



---

Abteilung II  
B-5983/2019

## Abschreibungsentscheid vom 6. Februar 2020

---

Besetzung

Einzelrichter Marc Steiner,  
Gerichtsschreiber Joel Günthardt.

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ AG,**  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Bundesamt für Strassen ASTRA,**  
Abteilung Strasseninfrastruktur Ost,  
Filiale Winterthur,  
Grüzefeldstrasse 41, 8404 Winterthur,  
Vergabestelle.

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - 120054 + 120057 N03/76  
Neubau zweier Lärmschutzwände (inkl. Pfahlfundation) und  
Ersatz Deckbelag N13/28 Neubau Lärmschutzwand (inkl.  
Pfahlfundation),  
SIMAP Meldungsnummer 1101819 (Projekt-ID 189145).

**Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,**

dass die X. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 11. November 2019 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die auf der Internetplattform simap.ch am 22. Oktober 2019 publizierte Verfügung der Vergabestelle (SIMAP-Meldungsnummer 1101819; Projekt-ID 189145) betreffend den Zuschlag im Beschaffungsverfahren "120054 + 120057 N03/76 Neubau zweier Lärmschutzwände (inkl. Pfahlfundation) und Ersatz Deckbelag N13/28 Neubau Lärmschutzwand (inkl. Pfahlfundation)" erhoben hat,

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Verfügung vom 13. November 2019 der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt hat und zudem unter anderem einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 8'000.– verlangt hat, welchen die Beschwerdeführerin innert Frist bezahlt hat,

dass die ARGE Y. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Zuschlagsempfängerin) darauf verzichtet hat, sich als Partei am vorliegenden Verfahren zu beteiligen,

dass das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit Zwischenentscheid vom 16. Dezember 2019 abgewiesen worden ist mit der Begründung, die Vergabe falle aller Wahrscheinlichkeit nach nicht in den Anwendungsbereich des BöB,

dass die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 18. Dezember 2019 ihre Beschwerde zurückgezogen hat,

dass sich die Vergabestelle mit Vernehmlassung vom 13. Januar 2020 zur Kostenfestsetzung und -verlegung geäussert hat,

dass die Beschwerdeführerin auf eine (abschliessende) Stellungnahme zur Kostenfestsetzung und -verlegung verzichtet hat,

dass das Beschwerdeverfahren daher gemäss dem Vorgehen bei Gegenstandslosigkeit im einzelrichterlichen Verfahren als durch Rückzug erledigt abzuschreiben ist (Art. 23 Abs. 1 Bst. a des Verwaltungsgerichtsgesetzes [VGG, SR 173.32]),

dass die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 18. Dezember 2019 die Anträge stellt, dass der Vergabestelle keine Parteientschädigung zuzusprechen sei und dass allfällige Verfahrenskosten derselben aufzuerlegen

seien, da die Vergabestelle aufgrund der fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung das vorliegende Verfahren verursacht habe, was bei der Verlegung der Kosten zu berücksichtigen sei, da die Vergabestelle es unterlassen habe, die Beschwerdeführerin über dieses Versehen zu informieren,

dass sich die Vergabestelle in ihrer Vernehmlassung vom 13. Januar 2020 in Bezug auf die Verteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen im Wesentlichen auf den Standpunkt stellt, dass es sich bei der Beschwerdeführerin um eine professionelle Bauunternehmung handle, welche regelmässig an öffentlichen Vergabeverfahren teilnehme und somit über vertiefte Kenntnisse im öffentlichen Beschaffungswesen verfüge, weshalb sie bei der Erhebung der Beschwerde habe damit rechnen müssen, dass die Eintretensvoraussetzungen nicht erfüllt sein könnten, wobei eine diesbezügliche Rückfrage bei der Vergabestelle unterblieben sei,

dass die Verfahrenskosten grundsätzlich jener Partei aufzuerlegen sind, die ein Verfahren durch Rückzug der Beschwerde zur Erledigung bringt und die demzufolge als unterliegende Partei zu betrachten ist (vgl. Art. 63 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021] i.V.m. Art. 5 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]),

dass nach Art. 63 Abs. 2 VwVG einer Bundesbehörde selbst für den Fall des Unterliegens keine Verfahrenskosten auferlegt werden können,

dass das VwVG ausserdem im Unterschied zum Bundesgerichtsgesetz keine Bestimmung kennt, wonach unnötige Kosten zu bezahlen hat, wer sie verursacht hat (Abschreibungsentscheid B-93/2007 vom 21. Dezember 2007 E. 2.3 "Sanierung Rietliareal"),

dass gemäss Art. 6 Bst. a VGKE die Verfahrenskosten bei Rückzug oder Vergleich ganz oder teilweise erlassen werden können,

dass der Erlass eines Zwischenentscheids über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung in der Regel erheblichen Aufwand verursacht, weshalb bei einem Beschwerderückzug, der erst nach diesem Zwischenentscheid erfolgt, die Spruchgebühr praxismässig nicht erlassen, sondern lediglich herabgesetzt wird (vgl. dazu PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1433 mit Hinweisen),

dass gemäss Art. 6 Bst. b VGKE die Verfahrenskosten ganz oder teilweise erlassen werden können, wenn Gründe in der Sache oder in der Person der Partei es als unverhältnismässig erscheinen lassen,

dass vorliegend unbestrittenermassen eine falsche Rechtsmittelbelehrung vorliegt (Vernehmlassung der Vergabestelle vom 26. November 2019; Eingabe der Beschwerdeführerin vom 18. Dezember 2020),

