

WBE.2025.129 / MW / jb

Art. 87

Urteil vom 15. Oktober 2025

Besetzung Verwaltungsrichter Winkler, Vorsitz
Verwaltungsrichterin Lang
Verwaltungsrichterin Michel
Gerichtsschreiber Wildi

Beschwerde-
führerin 1 **A._____ AG,**

Beschwerde-
führerin 2 **B._____ GmbH,**

beide vertreten durch MLaw Martin Widmer, Rechtsanwalt,
Elfenstrasse 19, Postfach, 3000 Bern

gegen

Beschwerde-
gegnerin 1 **Stadt Q._____,**
handelnd durch den Stadtrat

Beschwerde-
gegnerin 2 **Einwohnergemeinde R._____,**
handelnd durch den Gemeinderat

Beschwerde-
gegnerin 3 **Einwohnergemeinde S._____,**
handelnd durch den Gemeinderat

Beschwerde-
gegnerin 4 **Einwohnergemeinde T._____,**
handelnd durch den Gemeinderat

Beschwerde-
gegnerin 5 **Einwohnergemeinde U._____,**
handelnd durch den Gemeinderat

alle vertreten durch lic. iur Christoph Schärli, Rechtsanwalt,
Jenatschstrasse 1, 8002 Zürich

Gegenstand Beschwerdeverfahren betreffend Submission

Leistungsvereinbarung zwischen den Einwohnergemeinden Q._____,
R._____, S._____, U._____ und T._____ sowie der Spitex
Region Q._____ (de-facto-Vergabe von Spitexleistungen)

Das Verwaltungsgericht entnimmt den Akten:

A.

1.

Der Verband der _____ (D._____) erkundigte sich mit Schreiben vom 15. November 2024 bei den Einwohnergemeinden Q._____, R._____, S._____, U._____ und T._____ (bzw. den jeweiligen Stadt- und Gemeinderäten) nach allfälligen Leistungsverträgen im Bereich der spitalexternen Pflege und den in diesem Zusammenhang durchgeführten Submissionsverfahren. Ersucht wurde um eine entsprechende Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung. Mit Schreiben vom 13., 14. und 16. Januar 2025 bestätigten die Gemeinden den Bestand einer Leistungsvereinbarung und bestritten die Pflicht zur Ausschreibung. In der Folge schlossen die Einwohnergemeinden Q._____, R._____, S._____, U._____ und T._____ (Auftraggeberinnen) mit der Spitex Region Q._____ (Auftragnehmerin) eine Leistungsvereinbarung ab. Die Unterzeichnung der Vereinbarung erfolgte durch die Spitex Region Q._____ am 31. Januar 2025 und durch die zuständigen Gemeindebehörden zwischen dem 5. und 24. Februar 2025.

2.

Mit Schreiben vom 12. Februar 2025 verlangte die D._____ von der Gemeinde S._____ (Gemeinderat) erneut eine Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung und eine Begründung, weshalb die Leistungsvereinbarung nicht ausgeschrieben worden sei. Die Gemeindekanzlei S._____ bestätigte mit Schreiben vom 14. Februar 2025 den Eingang des Gesuchs und stellte in Aussicht, in Zusammenarbeit mit der zuständigen Fachabteilung die notwendigen Abklärungen zu tätigen und das Anliegen zu prüfen. Eine Verfügung wurde in der Folge nicht erlassen.

B.

1.

Mit Eingabe vom 24. März 2025 erhoben die A._____ AG und B._____ GmbH Beschwerde beim Verwaltungsgericht und stellten folgende Rechtsbegehren:

1.

Es sei festzustellen, dass die Vergabe des Leistungsauftrages der Beschwerdegegnerinnen an die Spitex Region Q._____ rechtswidrig erfolgte;

2.

Die Beschwerdegegnerinnen seien zu verpflichten, die Leistungsvereinbarung mit der Spitex Region Q._____ ex nunc aufzuheben und eine (Neu)Ausschreibung der entsprechenden Spitexleistungen vorzunehmen;

3.

Eventualiter seien die Beschwerdegegnerinnen zu verpflichten den (richtig: die) Leistungsvereinbarung mit der Spitex Region Q._____ auf den ver-

traglich frühestmöglichen Zeitpunkt aufzuheben und eine (Neu)Ausschreibung der entsprechenden Spitexleistungen vorzunehmen.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge -

2.

