

SO_GERICHTE VWBES.2018.294 vom 12. November 2018

SO Obergericht, 2018-11-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2018.294

FR: SO_GERICHTE VWBES.2018.294 du 12 novembre 2018

IT: SO_GERICHTE VWBES.2018.294 del 12 novembre 2018

Erwägungen

E. 1

Die Einwohnergemeinde Lüsslingen-Nennigkofen lud im Zusammenhang mit der geplanten Neuausrichtung der Energieversorgung fünf Unternehmen zur Offertstellung betreffend «Netzverpachtung» sowie als Option «Auslagerung Dienstleistungen an Dritte» ein. Innert Frist reichten vier Unternehmen ein Angebot ein. Die Offertöffnung erfolgte am 3. April 2018.

E. 2

Der Gemeinderat beschloss am 2. Juli 2018 knapp mehrheitlich, ab 2019 für die Stromversorgung des Ortsteils Lüsslingen einen (Pacht-) Vertrag mit der Regio Energie Solothurn abzuschliessen. Mit Orientierungsschreiben vom 3. Juli 2018 wurden die nicht berücksichtigten Anbieterinnen über diesen Entscheid in Kenntnis gesetzt und sinngemäss darüber informiert, dass für die Stromversorgung im Ortsteil Nennigkofen wie bis anhin die Elektra Nennigkofen Genossenschaft und nicht die Einwohnergemeinde zuständig sei.

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin argumentiert, im vorliegenden Fall habe die Vergabestelle sowohl Offerten für die Pacht der Netze als auch Offerten für die Erbringung von Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Netzbetrieb und ■ unterhalt verlangt. Für die Gemeinde sei damit weniger die rechtliche Einordnung des künftigen Vertragsverhältnisses als vielmehr die Beschaffung eines Dienstleisters für die umfassende Erbringung der von der Gemeinde im Zusammenhang mit der Stromversorgung gewünschten Leistungen wesentlich gewesen. Das ausgeschriebene Pachtgeschäft stelle an sich wohl noch keinen öffentlichen Auftrag dar (reines Veräusserungsgeschäft). Da aber vorliegend insbesondere sämtliche erforderlichen Dienstleistungen, welche zur Gewährleistung der Betriebssicherheit im Einzugsgebiet erforderlich seien, den Beschaffungsgegenstand gebildet hätten (im Wesentlichen der Netzbetrieb und Netzunterhalt, die Netzbewirtschaftung, die Energiemessung, das Energiedatenmanagement [«EDM»] inkl. Abrechnung sowie die Energiewirtschaft), seien letztlich die mit der Vergabe verknüpften Gegenleistungen im Vordergrund gestanden, welche in ihrer Gesamtbetrachtung als Beschaffung von Mitteln oder Leistungen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu qualifizieren seien. Der Vergabestelle sei es um die Erbringung einer umfassenden Dienstleistungspalette im öffentlichen Interesse gegangen. Werde damit ein externer Dienstleister betraut, erscheine dies jedenfalls als öffentlicher Auftrag im Sinne von Art. 6 Abs. 3 (recte: 2) Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB, BGS 721.521). Letztlich handle es sich um einen Dienstleistungsauftrag, bei welchem die Anbieterin eine öffentliche Aufgabe im Auftrag der Gemeinde gegenüber Dritten erfülle. Die Anbieterin entschädige die Gemeinde für die Nutzung des Netzes durch Weitergabe des Netznutzungsentgelts und erhalte andererseits

als Entschädigung für ihre Leistungen von den Endverbrauchern die Vergütung für die Stromlieferung. Dieser Vorgang erfülle alle Merkmale einer öffentlichen Beschaffung. Es sei nicht zwingend erforderlich, dass die (Gegen-) Leistung des Gemeinwesens in einer Geldzahlung bestehe. Falls das Gericht wider Erwarten zum Schluss komme, es handle sich nicht um einen beschaffungsrechtlich relevanten Vorgang, wäre der Entscheid über die Auswahl des künftigen Netzbetreibers dennoch ein öffentlich-rechtlicher Entscheid hoheitlicher Natur, gegen welchen gemäss Art. 29a Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV, SR 101) Rechtsschutz gewährt werden müsse. Die Gemeinde müsse ein transparentes, faires und auf objektiven, sachlichen Gründen beruhendes Auswahlverfahren durchführen und mit einer beschwerdefähigen Auswahlentscheidung abschliessen.

