

WBE.2011.246 / MW / jb

(06.06.4)

Art. 39

Urteil vom 25. Juni 2012

Besetzung

Verwaltungsrichter Winkler, Präsident
Verwaltungsrichter Berger
Verwaltungsrichter Gysi
Gerichtsschreiber Wildi
Rechtspraktikantin Widmer

Beschwerde-
führerin

A. _____
vertreten durch lic. iur. B. _____, Rechtsanwältin und Dr. iur.
C. _____, Rechtsanwalt

gegen

Einwohnergemeinde D. _____
handelnd durch den Gemeinderat
dieser vertreten durch Dr. iur. E. _____, Rechtsanwalt,

Gegenstand

Beschwerdeverfahren betreffend Submission

Entscheid des Gemeinderats D. _____ vom 27. Juni 2011

Das Verwaltungsgericht entnimmt den Akten:

A.

Die Einwohnergemeinde D. _____ schrieb im Amtsblatt des Kantons Aargau vom _____ die Submission Contracting Holzschnitzelheizung mit Wärmeverbund (Wärmelieferung an die Einwohnergemeinde D. _____ aus einer Holzheizzentrale mit Wärmeverbund) öffentlich aus. Innert Eingabefrist reichten sechs Anbieter Angebote ein. Im März 2011 wurden die Anbieter informiert, dass der vorgesehene Standort für die Heizzentrale vom Kanton voraussichtlich nicht bewilligt werde. Die Anbieter wurden deshalb aufgefordert, ein neues Angebot für das geänderte Projekt als Ergänzungsvariante einzureichen. Nach Eingang und Beurteilung der Offerten für die Ergänzungsvariante erteilte der Gemeinderat D. _____ mit Beschluss vom 27. Juni 2011 den Zuschlag zur Erstellung des Wärmeverbundes D. _____ an die F. _____. Mit Schreiben vom 29. Juni 2011 wurde der A. _____ die anderweitige Auftragsvergabe mitgeteilt.

B.

1.

Mit Eingabe vom 11. Juli 2011 erhob die A. _____ Beschwerde an das Verwaltungsgericht mit folgenden Anträgen:

"1.

Die Zuschlagsverfügung vom 27. Juni 2011 sei aufzuheben und der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin zu erteilen.

2.

Eventualiter sei die Sache unter Aufhebung der Zuschlagsverfügung vom 27. Juni 2011 mit verbindlichen Weisungen an die Vergabestelle zurückzuweisen.

3.

Der Beschwerde sei, **zunächst superprovisorisch**, d.h. ohne Anhörung der Gegenpartei, aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei der Vergabestelle, **zunächst superprovisorisch**, zu untersagen, mit der Zuschlagsempfängerin einen Vertrag über den Beschaffungsgegenstand abzuschliessen.

4.

Der Beschwerdeführerin sei Einsicht in die Vergabeakten, insb. in den vollständigen detaillierten Auswertungsbericht samt Bewertungstabelle der G. _____ (umfassend die Angebote zur ersten Ausschreibung und jene zur Ergänzungsvariante), zu gewähren und ihr nach Akteneinsicht Gelegenheit für eine Ergänzung der Beschwerde einzuräumen oder ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen.

5.

Der Zuschlagsempfängerin sei keine Einsicht in die Offerten der Beschwerdeführerin und in die im Beilagenverzeichnis speziell gekennzeichneten Beilagen zu gewähren.

6.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zugunsten der Beschwerdeführerin."

2.

Mit Verfügung vom 12. Juli 2011 wurde dem Gesuch um aufschiebende Wirkung superprovisorisch entsprochen (Ziff. 4 der Verfügung vom 12. Juli 2011).

3.

Die F. _____ teilte mit Schreiben vom 21. Juli 2011 mit, sie beteilige sich nicht am Verfahren (vgl. Ziff. 3 der Verfügung vom 12. Juli 2011).

4.

Mit Beschwerdeantwort vom 25. Juli 2011 beantragte die Einwohnergemeinde D. _____:

"1.

Die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann.

2.

Das Begehren auf Erteilung aufschiebender Wirkung der Beschwerde sei abzuweisen.

3.

Das Begehren der Beschwerdeführerin auf Einsichtgabe in die Vergabeakten sei abzuweisen.

4.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin."

5.

Mit Eingaben vom 28. Juli 2011 und vom 10. August 2011 nahm die Beschwerdeführerin zum Nichteintretensantrag der Vergabestelle Stellung. Sie beantragte die Abweisung des Nichteintretensantrags. An den übrigen Anträgen in der Beschwerde vom 11. Juli 2011 werde festgehalten.

6.

Mit Verfügung vom 9. September 2011 hiess der Kammerpräsident das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gut, erteilte der Beschwerde weiterhin die aufschiebende Wirkung und gewährte der Beschwerdeführerin in begrenztem Ausmass Einsicht in die Vorakten der Einwohnergemeinde D. _____.

7.

Die Beschwerdeführerin hielt mit Replik vom 26. September 2011 an den bisher gestellten Begehren und Anträgen fest.

8.

Auch die Einwohnergemeinde D. _____ hielt mit Duplik vom 2. November 2011 an den bisherigen Anträgen fest, mit Ausnahme des Antrags auf Abweisung des Begehrens auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

9.

Mit Eingabe vom 14. November 2011 reichte die Beschwerdeführerin eine Stellungnahme zu Noven in der Duplik ein und hielt an den bisher gestellten Begehren und Anträgen fest.

C.

Das Verwaltungsgericht hat den Fall am 25. Juni 2012 beraten und entschieden.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

I.

1.

Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist zulässig gegen letztinstanzliche Entscheide der Verwaltungsbehörden und, wenn vorgesehen, gegen Entscheide der Spezialverwaltungsgerichte (§ 54 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 4. Dezember 2007 [VRPG; SAR 271.200]). Ausgeschlossen ist die Beschwerde in den Sachbereichen gemäss § 54 Abs. 2 lit. a - h VRPG. Vorbehalten bleiben sodann Sonderbestimmungen in anderen Gesetzen (§ 54 Abs. 3 VRPG). Die Beschwerde ist auch in den Fällen von Absatz 2 und 3 zulässig, wenn die Verletzung des Anspruchs auf Beurteilung von Streitigkeiten durch eine richterliche Behörde gerügt wird (§ 54 Abs. 4 VRPG).

2.

Gegen Verfügungen der Vergabestellen gemäss § 5 des Submissionsdekrets vom 26. November 1996 (SubmD; SAR 150.910) kann direkt beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden (§ 24 Abs. 1 SubmD). Die Einwohnergemeinde D. _____ fällt als Vergabestelle im Sinne von § 5 Abs. 1 lit. b SubmD in Betracht.

Die Einwohnergemeinde D. _____ macht geltend, es gehe vorliegend nicht um eine Beschaffung der Gemeinde, sondern um eine Erteilung einer Konzession. Das Submissionsdekret gelange daher nicht zur Anwendung, weshalb auf die Beschwerde gar nicht eingetreten werden könne

(vgl. Beschwerdeantwort, S. 11). Die Beschwerdeführerin bringt demgegenüber vor, Gegenstand des Vergabeverfahrens sei nicht die Einräumung einer Sondernutzungskonzession, sondern die Vergabe eines entgeltlichen öffentlichen Auftrags. Das ganze Vergabeverfahren und die angefochtene Verfügung unterstünden dem Submissionsdekret (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 10. August 2011, S. 3).