Die Einwohnergemeinden Q.____, R.____, S.____, T.____ und U.____ (Beschwerdegegnerinnen 1 – 5) beantragten mit Beschwerdeantwort vom 30. April 2025:

1.

Auf die Beschwerde vom 24. März 2025 sei nicht einzutreten.

2.

Eventualiter zu Ziffer 1: Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit auf diese eingetreten werden kann.

3.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerinnen 1 und 2.

3.

Mit Replik vom 25. Juni 2025 wiederholten die Beschwerdeführerinnen ihre in der Beschwerde gestellten Rechtsbegehren und hielten an diesen fest.

4.

Die Beschwerdegegnerinnen 1 – 5 hielten in ihrer Duplik vom 15. Juli 2025 ebenfalls an ihren bisherigen Anträgen fest.

5.

Das Verwaltungsgericht hat den Fall auf dem Zirkularweg entschieden (vgl. § 7 des Gerichtsorganisationsgesetzes vom 6. Dezember 2011 [GOG; SAR 155.200]).

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

I.

1.

1.1.

Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist zulässig gegen letztinstanzliche Entscheide der Verwaltungsbehörden und gegen Entscheide des Spezialverwaltungsgerichts (§ 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).

1.2.

1.2.1.

Gegen Verfügungen der Auftraggeber ist in Submissionsverfahren die Beschwerde an das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz zulässig, wenn die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens erreicht sind (§ 4 des Dekrets über das öffentliche Beschaffungswesen vom 23. März 2021 [DöB; SAR 150.920]; Art. 52 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 [IVöB; SAR 150.960]). Durch Beschwerde anfechtbar sind gemäss Art. 53 Abs. 1 lit. a – i IVöB die Ausschreibung des Auftrags, der Entscheid über die Auswahl der Anbieter im selektiven Verfahren, der Entscheid über die Aufnahme eines Anbieters in ein Verzeichnis oder über die Streichung eines Anbieters aus einem Verzeichnis, der Entscheid über Ausstandsbegehren, der Zuschlag, der Widerruf des Zuschlags, der Abbruch des Verfahrens, der Ausschluss aus dem Verfahren sowie die Verhängung einer Sanktion.

1.2.2.

Die fünf Beschwerdegegnerinnen sind öffentliche Auftraggeberinnen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 IVöB. Die streitigen Spitexleistungen erreichen den Schwellenwert des Einladungsverfahrens gemäss Anhang 2 IVöB. Eine Verfügung im Sinne von Art. 53 Abs. 1 lit. a – i IVöB liegt indessen nicht vor. Die Beschwerdegegnerinnen (und später auch die erneut darum ersuchte Beschwerdegegnerin 3) sind dem Begehren der D. _____ um den Erlass einer anfechtbaren Verfügung zur Frage der Ausschreibungspflicht nicht nachgekommen (vgl. A.2 oben; Beschwerde, S. 6; Beschwerdebeilage 12). Die Leistungsvereinbarung mit der Spitex Region Q. _____ ist von den Beschwerdegegnerinnen unbestrittenermassen nicht nach den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts und namentlich ohne öffentliches Ausschreibungsverfahren abgeschlossen worden; nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen ist der Verzicht auf ein Submissionsverfahren widerrechtlich.

1.2.3.

Eine sog. de-facto-Vergabe, d.h. eine Auftragserteilung ausserhalb des Vergaberechts, obgleich sie richtigerweise den vergaberechtlichen Regeln hätte folgen müssen, lässt sich beschaffungsrechtlich als Zuschlag und damit als Anfechtungsobjekt im Sinne von Art. 53 Abs. 1 lit. e IVöB qualifizieren (vgl. DANIEL ZIMMERLI, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 21 zu Art. 7; demgegenüber Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden U 20 58 vom 26. Januar 2021, Erw. 1.1, publiziert in: Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden [PVG] 2021 Nr. 21, S. 176 ff., wonach kein Anfechtungsobjekt vorliegt). Im Weiteren lässt sich auch die in der rechtswidrig unterlassenen