E. 2.2

Die Regio Energie Solothurn bringt dagegen im Wesentlichen vor, von einem beschaffungsrechtlichen Vorgang könne keine Rede sein, zumal sich die Vergabestelle letztlich für das Pachtmodell entschieden habe, welches von vornherein nicht beschaffungsrechtlich relevant sein könne. Wenn die Beschwerdeführerin fälschlicherweise davon ausgehe, dass die Pachtvergabe für den Ortsteil Lüsslingen unter die submissionsrechtlichen Regeln falle, hätte dies ■ wenn überhaupt (was ebenfalls bestritten werde) ■ für das gewählte Dienstleistungsmodell des Ortsteils Nennigkofen zu gelten. Das Schreiben vom 3. Juli 2018 falle nicht in den objektiven Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts. Die Gemeinde trete nicht als Nachfragerin, sondern als Anbieterin auf, indem sie das Recht zur ausschliesslichen Gewährleistung der elektrischen Versorgung vergebe. Gewisse Dienstleistungen, welche gegebenenfalls im Rahmen der Pacht erbracht würden, würden nichts am Charakter des ausgeschriebenen Geschäfts als Verkauf einer Sachleistung durch die Vergabestelle ändern. Da kein Vergaberecht Anwendung finde, habe die Vergabestelle frei darüber entscheiden können, an wen sie die Pacht habe vergeben wollen. Eine freiwillige Unterstellung dieses privatrechtlichen Vorgangs unter die verwaltungsgerichtliche Beurteilung sei der zwingenden Kompetenzordnung im Verwaltungsrecht fremd. Die Verpachtung des Stromnetzes durch den Eigentümer habe nichts mit der Übertragung der Aufgabe zu tun. Die Beschwerdeführerin wäre weder legitimiert noch fähig, eine solche öffentliche Aufgabe zu übernehmen. Ein Auswahlentscheid eines Vertragspartners als anfechtbaren Hoheitsakt zu betrachten, sei falsch.

E. 2.3

Die Einwohnergemeinde Lüsslingen-Nennigkofen führt aus, es werde bestritten, dass es sich im vorliegenden Fall um die Vergabe eines öffentlichen Auftrages handle. Die Einwohnergemeinde überlasse einem Pächter ihr Netz zur Nutzung und dieser richte ihr eine Pachtentschädigung aus. Sie beschaffe also nicht eine Leistung gegen ein zu bezahlendes Entgelt, sondern überlasse das Netz dem Pächter und erhalte als Gegenleistung eine Vergütung. Der Vorgang sei also geradezu konträr zu einer Beschaffung im submissionsrechtlichen Sinne, welche sich dadurch auszeichne, dass die Vergabestelle eine Vergütung bezahle. Die Dienstleistungen im Rahmen des Pachtmodells seien keine Aufträge an den Pächter, sondern würden Klarstellungen und Präzisierungen von Aufgaben darstellen, welche sich sachlogisch aus dem Pachtverhältnis für den Pächter ergeben, damit er die Pacht sorgfältig ausüben könne. Die betreffenden Aufgaben hätten keine eigenständige Bedeutung für welche der Pächter ein Entgelt der Einwohnergemeinde

Lüsslingen-Nennigkofen erhalten würde. Damit stehe fest, dass die Vergabe des Pachtmodells keinen öffentlichen Auftrag darstelle und daher auf die Beschwerde nicht eingetreten werden könne. Im Übrigen werde bestritten, dass die Energieversorgung eine staatliche Aufgabe sei. Ob vorliegend ein Konzessionsverhältnis vorliege, werde ebenfalls bestritten, da die Vergabestelle ein Pachtverhältnis anstrebe. Welche Gegenleistungen die Beschwerdeführerin erbringen solle, führe diese nicht aus und würden sich auch nicht aus der Ausschreibungsgrundlage ergeben.

3. Nach Lehre und Rechtsprechung ist für öffentliche Beschaffungen kennzeichnend, dass der Staat als Nachfrager Waren oder Dienstleistungen gegen eine Gegenleistung bestellt, um damit seine Aufgaben wahrzunehmen. Demgegenüber ist der blosser Umstand, dass der Staat einem Privaten erlaubt, eine bestimmte Tätigkeit auszuüben, keine öffentliche Beschaffung, weil der Staat dabei nicht eine Tätigkeit veranlasst oder ein Gut beschafft, sondern bloss eine private Tätigkeit hoheitlich ordnet oder reguliert. Dasselbe gilt grundsätzlich auch, wenn der Staat lediglich eine Sondernutzungskonzession für die Benützung von öffentlichem Grund erteilt, weil der Staat damit nicht etwas beschafft, sondern im Gegenteil dem Privaten ein Recht einräumt und dafür (in der Regel) eine Gegenleistung erhält. Anders verhält es sich nach der Rechtsprechung, wenn mit der Erteilung der Konzession untrennbar Gegenleistungen von gewisser Bedeutung verbunden sind, die normalerweise Gegenstand einer öffentlichen Beschaffung bilden. Die Verleihung einer Konzession schliesst die Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts folglich nicht aus. Ist die Erteilung einer Sondernutzungskonzession in ein Gesamtgeschäft eingebettet, kann sich in Würdigung sämtlicher Umstände des Geschäfts ergeben, dass es insgesamt als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren ist. Als naheliegend erweist sich dieser Schluss insbesondere dann, wenn bei der Erteilung der Sondernutzungskonzession nicht ein regulativer Zweck (Ordnung der Nutzung öffentlichen Grundes) im Vordergrund steht, sondern die Übertragung eines (geldwerten) Rechts zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben (BGE 144 II 177 E. 1.3.2 mit Hinweisen).

