

# **AG\_GERICHTE AGVE 2012 26 vom 3. Juni 2012**

AG Gerichte, 2012-06-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag\\_gerichte\\_AGVE\\_2012\\_26](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_gerichte_AGVE_2012_26)

FR: AG\_GERICHTE AGVE 2012 26 du 3 juin 2012

IT: AG\_GERICHTE AGVE 2012 26 del 3 giugno 2012

## **Regeste**

26 Öffentlicher Auftrag; Contracting Holzschnitzelheizung mit Wärmeverbund(Erw. 3.)öffentlichen Beschaffungswesens (Erw. 4.1. und 4.2.)untersteht den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens: Es erfüllt alle Merkmale eines öffentlichen Auftrags (Erw. 4.3.-4.6.);Vergleichbarkeit des konkreten Contractings...

## **Erwägungen**

### **E. 26**

Öffentlicher Auftrag; Contracting Holzschnitzelheizung mit Wärmeverbund - Frage einer Ausschreibung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM offen gelassen (Erw. 3.) - Verhältnis zwischen Konzessionserteilung und den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens (Erw. 4.1. und 4.2.) - Das streitige Contracting Holzschnitzelheizung mit Wärmeverbund untersteht den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens: Es erfüllt alle Merkmale eines öffentlichen Auftrags (Erw. 4.3.-4.6.); Vergleichbarkeit des konkreten Contractings mit Infrastruktur-Public-Private-Partnerships (PPP) (Erw. 4.7.). Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 25. Juni 2012 in Sachen A. gegen Einwohnergemeinde B. (WBE.2011.246). Aus den Erwägungen 1. Dem vorliegenden Verfahren liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die Gemeinde B. 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 2012 Submissionen 177 Kunden die erforderliche Anschlussleistung zur Verfügung und liefert die benötigte Wärmeenergie. In der Folge schrieb die Einwohnergemeinde B. im Amtsblatt des Kantons Aargau vom (...) die Submission Contracting Holzschnitzelheizung mit Wärmeverbund (Wärmelieferung an die Einwohnergemeinde B. 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 erteilt der Gemeinderat B. mit Beschluss vom

## **E. 27**

Juni 2011 den Zuschlag zur Erstellung des Wärmeverbundes B. an die C. AG, D.. Mit Schreiben vom 29. Juni 2011 wurde der Beschwerdeführerin die anderweitige Auftragsvergabe mitgeteilt. 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. 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 Zurzach beschafften Leistungen handle es sich um Bauleistungen (Bau der Heizzentrale), Lieferungen (Wärme) und Dienstleistungen (Contracting-Dienstleistungen), die dem Submissionsdekret unterständen. Die angefochtene Verfügung stelle klar eine Zuschlagsverfügung im Sinne des Submissionsdekrets dar. 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 unter- 2012 Verwaltungsgericht 178 stehe deshalb dem öffentlichen Beschaffungsrecht und sei auch im offenen Verfahren nach Submissionsdekret erfolgt. 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 Gemeindegebrauch verleiht (Häfelin / Müller / Uhlmann, a. a. O., Rz. 2607). Gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM hat die Übertragung der Nutzung kantonalen und kommunalen 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 2012 Submissionen 179 bedeute, dass auch die Erteilung oder Erneuerung von Konzessionen zugunsten Privater für

den öffentlichen 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 aufzuzäumen (vgl. Gutachten, Rz. 11). Die Einwohnergemeinde B. beheizt nach eigener Darstellung einzelne Gemeindeliegenschaften 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 B. ständen. Der Gemeinderat habe nunmehr den Anstoss dazu gegeben, eine Fernwärmanlage 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 2012 Verwaltungsgericht 180 aargauischen Gesetzgebung berufen, die die Einwohnergemeinde verpflichten oder auch nur berechtigen würde, eine Fernwärmanlage zu erstellen und zu betreiben. Hingegen sei es einem Gemeinderat unbenommen, die Initiative zu ergreifen und zur Realisierung eines derartigen Projekts Anstoss zu geben. 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 B. 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 Wärmeverbundwerkes gelten. 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 2012 Submissionen 181 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 Selbstaussleihe zu beurteilen. Das Bundesgericht kam zum Schluss, das streitige Zurverfügungstellen von Fahrrädern zur Selbstaussleihe 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.).

2012  
Verwaltungsgericht 182 4.2. Gestützt auf diese bundesgerichtliche Rechtsprechung ist im Folgenden zu prüfen, ob die Einwohnergemeinde B. 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 B. schrieb im Amtsblatt des Kantons Aargau vom (...) die Submission Contracting Holzschnitzelheizung mit Wärmeverbund öffentlich aus. Als Vergabestelle wurde die Einwohnergemeinde B. bezeichnet. Gegenstand und Umfang des Auftrags wurden umschrieben mit "Wärmelieferung an die Einwohnergemeinde B. 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 %. Der Liefer- und Leistungsumfang des