Ausschreibungsverfügung liegende Rechtverweigerung als Anfechtungsobjekt betrachten (vgl. MARTIN BEYELER, in: Baurecht [BR] 1/2014, S. 56 [Nr. 63, Anmerkung Ziffer 3]; ders., in: BR 4/2015, S. 241 [Nr. 352, Anmerkung Ziffer 2b]). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts kann die Frage, ob in einem konkreten Fall zu Recht auf ein dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehendes Vergabeverfahren verzichtet worden ist, unabhängig vom Vorliegen einer anfechtbaren Verfügung der Rechtskontrolle nicht entgehen. Ansonsten hätte es die Vergabestelle stets in der Hand, die richterliche Überprüfung durch die blossе Behauptung der Nichtanwendbarkeit des öffentlichen Submissionsrechts zu umgehen (Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2013, S. 193, Erw. I/1.2.2; Entscheide des Verwaltungsgerichts WBE.2015.114 vom 11. November 2015, Erw. I/1.2, WBE.2013.303 vom 4. Juni 2014, Erw. I/1.2.2; ferner PETER GALLI, Verhinderung einer De-facto-Vergabe durch einen Anbieter, in: BR 1/2017, S. 22 ff.; ZIMMERLI, a.a.O., N. 25 zu Art. 4; ZOBL/GÖTZINGER, in: walderwyss rechtsanwälte, Vergabe News Nr. 33, Oktober 2022, S. 1). Das Verwaltungsgericht bejaht einen schweren Rechtsmangel und somit einen beschwerdefähigen Sachverhalt, wenn der Auftraggeber die Auftragsvergabe dem öffentlichen Beschaffungsrecht zu Unrecht gänzlich entzieht. Nur durch die Beschwerdemöglichkeit könne eine Umgehung des Gebots der öffentlichen Ausschreibung für grössere Beschaffungen wirksam verhindert und der freie Wettbewerb sichergestellt werden (Entscheid des Verwaltungsgerichts WBE.2015.114 vom 11. November 2015, Erw. I/2.4; vgl. ferner AGVE 2001, S. 311, Erw. I/4a mit Hinweisen).

Das Verwaltungsgericht ist vorliegend somit ungeachtet des Fehlens einer formellen Verfügung insofern zur Behandlung der Beschwerde zuständig, als es um die Beurteilung der Frage geht, ob die Beschwerdegegnerinnen beim Abschluss der streitigen Leistungsvereinbarung mit der Spitex Region Q._____ zu Recht oder zu Unrecht von einem dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehenden Vergabeverfahren abgesehen haben.

2.

2.1.

Die Beschwerdegegnerinnen erachten die am 24. März 2025 der Post übergebene Beschwerde als verspätet. Mit Schreiben vom 13. Januar 2025 sei dem Vertreter der Beschwerdeführinnen mitgeteilt worden, dass die Vergabe der Leistungsvereinbarungen an die Spitex Region Q._____ als Ausnahme von der Ausschreibungspflicht nach IVöB betrachtet werde, weil die _____ im Mehrheitsbesitz der Kommunen sei, von diesen kontrolliert werde und ihre Dienstleistungen im Wesentlichen für die betroffenen Gemeinden erbringe. Die Beschwerdeführerinnen hätten somit spätestens am 17. bzw. 18. Januar 2025 abschliessende Kenntnis davon gehabt, dass alle fünf Beschwerdegegnerinnen die Versorgung mit Spitexleistungen an die von ihnen gegründete _____ Spitex Region Q._____ ausgelagert und mit

dieser die entsprechenden Leistungsvereinbarungen abgeschlossen hätten. Hinzu komme, dass sämtliche relevanten Unterlagen seit fast einhalb Jahren öffentlich einsehbar und im Internet einfach auffindbar gewesen seien. Spätestens ab Mitte Januar 2025 habe die Frist zur Beschwerdeerhebung zu laufen begonnen, und eine fristgerechte Beschwerde hätte ohne Verzug, d.h. spätestens Mitte Februar 2025, eingereicht werden müssen. Die erst am 24. März 2025 eingereichte Beschwerde sei verspätet (vgl. Beschwerdeantwort, S. 6 ff., insbesondere S. 10; Duplik, S. 3 ff.).

