

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.5 vom 21. Mai 2014

BS Appellationsgericht, 2014-05-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2014.5

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.5 du 21 mai 2014

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.5 del 21 maggio 2014

Erwägungen

E. 1

1.1 Gemäss § 31 lit. f in Verbindung mit § 30 Abs. 1 BeschG kann gegen den Zuschlag in einem öffentlichen Vergabeverfahren Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Dieses ist somit zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses funktionell wie auch sachlich zuständig, soweit die angefochtenen Entscheide als Vergabeentscheide im Sinne des Beschaffungsrechts qualifiziert werden können. Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRPG; SG 270.100), soweit das BeschG keine anderen Vorschriften enthält. Nach § 8 VRPG ist zu prüfen, ob die Vergabebehörde das öffentliche Recht unrichtig angewendet, den Sachverhalt nicht richtig festgestellt, von ihrem Ermessen unzulässigen Gebrauch gemacht oder gegen allgemeine Rechtsgrundsätze oder verfassungsmässige Garantien verstossen hat. Eine Überprüfung des angefochtenen Entscheids auf seine blosser Angemessenheit findet demgegenüber nicht statt (Art. 16 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 [IVöB; SR 172.056.4]; VGE VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 1.1).

Die Rekurrentin ist als in beiden Ausschreibungen nicht berücksichtigte, zweitplatzierte Offerentin gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Verwaltungsrekurs legitimiert, da sie ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Entscheide hat. Da ein Vertrag mit der berücksichtigten Beigeladenen auf der Grundlage des angefochtenen Zuschlags noch nicht abgeschlossen worden ist, ist gemäss § 30 Abs. 4 BeschG der Hauptantrag der Rekurrentin zu beurteilen.

1.2 Strittig ist zunächst, ob die beiden Ausschreibungen überhaupt dem Beschaffungsrecht unterstehen. Davon hängt ab, ob das Rekursverfahren gemäss den §§ 30 ff. BeschG auf die beiden Ausschreibungen überhaupt Anwendung findet, und ob auf die Rekurse gestützt auf diese Bestimmungen eingetreten werden kann.

1.2.1 Die Gemeinden Riehen und Bettingen haben seit 1974 eigene Telekommunikationsnetze aufgebaut und unterhalten ("K-Netz"). Über dieses K-Netz bieten die Gemeinden den Einwohnern ein Grundangebot analoger und digitaler Fernseh- und Radioprogramme an, welches gegenwärtig noch die Rekurrentin den Gemeinden liefert. Darüber hinaus bietet die Rekurrentin Zusatzangebote wie etwa Internet, Telefonie und TV on Demand an, welche sie den Kunden direkt verrechnet. Im Jahr 2011 hatten die Gemeinden den Verkauf des K-Netzes beabsichtigt; in der entsprechenden Ausschreibung hatte die Rekurrentin den Zuschlag erhalten. Dennoch war der Verkauf gescheitert, da ihn die Stimmberechtigten der Gemeinde Riehen anlässlich der Volksabstimmung vom 6. Mai 2012 verworfen hatten. In der Folge verständigten sich eine Projektsteuerungsgruppe sowie eine einwohnerrätliche Spezialkommission auf das primäre weitere Vorgehen, durch

öffentliche Ausschreibung einen Partner zu suchen, welcher den Betrieb des K-Netzes, die Administration der Kunden sowie deren Versorgung mit einem Grund- und einem Zusatzangebot in den Bereichen TV, Radio, Video, Internet und Telefonie wahrnehmen soll. Gleichzeitig sollte den Interessenten mittels separater Ausschreibung und Publikation die Gelegenheit geboten werden, den beiden Gemeinden eine Kaufofferte für ihre Netze für den Fall zu unterbreiten, dass sich ein Weiterbetrieb auf Grund der eingeholten Offerten im Vergleich zu einem Verkauf als langfristig ungünstig erweisen sollte. In der Folge sollte die wirtschaftlich beste Offerte für den Weiterbetrieb der besten Kaufofferte gegenübergestellt und den politischen Entscheidgremien zum Entscheid über das zu wählende Geschäftsmodell vorgelegt werden. Dementsprechend wurden die öffentlichen Beschaffungen "Dienstanbieter" und "Verkauf" im Kantonsblatt vom 8. Juni 2013 publiziert. Dabei wurde darauf hingewiesen, dass die Ausschreibung "Verkauf" nicht dem Beschaffungsgesetz unterstehe. An diesem Standpunkt haben die Rekursgegner auch mit der ergänzenden Begründung zum Vergabeentscheid "Dienstanbieter" vom 23. Dezember 2013 festgehalten. Darin teilten sie der Rekurrentin mit, dass entgegen der irrtümlich auch dem Vergabeentscheid "Verkauf" beigefügten Rechtsmittelbelehrung kein Anspruch auf eine zusätzliche Begründung gemäss § 27 Abs. 2 BeschG und auch keine Rekursmöglichkeit an das Verwaltungsgericht bestehe.

1.2.2 Das Beschaffungsgesetz gilt gemäss § 3 Abs. 1 BeschG für sämtliche Vergaben, die der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen, namentlich für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge. Damit übernahm der baselstädtische Gesetzgeber zur Abgrenzung des Gegenstands des Beschaffungsgesetzes die Begriffe des GATT/WTO-Abkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (Agreement on Government Procurement [GPA]; SR 0.632.231.422) und der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SG 914.500; Zellweger/Wirz, Das öffentliche Beschaffungsrecht des Kantons Basel-Stadt, in: Buser, Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, 576 f.). Ein öffentlicher Auftrag liegt damit ganz allgemein dann vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber im Hinblick auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben einen synallagmatischen Vertrag mit einem Wirtschaftsteilnehmer abschliesst, auf dessen Grundlage dieser dem Auftraggeber gegen die Entrichtung eines Entgelts Bau-, Sach- oder Dienstleistungen erbringt. Dabei ist unerheblich, ob die Leistung dem öffentlichen Auftraggeber direkt selber erbracht wird oder Dritten respektive der Öffentlichkeit zu Gute kommt (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, N 178; Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, N 604). Voraussetzung ist in jedem Fall, dass das Gemeinwesen den Partner mit der Vergabe beauftragt, eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen, die sonst das Gemeinwesen erfüllen würde (BGer 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.2.2).

Auf dieser Grundlage ist zunächst für die beiden Ausschreibungen je gesondert zu prüfen, ob sie dem Vergaberecht unterstehen. Gegebenenfalls wird in einem weiteren Schritt zu prüfen sein, ob die beiden Vergaben haben getrennt werden dürfen.

1.2.3 Strittig ist zunächst, ob die beiden Ausschreibungen einen Bezug zu einer öffentlichen Aufgabe aufweisen.

1.2.3.1 Die Rekurrentin bejaht dies insbesondere auch für die Ausschreibung "Verkauf". Sie weist darauf hin, dass die Gemeinden Qualitätsanforderungen an die künftig anzubietenden Leistungen und Anforderungen betreffend Umfang und Attraktivität des Produkteportfolios

gestellt sowie eine Garantie für die Netzanschlussgebühren während eines Jahres verlangt hätten. Zudem habe die Gemeinde Riehen den kostenlosen Zugang zu einem störungsfreien Übertragungskanal und die Weiternutzung einzelner Fasern des Netzes für die nächsten 15 Jahre verlangt. Die Ausschreibung beschlage daher nicht ein reines Veräusserungsgeschäft, sondern enthalte auch verbindliche Aufträge und einen Leistungseinkauf.

1.2.3.2 Demgegenüber bestreiten die Rekursgegner einen Bezug der Ausschreibung zur öffentlichen Aufgabenerfüllung. Die Grundversorgung im Bereich Telekommunikation, wozu nach Art. 2 des Fernmeldegesetzes (FMG; SR 784.40) auch der Bau und der Betrieb von Kabelnetzen gehöre, sei aufgrund einer von der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) bis zum 1. Januar 2018 dauernden Grundversorgungskonzession der Swisscom übertragen worden. Dazu gehöre gemäss Art. 16 Abs. 2 lit. c FMV auch die Gewährleistung eines Breitbandanschlusses. Die Gemeinden hätten daher im Bereich der Telekommunikation keine Grundversorgung zu gewährleisten. Gleich verhalte es sich auch im Bereich des Kabelfernsehens. Der Betrieb eines Kabelnetzes durch eine Gemeinde stelle eine selbst gewählte, freiwillige Aufgabe dar. Es handle sich um eine Dienstleistung auf dem freien Markt und sei damit keine öffentliche Aufgabe im engeren Sinne. Vielmehr gehe es um eine gewerbliche Tätigkeit in Konkurrenz zu weiteren Anbietern. Das Überlassen von Telekommunikationsnetzen zum Zweck der vollständigen, eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung durch einen externen Leistungserbringer sei daher keine Beschaffung im Sinne der Gesetzgebung. Die Gemeinden würden nicht eine Leistung einkaufen, sondern etwas zur Verfügung stellen. Daher handle es sich weder bei der Ausschreibung "Dienstanbieter" noch bei der Ausschreibung "Verkauf" ■ welche schon per definitionem keine Beschaffung darstelle ■ um Beschaffungen.

