ruft (vgl. **BGE 146 II 276** E. 1.2.1; **143 II 425** E. 1.3.2; **141 II 14** E. 1.2.2.1; **138 I 143** E. 1.1.2). Zudem muss es sich bei den Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung um Fragen handeln, die für die Lösung des konkreten Falls erheblich sind (**BGE 146 II 276** E. 1.2.1; **143 II 425** E. 1.3.2). Im Rahmen ihrer Begründungspflicht nach Art. 42 Abs. 2 BGG hat die beschwerdeführende Partei darzutun, dass die Voraussetzung nach Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG erfüllt ist (**BGE 141 II 14** E. 1.2.2.1; Urteil 2C\_355/2021 vom 19. Oktober 2021 E. 1.2.1).

## **3.**

Der massgebende Schwellenwert von Fr. 2'000'000.-- ist angesichts des Auftragsvolumens von rund Fr. 66'000'000.-- klarerweise überschritten (vgl. vorstehende E. 2.1; Urteil 2C\_399/2021, 2C\_427/2021 und 2C\_565/2021 vom 28. Februar 2022 E. 2.2.1, nicht publiziert in: **BGE 148 I 53**). Streitig und zu prüfen ist indessen, ob sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sich hier zwei Grundsatzfragen stellen.

**3.1.** Die erste Grundsatzfrage, die sich gemäss Beschwerdeführerin stelle, lautet wie folgt:

"Ist es zulässig, dass eine Vergabestelle ein Submissionsverfahren durchführt, das nicht zum Abschluss eines verbindlichen definitiven Vertrags führt?"

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin gehe es in dieser Hinsicht darum, ob es zulässig sei, dass eine Vergabestelle einen Auftrag so ausschreibe, dass der gestützt auf den Zuschlagsentscheid zu schliessende Vertrag nicht definitiv sei, sondern zu einem späteren Zeitpunkt überarbeitet und angepasst werden müsse. Diese Frage sei für Ausschreibungen auf eidgenössischer, kantonaler und kommunaler Ebene von Bedeutung. Könnten die Vergabestellen öffentlich ausgeschriebene Aufträge nachträglich in einer zweiten Phase freihändig in bilateraler Absprache mit dem Zuschlagsempfänger anpassen, würde dies fundamentalen Grundsätzen des Vergaberechts zuwiderlaufen.

**3.1.1. Nach den sachverhaltlichen Feststellungen der Vorinstanz befindet sich in den Ausschreibungsunterlagen ein Vertragsentwurf für einen Totalunternehmervertrag (Tiefbau). Gemäss Terminplan ist die Unterzeichnung des Vertrags für kurz nach Rechtskraft des Zuschlags vorgesehen (vgl. angefochtener Entscheid [B-1486/2022] E. 7.6.1). Zur Frage, inwieweit der Vertragsentwurf nach dem Zuschlag noch in gewissen Punkten angepasst werden kann, besteht sodann eine bundesgerichtliche Praxis: In BGE 134 II 297 hielt das Bundesgericht fest, dass im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung bereits alle wesentlichen Elemente des künftigen Vertrags feststehen (müssen), die Vertragsverhandlungen zwischen Vergabebehörde und Zuschlagsempfänger jedoch erst nach Abschluss des Vergabeverfahrens beginnen, und sich die Vertragspartner über blosse Nebenpunkte noch frei verständigen können (BGE 134 II 297 E. 4.2). Die Anwendung dieser Rechtsprechung im Einzelfall wirft keine Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung auf.**

**3.1.2.** Auch soweit die aufgeworfene Frage so zu verstehen wäre, inwieweit es vergaberechtlich zulässig sei, bereits im Rahmen der Ausschreibung und *über allfällige Nebenpunkte hinaus* Vertragsanpassungen bzw. Nachverhandlungen vorzusehen (vgl. zu den sogenannten ausgeschriebenen Änderungen Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 2904 ff.), erweist sie sich vorliegend jedenfalls nicht als erheblich:

Gemäss Vertragsentwurf wird von den drei Teilphasen "Ausführungsprojekt", "Ausführung" und "Inbetriebnahme, Abschluss", mit der Unterzeichnung der Vertragsurkunde nur die erste Teilphase ("Ausführungsprojekt") freigegeben. Weitere Teilphasen werden gemäss Vertragsentwurf erst später durch den Bauherrn freigegeben, wobei dieser sich vorbehält, einzelne Teilphasen nicht ausführen zu lassen (vgl. angefochtener Entscheid [B-1486/2022] E. 7.6.1). Unbestritten scheint zwar, dass nach der Teilphase "Ausführungsprojekt" eine Vertragsanpassung erfolgen soll. Dies bestätigte die Vergabestelle sowohl in ihrer Beschwerdeantwort im Verfahren vor Bundesgericht (vgl. dort Rz. 22 [Verfahren 2C\_637/2022]), als auch im Vergabeverfahren, als sie im Rahmen der Beantwortung des Fragekatalogs angab, dass der Totalunternehmervertrag nach der ersten Teilphase und gestützt auf die (noch) zu genehmigende Ausführungsplanung überarbeitet werde (Art. 105 Abs. 2 BGG).

Dass jedoch wesentliche Teile des Vertrags nicht Gegenstand der im offenen Verfahren durchgeführten Ausschreibung bildeten, sondern nach dem Zuschlagsentscheid zwischen der Vergabestelle und dem Zuschlagsempfänger freihändig ausgehandelt werden sollen - wie die Beschwerdeführerin geltend macht -, ergibt sich aus den sachverhaltlichen Feststellungen der Vorinstanz nicht. Vielmehr bilden gemäss den Feststellungen der Vorinstanz auch die nach der Ausführungsplanung folgenden Phasen "Ausführung" und "Inbetriebnahme" Gegenstand des bestehenden Vertragsentwurfs: So verpflichtet sich der Totalunternehmer zur vollständigen Leistung und zu sämtlichen Lieferungen gemäss der in den bauleistungsbeschreibenden Dokumenten, den Plänen und weiteren Vertragsbestandteilen festgelegten Ausführung und Spezifikation. Bauleistungsbeschreibende Dokumente sind namentlich die verschiedenen Lastenhefte und Leistungsverzeichnisse, welche alle Teilphasen umfassen. Auch der totale Werkpreis versteht sich als

Werkpreis mit Ausmass nach Einheitspreisen gemäss Leistungsverzeichnis und Pauschalen gemäss Lastenheften. Lieferungen und Leistungen sind selbst dann im Werkpreis inbegriffen und fallen unter die Ausführungspflicht des Totalunternehmers, wenn sie nicht ausdrücklich aufgeführt sind, jedoch für die fachgerechte Herstellung und vertragsgemässe Funktion des Bauwerkes sowie die Betriebssicherheit erforderlich sind. Zudem regelt der Vertragsentwurf eine allfällige Anpassung des Werkpreises für nicht ausgeschriebene Lieferungen und Leistungen, für Mehr- oder Minderkosten infolge von notwendigen Änderungen und Bestellungenänderungen des Bauherrn, für nachgewiesene Mehrkosten aufgrund der Erstreckung von Terminen, die nicht vom Totalunternehmer zu verantworten ist, und für Mehr- oder Minderkosten durch Auslösung der Optionen (vgl. angefochtener Entscheid [B-1486/2022] E. 7.6.1 S. 34 f.).

**3.1.3.** Basierend auf diesen Feststellungen ist nicht ersichtlich, dass im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung nicht bereits alle *wesentlichen Elemente* (des künftigen Vertrags) feststehen bzw. dass diese gestützt auf eine vorgesehene Vertragsanpassung später geändert werden sollen (vgl. vorstehende E. 3.1.1.; **BGE 134 II 297** E. 4.2). Die Frage, inwieweit über Nebenpunkte hinausgehende nachträgliche Anpassungen ausgeschrieben werden dürfen, erscheint deshalb für die Lösung des vorliegenden Falles nicht als erheblich.

**3.2.** Die zweite Grundsatzfrage, die sich gemäss Beschwerdeführerin stelle, lautet wie folgt:

"Muss die Vergabestelle die Ausschreibung abrechnen, wenn das Leistungsverzeichnis wesentliche Mängel aufweist? Insbesondere: Kann das Vorliegen wesentlicher Mängel verneint werden, wenn die Vergabestelle selber es für notwendig hält, nach der Offertöffnung zunächst preisrelevante "Optionen" auszuschreiben, die u.a. eine Verlängerung der Bauzeit um 17 % und eine mengenmässige Verdoppelung der teuersten Arbeitsgattungen vorsehen, und später diese für unnötig erklärt?"