Speziell an der vorliegenden Streitsache ist, dass zur Beantwortung der Frage, ob das Verwaltungsgericht zuständig ist, vorgängig bestimmt werden muss, ob wirklich ein öffentlicher Auftrag vorliegt. Diese Frage stellt genau den vor Verwaltungsgericht gebrachten Streitgegenstand dar. Die Prüfung der Zulässigkeit der Beschwerde setzt folglich die Beantwortung einer Frage voraus, die sich mit der materiellen Streitsache deckt. In einem solchen Fall genügt es im Stadium der Eintretensfrage, dass die Beschwerdeführerin glaubhaft darlegt, dass in der Streitfrage die Voraussetzungen, welche die Zuständigkeit des Gerichts begründen, erfüllt sind; die Frage, ob dies tatsächlich der Fall ist, wird danach, mit der materiellen Prüfung der Sache, entschieden, sofern die weiteren Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 9. Januar 2009 [2C_484/2008], Erw. 1.3 [nicht publizierte Erw. 1.3 des BGE 135 II 49] = Praxis des Bundesgerichts [Pra] Praxis 98/2009, Nr. 75, S. 506 mit Hinweis auf die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen in BGE 131 III 153 Erw. 5.1).

Im vorliegenden Fall beruft sich die Beschwerdeführerin auf eine Sach- und Rechtslage, die geeignet ist, die Anwendung des Vergaberechts auf das gegenwärtige Verfahren plausibel zu machen (siehe Erw. II/3. - 6. hinten). Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist insoweit zu bejahen, als die Frage zu prüfen ist, ob die von der Beschwerdeführerin behauptete Vergabe unter das Submissionsdekret fällt.

3.

Mit der Beschwerde an das Verwaltungsgericht können unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, geltend gemacht werden (§ 25 Abs. 2 SubmD). Die Ermessenskontrolle ist dagegen ausgeschlossen (§ 25 Abs. 3 SubmD).

II.

1.

Dem vorliegenden Verfahren liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Gemeinde D. _____ möchte den bestehenden Nahwärmeverbund, der mit einer Hackschnitzelfeuerung betrieben wird, vergrössern. Geplant ist die Erstellung eines Fernwärmeverbundes, der ein Vielfaches der bisher versorgten Liegenschaften mit Komfortwärme versorgt. Die Wärme

wird in einer neu zu erstellenden Heizzentrale mit einer Leistung von rund 4 MW erzeugt. Die Wärme wird primär mit Holzhackschnitzeln erzeugt, die Erzeugung der Spitzenlast erfolgt mit Heizöl. Von der bestehenden Infrastruktur des heutigen Nahwärmeverbundes sollen nur noch das Netz und die Unterstationen verwendet werden. Der alte Kessel und der Silo werden stillgelegt. Die neu zu erstellende Infrastruktur wie der Neubau der Heizzentrale mit Silo, das Fernwärmenetz mit den Tiefbauarbeiten und alle erforderlichen Übergabestationen werden vom Contractor finanziert und gebaut. Für den Betrieb, den Unterhalt und die Wartung sämtlicher Anlagen ist der Contractor verantwortlich. Der Contractor stellt den Kunden die erforderliche Anschlussleistung zur Verfügung und liefert die benötigte Wärmeenergie (vgl. Contractingausschreibung vom 1. November 2010, S. 4 [Einleitung] [Beilage 10 der Beschwerdeführerin; Vorakten der Einwohnergemeinde D. _____, schwarzer Ordner, Griff 12]).

In der Folge schrieb die Einwohnergemeinde D. _____ im Amtsblatt des Kantons Aargau vom _____ die Submission Contracting Holzschnitzelheizung mit Wärmeverbund (Wärmelieferung an die Einwohnergemeinde D. _____ aus einer Holzheizzentrale mit Wärmeverbund) öffentlich aus (Beilage 9 der Beschwerdeführerin). Innert Eingabefrist reichten sechs Anbieter Angebote ein. Im März 2011 wurden die Anbieter informiert, dass der vorgesehene Standort für die Heizzentrale vom Kanton voraussichtlich nicht bewilligt werde. Die Anbieter wurden deshalb aufgefordert, ein neues Angebot für das geänderte Projekt als Ergänzungsvariante einzureichen. Nach Eingang und Beurteilung der Offerten für die Ergänzungsvariante erteilte der Gemeinderat D. _____ mit Beschluss vom 27. Juni 2011 den Zuschlag zur Erstellung des Wärmeverbundes D. _____ an die F. _____ (Beilage 2 der Beschwerdeführerin; schwarzer Ordner, Griff 1). Mit Schreiben vom 29. Juni 2011 wurde der Beschwerdeführerin die anderweitige Auftragsvergabe mitgeteilt (vgl. Beilage 2 der Beschwerdeführerin).

2.

Mit der Beschwerdeantwort stellt sich die Beschwerdegegnerin auf den Standpunkt, es gehe gar nicht um eine Beschaffung der Gemeinde, sondern um die Erteilung einer Konzession. Das Submissionsdekret gelange daher gar nicht zur Anwendung. Dies müsse dazu führen, dass auf die Beschwerde nicht eingetreten werden könne (Beschwerdeantwort, S. 11).

Die Beschwerdeführerin bestreitet diese Ausführungen. Während des gesamten Vergabeverfahrens sei nie von einer Konzessionserteilung die Rede gewesen und auch die Gemeinde sei immer von einer Submission und einer Beschaffung ausgegangen. Bei den von der Gemeinde D. _____ beschafften Leistungen handle es sich um Bauleistungen (Bau der Heizzentrale), Lieferungen (Wärme) und Dienstleistungen (Contracting-Dienstleistungen), die dem Submissionsdekret unterstünden.

Die angefochtene Verfügung stelle klar eine Zuschlagsverfügung im Sinne des Submissionsdekrets dar (vgl. Eingabe der Beschwerdeführerin vom 28. Juli 2011). Der Beschaffungsgegenstand erfülle alle Anforderungen eines öffentlichen Auftrags. Die Leistungen zwischen Gemeinde und Zuschlagsempfänger stünden im Austauschverhältnis (Synallagma), die Leistungen des Zuschlagsempfängers erfolgten entgeltlich und die Gemeinde sei Nachfragerin sowie Abnehmerin der Leistungen. Die Vergabe unterstehe deshalb dem öffentlichen Beschaffungsrecht und sei auch im offenen Verfahren nach Submissionsdekret erfolgt (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 10. August 2011).

3.

3.1.

Die Konzession ist die Verleihung des Rechts zur Ausübung einer monopolisierten Tätigkeit oder zur Sondernutzung einer öffentlichen Sache (Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich / St. Gallen 2010, Rz. 2591). Unterschieden werden die Monopolkonzession, welche die Berechtigung zur Ausübung einer monopolisierten wirtschaftlichen Tätigkeit verleiht (Häfelin / Müller / Uhlmann, a. a. O., Rz. 2604) und die Sondernutzungskonzession, welche die Berechtigung zur Sondernutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch verleiht (Häfelin / Müller / Uhlmann, a. a. O., Rz. 2607). Gemäss Art. 2 Abs. 7 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) hat die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen und darf Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren.

3.2.

Sowohl der Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 7 BGBM als auch das Verhältnis zwischen der Konzessionserteilung und den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens sind in der Praxis umstritten. Nach einem Gutachten der Wettbewerbskommission WEKO vom 22. Februar 2010 müssen Gemeinwesen Konzessionen zugunsten Privater für die Erstellung, den Betrieb und Unterhalt elektrischer Verteileranlagen gestützt auf Art. 2 Abs. 7 BGBM ausschreiben. Mit solchen Sondernutzungskonzessionen verleihe das Gemeinwesen den Privaten das Recht, öffentlichen Grund und Boden exklusiv zu nutzen. Sondernutzungskonzessionen beruhen auf einem faktischen Monopol. Damit gemeint sei die Möglichkeit des Gemeinwesens, aufgrund seiner Hoheit über öffentliche Sachen Private von gewissen Tätigkeiten auszuschliessen. In grundsätzlicher Weise hält die WEKO fest, dass die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht nur für die Übertragung der Nutzung rechtlicher, d. h. gesetzlich verankerter Monopole, sondern auch für Nutzungsübertragung faktischer Monopole auf Private gelte. Dies bedeute, dass auch die Erteilung oder Erneuerung von Konzessionen zugunsten Privater für den öf-

fentlichen Plakataushang oder die Nutzung der Wasserkraft der Ausschreibungspflicht unterlägen (vgl. Medienmitteilung der WEKO vom 16. April 2010).