1.2.3.3 Wie das Bundesgericht in einem jüngeren Urteil festgehalten hat, steht der Begriff der öffentlichen Aufgabe, abgesehen von den staatlichen Kernaufgaben, nicht wesensgemäss fest (BGer 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.2.3 m.H. auf BGE 125 I 209 E. 6b S. 213). Die Abgrenzung zwischen originären Staatsaufgaben und unternehmerischer Betätigung des Gemeinwesens ist in vielen Bereichen unsicher (Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011 § 18 N 11). Eine öffentliche Aufgabe bildet grundsätzlich, was sich der Staat gesetzlich als Aufgabe gibt (Beyeler, a.a.O., S. 312 f.; BGer 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.2.3; 2C_314/2013 vom 19. März 2014 E. 1.1.3). Deren Konkretisierung obliegt daher wie jene der mit ihrer Erfüllung verfolgten öffentlichen Interessen in erster Linie dem politischen Prozess, also dem zuständigen Gesetzgeber (BGE 138 I 378 E. 8.3 S. 394 m.w.H.; VGE VD.2012.121/122 vom 14. August 2013 E. 6.3.2). Demgegenüber übernimmt das Gemeinwesen eine gewerbliche Tätigkeit allein oder schwergewichtig zwecks Mittelbeschaffung (BGer 4A_397/2012 vom 11. Januar 2013 E. 2.2).

1.2.3.4 Das Bereitstellen von Telekommunikationsnetzen für die Bevölkerung gehört nicht zu den Staatsaufgaben, welche die Kantonsverfassung den Gemeinwesen des Kantons aufträgt (vgl. §§ 15 ff. KV). Die Gemeinden sind aber kompetent, weitere Aufgaben zu übernehmen, für die eine örtliche Regelung geeignet ist und die nicht in die Zuständigkeit des Kantons fallen (§ 60 Abs. 1 KV). Für die Übernahme einer Aufgabe durch eine Gemeinde bedarf es daher keiner besonderen kantonalrechtlichen Grundlage im Gesetz.

Das Erstellen und der Betrieb des Kommunikationsnetzes sind für die Gemeinde Riehen im Reglement über die Gemeinschaftsantennenanlage für Fernsehen und Radio der Gemeinde

Riehen (SG RiE 970.120) geregelt, für die Gemeinde Bettingen in der Ordnung über das Kommunikationsnetz (K-Netz) der Gemeinde Bettingen (SG BeE 970.120). Gemäss diesen beiden Erlassen (vgl. jeweils § 1) dient das Erstellen und der Betrieb des Netzes dem "Schutz des Orts- und Landschaftsbildes vor Verunstaltung durch Einzelantennen" und der "Vermittlung eines guten Fernseh- und Radioempfangs". Die entsprechenden Leistungen zugunsten der Einwohnerinnen und Einwohner werden gegen Entrichtung kostendeckender Anschluss- und Benützungsgebühren erbracht. Damit wird somit kein gewerblicher Nutzen zugunsten der Gemeinden verfolgt. Die Netze dienen vielmehr den öffentlichen Interessen des Orts- und Landschaftsschutzes sowie der Versorgung der Bevölkerung mit Kommunikationsdienstleistungen, mithin also dem sogenannten "service public". Daraus folgt, dass die beiden Gemeinden mit den kommunalen, durch die Legislativen der Gemeinden beschlossenen Erlassen den Betrieb von kommunalen Kommunikationsnetzen zur öffentlichen Aufgabe gemacht haben. Dem entspricht auch die von der Rekurrentin replicando nachgewiesene Bilanzierung des Kommunikationsnetzes der Gemeinde Riehen als Verwaltungsvermögen (ReplikB 1, act. 16/1). Unerheblich erscheint in diesem Zusammenhang, dass es sich um eine von den Gemeinden freiwillig übernommene Aufgabe handelt, können doch die Gemeinwesen öffentliche Aufgaben entsprechend dem freien Willen ihres demokratischen Gesetzgebers definieren.

Daraus folgt, dass die beiden Ausschreibungen einen Bezug zu einer öffentlichen Aufgabe aufweisen.

1.2.4 Damit stellt sich weiter die Frage, ob die Ausschreibungen "Dienstanbieter" und "Verkauf" einen Vergabeauftrag im Sinne von § 3 Abs. 1 BeschG darstellen. Dies ist für die beiden Ausschreibungen je gesondert zu prüfen.

1.2.4.1 Gegenstand des Beschaffungsrechts ist der Abschluss eines synallagmatischen Rechtsgeschäfts zur Beschaffung von Waren oder Dienstleistungen gegen eine Gegenleistung durch den Staat als Nachfrager, um damit öffentliche Aufgaben wahrzunehmen (BGE 125 I 209 E. 6b S. 213; 126 I 250 E. 2d/bb S. 255 f.; 128 I 136 E. 4.1 S. 146; 135 II 49 E. 4.3.2 S. 55 f.; BGer 2C_333/2012 vom 5. November 2012 E. 6.2; 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.1.2; Beyeler, a.a.O., Rz. 604, 620; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 107, 181). Bei einer Beschaffung geht es um den rechtsgeschäftlichen Erwerb der Mittel zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (Schneider Heusi, Vergaberecht in a nutshell, Zürich 2014, S. 29 f.). Es handelt es sich typischerweise um einen "Einkauf des Staates" (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 107).

Auch wenn der Gegenstand des Beschaffungsrechts in der neueren Literatur und Rechtsprechung funktional definiert wird (BGE 135 II 49 S. 4.4 S. 56; 2C_333/2012 vom 5. November 2012 E. 6.2, 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.1.2; Beyeler, a.a.O., Rz. 623), so muss ein Geschäft bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise gleichartige Charakteristiken und Interessenlagen wie ein klassisches Beschaffungsgeschäft aufweisen, um als solches qualifiziert werden zu können (Beyeler, a.a.O., Rz. 625). Voraussetzung ist aber in jedem Fall, dass das beteiligte öffentliche Organ nicht bloss "regulierend oder fördernd an den Markt herantritt, sondern nachfragend in diesen hineintritt" (Beyeler, a.a.O., Rz. 630).

Der blosse Umstand, dass der Staat einem Privaten erlaubt, eine bestimmte Tätigkeit auszuüben, ist keine öffentliche Beschaffung, weil der Staat dabei nicht eine Tätigkeit veranlasst oder ein Gut beschafft, sondern bloss eine private Tätigkeit hoheitlich ordnet

oder reguliert (BGE 125 I 209 E. 6b S. 214 f.; Beyeler, a.a.O., Rz. 670; BGer 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.1.3). Dies gilt auch dann, wenn diese Tätigkeit bisher vom Gemeinwesen als öffentliche Aufgabe definiert worden ist, aber künftig nicht mehr als solche erfüllt werden soll.

1.2.4.2 Mit dem Verkauf der selber errichteten und bisher betriebenen Kommunikationsnetze treten die Gemeinden nicht mehr als Nachfrager einer Leistung, sondern als Verkäufer einer solchen auf. Damit fehlt es bereits an der Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts (BGE 125 I 209 E. 6b S. 213 f.). Die Gemeinden beschaffen mit dem Verkauf keine Leistung, sondern räumen dem Erwerber vielmehr gegen Entrichtung eines Entgelts die Möglichkeit ein, diese Netze selber zu nutzen (BGer 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.1.3). Sie hören also mit der Erfüllung der bisherigen öffentlichen Aufgabe auf. Daran ändert nichts, dass die Gemeinden zwecks Kundenzufriedenheit durch Auflage bestimmter Qualitätsvorgaben den weiteren erfolgreichen und zeitgemässen Betrieb sicherstellen wollen (vgl. Ausschreibungsdokumentation "Verkauf" in Ziff. 1.5, RB 8). Damit vertreten sie allein die Interessen ihrer Einwohnerinnen und Einwohner, ohne dass damit der Betrieb weiterhin eine öffentliche Aufgabe wäre (vgl. auch BGer 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.2.4). Das Gleiche gilt auch für den Umstand, dass mit der Ausschreibungsdokumentation "Verkauf" in Ziff. 4.10 ff. (RB 8) ein störungsfreier Übertragungskanal und die kostenlose Weiternutzung einzelner Fasern des Kabelnetzes verlangt werden. Dabei handelt es sich um mit der Abtretung des Netzes verbundene und davon abhängige Nebenbedingungen, die nicht selbständig und abtrennbar vom Hauptgeschäft bestehen. Der Gegenstand des Verkaufs wird entsprechend begrenzt. Die Rekurrentin weist nicht nach, dass diese Nebenleistungen vom Umfang her eigenständig Gegenstand einer öffentlich auszuschreibenden Beschaffung bilden würden (BGer 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.1.3).

Mit dem Verkauf des Netzes geben die Gemeinden die bisher ausgeübte öffentliche Aufgabe auf. Der künftige Eigentümer der K-Netze wird diese daher nicht mehr als öffentliche, sondern vielmehr als private Aufgabe und im eigenen wirtschaftlichen Interesse betreiben. Daher kann der Verkauf der K-Netze auch nicht der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen. Daraus folgt, dass die Ausschreibung "Verkauf" der K-Netze keine Beschaffung im Sinne des Beschaffungsrechts darstellt.

1.2.4.3 Entgegen der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen selber bestreiten die Rekursgegner nun im Rekursverfahren aber auch, dass die Ausschreibung "Dienstanbieter" eine öffentliche Beschaffung im Sinne von § 3 Abs. 1 BeschG darstellen würde. Sie stellen sich auf den Standpunkt, der Betrieb der Kommunikationsnetze stelle keine öffentliche Aufgabe dar.