Bei der zweiten aufgeworfenen Frage gehe es laut Beschwerdeführerin darum, wann eine Ausschreibung, insbesondere die darin vorgenommene Umschreibung der vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen derart mangelhaft sei, dass eine vergaberechtskonforme Auftragsvergabe nicht mehr in Betracht komme. Als Anschlussfrage gelte es zudem zu klären, inwieweit ein solcher Mangel im laufenden Verfahren noch behoben werden könne oder notwendigerweise zum Abbruch des Verfahrens führen müsse.

**3.2.1.** **Wie die Beschwerdeführerin anerkennt, bildet auch die Frage des Abbruchs des Vergabeverfahrens Gegenstand bundesgerichtlicher Rechtsprechung. Danach ist der Abbruch des Vergabeverfahrens (und die Durchführung einer neuen Ausschreibung) nur *ausnahmsweise* möglich; vorausgesetzt dafür ist ein *wichtiger Grund* (BGE 141 II 353 E. 6.1; 134 II 192 E. 2.3). Entsprechend der Kann-Formulierungen in Art. 30 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (aVöB; AS 1996 518 ff; vgl. zum hier anwendbaren Recht Art. 62 BöB) ist es auch bei Vorliegen wichtiger Gründe, die einen Verfahrensabbruch an sich ermöglichen, in erster Linie Sache der Vergabebehörde zu entscheiden, ob es angebracht ist, das Verfahren abzubrechen oder nicht (vgl. BGE 141 II 353 E. 6.3; 134 II 192 E. 2.3). Die Wahl hängt von den Bedürfnissen der Vergabebehörde ab, wobei dieser bei der Bedarfsermittlung ein weiter Ermessensspielraum zukommt (BGE 141 II 353 E. 6.3). Das Ermessen der Vergabestelle wird indessen beschränkt durch den Grundsatz von Treu und Glauben sowie durch die im öffentlichen Vergaberecht anwendbaren Grundsätze, *namentlich durch das Verbot der Diskriminierung der Anbieter, den Verhältnismässigkeitsgrundsatz, das Transparenzgebot und das Verbot der Abänderung der Ausschreibung hinsichtlich wesentlicher Elemente* (BGE 141 II 353 E. 6.4).**

**3.2.2.** Es trifft zu, dass sich das Bundesgericht in diesem Zusammenhang bislang nicht zur spezifischen Frage geäußert hat, ob "wesentliche Mängel" im Leistungsverzeichnis einen Verfahrensabbruch erfordern. Auch in Bezug auf diese Frage ist indessen nicht hinreichend dargetan, inwiefern ihre



Beantwortung für die Lösung des vorliegenden Falles erheblich sein soll. So findet die dieser Frage zugrunde liegende Annahme, das Leistungsverzeichnis weise einen wesentlichen Mangel auf, wiederum keine hinreichende Grundlage im festgestellten Sachverhalt:

Die Vorinstanz befasste sich eingehend mit der Frage, ob die von der Beschwerdeführerin gerügte Mangelhaftigkeit hinreichend belegt und relevant sei (vgl. angefochtener Entscheid [B-1486/2022] E. 7.2.1 in fine ff.). Dabei kam sie unter Verweis auf den von der Vergabestelle eingereichten Expertenbericht I insbesondere zum Schluss, dass die Vergabestelle nachvollziehbar dargelegt habe, dass sie in Bezug auf die Gewölbeinstandsetzung und die Vorausmasse aus sachlichen Gründen entsprechende Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen aufgestellt habe (vgl. angefochtener Entscheid [B-1486/2022] E. 7.2.2 f.). Den sachverhaltlichen Feststellungen der Vorinstanz ist folglich nicht zu entnehmen, dass die (ursprünglichen) Leistungsverzeichnisse mangel- bzw. fehlerhaft sind. Auch rügt die Beschwerdeführerin diesbezüglich keine willkürliche Sachverhaltsfeststellung oder Beweiswürdigung, wie es für eine bundesgerichtliche Ergänzung des Sachverhalts notwendig wäre (vgl. Art. 105 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 2 BGG). Der Umstand allein, dass die Vergabestelle die Anbieter nachträglich einlud, vier zusätzliche Optionen anzubieten - darunter auch eine Option mit einer Bauzeitverlängerung um 12 Wochen und eine Option, welche eine Verschiebung der Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen auf einer Länge von insgesamt 400m vom Typ G2 zum Typ G4 vorsah -, ändert daran nichts.