2.2.

Demgegenüber gehen die Beschwerdeführerinnen von der Rechtzeitigkeit der Beschwerde aus und verweisen diesbezüglich insbesondere auf ein an die Gemeinde S. _____ gerichtetes Schreiben vom 12. Februar 2025, mit dem eine Verfügung mit entsprechender Begründung, weshalb die Leistungsvereinbarung nicht ausgeschrieben worden sei, verlangt worden sei. Am 14. Februar 2025 habe die Gemeinde S. _____ mit einem Geduldsschreiben geantwortet und eine Stellungnahme in Aussicht gestellt. Dieses sei ausgeblieben. Die Beschwerdeführerinnen hätten deshalb nicht alle erforderlichen rechtlichen und tatsächlichen Abklärungen im Zusammenhang mit der vorliegenden Streitigkeit treffen können. Um nicht noch mehr wertvolle Zeit zu verlieren, sei nichtsdestotrotz entschieden worden, den Rechtsweg zu beschreiten (Beschwerde, S. 5 ff.; vgl. ferner Replik, S. 5 ff.). Die Beschwerdeführerinnen bringen ferner vor, die Beschwerdegegnerinnen äusserten sich widersprüchlich, wenn sie einerseits behaupteten, die fraglichen Spitexleistungen würden nicht unter das öffentliche Beschaffungsrecht fallen, andererseits aber auf der 20-tägigen Beschwerdefrist gemäss Art. 56 Abs. 1 IVöB beharrten. Aufgrund der Weigerung der Beschwerdegegnerinnen, eine anfechtbare Verfügung zu erlassen, könne die 20-tägige Beschwerdefrist gar nicht ausgelöst worden sein. Vielmehr müsse eine Anfechtung innert nützlicher Frist erfolgen (Replik, S. 8 f.).

3.

3.1.

Gemäss Art. 56 Abs. 1 IVöB müssen Beschwerden schriftlich und begründet innert 20 Tagen seit Eröffnung der Verfügung eingereicht werden. Wird keine formelle Verfügung eröffnet und behauptet ein Beschwerdeführer, ein bestimmter Auftrag sei zu Unrecht ausserhalb des öffentlichen Beschaffungsrechts vergeben worden, stellt sich die Frage, ob und wenn ja, wann die 20-tägige Beschwerdefrist ausgelöst wird. Nach der Rechtsprechung, namentlich des Bundesgerichts, muss ein potenzieller Anbieter, der Kenntnis von einer möglichen de-facto-Vergabe erlangt, innert "nützlicher Frist" Beschwerde erheben. Es ist ihm aber unbenommen, zunächst mit dem Auftraggeber – gegebenenfalls auch mehrmals – Rücksprache zu nehmen und alle zur Beschwerdeerhebung erforderlichen rechtlichen und tatsächlichen Abklärungen zu treffen, ohne dass er das Beschwerderecht verwirkt (Urteil des Bundesgerichts 2C_591/2014 vom 29. September 2014, Erw. 5.3, be-

sprochen von MARTIN BEYELER, in: BR 1/2015, S. 28 f.; ferner vorerwähntes Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden U 20 58 vom 26. Januar 2021, Erw. 1.1, publiziert in: PVG 2021 Nr. 21, S. 176 ff.; Entscheidung des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen B 2022/69 vom 11. November 2022, Erw. 1.4; AGVE 2013, S. 193, Erw. I/3.4; Entscheidung des Verwaltungsgerichts WBE.2015.114 vom 11. November 2015, Erw. I/2.4, WBE.2013.303 vom 4. Juni 2014, Erw. I/3.4). Das Einholen von Erkundigungen bzw. die Nachfrage beim Auftraggeber muss jedoch ohne Verzug erfolgen. Stellt sich dieser auf den Standpunkt, er sei dem Vergaberecht nicht unterworfen, und drückt er diese Auffassung schriftlich und in begründeter Weise gegenüber dem potenziellen Anbieter aus, so muss dieser gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts das entsprechende Schreiben binnen nützlicher Frist anfechten und darf nicht zuwarten, bis er einen Bescheid in Form der anfechtbaren Verfügung erhält (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2D_77/2010 vom 19. Juli 2011, Erw. 4.1, und 2C_857/2012 vom 5. März 2013, Erw. 3; vgl. auch AGVE 2013, S. 193, Erw. I/3.2).