Dem kann nicht gefolgt werden. Die Ausschreibung "Dienstanbieter" zielt auf den Weiterbetrieb der im öffentlichen Interesse und gestützt auf Gemeindeordnungen errichteten und bisher betriebenen Netze ab, und zwar im Auftrag der Gemeinden. Die K-Netze selber gehen nicht an den Dienstanbieter über, sondern verbleiben im Eigentum der Gemeinden (vgl. E. 1.2.4.3). Die Gemeinden stellen also dem zukünftigen Dienstanbieter ihre K-Netze für den service public im Bereich der netzgebundenen Kommunikation für eine begrenzte Vertragsdauer zur Verfügung. Entsprechend verfolgen die Gemeinden gemäss der Ausschreibungsdokumentation "Dienstanbieter" (Ziff. 1.5, RB 7) das Ziel, einen "Partner zu finden, mit welchem die K-Netze beider Gemeinden

bezüglich Kundenzufriedenheit und Wirtschaftlichkeit langfristig erfolgreich weiter betrieben werden können". Die Gemeinden sind es auch, die wie bisher Neu- und Ersatzinvestitionen in die gesamte Netzinfrastruktur tätigen und Neuerschliessungen vornehmen (Ausschreibungsdokumentation "Dienstanbieter" Ziff. 2.1.3 f. und 4.6, RB 7). Damit bleibt der Betrieb der Anlagen eine Aufgabe der Gemeinden, die sie ■ unter Beibehalt des Eigentums an der Infrastruktur ■ auf begrenzte Zeit auslagern. Das Synallagma zur erbrachten Leistung wird zwar nicht von den Gemeinden, sondern von den Bezüglern der Kommunikationsdienstleistungen erbracht, was aber der Qualifikation als Beschaffungsgeschäft nicht entgegensteht (Beyeler, a.a.O., Rz. 646, 833 ff.).

Daraus folgt, dass die Gemeinden die Ausschreibung "Dienstanbieter" zu Recht dem Beschaffungsrecht unterstellt haben. Vor diesem Hintergrund braucht nicht weiter geprüft zu werden, ob von einer Übertragung der Nutzung eines kommunalen Monopols auszugehen ist und die Ausschreibung gestützt auf Art. 2 Abs. 7 des Binnenmarktgesetzes (BGBM; SR 943.02) hätte durchgeführt werden müssen.

Nicht einschlägig erscheint auch der von den Rekursgegnern mit Rekursantwort angerufene Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Basel-Landschaft (VGE BL 810 12 290 vom 20. März 2013; <http://www.bl.ch/kantonsgericht>), welches die Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts auf die Ausschreibung eines Serviceproviders verneint hat. Gegenstand waren dort allein bestimmte, als Serviceprovider zu erbringende Telekommunikationsdienstleistungen, nicht aber der Betrieb eines gemeindeeigenen Netzes als solches. Vergabestelle war überdies nicht eine Gemeinde, sondern eine im Wettbewerb mit Mitbewerbern stehende, private Aktiengesellschaft. Massgebend war für das Verwaltungsgericht des Kantons Basel-Landschaft die in Art. 2b der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11) verankerte, sogenannte "Auslinkklausel", welche ihrerseits Art. 3 Abs. 5 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (BAöB; SR 0.172.052.68) konkretisiert. "Ausgeklinkt" werden kann die Anwendung des Beschaffungsrechts indessen bloss, soweit dieses mit Art. 3 Abs. 2 lit. a - c BAöB neu auf Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen ausgedehnt worden war. Vorliegend dagegen bieten die Gemeinden selber solche Dienstleistungen an, weshalb zum vornherein keine solche Ausdehnung vorliegt: Die Gemeinden unterstehen in ihrer Eigenschaft als solche auf jeden Fall dem Beschaffungsrecht und somit dem GPA, zumal auch der Schwellenwert erreicht ist (vgl. Schwellenwerte IVöB für die Jahre 2012/2013 resp. 2014/2015 [<http://www.bpuk.ch/konkordate/IVOEB.aspx>]). Die Anwendbarkeit des Vergaberechts hängt also nicht vom BAöB ab und kann daher durch ein "Ausklinken" auch nicht ausgeschlossen werden (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 170 Fn. 404).

Für die Frage der Anwendung des Vergaberechts unerheblich erscheint schliesslich, ob die Übertragung der Aufgabe durch ein öffentlich-rechtliches oder ein zivilrechtliches Rechtsgeschäft vollzogen würde (vgl. dazu Beyeler, a.a.O., Rz. 642 ff.), weshalb auf die entsprechenden Ausführungen der Rekursgegner (vgl. RA Ziff. 21 ff.) nicht weiter einzugehen ist.

1.2.4.4 Aus der Unterstellung der Ausschreibung "Dienstanbieter" unter das Beschaffungsrecht kann nicht auf die Unterstellung der Ausschreibung "Verkauf" geschlossen werden. Der Rekurrentin ist zwar zuzugestehen, dass in den beiden Ausschreibungen die Zuschlagskriterien ähnlich und die Eignungskriterien identisch sind.

Die Zielsetzung der beiden Verfahren ist jedoch grundlegend verschieden. Wie vorstehend ausgeführt, wird mit der Ausschreibung "Dienstanbieter" ein Betreiber der weiterhin vom Gemeinwesen als öffentliche Aufgabe selber gehaltenen K-Netze gesucht, während mit der Ausschreibung "Verkauf" der Betrieb der Netze als öffentliche Aufgabe gerade beendet wird. Auf welche Weise die Gebote der Gleichbehandlung und der Stärkung des Wettbewerbs mit der Trennung dieser beiden Modelle in verschiedene Verfahren verletzt wären, wie die Rekurrentin geltend macht, ist nicht ersichtlich. Der Gegenstand eines politischen Entscheids bestimmt das Verfahren für dessen Umsetzung.

1.3 Nachdem also das Vergaberecht nicht auf die Zuschlagsverfügung "Verkauf" anwendbar ist und der Zuschlag somit nicht gestützt auf § 30 BeschG angefochten werden kann, stellt sich die Frage, ob er gestützt auf die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV und in Anwendung allgemeiner Bestimmungen des Verwaltungsprozesses dennoch mit Rekurs an das Verwaltungsgericht angefochten werden kann.

1.3.1 Letztinstanzliche Verfügungen der Gemeindebehörden können gemäss § 26 GG nach den Bestimmungen des OG mit Rekurs an den Regierungsrat weitergezogen werden. Das Verwaltungsgericht ist daher insoweit nicht für die Beurteilung von Rekursen gegen Entscheide der Gemeindebehörden zuständig. Bei einer unzuständigen Behörde eingereichte Rechtsmittel sind aber an die effektiv zuständige Instanz weiterzuleiten, soweit das betreffende Rechtsmittel entsprechend den gesetzlichen Vorschriften erhoben worden ist (VGE VD.2010.194 vom 15. Juni 2011 E. 1.3; VD.2010.150 vom 22. März 2011 E. 3; Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 398; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, *Öffentliches Prozessrecht*, 2. Aufl., Basel 2010, N 1083). Dementsprechend hat der instruierende Verwaltungsgerichtspräsident den Rekurs mit Verfügung vom 28. Februar 2014 für den Fall, dass dieser nicht nach der Spezialbestimmung von § 30 Abs. 1 BeschG direkt an das Verwaltungsgericht zu richten ist, dem Präsidialdepartement überwiesen. Dieses hat mit Schreiben vom 7. März 2014 erklärt, dass es den Rekurs für diesen Fall dem Verwaltungsgericht zum Entscheid überweise. Aus diesem Überweisungsbeschluss folgt die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rechtsmittels, nachdem dieses keinen vergaberechtlichen Rekurs im Sinne von § 30 Abs. 1 BeschG darstellt.

1.3.2 Der Zuschlag in einer Ausschreibung bildet von seiner Natur her einen Zwischenentscheid auf dem Weg zur Auftragsvergabe. Mit ihm wird nicht abschliessend über den Bestand von Rechten und Pflichten entschieden. Es handelt sich vielmehr um eine behördliche Anordnung, die nicht auf die endgültige materielle Regelung der Streitfrage gerichtet ist, sondern nur einen Schritt auf dem Weg zur Verfahrenserledigung darstellt (Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., Rz. 1069; vgl. BGer 2C_314/2013 vom 19. März 2014 E.1.1.2). Solche Vergabeentscheide sind zwar im Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts aufgrund der spezialgesetzlichen Regelung in § 31 lit. f BeschG in jedem Fall als solche anfechtbar. Nachdem das Beschaffungsrecht vorliegend aber keine Anwendung findet, ist der Zuschlag als Zwischenentscheid in Anwendung der allgemeinen Regelung von § 10 Abs. 2 VRPG nur dann selbständig anfechtbar, wenn er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann.

Ein solcher nicht wieder gutzumachender Nachteil ist im vorliegenden Fall nicht ersichtlich. Zum heutigen Zeitpunkt steht nämlich nicht fest, ob die K-Netze überhaupt verkauft werden sollen. Wie in der Ausschreibung explizit ausgeführt wird, soll vielmehr

die wirtschaftlich beste Offerte für den Weiterbetrieb der K-Netze der besten Kaufofferte gegenübergestellt werden. Die Gemeinderäte sowie der Einwohnerrat und die Gemeindeversammlung werden zu entscheiden haben, welches der beiden Geschäftsmodelle umgesetzt werden soll. Die Rekurrentin wird nur und erst dann beschwert sein, wenn sich die politischen Entscheidungsträger für den Verkauf an die Beigeladene aussprechen. Sollten sie sich hingegen für den Weiterbetrieb entscheiden, so wäre die Rekurrentin durch den Vergabeentscheid in der Ausschreibung "Verkauf der K-Netze" in keiner Weise beschwert. Daraus folgt, dass die Rekurrentin durch den Zwischenentscheid über die Vergabe im Ausschreibungsverfahren Verkauf der K-Netze aktuell weder beschwert ist noch einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil erleidet.

1.3.3 Die Beschränkung der Anfechtbarkeit auf Zwischenentscheide, die einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil zu bewirken vermögen, ist auch mit der Rechtweggarantie gemäss Art. 29a BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK vereinbar. Auf der Grundlage der beiden Zuschläge werden die Gemeinden allenfalls den Verkauf der K-Netze beschliessen. Erst nach einem solchen allfälligen Verkaufsentscheid der letztentscheidenden politischen Instanz wird die Rekurrentin bei dieser gestützt auf Art. 29a BV eine anfechtbare Feststellungsverfügung verlangen können.

