

(Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 9. Oktober 2002 i.S. M. AG [BRK 2002-008])

Öffentliches Beschaffungswesen. Beschwerderückzug. Entschädigungsfolgen. Begriff der Partei und der Behörde.

- Auch bei Rückzug einer Beschwerde kann eine Parteientschädigung festgesetzt werden (E. 3).
- Bei der Parteientschädigung ist der Parteibegriff gemäss Art. 8 Abs. 5 VwKV unter Ausschluss staatlicher Instanzen zu verstehen (E. 4).
- Was unter Bundesbehörden und anderen Behörden, die als Parteien auftreten, zu verstehen ist, bestimmt sich nach Art. 1 Abs. 2 VwVG (E. 4b).
- Die BLS AlpTransit AG ist keine Bundesbehörde, aber eine Organisation ausserhalb der Bundesverwaltung, die in Erfüllung ihrer übertragenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes verfügt. Sie ist eine dem Bundesrecht unterstellte Vergabebehörde und hat als solche keinen Anspruch auf Parteientschädigung (E. 4c).

Marchés publics. Retrait d'un recours. Conséquences en matière d'indemnité. Notion de partie et d'autorité.

- Des dépens peuvent être alloués même en cas de retrait d'un recours (consid. 3).
- Dans le cadre de l'octroi de dépens, il faut considérer que la notion de partie au sens de l'art. 8 al. 5 de l'ordonnance sur les frais et indemnités exclut les instances étatiques (consid. 4).
- La notion d'autorités fédérales parties et d'autres autorités parties est définie par référence à l'art. 1 al. 2 PA (consid. 4b).
- BLS AlpTransit AG n'est pas une autorité fédérale, mais une organisation extérieure à l'administration fédérale, qui rend des décisions en exécutant des tâches de droit public de la Confédération qui lui sont déléguées. Elle est une autorité d'adjudication soumise au droit fédéral et n'a, en tant que telle, aucun droit à des dépens (consid. 4c).

Acquisti pubblici. Ritiro del ricorso. Conseguenze per quanto riguarda l'indennità. Nozione di parte e di autorità.

- Anche in caso di ritiro del ricorso può essere attribuita un'indennità per spese ripetibili (consid. 3).
- Nell'ambito dell'indennità per spese ripetibili, la nozione di parte secondo l'art. 8 cpv. 5 dell'ordinanza sulle tasse e spese non comprende le istanze statali (consid. 4).
- Le autorità federali e le altre autorità che possono essere considerate quali parti vengono definite sulla base dell'art. 1 cpv. 2 PA (consid. 4b).
- La BLS AlpTransit AG non è un'autorità federale, bensì un'organizzazione esterna all'Amministrazione generale della Confederazione che prende decisioni per eseguire compiti di diritto pubblico che le sono stati affidati dalla Confederazione. Essa è un ente aggiudicatore che soggiace al diritto federale e in quanto tale non ha diritto ad un'indennità per spese ripetibili (consid. 4c).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. Die BLS AlpTransit AG veröffentlichte im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom 4. September 2001 unter der Rubrik «Ausschreibungen, nicht der WTO unterstellt» einen Bauauftrag betreffend Lötschberg-Basislinie (LBL) Bahntechnik und Ausrüstung. Am 25. Juni 2002 erteilte sie der Bietergemeinschaft Z. den Auftrag. Der Zuschlag wurde im SHAB vom 1. Juli 2002 unter der Rubrik «Vergebene Aufträge, nicht der WTO unterstellt» publiziert.

B. Gegen diesen Zuschlag erhebt die M. AG (Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 18. Juli 2002 bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) Beschwerde mit den materiellen Anträgen, den Zuschlag aufzuheben und die Beteiligung der Beschwerdeführerin am Zuschlag zu Gunsten der Bietergemeinschaft Z. festzustellen bzw. anzuordnen und die BLS AlpTransit AG zu verpflichten, den Vertrag auch mit der Beschwerdeführerin als Teilnehmerin der Bietergemeinschaft abzuschliessen. Eventuell sei die Sache zum neuen Entscheid an die BLS AlpTransit AG zurückzuweisen.