Contractors wird in Ziff. 3.2 der Ausschreibungsbedingungen wie folgt umschrieben: - Planung, Erstellung und Finanzierung der gesamten Wärme- erzeugung inklusive Fernwärmenetz. Dies beinhaltet sämtliche Arbeiten zur Erstellung der Anlagen (Heizzentrale + Wärme- verbund) 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 be- zeichnet sind. 2012 Submissionen 183 - Betrieb, Wartung, Bedienung, Instandhaltung der kompletten vom Contractor investierten oder übernommenen Wärme- erzeugungsanlage, der Wärmeleitungen bis und mit der Wärmeüber- gabestation. - Einkauf der Energieträger und Betriebsmittel und Verkauf der Wärmeenergie. - Erfassung der Wärmelieferungen je Wärmekunde mittels Mes- sungen (Wärmezähler), Verrechnung mit den Wärmekunden. - Kundenakquisition, Vertragserstellung, -bereinigung und -unter- zeichnung mit allen Wärmekunden (Wärmeliefervertrag, Dienstbarkeitsvertrag). - Erstellen der erforderlichen Dokumente und Unterlagen (Bau- gesuch, etc.); Einholen der erforderlichen Bewilligungen. - Auswertung der Effizienz der erstellten Anlage (Betriebsopti- mierung). - Abschliessen aller erforderlichen Versicherungen zur Realisie- rung 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 öffentli- che Kunden im betreffenden Gebiet. Zu den Dienstleistungen zählen Planung, Engineering und Finanzierung des gesamten Projekts, Betrieb, Wartung, Bedienung und Instandhaltung der gesamten Anla- ge, Akquisition, Betreuung und Abrechnung gegenüber den Wärme- kunden. Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge bil- den nachgerade die klassischen Auftragsarten des öffentlichen Be- schaffungswesens (vgl. § 6 SubmD; Art. 6 IVöB).

4.4. Dass diese Angebote keinen "Preis" haben sollen, weshalb keine bereinigten Schlusssummen zu beurteilen seien und diese zwangsläufig bei den Unterlagen fehlten, ist nicht nachvollziehbar. Der Preis spielt in mehrfacher Hinsicht eine Rolle. Die Contracting- 2012 Verwaltungsgericht 184 Ausschreibung enthält in Ziff. 3.7 Vorgaben zur Preisgestaltung. Diese Vorgaben umfassen den Anschlusskostenbeitrag (Gemeindeob- jekte: kein Anschlusskostenbeitrag), den Jahresgrundbetrag 1 zur De- ckung der Kapitalkosten, den Jahresgrundbetrag 2 zur Deckung der fixen Jahresbetriebskosten (Wartung, Betrieb) sowie den Ener- giepreis 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 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 Haus- stationen sowie der Planung des Bauprojekts bis und mit Inbetrieb- nahme. Der Gemeinde steht das Recht zu, die Anlage zu jedem Zeit- punkt (zurück) zu kaufen. In den Ausschreibungsunterlagen hatten die Offerenten entsprechend ihren Investitionskosten den Sachzeit- wert 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 so- bald 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 B. 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 B. die vom Contractor offerierten Leistungen nachfragt. Die Contracting-Ausschreibung bezweckt u. a. den Bezug der für die Gemeindelienschaften 2012 Submissionen 185 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 Gemeindelienschaften, die bereits am bestehenden Wärmeverbund angeschlossen sind sowie weitere zusätzliche Gemeindelienschaften. Der Plan "Übersicht Anschlussobjekte und Fernwärmeleitungen" und die Objektliste zeigen dies klar auf. Die Gemeinde bestätigte im Einladungsschreiben zur Ausschreibung vom (...) ausserdem: "Die Gemeinde leitet das Ausschreibungs- und Auswahlverfahren für einen Contractor. Gleichzeitig ist die Gemeinde Kunde für einen grösseren Anteil der Wärme, weshalb das Projekt im kantonalen Amtsblatt vom (...) öffentlich ausgeschrieben wird". Ebenso wurden im Rahmen der Angebotsbewertung beim Vergleich der Wärmegestehungsvollkosten die Kosten für die durch die Gemeinde bezogene Wärme explizit aufgeführt. Wie die Einwohnergemeinde B. vor diesem Hintergrund die Auffassung vertreten kann, von einem Wärmebezug durch die Gemeinde (für die Gemeindelienschaften) sei in der Ausschreibung nicht die Rede gewesen, 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 B. bei den Wärmelieferverträgen die Verhandlungen mit den potenziellen Wärmekunden begleiten. Allfällige Abweichungen von den Wärmelieferverträgen seien mit der Gemeinde B. zu besprechen und nur nach deren Genehmigung und Einverständnis gültig. Wenn die Einwohnergemeinde mit dem Wärmeverbund nichts zu tun hat, wie sie sinngemäss argumentiert, 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 2012 Verwaltungsgericht 186 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 B. 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), 2012 Submissionen 187 - 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. 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.

4.8. Angesichts dieses Ergebnisses braucht das widersprüchliche Verhalten der Einwohnergemeinde B. nicht vertieft überprüft zu werden. Es erstaunt immerhin, dass die Gemeinde B. im Amtsblatt vom (...) die Submission Contracting Holzschnitzelheizung mit Wärmeverbund im offenen Verfahren öffentlich ausgeschrieben hat. 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 2012 Verwaltungsgericht 188 Beschwerde an das Verwaltungsgericht, wie sie in Submissionsstreitigkeiten üblich ist, beigefügt. Die Gemeinde B. ging ursprünglich somit ebenfalls davon aus, dass es sich beim ausgeschriebenen 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. Die E. AG, welche die Einwohnergemeinde B. im vorliegenden

Vergabeverfahren unterstützt hat, wies im Zusammenhang mit dem Holzschnitzelwärmeverbund F. ebenso darauf hin, dass die Ausschreibung nach der Submissionsverordnung erfolge. 5. Zusammenfassend untersteht die Vergabe Contracting Holzschnitzelheizung mit Wärmeverbund der Gemeinde B. dem Submissionsrecht, und es sind die Bestimmungen des Submissionsdekrets zu beachten.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.