Zum gegenteiligen Ergebnis kommt ein vom Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen (VSE) bei Hans Rudolf Trüeb (unter Mitarbeit von Daniel Zimmerli) in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten vom 15. Juli 2010 betreffend Ausschreibungspflicht der Sondernutzungskonzession für elektrische Verteilnetze. Nach diesen Autoren schliesst das Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7) aus, dass eine kantonale oder kommunale Sondernutzungskonzession gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM öffentlich ausgeschrieben werden könnte bzw. dürfte. Die Sondernutzungskonzession dürfe und könne nur dem nach Art. 5 StromVG bestimmten Netzbetreiber erteilt werden. Das StromVG gehe Art. 2 Abs. 7 BGBM im Bereich des Netzbetriebs als *lex specialis* vor und schliesse Wettbewerb bei der Erteilung von Sondernutzungskonzessionen an Netzbetreiber aus. Hätte der Gesetzgeber eine Ausschreibungspflicht gewünscht, hätte er sie spezialgesetzlich im StromVG geregelt. Es liege daher seitens des StromVG ein qualifiziertes Schweigen vor. Eine Einführung des Wettbewerbs auf der Stufe der nachgelagerten Sondernutzung würde bedeuten, das Pferd beim Schwanz aufzufazzen (vgl. Gutachten, Rz. 11).

Die Einwohnergemeinde D. _____ beheizt nach eigener Darstellung einzelne Gemeindeligenschaften mit einer zentralen Befeuerungsanlage (Holzschnitzel). Diese Anlage könne mit dem Fernwärmeprojekt, wie es geplant sei, in keiner Weise gleichgesetzt werden. Die bisherige Anlage sei eine gemeindeeigene Anlage, mit der ausschliesslich einzelne Gebäude beheizt würden, die im Eigentum der Einwohnergemeinde D. _____ ständen. Der Gemeinderat habe nunmehr den Anstoss dazu gegeben, eine Fernwärmeanlage zu realisieren, die der Allgemeinheit diene. Es gehöre mit Sicherheit nicht zu den öffentlichen Aufgaben einer aargauischen Einwohnergemeinde, ein derartiges Fernwärmeprojekt zu realisieren. Die Beschwerdeführerin könne sich denn auch keinesfalls auf irgendeine Bestimmung in der aargauischen Gesetzgebung berufen, die die Einwohnergemeinde verpflichten oder auch nur berechtigen würde, eine Fernwärmeanlage zu erstellen und zu betreiben. Hingegen sei es einem Gemeinderat unbenommen, die Initiative zu ergreifen und zur Realisierung eines derartigen Projekts Anstoss zu geben (Duplik, S. 5).

Das StromVG gilt für Elektrizitätswerke, die mit 50 Hz Wechselstrom betrieben werden (Art. 2 Abs. 1 StromVG). Die geplante Heizanlage mit Fernwärmeverbund fällt somit nicht in den Anwendungsbereich des StromVG. Die Gemeinde D. _____ beansprucht indessen ein faktisches Monopol der Energieversorgung. Dritten sei die Benützung öffentlicher Strassen und Plätze für die Überspannung und Unterquerung mit

elektrischen Leitungsdrähten zur Errichtung eines Verteilnetzes vorenthalten. Die Übertragung derartiger Nutzungsrechte bedürfe einer Sondernutzungskonzession. Dies müsse in analoger Weise auch für das streitige Vorhaben eines Wärmeverbund-Werkes gelten (Beschwerdeantwort, S. 7 ff.).

Diese Argumentation überzeugt nicht. Im Vordergrund steht nicht allein die Sondernutzung öffentlichen Grund und Bodens. Kernpunkt bilden vielmehr Bau, Betrieb und Unterhalt einer neuen Heizanlage sowie eines Wärmeverbundnetzes. Die elektrische Grundversorgung ist anderweitig sichergestellt, der Fernwärmeverbund stellt ein zusätzliches und neues Projekt dar. Die Frage, ob und wie die Konzessionserteilung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM öffentlich auszuschreiben ist, kann letztlich jedoch – aufgrund der nachfolgenden Erwägungen – offen bleiben.

4.

4.1.

Das Bundesgericht hat sich in BGE 135 II 49 ff. (= Pra 98/2009, Nr. 75, S. 502 ff.) grundsätzlich zum Verhältnis zwischen der Konzessionserteilung und den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens geäußert. Gemäss den Erwägungen des Bundesgerichts blieben zahlreiche Fragen betreffend den Zusammenhang zwischen den Begriffen der öffentlichen Beschaffungen und der Konzessionen umstritten. Die Entwicklung der Praxis ihrerseits lasse oft immer weniger Raum für das, was klassische öffentliche Beschaffungen oder Konzessionen zu nennen sei, zugunsten komplexer rechtlicher und wirtschaftlicher Verhältnisse, in denen eine Vielzahl von Möglichkeiten denkbar seien. Die im Einzelfall zu wählende Lösung könne folglich nicht beanspruchen, die Gesamtheit dieser Fragen zu lösen. Aus den Kritiken der Lehre und der Entwicklung der Praxis ergebe sich jedoch, dass BGE 125 I 209 = Pra 89/2000, Nr. 149, präzisiert werden müsse, um zu vermeiden, dass Güter und Dienstleistungen, die ihrer Natur nach normalerweise von den Gemeinwesen nur unter Beachtung der Bestimmungen über die öffentliche Beschaffungen erworben werden dürften, aufgrund der strengen Anwendung einer Vorschrift, wonach die Konzession im Vordergrund stehe, den dem öffentlichen Beschaffungsrecht eigenen prozessualen Garantien entzogen würden. Mit anderen Worten dürfe ein schweizerisches Gemeinwesen nicht über die Erteilung einer Konzession das Vergaberecht umgehen. Es sei anzunehmen, dass dies vor allem der Fall sei, wenn das Gemeinwesen die Erteilung einer Konzession von Gegenleistungen von einer gewissen Wichtigkeit abhängig mache, die eindeutig zum Begriff der öffentlichen Beschaffung gehörten und von der Konzession trennbar seien. In einem solchen Fall sei es gerechtfertigt, den Erwerb solcher Leistungen den prozessualen Garantien des Vergaberechts zu unterstellen (vgl. BGE 135 II 56 = Pra 98/2009, Nr. 75, S. 514).

Im konkreten Fall hatte das Bundesgericht bei einer Konzession für den Plakataushang auf öffentlichem Grund als Nebenleistung zulasten des Konzessionärs die Zurverfügungstellung von Fahrrädern zur Selbstausleihe zu beurteilen. Das Bundesgericht kam zum Schluss, das streitige Zurverfügungstellen von Fahrrädern zur Selbstausleihe unterstehe den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens: Für das Gemeinwesen sei es ein Mittel zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, es könne von der Konzession losgelöst werden, es habe einen Preis, welcher der Verringerung des vom Submittenten für die Monopolgebühr offerierten Betrags entspreche, und es könne, in Anbetracht seiner Eigenart und Bedeutung, nicht mit einer schlichten Nebenleistung einer Konzession verglichen werden (vgl. BGE 135 II 57 ff. = Pra 98/2009, Nr. 75, S. 515 ff.).

4.2.

Gestützt auf diese bundesgerichtliche Rechtsprechung ist im Folgenden zu prüfen, ob die Einwohnergemeinde D. _____ die Anwendungen der Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens mittels Erteilung einer Konzession umgehen will; dies trifft insbesondere dann zu, wenn Nebenleistungen von einer gewissen Bedeutung, welche sich von der Konzession loslösen lassen und klarerweise den Begriff der öffentlichen Beschaffung unterliegen, ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens dem Konzessionär abverlangt werden.

4.3.

4.3.1.