1.3.4 Nach dem Gesagten kann offen bleiben, ob ein auf § 26 GG gestützter Rekurs gemäss § 46 Abs. 1 OG nicht schon innert Frist von 10 Tagen seit Veröffentlichung des Zuschlags im Kantonsblatt hätte angemeldet werden müssen, und ob die erst im Anschluss an die unterbliebene ergänzende Begründung erfolgte Anfechtung nicht auch verspätet wäre.

1.4 Zusammenfassend ist auf den im Sinne von § 30 Abs. 1 BeschG rechtzeitig erhobenen Rekurs einzutreten, soweit er sich gegen den Zuschlag in der Ausschreibung "Dienstanbieter" richtet. Demgegenüber kann auf den Rekurs insoweit nicht eingetreten werden, als damit der Zuschlag in der Ausschreibung "Verkauf" angefochten wird.

E. 2

In formeller Hinsicht rügt die Rekurrentin die Verletzung ihres rechtlichen Gehörs.

2.1 Die Rekurrentin macht geltend, angesichts der ergänzenden Begründung des Zuschlags nur beschränkt in der Lage zu sein, die Tragweite des angefochtenen Entscheids zu erkennen. Die Rekursgegner hätten die Frage nicht beantwortet, wie sie ihr Ermessen ausgeübt hätten. Die Rekurrentin wisse auch nicht, wie die in den Ausschreibungsdokumentationen angegebenen Unterkriterien gewichtet worden seien. Es sei unklar, in welchen Punkten die Beigeladene derart viel besser abgeschnitten habe, dass sie in der Ausschreibung "Dienstanbieter" bei der Wirtschaftlichkeit 2.21 Punkte mehr erzielt habe als sie selber. Es sei nicht einmal klar, ob sich der Unterschied aus den angegebenen Kosten oder aus den prospektiven, durch die Anbieterinnen geschätzten Vergütungen ergebe, oder aus beidem. Um dies zu prüfen, benötige sie das Kalkulationsschema der Beigeladenen. Weiter sei auch die Eignung insgesamt nicht nachvollziehbar. Es fehlten überdies Hinweise auf mögliche Partnerschaften der Beigeladenen. Die Rekurrentin beantragt daher Einsichtnahme in die nicht dem Geschäftsgeheimnis unterliegenden Akten. Der Anspruch auf rechtliches Gehör sei dadurch verletzt worden, dass keine Akteneinsicht gewährt und die Begründung der Verfügungen nicht ergänzt worden sei. Dieser Mangel müsse im Rekursverfahren geheilt werden.

2.2 Der instruierende Verwaltungsgerichtspräsident hat mit Verfügung vom 30. Januar 2014 der Rekurrentin Einsicht in die von den Rekursgegnern eingelegten Akten zum

Vergabeverfahren gewährt, dies mit Ausnahme der Offerten der Beigeladenen. Die Rekurrentin anerkennt mit ihrer Replik denn auch, die verlangte Akteneinsicht erhalten zu haben und beanstandet deren Einschränkung hinsichtlich der Offerten nicht. Eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs der Rekurrentin im Vergabeverfahren ist somit im Rekursverfahren geheilt worden (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1250 m.H.).

2.3 Die Frage der Verletzung des rechtlichen Gehörs bleibt aber ■ ungeachtet ihrer Heilung ■ mit Bezug auf die Kostenverteilung von rechtlichem Interesse, weshalb darauf näher einzugehen ist.

Die Rekursgegner stellen sich auf den Standpunkt, die ergänzende Begründung des Zuschlags vom 23. Dezember 2013 entspreche den gesetzlichen Anforderungen von § 27 Abs. 2 BeschG.

Der Anspruch auf Akteneinsicht im Vergabeverfahren wird in der kantonalen Judikatur bisweilen gänzlich ausgeschlossen (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1374). Demgegenüber hat das Bundesgericht jüngst ausgeführt, dass die Besonderheiten des Submissionsrechts zwar eine Beschränkung des Gehörsanspruches begründen können. Dies betrifft aber primär das Geschäftsgeheimnis, mithin also die Vertraulichkeit der Angebote der Mitbewerber. Demgegenüber bejaht das Bundesgericht das Recht des Anbieters auf Akteneinsicht sowie darauf, sich zu von der Vergabestelle eingeholten Referenzauskünften äussern zu können (BGE 139 II 489 E. 3.3 S. 496 f.; vgl. auch BGer 2C_277/2013 vom 7. Mai 2013 E. 1.5).

Vorliegend beanstandet die Rekurrentin zunächst, im Anschluss an die Eröffnung des Zuschlags keinen Einblick in das Kalkulationsschema der Beigeladenen erhalten zu haben. Dieses bildet aber Teil ihrer Offerte und ist daher als Geschäftsgeheimnis geschützt (VGE ZH VB.2011.00316 vom 28. September 2011 E. 3.1.1). Von dieser Ausnahme abgesehen ist aber festzuhalten, dass sich nach erfolgtem Zuschlag der Anspruch auf Akteneinsicht weitgehend mit jenem auf rechtsgenügender Begründung des Zuschlags überschneidet.

2.4 Aus dem in Art. 29 Abs. 2 BV verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich, dass die Zuschlagsverfügung, wie andere Verfügungen auch, rechtsgenügender begründet werden muss, damit sie von den Mitbewerbern sachgerecht angefochten werden kann (BGer 2C_277/2013 vom 7. Mai 2013 E. 1.5; 2C_890/2008 vom 22. April 2009 E. 5.3.1). Wie in anderen Rechtsgebieten auch, muss diese Begründung nicht alle, sondern nur die wesentlichen Gründe für den Entscheid enthalten (BGer 2C_277/2013 vom 7. Mai 2013 E. 1.5 m.H. auf BGE 137 II 266 E. 3.2 S. 270; BGer 2P.231/2003 vom 28. Januar 2004 E. 4).

Es stellt sich die Frage, ob die ergänzende Begründung vom 23. Dezember 2013 diesen Anforderungen genügt. Darin haben die Rekursgegner der Rekurrentin eine Tabelle mit der Beurteilung der Eignungskriterien und der Bewertung der Zuschlagskriterien mitgeteilt und diese Tabelle kurz kommentiert. Wie sich nachfolgend ergibt (Ziff. 4), beanstandet die Rekurrentin in materieller Hinsicht schwergewichtig und mit beachtlichen Gründen ■ auch wenn sie damit letztlich nicht durchdringt ■, dass die Beigeladene die Eignungskriterien erfüllen soll. Dazu schweigt sich die ergänzende Begründung indessen völlig aus. Auch zu den Zuschlagskriterien ist den Ausführungen in der ergänzenden Begründung kaum mehr zu entnehmen als der Tabelle selber. Die Rekurrentin war anhand der ergänzenden Begründung somit nicht in der Lage, den Zuschlag sachgerecht anzufechten, womit sich diese als ungenügender erweist. Dies wird bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen sein.

E. 3

3.1 In materieller Hinsicht macht die Rekurrentin zunächst geltend, der Zuschlag an die Beigeladene stehe im Widerspruch zum Zweck der Ausschreibung. Sie stützt ihre Auffassung auf den Zwischenbericht der Spezialkommission K-Netz vom 11. März 2013 (RB 9), wonach mit der Ausschreibung ein Gegengewicht zur C_____ geschaffen werden und die Grund- und Zusatzangebote aus einer Hand kommen sollten. Gemäss diesem Zwischenbericht sei hierfür die Zusammenarbeit mit einem grossen Provider unumgänglich, und ein Providerwechsel sei eine grosse Herausforderung. Von diesem Sinn und Zweck der Ausschreibung her sei nicht nachvollziehbar, weshalb sich die Rekursgegner für die Beigeladene hätten entscheiden können.

3.2 Dem ist entgegenzuhalten, dass allein die Ausschreibungsunterlagen für die Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes massgebend sind. Die Spezialkommission K-Netz Riehen war dagegen im Vorfeld der zu beurteilenden Submission tätig, hatte sie doch nach dem ablehnenden Entscheid der Stimmbevölkerung zum Verkauf des K-Netzes an die Rekurrentin die Situation und die von Gemeinderat und Verwaltung ausgearbeiteten Varianten zum weiteren Vorgehen neu zu beurteilen. Sie führte in ihrem Bericht bei der Analyse der Kommunikationsbranche unter anderem aus, dass kleine Kabelnetzunternehmen auf der Ebene der Zusatzdienste nicht mit grossen Unternehmen wie der C_____ oder der Rekurrentin mithalten könnten, da ihnen die Mittel für intensives Marketing ebenso fehlten wie die Innovations- und Investitionskraft für neue Dienste im Bereich des nicht-linearen TV. Die Zusammenarbeit mit einem grossen Provider, der über ein im Vergleich zur C_____ konkurrenzfähiges Angebot verfüge, allenfalls in einem Netzverbund, erscheine unumgänglich. Die Kunden fragten heute vor allem Bündelangebote aus einer Hand nach. Schliesslich wird die reibungslose Abwicklung eines allfälligen Providerwechsels als grosse Herausforderung beschrieben. Man könne dabei viel falsch machen und viele Kunden verlieren. Vor diesem Hintergrund empfahl die Spezialkommission die weitere Untersuchung verschiedener Modelle, und die Weiterführung des Partnermodells mit der Rekurrentin war nur eine von verschiedenen möglichen Varianten. In diesem Sinne wird schliesslich angeführt, die Firma D_____ sei im Begriff, in Zusammenarbeit mit der Projektsteuerung die Ausschreibungsunterlagen zu erarbeiten.