C. Mit Schreiben vom 13. August 2002 erklärt die Beschwerdeführerin den vorbehaltlosen Rückzug der Beschwerde. Im Zusammenhang mit der Kostenregelung bringt sie den Hinweis an, dass die Bietergemeinschaft Z. auf eine Anwaltskostenentschädigung verzichtet habe; zum Beweis dafür legt sie eine entsprechende Erklärung der Bietergemeinschaft Z. bei.

D. Am 16. August 2002 gab der Präsident der BRK dem Rechtsvertreter der BLS AlpTransit AG Gelegenheit, zum Schreiben der Beschwerdeführerin vom 13. August 2002 (Rückzug der Beschwerde) und zu den damit allfällig verbundenen Kosten- und Entschädigungsfolgen Stellung zu nehmen. Der Rechtsvertreter der BLS AlpTransit AG beantragt in seiner Stellungnahme vom 29. August 2002, die Verfahrenskosten seien der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und diese sei zu verpflichten, der BLS AlpTransit AG eine angemessene Parteientschädigung gemäss beiliegender Kostennote zu bezahlen. Zur Begründung wird im Wesentlichen vorgebracht, bei der BLS AlpTransit AG handle es sich um eine privatrechtliche Aktiengesellschaft, deren Aktien zu 100% von der BLS Lötschbergbahn AG gehalten werden. Der Bund sei an der BLS AlpTransit AG derzeit überhaupt nicht beteiligt und dürfe dies gemäss Art. 5 Abs. 1 der Vereinbarung zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der BLS Lötschbergbahn AG (BBl 2000 5605) auch nie mehrheitlich sein. Die Situation der BLS AlpTransit AG unterscheide sich damit grundlegend von jener der Schweizerischen Bundesbahnen oder der Skyguide, denen eine Parteientschädigung versagt worden sei. Im Gegensatz zur BLS AlpTransit AG erfüllten diese beiden Gesellschaften (permanent) einen öffentlichen Auftrag. Von Bedeutung sei schliesslich, dass die BLS AlpTransit AG von der Bundesverwaltung selbst nicht als Bundesbehörde behandelt werde. So sei sie insbesondere gebührenpflichtig (z. B. bei Bezahlung einer Plangenehmigungsgebühr). Mit Bezug auf die BLS AlpTransit AG seien auch die Voraussetzungen der Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private nicht erfüllt. Ein weiteres Argument gegen die Annahme

einer Behördenstellung sei, dass die BLS AlpTransit AG - jedenfalls nach dem auf die vorliegende Beschwerde anwendbaren Recht - nicht befugt sei zu verfügen; dies gelte namentlich auch mit Bezug auf das Vergabewesen. Der Zuschlag sei daher im vorliegenden Verfahren nicht in Form einer Verfügung erfolgt. Schliesslich sei zu beachten, dass die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde ausschliesslich ihr angeblich zustehende privatrechtliche Ansprüche verfolge. Sie sei offenbar lediglich als Subunternehmerin vorgesehen gewesen und stehe in keiner Rechtsbeziehung zur BLS AlpTransit AG.

E. Die Beschwerdeführerin nimmt mit Schreiben vom 5. September 2002 zu dieser Eingabe Stellung und ersucht die BRK, von der Zusprache einer Parteientschädigung an die BLS AlpTransit AG abzusehen. Sie widersetzt sich der Argumentation der BLS AlpTransit AG auf der ganzen Linie. Die BLS AlpTransit AG sei kein gewinnorientiertes Unternehmen der Privatwirtschaft, sondern Handlungsinstrument des Bundes zur Erfüllung des Auftrages gemäss dem Bundesbeschluss vom 4. Oktober 1991 über den Bau der schweizerischen Eisenbahn-Alpentransversale (Alpentransit-Beschluss, SR 742.104). Ein Zuschlag, der mit dem Inkrafttreten der bilateralen Verträge zum anfechtbaren Entscheid geworden sei, könne nur in der Form einer Verfügung erfolgen. Die Behauptung, es sei der Beschwerdeführerin einzig um die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche gegangen, in welche die BLS AlpTransit AG nicht involviert sei, treffe nicht zu.

F. Mit Schreiben vom 12. September 2002 teilt die BLS AlpTransit AG mit, dass die in der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 5. September 2002 erhobenen Einwendungen bestritten werden.