3.2.

Im vorliegenden Fall wies der Vertreter der D.____, der auch die beiden Beschwerdeführerinnen angehören (Beschwerde, S. 5), mit fünf Schreiben gleichen Inhalts vom 15. November 2024 (Beschwerdebeilagen 2 – 6), die Beschwerdegegnerinnen auf das Urteil des Bundesgerichts 2C_861/2017 vom 12. Oktober 2017 hin und hielt fest, die Vergabe von Leistungsverträgen durch die Gemeinden des Kantons Aargau würden als öffentliche Aufträge den beschaffungsrechtlichen Regeln unterstehen. Es sei davon auszugehen, dass dies auch für die Beschwerdegegnerinnen gelte. Entsprechend würden diese um eine entsprechende Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung gebeten, in der festgehalten werde, ob und wann die Leistungsverträge ausgeschrieben worden seien und, falls keine Ausschreibung erfolgt sei, aus welchen Gründen dies unterlassen worden sei. Weiter würde interessieren, wann eine öffentliche Ausschreibung geplant sei. Mit in der Sache identischen Schreiben vom 13., 14. und 16. Januar 2025 (Beschwerdebeilagen 7 – 11) nahmen der Stadtrat S.____ sowie die Gemeinderäte U.____, S.____, R.____ und T.____ zur Eingabe der D.____ Stellung und wiesen auf die verschiedenen Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts gemäss der IVöB hin. Für Gemeinden, die über eine eigene, unter ihrer Kontrolle stehende Spitex-Organisation verfügten, bestehe – unabhängig von deren Rechtsform – "grundsätzlich keine Ausschreibungspflicht (siehe Art. 10 IVöB)". Die Gemeinden R.____, S.____, T.____, U.____ und die Stadt Q.____ seien Miteigentümerinnen der Spitex Region Q.____ und hielten gemeinsam die Mehrheit des Dotationskapitals der Spitex. Bezugnehmend auf die genannten rechtlichen Abhandlungen halte der Stadtrat Q.____ (bzw. die Gemeinderäte) fest, "dass mit der Gründung der ____ Spitex Region Q.____ eine juristische Person die Spitex-Leistungen erbringt, welche im Mehrheitsbesitz

der Kommune ist und von diesen kontrolliert wird. Die _____ Spitex Region Q. _____ verfolgt zudem keinen kommerziellen Zweck und erbringt ihre Dienstleistungen im Wesentlichen für die genannten Gemeinden. Somit wurde zu Recht keine Ausschreibung der Spitex-Leistungen vorgenommen". Diese Schreiben gingen dem Rechtsvertreter der D. _____ gemäss Eingangsvermerk am 15., 16., 17. und 20. Januar 2025 zu (Beschwerdebeilagen 7 – 11). Mit Stellungnahme vom 12. Februar 2025 an den Gemeinderat S. _____ (Beschwerdebeilage 12) hielt der Vertreter der D. _____ an der Ausschreibungspflicht für die Spitex-Vereinbarung fest und ersuchte erneut um "eine entsprechende Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung [...], mit welcher Sie Ihre Gründe darlegen, weshalb Sie die Spitex Leistungsverträge nicht ausgeschrieben haben. Ohne eine entsprechende Verfügung wird unserer Klientin der Rechtsmittelweg unnötig erschwert". Die Gemeindekanzlei S. _____ bestätigte mit Schreiben vom 14. Februar 2025 (Beschwerdebeilage 13) den Eingang, stellte die notwendigen Abklärungen und die Prüfung der Anliegen in Aussicht und ersuchte um "ein wenig Geduld".

3.3.