Es ist also festzuhalten, dass die Spezialkommission eine künftige Zusammenarbeit mit anderen Anbietern als der Rekurrentin keinesfalls ausschliessen wollte, auch wenn sie hinter diese Varianten ein Fragezeichen setzte. Indes sind, wie bereits erwähnt, nicht die Einschätzungen einer vorbereitenden kommunalen Kommission für die Beurteilung des Zuschlags massgebend, sondern die in der Ausschreibungsdokumentation "Dienstanbieter" vom 3. Juni 2013 (RB 7) angeführten Eignungs- und Zuschlagskriterien. Die Rekurrentin vermag aus dieser Thematik somit nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Beizufügen ist bei dieser Gelegenheit, dass auch nicht zu erkennen ist, worauf die Rekurrentin mit der Bemerkung im Plädoyer (Rz. 8) hinaus will, es dränge sich die Frage auf, weshalb die Rekursgegner denn den Partner wechseln wollten, wenn sie doch mit der Rekurrentin zufrieden seien; man hätte von einer Ausschreibung auch absehen können. Dem ist zu entgegen, dass die Ausschreibung Teil und Ausfluss des politischen Willensbildungsprozesses ist, welcher vorliegend nicht zur Diskussion steht.

E. 4

Die Rekurrentin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Beigeladene die Eignungskriterien nicht erfülle und daher vom Verfahren hätte ausgeschlossen werden müssen.

4.1 Vorab ist auf die von der Rekurrentin replicando erhobene Rüge der Voreingenommenheit der Vergabebehörde bei der Beurteilung der Offerten einzugehen. Die Rekurrentin verweist auf den ergänzenden Bericht "Verkauf des Kommunikationsnetzes" des Gemeinderats Riehen Nr. 10-14.110.2 vom 3. Januar 2012 (Replik B 2, act. 16/2). Die Gemeinden hätten von Beginn weg auf die Lösung abgezielt, das Kabelnetz zu wesentlichen Teilen der E_____, die mit der Beigeladenen eine Partnerschaft habe eingehen wollen, zu überlassen (Replik Ziff. 3). Damit macht die Rekurrentin implizit eine Verletzung des Anspruchs auf Gleichbehandlung aller Anbietenden im Sinne von § 1 lit. d BeschG und Art. 29 Abs. 1 BV geltend. Danach haben Mitglieder der Vergabebehörde insbesondere dann in den Ausstand zu treten, wenn sie ein persönliches Interesse am Ausgang des Verfahrens haben (vgl. BGer 2P.152/2002 vom 12. Dezember 2002, E. 2.1), was insbesondere bei einer Mitwirkung von Anbietern im Ausschreibungsverfahren der Fall ist (vgl. Schneider Heusi, a.a.O., S. 74 ff.).

Der Vorhalt der Voreingenommenheit findet im genannten Bericht indessen keine Grundlage. Vielmehr hat der Gemeinderat Riehen darin im Vorfeld zum im Jahr 2012 geplanten Verkauf des K-Netzes eingehend begründet, weshalb er zu jenem Zeitpunkt den Verkauf an notabene die Rekurrentin ■ nicht die Beigeladene oder die E_____ ■ für die beste Lösung gehalten hatte. Wohl hat der Gemeinderat als Alternative auch das damals aus formellen Gründen nicht berücksichtigbare Angebot der E_____ dargestellt, welches auf eine Zusammenarbeit der beiden Netze abgezielt hatte. Der Gemeinderat hat diese Alternative jedoch in keiner Weise unterstützt, sondern vielmehr deren Nachteile für die Kunden und den Aufwand für die Gemeinde herausgestrichen, die sich aus seiner Sicht zum damaligen Zeitpunkt ergeben hätten. Gestützt darauf hat sich der Gemeinderat gerade gegen diese Alternative und für den Verkauf an die Rekurrentin entschieden. Ein Anschein der Befangenheit oder Voreingenommenheit ergibt sich daraus jedenfalls nicht. Zu bemerken ist schliesslich, dass in der vorliegenden Ausschreibung nicht der Gemeinderat, sondern die extern beigezogene Firma D_____ die Offerten bewertet hat. Nachdem keinerlei Anhaltspunkte für eine unzulässige Nähe dieser Fachinstanz zur Beigeladenen erkennbar sind, ergibt sich auch daraus kein Anschein der Voreingenommenheit.

Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob die erstmals mit der Replik im Rekursverfahren vorgebrachte Rüge überhaupt rechtzeitig erhoben wurde.

E. 4.2

4.2.1 Hinsichtlich der Eignung macht die Rekurrentin geltend (vgl. R Ziff. 31 ff.), gemäss Ziff. 5 der Ausschreibungsdokumentation hätten die Anbieter darzulegen gehabt, dass sie während mindestens fünf Jahren eine Netzinfrastruktur mit 9'000 oder mehr Kunden betrieben und damit Erfahrung mit einem Netz von der Grösse desjenigen der beiden Gemeinden hätten. Die Beigeladene betreibe aber gemäss den publizierten Angaben gar keine Netze. Auch verfüge sie über kein eigenes Grundangebot für Kabelnetze. Gemäss den Angaben auf der Webseite der Beigeladenen sei diese einzig als Service-Provider für Internet, Telefonie und Pay TV tätig. Zwar bestehe ein IPTV-Angebot, aber dieses sei von einem vorhandenen Internetanschluss und dem Erwerb einer Set Top Box abhängig. Damit erfülle die Beigeladene die Eignungskriterien klarerweise nicht. Indem sie dennoch nicht vom Verfahren ausgeschlossen worden sei, lägen ein Ermessensmissbrauch und eine

Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots vor, und der Zuschlag sei willkürlich. Laut den Ausschreibungsunterlagen seien Partnerschaften zwar zulässig. Diese Partnerschaften bezögen sich aber nicht auf die Eignung. Die Zuschlagsempfängerin habe die Eignung vielmehr für sich selber nachzuweisen, nicht für Partnerfirmen. Mangels Unterlagen sei nicht einmal ersichtlich, dass das Eignungskriterium, seit fünf Jahren ein Netz mit mindestens 9'000 Kundinnen und Kunden zu betreiben, mit den allfälligen Partnerfirmen erfüllt sei. Indem die Rekursgegner die Partnerfirmen bei der Eignungsprüfung mitberücksichtigt hätten, hätten sie gegen den klaren Wortlaut der eigenen Ausschreibungsunterlagen und damit gegen Treu und Glauben verstossen sowie ihr Ermessen missbraucht. Replicando macht die Rekurrentin weiter geltend, die Gemeinden hätten damit nach der Offertöffnung die Ausschreibungsunterlagen in Bezug auf die Eignungskriterien gemäss Ziff. 5.1 in äusserst wesentlichen Punkten unzulässigerweise zu Gunsten der Beigeladenen geändert (Replik Ziff. 3).

4.2.2 Dem halten die Rekursgegner entgegen, bei Bietergemeinschaften sei anerkannt, dass die Eignungskriterien nicht von allen Mitgliedern erfüllt sein müssten, sondern nur von denjenigen, welche die konkrete Leistung erbrächten. Laut der Ausschreibung sei die Bildung von Bietergemeinschaften mit einem Bieter als "Lead" zulässig. Mit der Ausschreibung sei nicht verlangt worden, dass ein Bieter allein sämtliche Anforderungen erfüllen müsse. Ein Bieter könne sich auch mit Dritten zusammentun, für die er aber als "Lead" die Verantwortung tragen müsse. Zusammen mit ihren Partnern als Subunternehmen erfülle die Beigeladene diese Voraussetzungen.

4.2.3 Die Ausschreibung gestattet den Anbietern ausdrücklich die Bildung von Partnerschaften "für die Erfüllung sämtlicher Anforderungen der Ausschreibungen". Dabei wird verlangt, dass allfällige Partnerschaften mit der entsprechenden Aufgabenteilung explizit deklariert, die angefragten Dienstleistungen aber als Gesamtes offeriert und im Namen einer einzelnen Firma gezeichnet werden müssen. Es wird in Aussicht gestellt, dass der Vertragsabschluss allein mit derjenigen Unternehmung erfolgen werde, welche die Offerte zeichnet (Ausschreibungsdokumentation "Dienstanbieter" Ziff. 3.2.8; RB 7). Daraus wird deutlich, dass analog zu den Anforderungen an eigentliche Bietergemeinschaften die Eignung nur dort vorliegen muss, wo entsprechend geleistet wird. Die Gesamtheit der in der Offerte vorgesehenen Leistungserbringer muss geeignet sein, nicht aber müssen alle in allen Fällen alle Eignungskriterien erfüllen (Beyeler, a.a.O., Rz. 1481 f.). Nur jene vergaberechtlichen Grundvoraussetzungen, die einen lauterer und fairen Wettbewerb ermöglichen und den öffentlichen Auftraggeber sowie wichtige öffentliche Interessen vor Unbill schützen sollen, müssen von allen Leistungserbringern erfüllt werden (Beyeler, a.a.O., Rz. 1480). Daran ändert vorliegend auch der Umstand nichts, dass mit der Ausschreibung keine echten, auch im Aussenverhältnis gesellschaftsrechtlich verbundenen Bietergemeinschaften mit solidarischer Haftung zugelassen sind. Massgebend ist vielmehr, dass die Bieterin mit ihrer Offerte die Haftung für die Leistungen der beigezogenen Dritten und damit auch für deren Eignung übernimmt. Zu diesem Schluss führt auch eine teleologische Auslegung der Regelung über die Partnerschaften in der Ausschreibungsdokumentation. Nachdem im Rahmen der Vorbereitung der Ausschreibung auf die dominante Stellung der beiden Branchenführer, der C_____ und der Rekurrentin, und die Probleme kleinerer Anbieter im Wettbewerb hingewiesen worden war (vgl. oben E. 3), dienen Partnerschaften der Stärkung des wirksamen Wettbewerbs (vgl. § 1 lit. b BeschG). Schliesslich sei bemerkt, dass die Ausschreibung insoweit auch im Einklang

mit § 25 Abs. 1 BeschV steht, wonach mehrere Anbieterinnen und Anbieter ein gemeinsames Angebot einreichen können, soweit die Bildung von Arbeitsgemeinschaften nicht ausdrücklich in der Ausschreibung ausgeschlossen oder eingeschränkt wird. Vorliegend ergibt sich, dass die Ausschreibung solche Arbeitsgemeinschaften nicht ausschliesst, aber im Sinne des Gesagten zulässigerweise einschränkt.