**3.2.3.** Mit dem zweiten Teil ihrer Frage zur vorgebrachten Mangelhaftigkeit will die Beschwerdeführerin sodann wissen, ob insbesondere das Vorliegen wesentlicher Mängel verneint werden könne, wenn die Vergabestelle es selber für notwendig halte, nach der Offertöffnung zunächst preisrelevante "Optionen" auszuschreiben, die u.a. eine Verlängerung der Bauzeit um 17 % und eine mengenmässige Verdoppelung der teuersten Arbeitsgattungen vorsehen, später diese aber für unnötig erkläre. Diese Fragestellung erweist sich als zu spezifisch, dass ihre Beantwortung für die Praxis wegleitend sein könnte und deshalb einer höchstrichterlichen Klärung bedarf. Schliesslich ist auch die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Anschlussfrage, inwieweit "ein solcher Mangel" im laufenden Verfahren noch behoben werden könne, hinfällig, zumal bereits die geltend gemachte Mangelhaftigkeit nicht hinreichend erstellt ist. Eine andere Frage wäre, ob das Einholen von Angeboten nach der Offertöffnung zu zusätzlich nachgefragten Optionen unzulässig ist und zu einem Verfahrensabbruch bzw. einer Neuausschreibung führen muss (vgl. vorstehende E. 3.2.1). Dies wird hier jedoch nicht als Frage von grundsätzlicher Bedeutung aufgeworfen (Art. 42 Abs. 2 BGG); die Frage stellt sich auch nicht in derart offensichtlicher Weise, dass sie von Amtes wegen zu behandeln wäre.

**3.3.** Zusammengefasst erwiesen sich die von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Fragen nicht als erheblich für die Lösung des vorliegenden Falles. Zudem besteht dazu teils eine bundesgerichtliche Rechtsprechung und deren Anwendung auf den Einzelfall wirft unter den vorliegenden Umständen keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung auf. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ist damit zu verneinen.

#### **4.**

Im Ergebnis erweisen sich die Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als unzulässig (Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG). Auf sie ist nicht einzutreten. Zugleich ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts ausgeschlossen (Art. 113 BGG a contrario).

#### **5.**

Diesem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten den Gesellschaftern der Beschwerdeführerin zu gleichen Teilen unter solidarischer Haftung aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Sie haben den Gesellschaftern der Zuschlagsempfängerin zudem eine angemessene Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 1 BGG), nicht hingegen der Vergabebehörde, die die Abweisung der Beschwerden in ihrem amtlichen Wirkungskreis beantragt hat (Art. 68 Abs. 3 BGG). Die

G. AG kann im Zusammenhang mit diesem Verfahren nicht als obsiegend gelten (vgl. Urteil 2C\_654/2022 vom 28. September 2022; siehe hierzu vorstehende lit. F). Ihr Kosten aufzuerlegen oder sie zu verpflichten, eine Parteientschädigung auszurichten, rechtfertigt sich indes nicht.

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Verfahren 2C\_636/2022 und 2C\_637/2022 werden vereinigt.

**2.**

Auf die Beschwerden wird nicht eingetreten.

**3.**

Die Gerichtskosten von Fr. 12'500.-- werden den Gesellschaftern der Beschwerdeführerin zu gleichen Teilen unter solidarischer Haftung auferlegt.

**4.**

Die Gesellschafter der Beschwerdeführerin haben den Gesellschaftern der Zuschlagsempfängerin für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 9'000.-- auszurichten.

**5.**

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, mitgeteilt.

Lausanne, 5. April 2023

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

Die Präsidentin: F. Aubry Girardin

Der Gerichtsschreiber: C. Marti