Aus den Erwägungen:

1. Nach dem vorbehaltlosen Rückzug der Beschwerde ist das bei der BRK hängige Beschwerdeverfahren als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

2. Da die Beschwerde zu einem Zeitpunkt zurückgezogen worden ist, in dem der BRK noch kein erheblicher Aufwand erwachsen ist, kann von einer Auferlegung von Verfahrenskosten abgesehen werden (vgl. Art. 4a Bst. a der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [VwKV], SR 172.041.0).

3. Gemäss Art. 8 Abs. 7 VwKV setzt die Beschwerdeinstanz gegebenenfalls auch dann eine Parteientschädigung fest, wenn die Beschwerde gegenstandslos wird, weil der Beschwerdeführer die Beschwerde zurückzieht.

Die Bietergemeinschaft Z. hat als Zuschlagsempfängerin auf eine Anwaltskostenentschädigung verzichtet, womit die Ausrichtung einer Parteientschädigung von vornherein entfällt.

Die BLS AlpTransit AG hat demgegenüber ausdrücklich einen entsprechenden Antrag gestellt, so dass die BRK darüber zu befinden hat.

4. Gemäss Art. 8 Abs. 5 VwKV begründen unnötige Kosten, Kosten von Bundesbehörden und, in der Regel, Kosten von anderen Behörden, die als Parteien auftreten, keinen Anspruch auf Parteientschädigung. Der Parteibegriff muss hier mit anderen Worten unter Ausschluss staatlicher Instanzen verstanden werden (Alfred Kölz/Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 707). Dieser Ausschluss des Anspruchs auf Parteientschädigung kann als Korrelat zu Art. 63 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) verstanden werden. Nach dieser Bestimmung werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden keine Verfahrenskosten auferlegt; anderen als Bundesbehörden, die Beschwerde führen und unterliegen, werden Verfahrenskosten auferlegt, soweit sich der Streit um vermögensrechtliche Interessen von Körperschaften oder autonomen Anstalten dreht.

a. Ähnliche Regelungen kennen die meisten kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetze, und zwar sowohl mit Bezug auf die Kostenbefreiung als auch mit Bezug auf den Ausschluss des Anspruchs auf Parteientschädigung bei staatlichen Behörden und mit öffentlichen Aufgaben betrauten (privaten) Organisationen (vgl. Benoît Bovay, *Procédure administrative*, Bern 2000, S. 460 bzw. 466). So haben im Kanton Bern die Organe des Kantons und der Gemeinden sowie die verfügbungsbefugten Anstalten (inklusive Sozialversicherungsträger), Körperschaften und Privaten in Verfahren der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege keinen Anspruch auf Parteikostenersatz. Privatpersonen sollen ganz allgemein dadurch, dass sich die Behörden des Instruments der Verfügung bedienen können und die Privaten zur Wahrung ihrer Rechte auf den Weg des Anfechtungsstreitverfahrens verwiesen werden, keinen Nachteil erleiden und keinen Parteikostenersatz an das Gemeinwesen gewärtigen müssen. Ihrer besonderen Stellung wird dadurch Rechnung getragen, dass sie in der Regel keine Verfahrenskosten zu bezahlen haben (Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, *Kommentar zum Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern [VRPG]*, Bern 1997, N. 14 zu Art. 104 VRPG).

Hinzuweisen ist namentlich aber auch auf Art. 159 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG, SR 173.110), zumal Art. 8 Abs. 5 VwKV und Art. 159 Abs. 2 OG im Rahmen der gleichen Gesetzesreform eingeführt und je am 1. Oktober 1969 in Kraft gesetzt worden sind (vgl. Entscheid der BRK vom 28. September 2001, veröffentlicht in VPB 66.5 E. 5). Gemäss Art. 159 Abs. 2 OG darf den im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde und der verwaltungsrechtlichen Klage obsiegenden Behörden oder mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen werden. Praxis und Lehre haben den Grundsatz auch auf die staatsrechtliche Beschwerde ausgedehnt. Hinter dieser Regelung steckt der Gedanke, dass die mit öffentlichen Aufgaben betrauten Organisationen in der Regel über den nötigen Sachverstand verfügen, so dass sich eine anwaltliche Prozessvertretung erübrigt und auch der eigene Aufwand für die Prozessführung sich in bescheidenen Grenzen hält. Zu den Behörden und mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen, denen grundsätzlich keine Parteientschädigung zugesprochen werden, gehören neben den Organen der