Bis hierhin ergibt sich, dass bei der Beurteilung der Eignung der Beigeladenen auch jene der von ihr beigezogenen Leistungserbringer zu berücksichtigen ist.

4.3 Die Rekurrentin rügt im Plädoyer (Rz. 23), die Beigeladene habe gemäss der Nutzwertanalyse (RAB 5; act. 8/5) verschiedene Eignungskriterien nicht erfüllt, weil sie jeweils keine Gesamtverantwortung nachgewiesen habe. Wie die Rekursgegner aber bereits in der Rekursantwort zutreffend festgehalten haben, wurde bei den entsprechenden Punkten in den Ausschreibungsunterlagen auch keine Alleinverantwortlichkeit verlangt, sondern etwa Erfahrung ■ darauf wird nachfolgend einzugehen sein. Die Bewertung dieser Punkte weder mit "ja" noch mit "nein", sondern mit "ja, aber" liegt somit im Ermessen der Vergabestelle bei der Auswertung der Kriterien und findet sich im Übrigen auch bei der Bewertung einiger Kriterien betreffend die Rekurrentin selber. Daraus vermag die Rekurrentin nichts zu ihren Gunsten abzuleiten.

E. 4.4

4.4.1 Die Auftraggebenden können von den Anbietenden verlangen, dass sie ihre fachliche Qualifikation und ihre finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit nachweisen (§ 7 Abs. 1 BeschG). Die Leistungsfähigkeit muss in der Ausschreibung mit objektiven und überprüfbaren Eignungskriterien umschrieben werden (§ 7 Abs. 2 BeschG; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 588; VGE VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 2.1). Die Vergabebehörde ist an die ausgeschriebenen Eignungskriterien gebunden (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 626 ff.; VGE VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 2.1; VD.2011.66 vom 4. November 2011; 699/2007 vom 7. Januar 2008). Wer die Eignungskriterien nicht oder nur teilweise erfüllt oder keinen entsprechenden Eignungsnachweis erbringt, wird in der Regel vom Verfahren ausgeschlossen (§ 8 lit. c BeschG). Der Vergabebehörde kommt sowohl bei der Wahl und Formulierung wie auch bei der Beurteilung von Eignungskriterien ein grosses Ermessen zu (VGE VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 2.2; Schneider Heusi, a.a.O., 81 m.H. auf VGE ZH VB.2012.00176 vom 5. Oktober 2012 E. 3; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 608, 611). Dieses wird aber durch die Randbedingungen, wie sie in der Ausschreibung formuliert worden sind, begrenzt. Wenn die Vergabebehörde bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, so handelt sie vergaberechtswidrig (VGE VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013 E. 5.3; BVGer B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.2.3; B-891/2009 vom 5. November 2009, E. 3.4). Nicht anders als das Bundesverwaltungsgericht im bundesrechtlichen Vergabeverfahren hat das Verwaltungsgericht aber nur dann einzugreifen, wenn die Vergabestelle ihr bei der Beurteilung der Erfüllung der Eignungskriterien zustehendes Ermessen überschritten oder missbraucht hat (BGE 125 II 86 E. 6 S. 98 f.; BGer 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 1.5; BVGer B-1687/2010 vom 19. Juli 2010 E. 4.5.1; B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 und 6.1; VGE VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 2.2; 93/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.2). Dabei kommt der Vergabebehörde bei der Beurteilung, ob eine Referenz ausreicht, um darzutun, dass eine Unternehmung in der Lage ist, den ausgeschriebenen Auftrag zu erfüllen, ein erhebliches Ermessen zu (BVGer B-1687/2010 vom 19. Juli 2010 E. 4.5.1; B-6253/2009 vom 16. November 2009 E. 4). Das Verwaltungsgericht greift

zusammenfassend nur in den Spielraum der Vergabebehörde ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (BGE 125 II 86 E. 6 S. 98 f.; VGE VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 2.2).

4.4.2 Als Eignungskriterium wird in der vorliegenden Ausschreibung der mittels zweier Referenzen glaubhaft zu erbringende Nachweis verlangt, dass der Anbieter "über eine mindestens 5-jährige Erfahrung im Betrieb der unter Punkt 4.1 geforderten Grund- und Zusatzangebote sowie im Erbringen der unter Punkt 4.6 geforderten betrieblichen Dienstleistungen für Kabelnetze verfügt". Die Referenzen müssen sich auf Anlagen beziehen, welche "9'000 oder mehr Kunden umfassen", was der Netzgrösse von Riehen und Bettingen zusammen entspricht (Ausschreibungsdokumentation "Dienstanbieter" Ziff. 5.1 i.V.m. 4.1 und 4.6; RB 7).

4.4.3 Die Beigeladene hat als Referenzen die E_____ mit rund 21'000 Nutzungseinheiten sowie die F_____ mit rund 24'000 Nutzungseinheiten angegeben (Zusammenfassung Eignungskriterien "Dienstanbieter K-Netze Riehen/Bettingen", RAB 6, act. 8/6). Die Rekurrentin bestreitet insoweit nicht, dass das zweitgenannte Netz die Anforderungen für die geforderte Referenz erfüllt (Replik Ziff. 42; Plädoyernotizen Rz. 21). Demgegenüber macht sie geltend, dass es sich bei der E_____ um einen Netzverbund, nicht aber um eine Netzanlage handle. Die eigene Netzanlage der E_____ verfüge nur über 7'000 Anschlüsse (Replik Ziff. 41). Die Rekurrentin legt indessen nicht dar, worin der mit Bezug auf Ziff. 5.1 der Ausschreibungsdokumentation relevante Unterschied zwischen einem Netzverbund und einem Kabelnetz im Hinblick auf den Nachweis der Erfahrung im Betrieb bestehen soll. Zweck der Referenzierung ist ja gerade der Nachweis, dass der Offertsteller eine vergleichbare Anlage zu betreiben in der Lage ist. Nun bestehen in Riehen und Bettingen zwei grundsätzlich voneinander unabhängige Netze, die allerdings über eine gemeinsame Netzzentrale verfügen; mithin handelt es sich in der Sache ebenfalls um einen Netzverbund (vgl. Ausschreibungsdokumentation Ziff. 1.2, 1.7 und 2), was ein Exponent der Rekurrentin selber anlässlich der Verhandlung vor Verwaltungsgericht auf Frage hin bestätigt hat (VP S. 2): Genauso werden nämlich die Netze im Netzverbund der E_____ von der Kopfstation [] aus bedient (vgl. zum Netzverbund der E_____ auch Ergänzender Bericht "Verkauf des Kommunikationsnetzes" des Gemeinderats Riehen Nr. 10-14.110.2, Replik B 2, act. 16/2 S.2); es handelt sich somit um eine vergleichbare Anlage. Wenn die Beigeladene ihre Erfahrung nicht nur für eine Netzanlage, sondern ebenfalls für einen Netzverbund mit immerhin 21'000 Anschlüssen nachweist, so sind die Anforderungen an die Referenzierung auf jeden Fall erfüllt.

4.4.4 Unverständlich ist schliesslich der Vorhalt der Rekurrentin, die Referenz der E_____ sei "zum vornherein untauglich", "weil es sich dabei um eine Partnerfirma" der Beigeladenen handle, woraus sich eine Interessenkollision ergebe (Replik Ziff. 40; Plädoyernotizen Rz. 22).

Als Kontaktperson führt die Rekurrentin einen zuständigen Gemeindemitarbeiter von [] an. Es handelt sich daher nicht um eine Eigenreferenz. Es fällt indes auf, dass die Rekurrentin in ihrer eigenen Offerte genauso referenziert. Ihre Referenzen seien seit Jahren Partner, und sie gibt ebenfalls die jeweiligen zuständigen Gemeindemitarbeiter als Kontakte an (RB 12 S. 6-1 f.). In der Tat liegt es an der Natur der Ausschreibung, dass eine andere Vorgehensweise zur Referenzierung kaum denkbar erscheint. Aus der Thematik vermag die Rekurrentin jedenfalls nichts zu ihren Gunsten abzuleiten.

Erst mit dem Plädoyer (Rz. 22) erhebt die Rekurrentin die Rüge, die F_____ könne nicht als Referenz gelten, weil die Beigeladene dort "praktisch keine Leistungen" erbringe. Worauf sie diese Behauptung stützt, legt die Rekurrentin indessen nicht dar, und ein Blick auf die "Zusammenfassung Eignungskriterien 'Dienstanbieter K-Netze Riehen/Bettingen'" ergibt ein anderes Bild (RAB 6, act. 8/6). Damit kann offen bleiben, ob die Rüge, die schon mit der Replik hätte erhoben werden können, rechtzeitig erfolgt ist.

4.4.5 Zu prüfen ist somit, ob die Beigeladene die geforderte Erfahrung im Betrieb von solchen Netzen glaubhaft nachzuweisen vermag.

