



AR GVP 33/2021 Nr. 3802

Submissionsrecht/Verwaltungsverfahren. Der Zuschlag ist den Anbietenden mit einer kurzen Begründung zu eröffnen. Im angefochtenen Entscheid wird ausdrücklich auf den Bericht des Beurteilungsgremiums Bezug genommen, was den Begründungsanforderungen genügt (E. 3.3). Bei der Appenzeller Bahnen AG handelt es sich um eine privatrechtliche Aktiengesellschaft und nicht um eine Behörde, womit sie grundsätzlich Anspruch auf eine Parteientschädigung hat (E.4.1).

Verfügung des Einzelrichters des Obergerichts, 22.09.2021, ERV 21 28

Aus den Erwägungen:

3.3 [...]

Nach Art. 13 lit. h der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB, bGS 712.1) bzw. Art. 5 Abs. 2 des kantonalen Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (GöB, bGS 712.1) und Art. 34 Abs. 1 der kantonalen Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (kVöB, bGS 712.11) wird der Zuschlag den Anbietenden mit einer *kurzen* Begründung eröffnet. Nach der Eröffnung können Anbieter bei der Anbieterin die wesentlichen Gründe für ihre Nichtberücksichtigung erfragen (Art. 34 Abs. 2 kVöB, "Debriefing"). Die Begründungspflicht ist verletzt, wenn die Vergabestelle etwa Formulierungen wie "Den Zuschlag erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot" oder "Der Zuschlag geht an das Angebot, welches in der Gesamtevaluation am meisten Punkte erreicht hat" verwendet (PASCAL BIERI, in: Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 27 zu Art. 51 BöB; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1243 und 1251). Notwendig ist die Bekanntgabe konkreter Anhaltspunkte für die Vorteile der Zuschlagsofferte (PASCAL BIERI, a.a.O., N. 28 zu Art. 51 BöB).

Im vorliegenden Fall enthält die Zuschlagsverfügung vom 22. April 2021 keine konkreten Hinweise zu den Merkmalen und Vorteilen des berücksichtigten Angebots und würde damit für sich allein die Begründungspflicht nicht erfüllen. Indessen wird im angefochtenen Entscheid ausdrücklich auf den Bericht des Beurteilungsgremiums vom 26. März 2021 Bezug genommen. Dieser Bericht wurde dem Entscheid beigelegt. Er umfasst 36 Seiten und enthält mehr als eine bloss summarische Begründung für die Vergabe des Auftrages an die B. AG. Dieser Bericht genügt den Begründungsanforderungen in jeder Hinsicht. Das Gegenteil wird von der Beschwerdeführerin weder behauptet noch substantiiert dargelegt. Im Rahmen eines per E-Mail geführten Debriefings hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin zudem weitere Informationen und Aufstellungen zukommen lassen. Insgesamt hat die Vorinstanz ihre Begründungspflicht erfüllt. Es liegt keine Verletzung von Verfahrensvorschriften durch die Vorinstanz vor, weshalb das Verursacherprinzip keine Anwendung finden kann. Es bleibt dabei, dass die Beschwerdeführerin die Kosten zu tragen hat.

4.

4.1 Art. 59 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1) statuiert, dass, soweit besondere Bestimmungen fehlen, für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde die Vorschriften über den Rekurs

(Art. 30-41) sowie Art. 1-26, 28, 29 und 42 sinngemäss anwendbar sind. Der Anspruch auf Parteientschädigung nach Art. 53 Abs. 3 VRPG stellt eine besondere Bestimmung dar, und zwar ausschliesslich im Verhältnis zu Art. 24 Abs. 1 VRPG. Weiterhin bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde anwendbar ist Art. 24 Abs. 3 lit. a VRPG, wonach keine Parteientschädigung an Behörden ausgerichtet wird (Entscheid des Obergerichts O4V 13 38 vom 10. Februar 2017 Erwägung "E").

Gemäss Art. 53 Abs. 3 VRPG hat die obsiegende Partei Anspruch auf Entschädigung für ihre notwendigen Kosten und Auslagen. Art. 24 Abs. 3 lit. a VRPG sieht vor, dass an *Behörden*, ausser im Klageverfahren nach Art. 57 f. VRPG oder bei mutwilliger Prozessführung, keine Parteientschädigung ausgerichtet wird. Es stellt sich daher die Frage, ob die Appenzeller Bahnen AG unter den Begriff der "*Behörden*" nach Art. 24 Abs. 3 lit. a VRPG subsumiert werden können.

Art. 24 VRPG steht unter dem Titel "*Kosten*" (vgl. Art. 19 VRPG). Es erscheint zwingend notwendig, dass die Kostenfrage und die Frage der Parteientschädigung parallel laufen. Eine Partei, der nach Art. 22 Abs. 1 VRPG keine Kosten auferlegt werden können, soll im Gegenzug auch keine Parteientschädigung erhalten. Keine Verfahrenskosten werden nach Art. 22 Abs. 1 VRPG dem Bund, dem Kanton und den Gemeinden sowie anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten im Kanton auferlegt. Der Begriff der "*Behörden*" im Sinne von Art. 24 Abs. 3 lit. a VRPG ist demnach im Lichte von Art. 22 Abs. 1 VRPG auszulegen (Urteil des Einzelrichters des Obergerichts ERV 18 19 vom 4. April 2018 E. 4). Somit stellt sich im vorliegenden Fall die Anschlussfrage, ob die Appenzeller Bahnen AG unter die Begriffe der "*öffentlich-rechtliche Körperschaft oder Anstalt*" im Sinne von Art. 22 Abs. 1 VRPG subsumiert werden kann und muss. Diese Frage ist zu verneinen. Die Appenzeller Bahnen AG ist gemäss Handelsregistrauszug eine privatrechtliche Aktiengesellschaft. Die Gesellschaft bezweckt die Erbringung von Transportdienstleistungen und ist berechtigt, alle mit dem Gesellschaftszweck direkt oder indirekt zusammenhängenden oder diesen fördernden Geschäfte zu tätigen, Zweigniederlassungen oder Betriebsstätten im In- oder Ausland zu errichten, sich an anderen Firmen und Institutionen direkt oder indirekt zu beteiligen. Die Gesellschaft kann gar Grundstücke und Immaterialgüterrechte erwerben, verwalten und veräussern. Auf der Homepage der Appenzeller Bahnen AG ist zudem zu lesen, dass zu ihrem Aktionariat auch Private gehören, weshalb eine Zuordnung zu den öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten im Kanton klar ausscheidet (vgl. auch PATRICK FREUDIGER, *Anstalt oder Aktiengesellschaft*, 2016, S. 167 f.). Die Appenzeller Bahnen AG fällt - anders als z.B. Flurgenossenschaften (Urteil des Obergerichts II O6 5 vom 24. Januar 2007 E. 7) oder die Assekuranz Appenzell Ausserrhoden (Urteil des Obergerichts O4V 2013 31 vom 27. August 2021 E. 5.2) - demnach nicht unter den Begriff der "*Behörden*" nach Art. 24 Abs. 3 lit. a VRPG (so schon das Urteil des Einzelrichters des Obergerichts ERV 18 19 vom 4. April 2018 E. 4). Dem steht auch Art. 1 Abs. 2 VRPG nicht entgegen, wonach Private den Verwaltungsbehörden gleichgestellt sind, soweit sie in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben verfügen, da die Art. 22 und 24 VRPG *lex specialis* zur allgemeinen Bestimmung von Art. 1 Abs. 2 VRPG darstellen. Die obsiegende Appenzeller Bahnen AG hat demnach grundsätzlich Anspruch auf eine Parteientschädigung.