Es ist aufgrund obiger Darstellung des Sachverhalts und des zeitlichen Ablaufs davon auszugehen, dass die D. _____ bzw. die ihr angehörenden Beschwerdeführerinnen spätestens Mitte November 2024 Kenntnis von der Absicht der Beschwerdegegnerinnen erlangt hatten, mit der von ihnen gegründeten interkommunalen öffentlich-rechtlichen Anstalt _____ Spitex Region Q. _____ Leistungsvereinbarungen abzuschliessen und sie mit der Durchführung von Dienstleistungen der Hilfe und Pflege zu Hause in den betreffenden Gemeinden zu beauftragen. Die Beschwerdeführerinnen räumen selbst ein, dass die Schreiben vom 15. November 2024 "aufgrund eines bereits bestehenden Verdachts" erfolgt waren (Beschwerde, S. 5; vgl. auch Beschwerdeantwort, S. 6 ff., insbesondere S. 7 [Rz. 11], wonach die beabsichtige Übertragung der Spitexleistungen an die _____ von langer Hand geplant und der Öffentlichkeit transparent Bericht erstattet worden sei). Auch hatte die D. _____ nach Angaben der Beschwerdeführerinnen in Erfahrung gebracht, dass die "Einwohnerversammlung" (richtig: der Einwohnerrat) S. _____ am 3. Dezember 2024 eine Leistungsvereinbarung mit der Spitex Region Q. _____ genehmigt hatte (Beschwerde, S. 6). Die Leistungsvereinbarung wurde im Hinblick auf dieses Genehmigungsverfahren Anfang November 2024 auf der Website _____ publiziert. Ihr ist in Artikel 1 Absatz 3 zu entnehmen, dass die Auftraggeberinnen die Auftragnehmerin (Spitex Region Q. _____) mit den häuslichen Spitex-Leistungen beauftragen. In ihren Schreiben vom 13., 14. und 16. Januar 2025 begründeten die Beschwerdegegnerinnen ihren Standpunkt, für die Beauftragung der Spitex Region Q. _____ mit den Spitex-Dienstleistungen in den betreffenden Gemeinden bzw. den Abschluss der entsprechenden Leistungsvereinbarungen – entgegen der Auffassung der D. _____ – nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht zu unterstehen, mit rechtlichen Argumenten und unter Hin-

weis auf Art. 10 IVöB unmissverständlich und nachvollziehbar. Auch wenn der Begriff der Quasi-Inhouse-Vergabe in den Schreiben nicht explizit verwendet wurde und die Spezialnorm von Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB unerwähnt blieb, war aus der Begründung ohne Weiteres zu erkennen, dass die Beschwerdegegnerinnen sich für die Vergaberechtsfreiheit der Leistungsbeschaffung auf diesen Ausnahmetatbestand der IVöB beriefen. Aufgrund der genannten Schreiben musste die Auffassung der Beschwerdegegnerinnen, für die Beschaffung der fraglichen Spitex-Dienstleistungen nicht dem Vergaberecht und damit nicht der Ausschreibungspflicht zu unterstehen und die Gründe dafür, der D._____ bzw. den Beschwerdeführerinnen ohne Weiteres klar sein (es ist unbestritten, dass das Wissen der D._____ demjenigen der Beschwerdeführerinnen entspricht; vgl. insbesondere Replik, S. 7 [Rz. 10]). Sie verfügten damit über alle notwendigen Informationen, um die aus ihrer Sicht unzulässige de-facto-Vergabe sachgerecht anfechten zu können. Mithin sind die Schreiben vom 13., 14. und 16. Januar 2025 als fristauslösend im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu qualifizieren und hätten, wenn nicht innert der Beschwerdefrist von 20 Tagen gemäss Art. 56 Abs. 1 IVöB (es kann offenbleiben, ob die Frist gemäss Art. 56 Abs. 1 IVöB auch in Konstellationen wie der vorliegenden gilt), doch jedenfalls zeitnah zu dieser Frist angefochten werden müssen. Bei einem Zuwarten von beinahe zweieinhalb Monaten – die Beschwerde wurde am 24. März 2025 erhoben – kann nicht mehr von einer Anfechtung innert nützlicher Frist gesprochen werden. Dass die Schreiben nicht in Verfügungsform erfolgten bzw. nicht als Verfügungen bezeichnet wurden, ändert daran nichts. Gemäss erwähnter bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein Zuwarten, bis ein Bescheid in Form der anfechtbaren Verfügung vorliegt, nicht zulässig (vgl. oben Erw. I/3.1).

3.4.