In der "Zusammenfassung Offertbeurteilung 'Dienstanbieter K-Netze Riehen / Bettingen'" (RAB 7, act. 8/7) hält die von den Gemeinden für die Ausschreibung beauftragte D_____ fest, dass die Beigeladene Lieferantin sämtlicher Zusatzangebote bei der E_____ sei, und bei der F_____ sei sie neben der Rekurrentin Lieferantin der Zusatzdienste Internet und Telefonie. Die Beigeladene habe als typischer Provider Erfahrung im Erbringen von Zusatzdiensten. Daraus wird geschlossen, dass mit Ausnahme der Rekurrentin kein Anbieter "'astreine' Referenzen" für Anlagen vorweisen könne, "in welchen unter ihrer Gesamtverantwortung sämtliche angefragten Leistungen in Eigenregie, oder aber mit Partnerunternehmungen erbracht" w■.den. Dies wird einerseits auf die Grösse der Anbieter und andererseits darauf zurückgeführt, dass die komplette Auslagerung aller Tätigkeiten rund um ein Kabelnetz nur selten angefragt werde. Da in der Ausschreibung aber der Begriff der Gesamtverantwortung nicht verwendet werde und von allen Anbietern glaubhaft deklariert worden sei, dass sie zusammen mit Partnerunternehmen in der Lage seien, die angefragten Leistungen zu erbringen, wurde die Erfüllung der Eignungskriterien bejaht.

Unter Berücksichtigung des Ermessensspielsraums der Vergabebehörde ist diese Bewertung somit gerade auch vor dem Hintergrund der Zulassung von Partnerschaften und der allein vorausgesetzten "Erfahrung im Betrieb" nicht zu beanstanden. Indem die Gemeinden in der Ausschreibung den Beizug von Partnern zugelassen haben, wollten sie gerade auch solche Bewerber ansprechen, die den Auftrag nur im Zusammenwirken mit Partnern ausführen können, also nicht nur solche, die dazu selber vollumfänglich in der Lage sind. Damit sollten der wirksame Wettbewerb gestärkt und in Kenntnis der auf dem Markt tätigen Wettbewerber auch kleinere Anbieter zugelassen werden, welche bisher für sich allein keine Netze von der Grösse der fraglichen K-Netze betrieben haben. Daher würde ein Eignungskriterium, welches den Nachweis für sämtliche angefragten Leistungen in Eigenregie verlangen würde, als überschüssig, nicht notwendig und damit unverhältnismässig erscheinen. Verlangt werden dürfen nur solche Eignungsnachweise, die im Hinblick auf die zu erbringende Leistung erforderlich sind (Schneider Heusi, a.a.O., 81; VGE ZH VB.2012.00176 vom 5. Oktober 2012 E. 3). Ein anders verstandener Eignungsnachweis müsste angesichts der beschriebenen anbieterseitigen Marktsituation möglicherweise als geradezu diskriminierend qualifiziert werden, weil dann trotz vorhandener Kompetenzen bei einem Zusammenschluss mehrerer Anbieter letztlich nur die Rekurrentin als Marktleader die Eignungskriterien erfüllen könnte, was den Wettbewerb einschränken würde, statt ihn zu fördern (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 588, 590). Diese Überlegungen gebieten geradezu die Anwendung eines grosszügigen Massstabes bei der Eignungsprüfung (Schneider Heusi, a.a.O., S. 97 m.H. auf VGE ZH VB.2012.00176 vom 5. Oktober 2012 E. 3.1.2). Eine andere Auslegung der vorausgesetzten Eignung würde ein eigentliches venire contra factum proprium zur Ausschreibung bedeuten und erschiene

daher treuwidrig.

Hinzu kommt, dass die von der Rekurrentin behauptete Mehreignung im Rahmen der Beurteilung der Zuschlagskriterien berücksichtigt werden konnte und dort insbesondere bei der Bewertung der Zuschlagskriterien "Umfang und Konzept betriebliche Dienstleistungen" und "Referenzen und Marktposition des Anbieters" tatsächlich auch berücksichtigt worden ist (Zusammenfassung Offertbeurteilung "Dienstanbieter K-Netze Riehen/Bettingen vom 29. November 2013 [RAB 7, act. 8/7]; vgl. BGE 139 II 489 E. 2.2.4 S. 494 f.).

4.4.6 Weiter macht die Rekurrentin geltend, dass sich die Erfahrung der Beigeladenen mit "Video on demand"-Angeboten auf Gebiete mit einem FTTH-Netz beschränke, während die beiden Gemeinden über herkömmliche CATV- bzw. HFC-Netze verfügten (Replik Ziff. 46). Die Rekurrentin legt aber nicht dar und es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern aus der Ausschreibungsdokumentation Dienstanbieter K-Netze (RB 7, act. 2/7) hervorgehen würde, dass sich die geforderte Betriebserfahrung auf ein mit den Netzen der beiden Gemeinden in allen Teilen identisches Netz beziehen müsste.

4.4.7 Ebenfalls nicht ersichtlich ist, inwiefern der Bezug der C_____ zur Erbringung von MVNO-Diensten die mit der Ausschreibung vorausgesetzte Eignung der Beigeladenen in Frage stellen würde (vgl. Replik Ziff. 46). Soweit dies dem Wettbewerb teilweise zuwiderlaufen sollte, wie die Rekurrentin geltend macht, wäre dies im Rahmen der Zuschlagskriterien zu berücksichtigen.

4.4.8 Sodann stellt sich die Frage, in welcher Form auch die Eignung der Partner, welche die Beigeladene beizieht, nachgewiesen werden muss und tatsächlich nachgewiesen worden ist. Ein solcher Nachweis ist mit Bezug auf die jeweils von diesen Partnern zu übernehmenden Teile des Auftrages notwendig (vgl. dazu Beyeler, a.a.O., Rz. 1638 ff.). Die Rekurrentin rügt replicando, dass eine solche Prüfung nicht stattgefunden habe. Tatsächlich werden in der "Netzwerkanalyse der Ausschreibung 'Dienstanbieter K-Netze Riehen/Bettingen'" vom 14. November 2013 (RAB 5, act. 8/5) die jeweiligen Partner mit den von ihnen bereitgestellten Angeboten und Dienstleistungen genannt. Eigentliche Referenzen dieser Partner zum Nachweis der verlangten Betriebserfahrung mit einem vergleichbaren Netz liegen indessen nicht vor.

In der Ausschreibung werden solche förmlichen Referenzen für beigezogene Partner aber auch nicht verlangt, sondern nur für den Bieter selber. Aus dem Umstand, dass echte Bietergemeinschaften nicht zugelassen sind, ergibt sich, dass sich die förmlichen Anforderungen an den Nachweis der Betriebserfahrung nicht auf die beigezogenen Partner beziehen. Auch die Rekurrentin selber hält zutreffend fest, dass "die Ausschreibungsunterlagen () an die Partnerschaften keinerlei Anforderungen" stellten (Replik Ziff. 33). Würden hingegen solche verlangt, so müsste dies nach Treu und Glauben und in Anwendung des Transparenzgebotes klar und eindeutig aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgehen, würde doch sonst nachträglich der Wettbewerb unter den Bewerbern fundamental eingeschränkt (vgl. auch Schneider Heusi, a.a.O., 97 m.H.).

Damit stellt sich einzig die Frage, ob die Eignung der beigezogenen Partner zur Erfüllung der ausgeschriebenen Aufgabe im Verbund überhaupt glaubhaft gemacht worden ist. Für die D_____ als fachlicher Partner der Gemeinden bei der Beurteilung der Offerten ist dies der Fall. Entgegen der replicando erhobenen Behauptung der Rekurrentin geht aus der Nutzwertanalyse der Ausschreibung "Dienstanbieter" vom 14. November 2013 (RAB 6,

act. 8/5) hervor, dass das Leistungsverzeichnis unter Bezug der im Einzelnen genannten Partner erfüllt wird. Die Eignung der E_____ als Signallieferantin für das Grundangebot ergibt sich schon unmittelbar aus der entsprechenden Referenz der Beigeladenen selber. Demgegenüber sind selbst in der Offerte der Beigeladenen keine genauen quantitativen oder qualitativen Angaben zur Qualifikation der Partnerin G_____ zu entnehmen, welche im Bereich der Netzinfrastruktur beigezogen werden soll. Immerhin geht daraus aber hervor, dass die G_____ auf Service und Unterhalt von Kabel TV Netzinfrastrukturen spezialisiert ist und das Kabelnetz in [] und Umgebung betreibt, welches die Beigeladene mit Zusatzdiensten beliefert. Dieses Netz verfügt gemäss geschätzten Angaben der Rekurrentin selber über rund 10'000 Anschlüsse und im Netzverbund über "ca. 11'000 bis 12'000" Anschlüsse (Übersicht über die erbrachten Leistungen der Beigeladenen und ihrer Partner bei den angegebenen Referenzen [ReplikB 3, act. 16/3]). Unbestritten ist, dass die Firma G_____ im Referenznetz F_____ ebenfalls Service und Pikett leistet. Mit ihr verbindet die Beigeladene eine "jahrelange Partnerschaft". Die Rekurrentin anerkennt, dass die Beigeladene im Netzverbund [] das TV-Zusatzangebot sowie Internet und Telefonie betreibt (ReplikB 3, act. 16/3). Bei den Technischen Betrieben [] handelt es sich gemäss Offerte der Beigeladenen ebenfalls um einen langjährigen Partner für die PayTV-Palette "[]", von welchem schweizweit weitere Kabelnetzverbunde die PayTV Inhalte bezögen und mit dem sich die Verbindung über Jahre etabliert habe. Dies bestreitet die Rekurrentin replicando nicht substantiiert. Ebenfalls eine bereits bestehende Partnerschaft verbindet die Beigeladene gemäss ihrer Offerte mit den Firmen H_____ und I_____, mit denen sie ihre IPTV und die Video-on-Demand-Plattform betreibt. Schliesslich anerkennt die Rekurrentin die Eignung der im MVNO-Bereich (Mobile virtual network operator) beigezogenen C_____ explizit (vgl. R Ziff. 12, 17). Im Bereich Mobil-TV verweist die Beigeladene darauf, eine Partnerschaft mit der J_____ zu etablieren.