Die Gemeinde D. _____ schrieb im Amtsblatt des Kantons Aargau vom _____ die Submission Contracting Holzschnitzelheizung mit Wärmeverbund öffentlich aus. Als Vergabestelle wurde die Einwohnergemeinde D. _____ bezeichnet. Gegenstand und Umfang des Auftrags wurden umschrieben mit "Wärmelieferung an die Einwohnergemeinde D. _____ aus einer Holzheizzentrale mit Wärmeverbund". Die Auftragsart wurde umschrieben mit Lieferauftrag. Als Verfahrensart war ein offenes Verfahren vorgesehen. Veröffentlicht wurden ebenfalls folgende Zuschlagskriterien mit Gewichtung: Wirtschaftlichkeit (AKB, Jahresgrundbetrag und Energiepreis) 65 %, Referenzprojekte Contractor 15 %, Organisation Service/Interventionszeit/Notfallszenario 10 %, Unternehmensbewertung 5 % sowie technisches Anlagenkonzept/Innovation 5 % (vgl. Beilage 9 der Beschwerdeführerin). Der Liefer- und Leistungsumfang des Contractors wird in Ziff. 3.2 der Ausschreibungsbedingungen (Beilage 10 der Beschwerdeführerin; schwarzer Ordner Griff 12) wie folgt umschrieben:

- Planung, Erstellung und Finanzierung der gesamten Wärmeerzeugung inklusive Fernwärmenetz. Dies beinhaltet sämtliche Arbeiten zur Erstellung der Anlagen (Heizzentrale + Wärmeverbund) gemäss Beschreibung des Vorprojekts und allfällig weitere Arbeiten soweit

für die Erstellung oder den Betrieb der Anlage erforderlich. Vom Liefer- und Leistungsumfang des Contractors ausgenommen sind lediglich Arbeiten, die in der Contracting-Ausschreibung oder im Vorprojekt explizit bezeichnet sind.

- Betrieb, Wartung, Bedienung, Instandhaltung der kompletten vom Contractor investierten oder übernommenen Wärmeerzeugungsanlage, der Wärmeleitungen bis und mit der Wärmeübergabestation.
- Einkauf der Energieträger und Betriebsmittel und Verkauf der Wärmeenergie.
- Erfassung der Wärmelieferungen je Wärmekunde mittels Messungen (Wärmezähler), Verrechnung mit den Wärmekunden.
- Kundenakquisition, Vertragserstellung, -bereinigung und -unterzeichnung mit allen Wärmekunden (Wärmeliefervertrag, Dienstbarkeitsvertrag).
- Erstellen der erforderlichen Dokumente und Unterlagen (Baugesuch, etc.); Einholen der erforderlichen Bewilligungen.
- Auswertung der Effizienz der erstellten Anlage (Betriebsoptimierung).
- Abschliessen aller erforderlichen Versicherungen zur Realisierung des Bauvorhabens Wärmelieferungsvertrag.

4.3.2.

Die Beschwerdeführerin weist zutreffend darauf hin, dass es sich bei diesen Contracting-Leistungen einerseits um Bauleistungen, andererseits aber auch um Lieferungen und Dienstleistungen handelt. Zu den Bauleistungen zählt der Bau der Heizzentrale mit Silo, des Fernwärmenetzes und der Übergabestationen. Unter den Begriff Lieferungen fällt die Lieferung von Wärme an private und öffentliche Kunden im betreffenden Gebiet. Zu den Dienstleistungen zählen Planung, Engineering und Finanzierung des gesamten Projekts, Betrieb, Wartung, Bedienung und Instandhaltung der gesamten Anlage, Akquisition, Betreuung und Abrechnung gegenüber den Wärmekunden (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 10. August 2011, S. 5). Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge bilden nachgerade die klassischen Auftragsarten des öffentlichen Beschaffungswesens (vgl. § 6 SubmD; Art. 6 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 [IVöB; SAR 150.950]).

4.4.

Dass diese Angebote keinen "Preis" haben sollen, weshalb keine bereinigten Schlusssummen zu beurteilen seien und diese zwangsläufig bei den Unterlagen fehlten (vgl. Beschwerdeantwort, S. 16), ist nicht nachvollziehbar. Der Preis spielt in mehrfacher Hinsicht eine Rolle. Die Contracting-Ausschreibung (Beilage 10 der Beschwerdeführerin; schwarzer Ordner, Griff 12) enthält in Ziff. 3.7 Vorgaben zur Preisgestaltung. Diese Vorgaben umfassen den Anschlusskostenbeitrag (Gemeindeobjekte: kein

Anschlusskostenbeitrag), den Jahresgrundbetrag 1 zur Deckung der Kapitalkosten, den Jahresgrundbetrag 2 zur Deckung der fixen Jahresbetriebskosten (Wartung, Betrieb) sowie den Energiepreis für die gelieferte Energie je Kilowattstunde zur Deckung der variablen Betriebskosten. Zu diesen Preisbestimmungen passt, dass Hauptzuschlagskriterium mit einer Gewichtung von 65 % gemäss Ausschreibung die Wirtschaftlichkeit bildet.

Zu berücksichtigen sind überdies die Investitionskosten des Contractors, welche im "Vorprojekt" ursprünglich auf Fr. 9'250'000.00 geschätzt wurden (Beilage 3 der Beschwerdeführerin [S. 26]) und von der Beschwerdeführerin beispielsweise mit Fr. 7'181'200.00 (Ergänzungsvariante; bzw. Fr. 7'962'930.00 Grundvariante) veranschlagt werden (vgl. Offerten der Beschwerdeführerin). Dieser Betrag umfasst im Wesentlichen die Erstellung der Heizanlage, der Fernwärmeleitungen und der Hausstationen sowie der Planung des Bauprojekts bis und mit Inbetriebnahme (vgl. Contracting-Ausschreibung Ziff. 6.1). Der Gemeinde steht das Recht zu, die Anlage zu jedem Zeitpunkt (zurück) zu kaufen. In den Ausschreibungsunterlagen hatten die Offerenten entsprechend ihren Investitionskosten den Sachzeitwert bzw. Rückkaufswert anzugeben. Bei sofortigem Rückkauf wäre bei der Beschwerdeführerin ein Sachzeitwert von Fr. 7'181'200.00 (bzw. Fr. 7'962'930.00 Grundvariante) zu entrichten, nach 25 Jahren noch Fr. 1'903'018.00 (bzw. Fr. 2'221'657.40 Grundvariante) und nach 30 Jahren noch Fr. 1.00. Die Gemeinde könnte theoretisch sobald der Contractor die Heizanlage samt Wärmeverbund erstellt hat, diese zum Preis der Investitionskosten (bei der Beschwerdeführerin Fr. 7'181'200.00 [Ergänzungsvariante]; bzw. Fr. 7'962'930.00 [Grundvariante]) (zurück) kaufen. Dies verdeutlicht, dass die Gemeinde D. _____ damit insgesamt Bau-, Dienstleistungs- und Lieferaufträge vergeben hat bzw. einkauft, die angesichts des Investitionsvolumens fraglos dem Submissionsdekret unterstehen.

4.5.

Klar ist auch, dass die Einwohnergemeinde D. _____ die vom Contractor offerierten Leistungen nachfragt. Die Contracting-Ausschreibung bezweckt u. a. den Bezug der für die Gemeindeliegenschaften benötigten Wärme. Das ganze Projekt basiert darauf, dass in den Vergabeunterlagen konkret bezeichnete Objekte mit 100 % Wahrscheinlichkeit an den Wärmeverbund angeschlossen werden und die Wärme vom Verbund beziehen. Zu den Objekten mit 100 % Anschlusswahrscheinlichkeit gehören u. a. sämtliche Gemeindeliegenschaften, die bereits am bestehenden Wärmeverbund angeschlossen sind sowie weitere zusätzliche Gemeindeliegenschaften. Der Plan "Übersicht Anschlussobjekte und Fernwärmeleitungen" und die Objektliste zeigen dies klar auf (Beilagen 14 und 18 der Beschwerdeführerin; schwarzer Ordner, Griff 12). Die Gemeinde bestätigte im Einladungsschreiben zur Ausschreibung vom 10. November 2010 ausserdem: "Die Gemeinde leitet das Ausschreibungs- und Auswahlver-