Die Beschwerdeführerinnen begründen die Rechtzeitigkeit der Beschwerdeerhebung insbesondere mit dem Schreiben der Beschwerdegegnerin 3 vom 14. Februar 2025. Sie haben – wie vorstehend ausgeführt – im Nachgang an die Schreiben von Mitte Januar 2025 von einer Anfechtung abgesehen und stattdessen die Beschwerdegegnerin 3 bzw. den Gemeinderat S._____ erneut um eine anfechtbare Verfügung und die Darlegung der Gründe, weshalb die Spitex Leistungsverträge nicht ausgeschrieben worden seien, ersucht. Das erste Schreiben des Gemeinderats S._____ ist beim Rechtsvertreter der D._____ am 17. Januar 2025 eingegangen (vgl. Beschwerdebeilage 9). Mit der (erneuten) Nachfrage beim Gemeinderat S._____ wurde jedoch rund dreieinhalb Wochen zugewartet. Das Schreiben der Beschwerdeführerinnen vom 12. Februar 2025 deckt sich inhaltlich weitestgehend mit denjenigen vom 15. November 2024, die von den Beschwerdegegnerinnen Mitte Januar 2025 beantwortet wurden. Insbesondere werden darin keinerlei zusätzlichen Auskünfte oder Informationen verlangt. Die Beschwerdeführerinnen machen zwar geltend, sie hätten wegen der ausstehenden Stellungnahme "bis heute entsprechend noch nicht alle

erforderlichen, rechtlichen und tatsächlichen Abklärungen im Zusammenhang mit der vorliegenden Streitigkeit treffen" können (Beschwerde, S. 6 f.). An welchen rechtlichen und tatsächlichen Abklärungen dadurch sie verhindert waren, legen sie allerdings weder in der Beschwerde noch in der Replik konkret dar. Ebenso ist nicht ersichtlich, auf welche "weiteren Informationen" durch die Beschwerdegegnerin 3 sie vertrauten (Replik, S. 7), zumal solche, wie erwähnt, von dieser gar nicht verlangt wurden. Die Gründe, warum die Spitexleistungen nach ihrer Ansicht nicht dem öffentlichen Vergaberecht unterstehen und daher nicht ausgeschrieben werden mussten, haben die Beschwerdegegnerinnen, wie ebenfalls bereits erwähnt (oben Erw. I/3.3), in den Schreiben vom 13., 14. und 16. Januar 2025 hinlänglich und mit der notwendigen Klarheit dargelegt. Es ist den Beschwerdegegnerinnen zuzustimmen, wenn sie vorbringen, es sei nicht ersichtlich, welche Informationen für die Erhebung der Beschwerde den Beschwerdeführerinnen nach den erwähnten Schreiben Mitte Januar 2025 noch gefehlt hätten oder welche Unklarheiten zu diesem Zeitpunkt noch bestanden hätten (Duplik, S. 4).

Aus dem Schreiben der Gemeindekanzlei S._____ vom 14. Februar 2025, in welchem die notwendigen Abklärungen und die Prüfung der Anliegen in Aussicht gestellt sowie um Geduld ersucht wurde, können die Beschwerdeführerinnen somit nichts zu ihren Gunsten ableiten. Es steht der Verpflichtung zur zeitnahen Anfechtung der mit den Schreiben vom 13., 14. und 16. Januar 2025 offengelegten Begründung für die unterbliebene Ausschreibung und die klar verneinte Ausschreibungspflicht nicht entgegen. Den Beschwerdeführerinnen stand es selbstredend offen, beim Gemeinderat S._____ noch einmal um eine Begründung und eine Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung nachzusuchen. Von der Verpflichtung, die aus ihrer Sicht unzulässige de-facto-Vergabe ohne Verzug mit Beschwerde anzufechten, entband sie dieses Ersuchen aber nicht.

4.

Zusammenfassend steht fest, dass das Beschwerderecht der Beschwerdeführerinnen verwirkt ist und die Beschwerde vom 24. März 2025 verspätet erhoben wurde, weshalb auf diese nicht einzutreten ist. Damit erübrigen sich materielle Ausführungen.

II.

1.

Im Beschwerdeverfahren werden die Verfahrens- und Parteikosten in der Regel nach Massgabe des Unterliegens und Obsiegens auf die Parteien verlegt (§ 31 Abs. 2 Satz 1 und § 32 Abs. 2 VRPG).