4.4.9Schliesslich fällt auf, dass auch die Rekurrentin selber gemäss ihrer Offerte (Seite 7-1) auf Partner als externe Dienstleister zurückgreift, diese jedoch nicht einmal namentlich nennt. Dies gilt etwa für den Bereich Infrastruktur für die Mobile Angebote (RAB 5, act. 8/5, Seite 9-4). Diesbezüglich bleibt die Rekurrentin ebenfalls Referenzen und Eignungsnachweise für ihre Partner schuldig.

4.5Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vergabebehörde im Rahmen ihres Beurteilungsspielraumes die Eignung der Beigeladenen zu Recht bejaht hat.

E. 5

5.1Hinsichtlich der Zuschlagskriterien rügt die Rekurrentin mit ihrer Rekursbegründung die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit des Angebots, geht aber nach entsprechender Erläuterung der Rekursgegner replicando nicht mehr weiter darauf ein.

Die Wirtschaftlichkeit des Angebots wird gemäss Ziff. 6.1.4 der Ausschreibungsdokumentation "Dienstleister K-Netze" (RB 7, act. 2/7) anhand eines Kalkulationsblatts aus der Differenz zwischen den Vergütungen für den Transport des Zusatzangebots und sämtlichen Kostenpositionen über die gesamte fünfjährige Vertragsdauer errechnet. Das Kriterium wird mit 60 % gewichtet.

Die Beurteilung dieser Angaben findet sich in der "Zusammenfassung Offertbeurteilung 'Dienstleister K-Netze Riehen/Bettingen'" vom 29. November 2013 (RAB 7, act. 8/7). Wie die Rekursgegner zutreffend erläutern, ist das Angebot der Beigeladenen bei vergleichbaren Annahmen bezüglich des über alle Kunden gemittelten Umsatzes, welcher

mit einem Dienst pro Zeiteinheit erzielt wird ("Average Return per User", ARPU), sowie der Marktpenetration das wirtschaftlich Günstigste hinsichtlich des Deckungsbeitrages, der Kosten, Vergütungen und Umsatzbeteiligungen. Die entsprechenden Erläuterungen der Rekursgegner bestreitet die Rekurrentin in der Replik nicht, und sie unterlässt es dort in Kenntnis der Beurteilungsgrundlagen auch, die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit substantiiert zu rügen. Eine Ermessensüberschreitung der Vergabebehörde bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums der Wirtschaftlichkeit ist jedenfalls nicht zu erkennen.

5.2 Die Rekurrentin bezeichnet es als nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen die Beigeladene beim Zuschlagskriterium der Produktpalette besser als sie selber bewertet worden ist. Sie legt eine selber verfertigte Vergleichstabelle der Angebote beider Anbieterinnen auf (RB 16, act. 2/16). Dem halten die Rekursgegner eine Richtigstellung der Tabelle entgegen (RAB 10, act. 8/10) und bezeichnen gestützt darauf die Vergleichstabelle der Rekurrentin als üble Nachrede. Die Rekurrentin hat hierzu nicht repliziert. Mit dieser unbestrittenen Richtigstellung ist davon auszugehen, dass die Vergabestelle das Zuschlagskriterium der Produktpalette richtig bewertet hat und es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vergabestelle dabei ihr Ermessen überschritten hätte.

5.3 Schliesslich hat sich die Rekurrentin mit ihrer Rekursbegründung für die übrigen Zuschlagskriterien weitere Vorbringen nach Einsicht in die Beurteilungsmatrix vorbehalten. Sie macht vorweg geltend, dass nicht ersichtlich sei, weshalb ihr bei der Beurteilung des Zuschlagskriteriums der Marktposition nicht die volle Punktzahl, sondern bloss 4.35 Punkte zugesprochen worden seien, während die Beigeladene 3.15 Punkte erhalten habe. Die Rekursgegner haben mit ihrer Rekursantwort die Punktvergabe im Einzelnen begründet. Danach hat die Rekurrentin in drei von zwölf Unterkriterien schlechter oder gleich gut wie die Beigeladene abgeschnitten. Die Beurteilung dieser Unterpunkte haben die Rekursgegner im Einzelnen nachgewiesen. Die Rekurrentin rügt replicando im Ergebnis nur noch die Bewertung der Unterkategorie "Vorteile für die Gemeinden". Diesbezüglich wurden sie und die Beigeladene gleich bewertet, wobei das "nicht gerade makellose Image aus der Vergangenheit" der Rekurrentin als bisherige Betreiberin der K-Netze berücksichtigt wurde. Gegen diese "Mutmassungen über eine 'vergangene Ära'" verwahrt sich die Rekurrentin replicando.

Die Vergabebehörde hat bei der Beurteilung der einzelnen Zuschlagskriterien ihr pflichtgemässes Ermessen auszuüben, welches sich der uneingeschränkten Überprüfung durch das Verwaltungsgericht entzieht (vgl. Zellweger/Wirz, a.a.O., S. 600). Das Gericht kann nur prüfen, ob die Verwaltung ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat, namentlich sich bei ihrer Beurteilung von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen oder offensichtliche Fehlbeurteilungen vorgenommen hat (VGE VD.2009.665 vom 8. März 2010 E. 4.1, 748/2002 vom 28. März 2003 E. 3a). Es stellt keine Überschreitung des Ermessens dar, wenn die Vergabebehörde auch ihre eigenen Erfahrungen mit der Rekurrentin in die Beurteilung der Marktposition mit einbezieht. Gemäss dieser Beurteilung hat sich die Rekurrentin "vor einigen Jahren einen schlechten Ruf durch aggressive Akquisition und komplizierten Kundendienst eingehandelt", worüber man "fast wöchentlich () in den Medien [habe] lesen" müssen. In den letzten Jahren habe sie aber "kaum mehr negative Schlagzeilen gemacht" (Ergänzender Bericht "Verkauf des Kommunikationsnetzes" des Gemeinderats Riehen Nr. 10-14.110.2, Replik B 2, act. 16/2). Solche eigenen Erfahrungen der Vergabestelle mit einem Bewerber dürfen bei der Beurteilung des relativ offen formulierten Unterkriteriums der Vorteile für die Gemeinden

angemessen berücksichtigt werden. Die entsprechende Bewertung ist daher nicht zu beanstanden.

Die Rekurrentin hat auch mit ihrer Replik keine weiteren substantiierten Beanstandungen der Bewertung der übrigen Zuschlagskriterien erhoben.

E. 7

Daraus folgt, dass der Rekurs abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann. Diesem Ausgang entsprechend hat grundsätzlich die Rekurrentin dessen Kosten zu tragen. Entsprechend dem sehr hohen Streitwert ist von einer Gebühr von CHF 15'000.■ auszugehen. Wie vorstehend dargestellt (Ziff. 2.4), haben die Rekursgegner die Zuschlagsverfügung ungenügend begründet, was die Rekurrentin teilweise zu deren Anfechtung veranlasst haben mag. Die Gebühr ist daher auf CHF 10'000.■ zu reduzieren.

Die Rekursgegner verlangen die Zusprechung einer Parteientschädigung. Gemäss § 30 Abs. 1 VRPG können zu Gunsten der Vorinstanz und der ursprünglich verfügenden Behörde keine Parteientschädigungen zugesprochen werden (vgl. auch VGE VD.2011.93 vom 29. Juni 2012 E. 8; VD.2010.11 vom 22. September 2010 E. 5; VD.2009.651 vom 12. März 2010 E. 8; VD.2009.647 vom 10. Februar 2010 E. 9). Die von den Gemeinden referenzierte Lehrmeinung (Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, 514), die einen Anspruch öffentlich-rechtlicher Körperschaften auf Zusprechung einer Parteientschädigung postuliert, kann sich daher nur auf Fälle beziehen, an denen solche Körperschaften nicht als Vorinstanzen oder ursprünglich verfügende Behörden beteiligt sind. Dieser Antrag der Rekursgegner ist somit abzuweisen.

Die Rekurrentin hat infolge ihres Unterliegens der Beigeladenen eine Parteientschädigung auszurichten. Die Rekurrentin hat anlässlich der Verhandlung vor Appellationsgericht Einsicht in die Kostennote des Vertreters der Beigeladenen genommen und keine Beanstandungen angebracht. Der darin ausgewiesene Aufwand und die Auslagen erscheinen angemessen, wobei noch eine Stunde für die Verhandlung zusätzlich zu berücksichtigen ist. Dieser Aufwand ist zum üblichen Überwälzungstarif mit einem Stundenansatz von CHF 250.■ zu entschädigen.

Angesichts der erwähnten, ungenügend begründeten Zuschlagsverfügung erscheint es gerechtfertigt, der Rekurrentin eine reduzierte Parteientschädigung zulasten der Rekursgegner (in solidarischer Verbindung) zuzusprechen. Die Rekurrentin hat anlässlich der Verhandlung keine Kostennote eingereicht. Die Parteientschädigung ist daher praxisgemäss anhand einer Schätzung des angemessenen Aufwandes zum genannten Stundenansatz zu ermitteln. In diesem Sinne erscheint eine reduzierte Entschädigung von CHF 5'000.■ Honorar und CHF 500.■ Auslagen zzgl. MWST angemessen.

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