Eigenossenschaft, der Kantone und der grossen Gemeinden unter anderem die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA), die Krankenkassen, Privatversicherungen, soweit sie an der Durchführung der Unfallversicherung nach dem Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (UVG, SR 832.20) beteiligt sind, und Einrichtungen der beruflichen Vorsorge, soweit es um die Durchführung des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40) geht (vgl. Thomas Geiser, *Grundlagen*, in: Thomas Geiser/Peter Münch [Hrsg.], *Prozessieren vor Bundesgericht*, Basel und Frankfurt am Main 1996, Rz. 130; Jean-François Poudret, *Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire*, Band V, Bern 1992, N. 3 zu Art. 159 OG).

b. Art. 64 VwVG, der die Grundsätze der Parteientschädigung umschreibt, enthält keinen Hinweis darauf, was unter

Bundesbehörden und anderen Behörden, die als Parteien auftreten, zu verstehen ist. Dagegen kann auf die Umschreibung der Behörden in Art. 1 Abs. 2 VwVG zurückgegriffen werden (vgl. Entscheid der BRK vom 28. September 2001, VPB 66.5 E. 5). Danach gelten unter anderem als Behörden andere Instanzen oder Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung, soweit sie in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügen (Art. 1 Abs. 2 Bst. e VwVG).

c. Gemäss Art. 5 Abs. 1 der Vereinbarung zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bund) einerseits und der BLS Lötschbergbahn AG (BLS) andererseits ist die BLS AlpTransit AG eine mehrheitlich von der BLS beherrschte Aktiengesellschaft nach den Bestimmungen des Obligationenrechts (vgl. BBl 2000 5606). Gestützt darauf sowie auf Grund der Ausführungen der BLS AlpTransit AG in deren Stellungnahme vom 29. August 2002 ist demnach erstellt, dass es sich bei ihr nicht um eine Bundesbehörde handelt. Zu prüfen bleibt, ob sie im vorliegenden Zusammenhang als Organisation ausserhalb der Bundesverwaltung, die in Erfüllung ihrer übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügt, zu bezeichnen ist.

aa. Der Bund ist verantwortlich für die Realisierung der Neuen Eisenbahn-Alpentransversale (NEAT). Die entsprechenden Ziele werden in Art. 1 Alpentransit-Beschluss umschrieben. Gemäss Art. 13 Abs. 1 Alpentransit-Beschluss stellt der Bund im Rahmen seines Submissionsrechts für Planung, Projektierung und Bau den freien Wettbewerb für einzelne Teilstücke sicher. Auf Grund des Bundesbeschlusses vom 20. März 1998 (Art. 196 Ziff. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV], SR 101) über Bau und Finanzierung von Infrastrukturvorhaben des öffentlichen Verkehrs sowie die Revision vom 20. März 1998 des Alpentransit-Beschlusses wurden einerseits zwischen dem Bund und den Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) sowie deren Tochtergesellschaft AlpTransit Gotthard AG und andererseits zwischen dem Bund und der BLS sowie deren Tochtergesellschaft BLS Alp Transit AG neue Vereinbarungen über die Realisierung der NEAT am Gotthard bzw. am Lötschberg abgeschlossen (vgl. BBl 2000 5591). Gemäss Art. 3 Abs. 1 der Vereinbarung zwischen dem Bund einerseits und der BLS AlpTransit AG andererseits verpflichtet sich diese, die Lötschberg-Basisstrecke gemäss der Bestellung des Bundes zu projektieren und zu erstellen.