dass eine nicht ohne weiteres als unrichtig erkennbare Rechtsmittelbelehrung bei der Bemessung der Verfahrenskosten finden kann, wenn die Beschwerdeführerin in guten Treuen davon ausgehen durfte, dass die Verfügung anfechtbar ist (vgl. BVGE 2011/17, nicht publizierte E. 10.1 "Personalverleih"; BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 7 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"; Urteil des BVGer B-3060/2010 vom 27. August 2010 E. 7 "Entwicklungshilfe" mit Hinweisen),

dass zudem einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung in Verbindung mit dem Prozessverhalten der Vergabestelle im Rahmen der Festsetzung der Spruchgebühr Rechnung getragen werden kann – analog zu Versäumnissen der Vergabestelle formeller Art (vgl. Abschreibungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-93/2007 vom 21. Dezember 2007 E. 2.4 "Sanierung Rietliareal"; GALLI/LANG/MOSER/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1438 mit Hinweisen),

dass aus der vorliegenden Publikation des Zuschlags auf der Internetplattform SIMAP zwar hervorgeht, dass der massgebliche Schwellenwert für Bauleistungen gemäss Art. 6 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 1 Bst. c der Verordnung des WBF vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 (SR 172.056.12) in der Höhe von Fr. 8'700'000.– deutlich unterschritten wird,

dass die Vergabestelle indes in ihrer Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung eine Übersicht über die verschiedenen Bauprojekte im Rahmen des Umsetzungsprogramms für nicht fristgerecht lärmsanierte Nationalstrassenabschnitte einreichte (vgl. Vernehmlassungsbeilagen 17 bis 20), welche voneinander abzugrenzen seien, um das massgebende Bauwerk für die Berechnung des Schwellenwerts zu bestimmen (vgl. die sog. Bauwerksregel gemäss Art. 7 Abs. 2 BöB; ferner Zwischenentscheid des BVGer B-5983/2019 vom 16. Dezember 2019 E. 4.1 "Lärmschutzwände N03/76 und N13/28 II"),

dass sich die Vergabestelle in ihrer Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung ausserdem auf den Standpunkt stellte, dass die beiden streitgegenständlichen Projekte Nr. 120054 und 120057, welche in der SIMAP-Publikation aufgeführt sind, jeweils als ein separates Bauwerk anzusehen seien,

dass damit die fehlende Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts mit Blick auf die Bauwerksregel nicht ohne Weiteres erkennbar ist (vgl. auch den Abschreibungsentscheid des BVGer B-2383/2011 vom 21. Juni 2011 S. 5), sondern sich eine zuverlässige Berechnung des Schwellenwerts erst aus den in der Vernehmlassung vorgebrachten Argumenten ergibt,

dass das vorliegende Verfahren vermeidbar gewesen wäre, wenn keine fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung vorgelegen hätte oder dieser Umstand der Beschwerdeführerin mitgeteilt worden wäre, womit die Vergabestelle jedenfalls dazu beigetragen hat, dass die Beschwerdeführerin ein unzulässiges Rechtsmittel eingereicht hat,

dass die Beschwerdeführerin – unmittelbar nach Ergehen des Zwischenentscheids über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung vom 16. Dezember 2019 mit Eingabe vom 18. Dezember 2019 – ihre Beschwerde zurückgezogen hat und nicht an ihren materiellen Anträgen festgehalten hat,

dass vorliegend zwar ein Zwischenentscheid gefällt wurde, aber keine aufwändigen Instruktionsverfügungen, etwa zur Akteneinsicht, ergangen sind,

dass es sich nach dem Gesagten rechtfertigt, auf die Erhebung von Verfahrenskosten gänzlich zu verzichten,

dass das Gericht, wenn ein Verfahren gegenstandslos wird oder als durch Rückzug erledigt abgeschlossen wird, prüft, ob eine Parteientschädigung zuzusprechen ist, und dass eine solche in der Regel jener Partei auferlegt wird, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 5 i.V.m. Art. 15 VGKE),

dass die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 18. Dezember 2019 im Unterschied zur Beschwerde keinen Antrag auf Entschädigung mehr stellt, worauf indessen aufgrund der nachfolgenden Ausführungen nicht näher einzugehen ist,

dass das VwVG in Bezug auf die Parteikostenverteilung grundsätzlich wenig Raum lässt, dem Verursacherprinzip zum Durchbruch zu verhelfen (BVGE 2011/17, nicht publizierte E. 11 "Personalverleih"; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1141 mit Fn. 3441 f.),

dass der einzige Fall, in welchem der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zugesprochen worden ist, durch den Umstand gekennzeichnet ist, dass der Rückzug unmittelbar nach Zustellung der Vernehmlassung noch vor Ergehen eines Zwischenentscheides erfolgt ist (Abschreibungsentscheid des BVGer B-2383/2011 vom 21. Juni 2011),

dass sich demnach im vorliegenden Fall ergibt, dass in Bezug auf die Parteientschädigung das Unterliegerprinzip anzuwenden ist,

dass die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei somit keinen Anspruch auf Parteientschädigung für die ihr erwachsenen Kosten hat (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und 2 VGKE),

dass auch die Vergabestelle keinen Anspruch auf Parteientschädigung hat (Art. 63 Abs. 2 VwVG; Art. 7 Abs. 3 VGKE; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1443).

### **Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Das Beschwerdeverfahren wird als zufolge Rückzugs erledigt abgeschlossen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 8'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids zurückerstattet.

**3.**

Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet.

**4.**

Dieser Entscheid geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 189145; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin (Gerichtsurkunde)

Der Einzelrichter:

Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner

Joel Günthardt

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. 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 ist in einer Amtssprache abzufassen und 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: 6. Februar 2020