fahren für einen Contractor. Gleichzeitig ist die Gemeinde Kunde für einen grösseren Anteil der Wärme, weshalb das Projekt im kantonalen Amtsblatt vom _____ öffentlich ausgeschrieben wird" (Beilage 8 der Beschwerdeführerin). Ebenso wurden im Rahmen der Angebotsbewertung beim Vergleich der Wärmegestehungsvollkosten die Kosten für die durch die Gemeinde bezogene Wärme explizit aufgeführt (vgl. Anhang 2 zur Aktennotiz der G. _____ vom 28. April 2011 [in: Beilage 19 der Beschwerdeführerin; schwarzer Ordner, Griff 2]). Wie die Einwohnergemeinde D. _____ vor diesem Hintergrund die Auffassung vertreten kann, von einem Wärmebezug durch die Gemeinde (für die Gemeindelienschaften) sei in der Ausschreibung nicht die Rede gewesen (vgl. Beschwerdeantwort, S. 19), ist nicht nachvollziehbar. Es mag zwar zutreffen, dass letztlich individuelle Wärmelieferungsverträge abzuschliessen sein werden. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Contracting-Ausschreibung u. a. wesentlich den Bezug der für die Gemeindelienschaften benötigten Wärme bezweckt. Zu berücksichtigen ist im Weiteren, dass (gemäss Contracting-Ausschreibung) die Verantwortlichen der Gemeinde D. _____ bei den Wärmelieferverträgen die Verhandlungen mit den potenziellen Wärmekunden begleiten. Allfällige Abweichungen von den Wärmelieferverträgen seien mit der Gemeinde D. _____ zu besprechen und nur nach deren Genehmigung und Einverständnis gültig (vgl. Contracting-Ausschreibung Ziff. 3.4.). Wenn die Einwohnergemeinde mit dem Wärmeverbund nichts zu tun hat, wie sie sinngemäss argumentiert (vgl. Duplik, S. 5), würde sie sich kaum in die Preisverhandlungen einbringen.

4.6.

Vor Augen zu halten ist im Übrigen, dass die Regelung über das öffentliche Beschaffungswesen den wesentlichen Zweck verfolgt, die Transparenz der Vergabeverfahren zu verbessern, um einen echten Wettbewerb unter den Anbietern zu gewährleisten und folglich eine sparsame Verwendung der öffentlichen Mittel zu ermöglichen. Das Ziel besteht mithin darin, dass der Staat bzw. das Gemeinwesen sich die benötigten Güter und Dienstleistungen auf dem freien Markt zu den bestmöglichen Bedingungen verschaffen kann, d. h. die öffentlichen Gelder rationell ausgegeben werden. Es liegt also eine öffentliche Beschaffung vor, wenn der Staat sich gegen einen Preis, zu dessen Zahlung er sich verpflichtet, bei einer privaten Unternehmung ein Gut oder eine Dienstleistung besorgt (vgl. BGE 125 I 214 = Pra 89/2000, Nr. 149, S. 885).

Diese Voraussetzungen einer öffentlichen Beschaffung sind vorliegend erfüllt. Unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen enthält das zu beurteilende Contracting Wärmeverbund D. _____ alle Merkmale eines öffentlichen Auftrags. In Anbetracht seiner Natur und seiner Bedeutung lässt sich dieser öffentliche Auftrag nicht als blosser Nebenleistung zur Konzession betrachten. Folglich besteht kein Grund, den Bau,

Betrieb und Unterhalt der streitigen Heizzentrale mit Wärmeverbund den prozessualen Garantien des Vergaberechts zu entziehen.

4.7.

Das vorliegende Contracting Wärmeverbund ist überdies vergleichbar mit sogenannten Infrastruktur-Public-Private-Partnerships (PPP). Darunter wird häufig ein auf lange Dauer angelegtes Geschäft zwischen dem Gemeinwesen und einer Privatunternehmung über die Errichtung und den Betrieb und den Unterhalt einer bestimmten baulichen Infrastruktur verstanden (vgl. Martin Beyeler, PPP auf dem Tischmacherhof: Grundsatzfragen und Vergaberecht, in: Jusletter 7. Januar 2008, S. 8). Derartige Infrastruktur PPP sind öffentliche Aufträge im Sinne des öffentlichen Vergaberechts, und ihre Vergabe hat nach dessen Regeln zu erfolgen (vgl. Beyeler, a. a. O., S. 9 mit Hinweisen).

In der Literatur wird in diesem Zusammenhang von Build-Operate-Transfer gesprochen. Ist das Geschäft so konstruiert,

- dass der Private Eigentümer der fraglichen Baute wird (weil ihm das Grundstück gehört oder er gestützt auf ein Baurecht baut),
- dass das Gemeinwesen ihm für die Gebrauchsüberlassung einen Mietzins bezahlt,
- dass namentlich die gesamten Baukosten über diesen Zins vergütet werden,
- dass das Vertragsverhältnis zur Absicherung dieser Baukostenvergütung über eine fixe Dauer eingegangen wird bzw. bei vorzeitiger Auflösung entsprechende Kompensationszahlungen vorsieht und
- dass möglicherweise die Baute am Vertragsende der Auftraggeberin anheimfällt ("Build-Operate-Transfer"),

so liegt bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ein gewöhnlicher Bauauftrag vor, dessen Vergabe dem öffentlichen Vergaberecht unterstellt ist (vgl. Beyeler, a.a.O., S. 9 mit Hinweisen).

Der vorliegende Fall entspricht im Wesentlichen diesem Geschäftskonstrukt. Der Contractor erstellt eine neue Heizzentrale, welche während der Vertragszeit in seinem Eigentum verbleibt. Der Vertrag gilt für die Dauer von 30 Jahren. Nach Ablauf der Vertragsdauer gehen die Anlagen der Wärmeerzeugung für Fr. 1.00 in das Eigentum der Gemeinde über. Die Gemeinde behält sich ein jederzeitiges Rückkaufs- bzw. Vorkaufsrecht vor, wonach sie unter Bezahlung der von der Nutzungsdauer abhängigen Sachzeitwerte die Contracting-Anlage zurück kaufen kann (vgl. Contracting-Ausschreibung Ziff. 4.3 "Vertragliche Minimalbedingungen"). Das Entgelt des Contractors – und damit auch die Finanzierung der Baukosten – besteht im Energiepreis sowie dem Jahresgrundbetrag 1 und 2, welche auch die Gemeinde für ihre Liegenschaften zu bezahlen hat. Lediglich beim eventuellen Anschlusskostenbeitrag werden die Gemeindeobjekte

ausgenommen (vgl. Contracting-Ausschreibung Ziff. 3.7 "Preisgestaltung" und Ziff. 6.3 "Preismodell").

4.8.

Angesichts dieses Ergebnisses braucht das widersprüchliche Verhalten der Einwohnergemeinde D. _____ nicht vertieft überprüft zu werden. Es erstaunt immerhin, dass die Gemeinde D. _____ im Amtsblatt vom _____ die Submission Contracting Holzschnitzelheizung mit Wärmeverbund im offenen Verfahren öffentlich ausgeschrieben hat (vgl. Beilage 9 der Beschwerdeführerin). Bis zur Erstattung der Beschwerdeantwort war ausweislich der Akten von einer Konzessionserteilung nie die Rede. Der Ausschreibung im Amtsblatt wurde auch die ordentliche Rechtsmittelbelehrung der Beschwerde an das Verwaltungsgericht, wie sie in Submissionsstreitigkeiten üblich ist, beigelegt. Die Gemeinde D. _____ ging ursprünglich somit ebenfalls davon aus, dass es sich beim ausgeschriebenem Contracting um einen dem Submissionsdekret unterstehenden öffentlichen Auftrag handelt.