Nach Art. 4 dieser Vereinbarung ist die BLS AlpTransit AG gegenüber dem Bund für die sorgfältige Projektierung und Erstellung der Lötschberg-Basisstrecke gemäss der Bestellung des Bundes sowie den effizienten Einsatz der zur Verfügung gestellten Finanzmittel verantwortlich (vgl. BBl 2000 5612). Zudem wird die unternehmerische Freiheit der Ersteller - trotz privatrechtlicher Organisation - durch die geringe Kapitalisierung, die verschiedenen Sondervorschriften des Bundes sowie der detaillierten NCW (Neat-Controlling-Weisung) des Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) eingeschränkt. Auch wenn die Entscheidungsträger der beiden Erstellergesellschaften über einen dadurch beschränkten Handlungsspielraum verfügen, haben sie die Aufgabe, ihre Funktion im Interesse des Bundes mit der nötigen Sorgfalt wahrzunehmen (Bericht der Neat-Aufsichtsdelegation der eidgenössischen Räte vom 7. Februar 2002 zuhanden der Finanzkommissionen, der Geschäftsprüfungskommissionen und der Kommissionen für Verkehr und Fernmeldewesen betreffend Oberaufsicht über den Bau der Neuen Eisenbahn-Alpentransversale im Jahre 2001 [BBl 2002 4092, 4115]).

bb. Die BRK trat bisher auf Beschwerden, die sich gegen auf den Alpentransit-Beschluss gestützte Vergabeentscheide richteten, nicht ein, da die Beschaffungen durch die SBB und andere Auftraggeberinnen aus dem Sektorenbereich Eisenbahnen - auch im Rahmen der NEAT - dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) nicht unterstanden. Die Nichtunterstellung der SBB sowie der übrigen Auftraggeberinnen aus dem Sektorenbereich Eisenbahn bedeutet in erster Linie einen - vorläufigen - Ausschluss entsprechender Aufträge vom Rechtsmittelsystem (vgl. Entscheid der BRK vom 23. Februar 2000, veröffentlicht in VPB 64.61 E. 3 mit Hinweisen).

Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG, SR 0.172.052.68, AS 2002 1951) am 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Die Umsetzung der entsprechenden staatsvertraglichen Verpflichtungen der Schweiz erfolgt je eigenständig durch den Bund und die Kantone (Botschaft des Bundesrates vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG [BBl 1999 6128, 6210]).

In der Regel ergibt sich die direkte Unterstellung einer Organisation unter das Beschaffungsrecht des Bundes anhand von zwei alternativen Kriterien: entweder aufgrund des beherrschenden Einflusses des Bundes auf die betreffende Organisation oder aufgrund des Tätigwerdens dieser Organisation auf dem Gebiete der ganzen Schweiz gestützt auf ein besonderes oder ausschliessliches Recht (Art. 2a Abs. 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11). Im Sektorenbereich Eisenbahnen sind die SBB sowie die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem BoeB direkt unterstellt (Art. 2a Abs. 2 Bst. b VoeB). Ausserdem sind die NEAT-Ersteller aufgrund des in Art. 13 Abs. 1 Alpentransit-Beschluss enthaltenen und durch Art. 4 der Verordnung des Bundesrates vom 28. Februar 2001 über den Bau der schweizerischen Eisenbahn-Alpentransversale (Alpentransit-Verordnung [AtrAV], SR 742.104.1) konkretisierten Verweises dem Beschaffungsrecht des Bundes ebenfalls - indes indirekt - unterstellt. Gemäss Art. 4 AtrAV unterstehen die Vergaben der Ersteller von Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen im Rahmen des Alpentransit-Beschlusses wie die