Als unterliegend gelten vorliegend die Beschwerdeführerinnen; obsiegend sind die Beschwerdegegnerinnen.

2.

Demgemäss sind die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten vollständig den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen.

3.

3.1.

Zudem haben die Beschwerdeführerinnen den Beschwerdegegnerinnen die Parteikosten für deren anwaltliche Vertretung vor Verwaltungsgericht zu ersetzen.

3.2.

Das Anwaltshonorar in Verwaltungssachen bestimmt sich nach § 8a – c 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 der Schwierigkeit des Falles (§ 8a Abs. 2 AnwT). Die Entschädigung wird als Gesamtbetrag festgesetzt. Auslagen und Mehrwertsteuer sind darin enthalten (§ 8c AnwT). Soweit in einer Submissionssache eine Zuschlagsverfügung angefochten ist, geht das Verwaltungsgericht von einer vermögensrechtlichen Streitsache aus, wobei der Streitwert in der Regel 10 % des Auftragswertes (ohne MWST) beträgt.

Im vorliegenden Fall geht es indessen nicht um die Aufhebung eines verfükten Zuschlags, sondern um die Grundsatzfrage der Anwendbarkeit des öffentlichen Vergaberechts bzw. die Ausschreibungspflicht. Ein Streitwert lässt sich hier nicht sachgerecht festsetzen. Infolgedessen erscheint es gerechtfertigt, vom einem Verfahren auszugehen, welches das Vermögen der Parteien weder direkt noch indirekt beeinflusst (vgl. Entscheide des Verwaltungsgerichts WBE.2015.114 vom 11. November 2015, Erw. III/2, WBE.2013.303 vom 4. Juni 2014, Erw. III/2, WBE.2012.159 vom 1. Juli 2013, Erw. III/2). Damit gelangen die § 3 Abs. 1 lit. b und §§ 6 ff. AnwT sinngemäss zur Anwendung (§ 8a Abs. 3 AnwT). Gemäss § 3 Abs. 1 lit. b AnwT beträgt die Grundentschädigung nach dem mutmasslichen Aufwand des Anwaltes, nach der Bedeutung und der Schwierigkeit des Falles Fr. 1'210.00 bis Fr. 14'740.00. Vorliegend rechtfertigt es sich, angesichts der erheblichen Bedeutung und Schwierigkeit des Falles (die Beschwerdegegnerinnen konnten sich nicht auf die Argumentation betreffend fehlender Rechtzeitigkeit der Beschwerde beschränken) die Grundentschädigung auf Fr. 10'000.00 festzulegen. Damit abgegolten sind die Leistungen gemäss § 6 Abs. 1 AnwT. Die zweite Rechtsschrift (Duplik) der Beschwerdegegnerinnen wird durch die fehlende Verhandlung kompensiert. Zu- oder Abschläge sind keine vorzunehmen. Unter Berücksichtigung angemessener

Auslagen (vgl. § 13 AnwT) sowie der Mehrwertsteuer erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 11'000.00 sachgerecht.

Das Verwaltungsgericht erkennt:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von Fr. 6'000.00, sind von den Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftbarkeit zu bezahlen.

3.

Die Beschwerdeführerinnen werden unter solidarischer Haftbarkeit verpflichtet, den Beschwerdegegnerinnen die vor Verwaltungsgericht entstandenen Parteikosten in Höhe von Fr. 11'000.00 zu ersetzen.

Zustellung an:

die Beschwerdeführerinnen (Vertreter)

die Beschwerdegegnerinnen (Vertreter)

die Wettbewerbskommission WEKO

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. Auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert den massgebenden Schwellenwert nach Artikel 52 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang 4 Ziffer 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) erreicht **und** sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, 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 Unter-

schriften 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 über Fr. 230'000.00 (ohne MWST).

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 unterzeichnete Beschwerde muss das Begehren, wie der Entscheid zu ändern ist, sowie in gedrängter Form die Begründung, inwiefern der angefochtene Akt Verfassungsrecht 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, 15. Oktober 2025

Verwaltungsgericht des Kantons Aargau

3. Kammer

Vorsitz:

Gerichtsschreiber:

Winkler

Wildi