Angemerkt sei ausserdem, dass Contracting-Ausschreibungen regelmässig nach den Regeln des öffentlichen Submissionsrechts vergeben werden, wie die aktenkundigen Ausschreibungen der Gemeinden Rekingen, Erlinsbach, Küttigen, Reinach sowie weiterer Gemeinden aus anderen Kantonen zeigen (Beilagen 15 und 16 der Beschwerdeführerin). Die G. _____, welche die Einwohnergemeinde D. _____ im vorliegenden Vergabeverfahren unterstützt hat, wies im Zusammenhang mit dem Holzschnitzelwärmeverbund L. _____ ebenso darauf hin, dass die Ausschreibung nach der Submissionsverordnung erfolge (Beilage 17 der Beschwerdeführerin).

5.

Zusammenfassend untersteht die Vergabe Contracting Holzschnitzelheizung mit Wärmeverbund der Gemeinde D. _____ dem Submissionsrecht, und es sind die Bestimmungen des Submissionsdekrets zu beachten.

6.

Zu prüfen bleiben die Einwendungen der Beschwerdeführerin gegen die Zuschlagsverfügung vom 27. Juni 2011 bzw. die Absage vom 29. Juni 2011.

6.1.

Die Beschwerdeführerin erhebt vorab formelle Rügen. Für die "Ergänzungsvariante H. _____strasse" (auf Grundlage der Ausschreibung der Ergänzungsvariante vom 25. März 2011) fehle das Offertöffnungsprotokoll (§ 15 Abs. 2 SubmD). Sodann sei die Begründungs- und Auskunftspflicht gemäss § 20 Abs. 1 und 2 SubmD verletzt. Weiter sei der Gleichbehand-

lungsgrundsatz (§ 1 Abs. 1 SubmD) und die Protokollierungspflicht (§ 17 Abs. 2 SubmD) (vgl. Replik S. 10 ff.) und im Übrigen auch das Verhandlungsverbot (§ 17 Abs. 4 SubmD) verletzt worden (vgl. Triplik, S. 4-6).

Die Einwohnergemeinde D. _____ bringt vor, sie sei gestützt auf die Rechtsauskunft des Departements Bau, Verkehr und Umwelt davon ausgegangen, dass die Fernwärmanlage nicht den Bestimmungen des Submissionsdekrets unterstellt sei. Demzufolge sei bei der Ergänzungsvariante kein Offertöffnungsprotokoll mehr erstellt worden. Aus dem gleichen Grunde sei auf eine Begründung des Zuschlags verzichtet worden (vgl. Duplik, S. 22). An anderer Stelle hält sie im Widerspruch zu diesen Ausführungen allerdings fest, der Hinweis des Departements Bau, Verkehr und Umwelt sei erst nach Eingang der Beschwerde der Beschwerdeführerin an das Verwaltungsgericht erfolgt (Duplik, S. 19).

6.2.

Mit Bezug auf die Contracting-Ausschreibung Holzschnitzelheizung mit Wärmeverbund der Gemeinde D. _____ vom _____ sind sechs Angebote von den bekannten Anbietern von Wärmecontracting eingereicht worden. Am 26. Januar 2011 fand die Offertöffnung statt und unter gleichem Datum wurde ein entsprechendes Protokoll verfasst (Beilage 25 der Beschwerdeführerin; schwarzer Ordner, Griff 11). Die von der Gemeinde D. _____ mit der Durchführung des Submissionsverfahrens betraute G. _____ wertete die Angebote aus und stellte sie in einem detaillierten Angebotsvergleich einander gegenüber (vgl. Aktennotiz G. _____ vom 11. Februar 2011 [Beilage 22 der Beschwerdeführerin; schwarzer Ordner, Griff 2]). Mit Datum vom 3. Februar 2011 ging bei der Gemeinde D. _____ eine negative Stellungnahme des Kantons Aargau (Departement Bau, Verkehr und Umwelt, Abteilung für Baubewilligungen) betreffend den ursprünglich vorgesehenen Standort I. _____ an der J. _____strasse ein (schwarzer Ordner, Griff 12). Als Alternativvariante schlug die Gemeinde vor, die Heizzentrale am Standort des geplanten Werkhofs an der H. _____strasse zu platzieren. Das Vorprojekt wurde auf diese Varianten angepasst und es wurde eine Ergänzungsvariante ausgeschrieben. Nach Eingang und Beurteilung der Offerten für die Ergänzungsvariante erteilte der Gemeinderat D. _____ – wie dargelegt – mit Beschluss vom 27. Juni 2011 den Zuschlag zur Erstellung des Wärmeverbundes D. _____ an die F. _____.

Für diese Ergänzungsvariante liegt, was die Gemeinde D. _____ ausdrücklich einräumt (Duplik, S. 22) kein Offertöffnungsprotokoll vor. Bezüglich der Öffnung der Angebote hält § 15 Abs. 1 SubmD fest, dass alle Eingaben bis nach Ablauf der Eingabefrist verschlossen aufzubewahren sind. Gemäss § 15 Abs. 2 SubmD werden die Angebote durch mindestens zwei Beauftragte der Vergabestelle geöffnet. Sie erstellen und unterzeichnen ein Öffnungsprotokoll. Dieses wird allen Anbietenden im offenen und se-

lektiven Verfahren umgehend zur Verfügung gestellt. Das Fehlen eines Offertöffnungsprotokolls stellt im Rahmen des vorliegenden offenen und damit dem Submissionsdekret unterstehenden Verfahrens einen erheblichen formellen Mangel dar.

6.3.

Hinzu kommt, was die Gemeinde D. _____ ebenfalls zugesteht (Duplik, S. 22), dass auf die Begründung des Zuschlags verzichtet wurde.

6.3.1.

Gemäss § 20 Abs. 1 SubmD teilt die Vergabestelle den Anbietenden den Zuschlag schriftlich mit; er ist kurz zu begründen (vgl. auch Art. 13 lit. h IVöB). Das heisst, in der Zuschlagsverfügung muss die Vergabestelle summarisch die Gründe für ihren Entscheid darlegen (Botschaft des Regierungsrats zum Submissionsdekret vom 22. Mai 1996, S. 15). Das Verwaltungsgericht hat sich mehrfach mit der Frage der Begründungsdichte von Zuschlagsverfügungen auseinandergesetzt und dabei festgehalten, dass der der Vergabestelle bei der Bewertung der einzelnen Angebote zukommende Ermessensspielraum in formeller Hinsicht grundsätzlich nach einer entsprechend ausführlichen Begründung rufe. Eine solche diene nicht nur der Information der betroffenen Anbieter, sondern erhöhe generell die Transparenz und die Rationalität der Vergabe und bedeute überdies eine wirksame Selbstkontrolle der Vergabebehörde. Auch sei ein wirksamer Rechtsschutz ohne minimalen Begründungsstandard weitgehend illusorisch. Damit ein Anbieter feststellen könne, ob die Bewertung seines Angebots (im Rahmen des der Vergabebehörde zustehenden Ermessensspielraums) in sachlich haltbarer Weise erfolgt sei, müsse sie ihm zumindest in den Grundzügen bekannt gegeben werden (Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 1998, S. 425 ff. mit Hinweisen).

Das Verwaltungsgericht hat sodann festgehalten, für die Feststellung, ob ein Vergabeentscheid den zu erfüllenden minimalen Begründungsstandard erfülle, seien die Kurzbegründung gemäss § 20 Abs. 1 Satz 2 SubmD und die erst auf ausdrückliches Verlangen hin zu erteilenden Zusatzauskünfte gemäss § 20 Abs. 2 lit. a - e SubmD, insbesondere die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung (§ 20 Abs. 2 lit. d SubmD), stets als Einheit zu verstehen; diese beiden Elemente machten nach dem Willen des Gesetzgebers zusammen die genügende Begründung aus. Dabei hat es allerdings offen gelassen, ob dieses vom Dekretgeber gewährte zweistufige Begründungssystem vor den bundesverfassungsrechtlichen Anforderungen an die Begründung von Verfügungen in jedem Fall zu bestehen vermöge; Bedenken grundsätzlicher Natur könnten sich jedenfalls dann ergeben, wenn die Auskünfte gemäss § 20 Abs. 2 SubmD nicht so rechtzeitig erteilt würden, dass sie in einer Beschwerde noch verwertet werden könnten (AGVE 1998, S. 429 f.; vgl. zur Begrün-

dungspflicht auch Peter Galli / André Moser / Elisabeth Lang / Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band: Landesrecht, 2. Auflage, Zürich 2007, Rz. 810 ff. mit Hinweisen).