entsprechenden Beschaffungen der SBB der Bundesgesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen. Daraus folgt, dass die BLS AlpTransit AG eine dem Bundesrecht unterstellte Vergabebehörde ist, und zwar ungeachtet dessen, dass sich diese Eigenschaft nicht direkt aus Art. 2 Abs. 2 BoeB in Verbindung mit Art. 2a Abs. 2 Bst. b VoeB ergibt, sondern nur indirekt durch den in Art. 13 Abs. 1 Alpentransit-Beschluss bzw. Art. 4 AtrAV vorgesehenen Verweis. Da die NEAT-Ersteller somit Gegenstand einer speziellen Unterstellung bilden, spielt es auch keine Rolle, dass die BLS AlpTransit AG nicht durch den Bund beherrscht wird. Die BRK weist im Übrigen darauf hin, dass die BLS AlpTransit AG schon vor dem Inkrafttreten des Bilateralen Abkommens Schweiz-EG eine Vergabebehörde des Bundes war, und zwar aufgrund des in der vorgängigen Vereinbarung zwischen dem Bund und der BLS (BBl 1994 III 1545 f.) enthaltenen offenen Verweises. Nach Art. 4 dieser Vereinbarung war nämlich das jeweils geltende Submissionsrecht des Bundes anwendbar, so dass die BLS AlpTransit AG mit dem Inkrafttreten der VoeB am 1. Januar 1996 dem 3. Kapitel (Übrige Beschaffungen) der VoeB unterstand (Evelyn Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, S. 389 f.; Peter Gauch, Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes - Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, in Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR] 1995, Band I, S. 319). Das Inkrafttreten des Bilateralen Abkommens Schweiz-EG mit der Unterstellung der Betreiber von Eisenbahnanlagen hatte dann seinerseits zur Folge, dass die BLS AlpTransit AG fortan dem BoeB und nicht mehr bloss dem 3. Kapitel der VoeB untersteht. Damit ist neu auch ein bundesrechtlicher Rechtsschutz verbunden, indem der Rechtsmittelweg an die BRK offen steht (aufgrund von Art. 5 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG; siehe auch Bericht der Neat-Aufsichtsdelegation [BBl 2002 4131] sowie Giovanni Biaggini, Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Roger Zäch [Hrsg.], Bilaterale Verträge Schweiz - EG, Ein Handbuch, Zürich 2002, S. 343).

Der Umstand, dass die BLS AlpTransit AG vor dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens Schweiz-EG dem BoeB nicht unterstand, bedeutet folglich nicht, dass sie allein deswegen nicht als Behörde im Sinne von Art. 8 Abs. 5 VwKV in Frage kommen kann (vgl. Entscheid der BRK vom 28. September 2001, VPB 66.5 E. 5).

cc. Bei Submissionen des Bundes handelt es sich um behördliche Anordnungen, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen («actes de puissance publique»; vgl. in diesem Sinne mit Bezug auf Art. 84 Abs. 1 OG auch BGE 125 II 95 E. 3b). Dies gilt ebenso für Beschaffungen, die sich ausserhalb des Anwendungsbereichs des BoeB befinden, und zwar ungeachtet der missglückten - Formulierung in Art. 39 VoeB, wonach solche Entscheide keine Verfügungen darstellen. Wie sich aus Art. 2 Abs. 3 in fine BoeB sowie aus der französischen und der italienischen Fassung von Art. 39 VoeB ergibt, ist Sinn dieser Bestimmung allein, aber immerhin, dass solche Vergabeentscheide nicht mit Beschwerde angefochten werden können. Ob Submissionen im Sektorenbereich Schienenverkehr durch öffentliche oder private (aufgrund ausschliesslicher Rechte tätiger) Auftraggeber durchgeführt werden, kann im Rahmen von Art. 8 Abs. 5 VwKV nicht massgebend sein (vgl. Evelyne Clerc, in: Pierre Tercier/Christian Bovet [Hrsg.], *Droit de la concurrence*, Genf/Basel/München 2002, N. 82 zu Art. 5 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (BGBM, SR 943.02).

Dies führt zum Schluss, dass die BLS AlpTransit AG sowohl vor als auch nach dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens als Organisation ausserhalb der Bundesverwaltung zu bezeichnen ist, die im Rahmen der Realisierung der NEAT in Erfüllung ihrer übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes Submissionen tätigt. Aufgrund von Art. 8 Abs. 5 VwKV hat die BLS AlpTransit AG entsprechend keinen Anspruch auf Parteientschädigung. Gründe, von dieser Regel eine Ausnahme zu machen, bestehen vorliegend keine. So kommt es insbesondere nicht darauf an, ob auf die Beschwerde hätte eingetreten werden können, wäre diese nicht zurückgezogen worden. Denn Art. 8 Abs. 5 VwKV soll von seinem Sinn her losgelöst vom Ausgang eines Beschwerdeverfahrens Geltung haben. In gleicher Weise werden der BLS AlpTransit AG im Rahmen eines Submissionsverfahrens unabhängig vom Ausgang des Beschwerdeverfahrens in Anwendung von Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Verfahrenskosten auferlegt.

Dokumente der BRK