6.3.2.

Im Beschluss des Gemeinderats D. _____ vom 27. Juni 2011 wird der Zuschlag zur Erstellung des Wärmeverbunds der F. _____, welche in der Gesamtbewertung am besten abschneidet, erteilt. Auf der Basis der in der Contracting-Ausschreibung definierten Bewertungskriterien erhielt die F. _____ 79 Punkte, die Beschwerdeführerin für die Unternehmervariante 73 Punkte sowie für das Grundangebot 71 Punkte. Eine Begründung, wie das Punktetotal jeweils zustande gekommen ist, enthält der Beschluss vom 27. Juni 2011 nicht. Auch das Absageschreiben des Gemeinderats D. _____ vom 29. Juni 2011 enthält keine weitergehende Begründung. Ausgeführt wird "gemäss der detaillierten Auswertung, welche nach den in der Ausschreibung definierten Kriterien vorgenommen wurde, können wir den Zuschlag nicht an Sie vergeben. Es darf gesagt werden, dass sehr hochstehende Angebote eingereicht wurden, der Entscheid aufgrund der Bewertungskriterien ist dementsprechend knapp. Die Auswertung können Sie dem beigelegten Protokollauszug entnehmen." (Beilage 2 der Beschwerdeführerin).

Die Einwohnergemeinde D. _____ als Vergabestelle stellte der Beschwerdeführerin ausweislich der Akten lediglich einen Auszug der Auswertung Contractingangebote vom 28. April 2011 sowie einen Auszug der Bewertungstabelle "Vergleich Contracting-Angebote Detail" vom 28. April 2011 zu (Beilagen 4 und 5 der Beschwerdeführerin). Aus diesen Auszügen geht in der Tat nur teilweise hervor, weshalb das Angebot beim Zuschlagskriterium Wirtschaftlichkeit zum Beispiel nicht die volle Punktzahl erhielt, obwohl es hinsichtlich der Angebotspreise als das günstigste im Feld bezeichnet wurde. Auch Ausführungen zur Bewertung in den anderen Zuschlagskriterien sind kaum aussagekräftig bzw. nachvollziehbar. Von einer insgesamt genügenden Begründung des Zuschlagsentscheids im Sinne der verwaltungsgerichtlichen Praxis kann keine Rede sein. Die Beschwerdeführerin konnte nicht erkennen, weshalb sie den Zuschlag nicht bekommen und bei welchen Kriterien sie Abzüge erhalten hat und aus welchen Gründen.

6.4.

Im Weiteren hat die Einwohnergemeinde D. _____ zwei Anbieter, darunter die spätere Zuschlagsempfängerin, vor der Zuschlagserteilung, nämlich am 9. Juli 2011, je zu einem Gespräch eingeladen (vgl. Protokoll des Gemeinderats D. _____ vom 23. Mai 2011 [Beilage 23 der Beschwerdeführerin; schwarzer Ordner, Griff 1]; Duplikbeilage 4). Über die Gespräche wurde ein Protokoll erstellt, welches als Duplikbeilage 4 zu den Akten gereicht wurde (entgegen dem Verzeichnis der Duplik-Beilagen

befand sich dieses Protokoll vorher noch nicht bei den eingereichten Akten). Dem Protokoll zur Besprechung mit der Zuschlagsempfängerin kann u. a. entnommen werden: (Pos. 02) "D. _____ weist darauf hin, dass der Durchschnittspreis des F. _____ der zweithöchste im Feld der Bieter ist."; (Pos. 09) "Public Private Partnership (PPP): Gemeinde fragt an, ob ein PPP für F. _____ grundsätzlich denkbar wäre (obwohl bisher gemäss Ausschreibung explizit ausgeschlossen). F. _____ bejaht, [...]"; (Pos. 15) "Weiteres Vorgehen: F. _____ nimmt zu den besprochenen Punkten (inkl. Tarifen) bis zum 17. Juni 2011 schriftlich Stellung [...]". Bezüglich der Besprechung mit der weiteren Anbieterin K. _____ wurde festgehalten: (Pos. 16) "Rauchgaskondensation: K. _____ hat im Angebot die Rauchgaskondensation abgelehnt [...]. Nichtsdestotrotz ist K. _____ bereit, die Rauchgaskondensation aufgrund der starken Präferenz der Gemeinde trotzdem in ihr Angebot zu übernehmen. Die wirtschaftlichen Auswirkungen sind darzulegen."; (Pos. 20) "Weiteres Vorgehen: K. _____ nimmt zu den besprochenen Punkten (inkl. Tarife) bis zum 17. Juni 2011 schriftlich Stellung [...]" (vgl. Duplikbeilage 4). Daraus erhellt, dass die Gespräche vom 9. Juni 2011 nicht lediglich die Klärung bzw. Bereinigung unklarer Angaben von Angeboten beinhaltete (vgl. § 17 Abs. 2 SubmD). An den Gesprächen wurden seitens der Gemeinde offenbar auch die Preise thematisiert; den beiden Anbietern wurde Gelegenheit gegeben, "zu den besprochenen Punkten (inkl. Tarife)" bis zum 17. Juni 2011 Stellung zu nehmen. Der K. _____ wurde zudem nahegelegt, eine Rauchgaskondensation in ihr Angebot zu übernehmen (und die wirtschaftlichen Auswirkungen darzulegen); eine Rauchgaskondensation hatte sie in ihrer Offerte – wie im Übrigen auch die Beschwerdeführerin – nicht vorgesehen (vgl. Angebotsvergleiche vom 28. April 2011 [schwarzer Ordner, Griff 2]). Mit der Zuschlagsempfängerin wurde ausserdem die Möglichkeit eines PPP andiskutiert, was gemäss Protokoll "bisher gemäss Ausschreibung explizit" ausgeschlossen gewesen sei. Insofern liegt nicht nur der Schluss nahe, dass über Preise, sondern auch über relevante Aspekte des Beschaffungsgegenstands verhandelt wurde, was den Rahmen von § 17 SubmD klarerweise sprengt.

7.

Zusammenfassend hat die Einwohnergemeinde D. _____ die fragliche Ausschreibung Contracting Holzsznittelheizung mit Wärmeverbund nicht konsequent nach den Regeln des Submissionsdekrets durchgeführt. Zu Unrecht geht sie davon aus, dass das Submissionsrecht gar nicht zur Anwendung gelange. Beim fraglichen Contracting handelt es sich indessen um eine öffentliche Vergabe, welche dem Submissionsdekret untersteht. Unter Beachtung der Verfahrensgrundsätze des Submissionsdekrets verletzte das von der Einwohnergemeinde D. _____ durchgeführte Verfahren das Submissionsdekret in formeller Hinsicht zudem wiederholt und insgesamt in einem Umfange, der zwingend zur Aufhebung der

Zuschlagsverfügung führen muss. Die Einwohnergemeinde D. _____ wird in Nachachtung der Vorschriften des Submissionsdekrets sowie der vorstehenden Erwägungen das beabsichtigte Contracting neu auszuschreiben und durchzuführen haben. Im Vorfeld der Neuausschreibung wird die Vergabestelle auch abzuklären haben, ob der Auftrag gegebenenfalls sogar in den Geltungsbereich des Staatsvertragsrechts fallen könnte (vgl. Art. 7 Abs. 1 IVöB i. V. m. Anhang 1 zum IVöB; §§ 29 ff. SubmD i. V. m. Anhang 10 zum SubmD).

Soweit die Beschwerdeführerin nebst der Aufhebung der Zuschlagsverfügung vom 27. Juni 2011 beantragt, der Zuschlag sei ihr zu erteilen (Ziff. 1 des Rechtsbegehrens; Verwaltungsgerichtsbeschwerde, S. 3), kann dem nicht stattgegeben werden. Das Verfahren ist neu durchzuführen, weshalb der Zuschlag nicht direkt der Beschwerdeführerin erteilt werden kann.

III.

1.

Die Beschwerdeführerin obsiegt mit dem Antrag, der angefochtene Vergabeentscheid vom 27. Juni 2011 sei aufzuheben. Hingegen unterliegt sie mit dem Antrag, der Zuschlag sei ihr zu erteilen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, von einem Obsiegen der Beschwerdeführerin von drei Viertel auszugehen. Entsprechend hat sie die Verfahrenskosten zu einem Viertel zu tragen (§ 31 Abs. 2 VRPG). Den Behörden werden Verfahrenskosten nur auferlegt, wenn sie schwerwiegende Verfahrensfehler begangen oder willkürlich entschieden haben (§ 31 Abs. 2 Satz 2 VRPG). Die Auffassung der Einwohnergemeinde D. _____, wonach das Contracting nicht dem Submissionsdekret unterstehe, ist wohl falsch, aber nicht geradezu willkürlich im Sinne von § 31 Abs. 2 Satz 2 VRPG. Die submissionsrechtlichen Verfahrensmängel waren ausserdem Folge der falschen Annahme, dass das Contracting nicht dem Submissionsdekret unterstehe, weshalb auch sie keine Verfahrenskostenauflage zu Lasten der Behörde rechtfertigen (vgl. § 31 Abs. 2 Satz 2 VRPG). Weiter sind der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin die im Verfahren vor Verwaltungsgericht entstandenen Parteikosten von der Einwohnergemeinde D. _____, welcher Parteistellung zukommt (§ 13 Abs. 2 lit. e VRPG), zu ersetzen. Bei teilweisem Obsiegen werden die Anteile verrechnet (AGVE 2009, S. 279 ff.), sodass die Einwohnergemeinde D. _____ der Beschwerdeführerin deren Parteikosten zur Hälfte zu ersetzen hat (§ 32 Abs. 2 VRPG).

2.

Das Anwaltshonorar in Verwaltungssachen bestimmt sich nach den §§ 8a - 8c des Dekrets über die Entschädigung der Anwälte vom 10. November 1987 (Anwaltstarif, AnwT; SAR 291.150). Gemäss § 8a Abs. 1 lit. a AnwT bemisst sich die Entschädigung in vermögensrechtlichen Streitsachen nach dem gemäss § 4 AnwT berechneten Streitwert.

Innerhalb der vorgesehenen Rahmenbeträge richtet sich die Entschädigung nach dem mutmasslichen Aufwand des Anwaltes, nach der Bedeutung und Schwierigkeit des Falles (§ 8a Abs. 2 AnwT). Die Entschädigung wird als Gesamtbetrag festgesetzt. Auslagen und Mehrwertsteuer sind darin enthalten (§ 8c Abs. 1 AnwT).

Soweit in einer Submissionssache eine Zuschlagsverfügung angefochten ist, ging das Verwaltungsgericht in seiner bisherigen Praxis von einer vermögensrechtlichen Streitsache aus, wobei der Streitwert in der Regel 10 % des Auftragswertes (ohne Mehrwertsteuer; vgl. § 8 Abs. 5 SubmD) betrug. An dieser Praxis ist weiterhin festzuhalten. Im vorliegenden Fall wurde der angefochtene Zuschlag ohne Bezifferung eines Preises erteilt. Der Zuschlag erfolgte ohne Angabe einer Zuschlagssumme. Die Investitionskosten der Beschwerdeführerin bzw. der sofortige Rückkaufswert für die Vergabestelle beträgt für die Ersatzvariante – welche höher bewertet wurde als die Grundvariante der Beschwerdeführerin – Fr. 7'181'200.00 (ohne MWST). Es rechtfertigt sich, im konkreten Fall von dieser Summe auszugehen, womit der massgebliche Streitwert Fr. 718'120.00 beträgt. Bei einem Streitwert über Fr. 500'000.00 bis Fr. 1'000'000.00 liegt der Rahmen für die Entschädigung zwischen Fr. 7'000.00 und Fr. 22'000.00 (§ 8a Abs. 1 lit. a Ziff. 5 AnwT). Der Streitwert bewegt sich im mittleren Bereich des vorgegebenen Rahmens und die Schwierigkeit ist als überdurchschnittlich einzustufen, da sich grundsätzliche Fragen stellen. Demgegenüber war der Aktenumfang vergleichsweise gering und auch der notwendige Aufwand ist nicht aussergewöhnlich hoch (zwei Rechtschriften erfolgten unaufgefordert). Innerhalb des massgeblichen Rahmens erscheint eine Entschädigung in Höhe von Fr. 16'000.00 sachgerecht. Da die Entschädigung zu Lasten des Gemeinwesens geht, kann sie gemäss § 12a Abs. 1 AnwT bei hohem Streitwert bis zu einem Drittel herabgesetzt werden. Davon ist vorliegend Gebrauch zu machen; der Streitwert von Fr. 718'120.00 stellt fraglos einen hohen Streitwert dar (ein solcher wird praxisgemäss ab Fr. 100'000.00 angenommen). Zur Entlastung des Gemeinwesens rechtfertigt sich ein Abzug von 20 %. Die daraus resultierende Entschädigung von Fr. 12'800.00 deckt die notwendigen Parteikosten (§ 29 VRPG bzw. § 2 Abs. 1 AnwT) angemessen ab.

Das Verwaltungsgericht erkennt:

1.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der an die F. _____ erteilte Zuschlag vom 27. Juni 2011 aufgehoben. Die Sache wird an die Einwohnergemeinde D. _____ zurückgewiesen zur Durchführung eines gesetzmässigen Submissionsverfahrens.

2.

Die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten, bestehend aus einer Staatsgebühr von Fr. 10'000.00 sowie der Kanzleigebühr und den Auslagen von Fr. 430.00, gesamthaft Fr. 10'430.00, sind von der Beschwerdeführerin zu $\frac{1}{4}$ mit Fr. 2'607.50 zu bezahlen. Die restlichen Verfahrenskosten trägt der Staat.

3.

Die Einwohnergemeinde D. _____ wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin die vor Verwaltungsgericht entstandenen Parteikosten in Höhe von Fr. 12'800.00 zur Hälfte, das heisst mit Fr. 6'400.00, zu ersetzen.

Zustellung an:
die Beschwerdeführerin (Vertreter)
die Einwohnergemeinde D. _____ (Vertreter)

1. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

Dieser Entscheid kann – bei gegebenen Voraussetzungen – **innert 30 Tagen** seit der Zustellung mit **Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten** beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden. Die Frist steht still vom 7. Tag vor bis und mit 7. Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit dem 15. August und vom 18. Dezember bis und mit 2. Januar. Auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BoeB; SR 172.056.1) und der Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen (SR 172.056.12) oder des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der EU über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (SR. 0.172.052.68) erreicht **und** sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG; SR 173.110]).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid das Bundesrecht oder kantonale Verfassungsrechte (Art. 95 ff. BGG) verletzt und warum sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Der **geschätzte Auftragswert** beträgt mindestens Fr. 7'181'200.00.

2. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

Dieser Entscheid kann, soweit keine Beschwerde gemäss Ziff. 1 zulässig ist, wegen Verletzung von verfassungsmässigen Rechten innert **30 Tagen** seit Zustellung mit der **subsidiären Verfassungsbeschwerde** beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden. Die Frist steht still vom 7. Tag vor bis und mit 7. Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit dem 15. August und vom 18. Dezember bis und mit 2. Januar. Die unterzeichnete Beschwerde muss das Begehren, wie der Entscheid zu ändern ist, sowie in gedrängter Form die Begründung, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt, mit Angabe der Beweismittel enthalten. Der angefochtene Entscheid und als Beweismittel angerufene Urkunden sind beizulegen (Art. 113 ff. BGG). Wird gegen einen Entscheid sowohl ordentliche Beschwerde als auch Verfassungsbeschwerde geführt, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

Aarau, 25. Juni 2012

Verwaltungsgericht des Kantons Aargau

3. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Winkler

Wildi