E. 3

Gegen diesen Entscheid erhob die nicht berücksichtigte AEK Energie AG (nachfolgend Beschwerdeführerin), v.d. Rechtsanwalt Thomas Geiger, am 16. Juli 2018 Beschwerde beim Verwaltungsgericht und stellte folgende Rechtsbegehren in der Sache:

In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte die Beschwerdeführerin Folgendes:

E. 3.1

Zu prüfen ist zunächst, ob die Stromversorgung als öffentliche Aufgabe zu betrachten ist, was von der Gemeinde bestritten wird. Gemäss Art. 91 Abs. 1 BV erlässt der Bund Vorschriften über den Transport und die Lieferung elektrischer Energie. Auch soweit diese Bestimmung dem Bund erlaubt, die Lieferung elektrischer Energie zu monopolisieren, hat der Bundesgesetzgeber davon jedenfalls nicht umfassend Gebrauch gemacht. Die Produktion von Elektrizität untersteht grundsätzlich der Privatwirtschaft bzw. der Wirtschaftsfreiheit, ebenso der Kauf und Verkauf (Art. 4 Abs. 2 Energiegesetz [EnG, SR 730.1]), ausser für die festen Endverbraucher (Art. 6 Abs. 1 und 6 Bundesgesetz über die Stromversorgung [Stromversorgungsgesetz, StromVG, SR 734.7]). Da aber für das elektrische Leitungsnetz ein faktisches Monopol besteht, ist die nutzbringende Ableitung der produzierten Elektrizität meistens nur möglich, wenn das bestehende Leitungsnetz benützt werden kann. Um trotzdem eine marktwirtschaftliche Stromversorgung zu

ermöglichen, sieht das Gesetz einerseits vor, dass für jedes Gebiet ein Verteilnetzbetreiber bezeichnet wird, der in seinem Gebiet ausschliesslich das Netz betreibt (Art. 5 Abs. 1 StromVG); andere Betreiber können nicht im gleichen Gebiet ein Netz betreiben. Andererseits verpflichtet das Gesetz die Verteilnetzbetreiber, Endverbraucher und Elektrizitätserzeuger an das Netz anzuschliessen (Art. 5 Abs. 2 StromVG) und Dritten gemäss Art. 13 Abs. 1 StromVG (mit Ausnahme der festen Endverbraucher, Art. 6 Abs. 6 StromVG) diskriminierungsfrei den Netzzugang zu gewähren (vgl. BGE 143 I 395 E. 4.2 S. 400 f.).

E. 3.2

Die Grundversorgung mit Elektrizität ist Teil des «Service Public». Der Bundesrat hat im Einklang damit denn auch die notwendigen Massnahmen zu treffen, wenn die sichere und erschwingliche Versorgung mit Elektrizität im Inland gefährdet sein sollte (Art. 9 StromVG). Netzanschlüsse und damit auch Netzanschlussverhältnisse sind unabdingbar, um die Grundversorgung der von dieser erfassten Endverbraucher (vgl. Art. 6 Abs. 1 StromVG) zu gewährleisten. Konsequenterweise verpflichtet das StromVG die Netzbetreiber in den in Art. 5 Abs. 2-4 StromVG (gegebenenfalls i.V.m. kantonalem Recht) genannten Fällen, solche Netzanschlussverhältnisse einzugehen; die Netzbetreiber unterliegen also einem Kontrahierungszwang. Dass die Grundversorgung mit Elektrizität und infolgedessen auch die Netzanschlussverhältnisse in diesem Bereich öffentlichen Interessen dienen und damit öffentliche Aufgaben wahrgenommen werden, bedarf keiner weiteren Worte (BGE 144 III 111 E. 5.2; vgl. ebenso Martin Föhse: Grundversorgung mit Strom ■ ein Überblick zu Rechtsverhältnissen und Zuständigkeiten, in: AJP 10/2018, S. 1235 ff., S. 1245; Hans Rudolf Trüb/Daniel Zimmerli: Keine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen der Verteilnetzbetreiber, in: ZBl 112/2011, S. 115 und Kathrin S. Föhse: Die Leiden der jungen Strommarktordnung ■ aktuelle Probleme des StromVG unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung zu Netzgebietszuteilung und Grundversorgung, in: recht 2015, S. 125 ff., S. 142). Nach dem Gesagten steht jedenfalls fest, dass der Betrieb des Stromnetzes und die Belieferung mit Strom im Rahmen der Grundversorgung auf dem Gebiet der Einwohnergemeinde Lüsslingen-Nennigkofen als öffentliche Aufgabe zu qualifizieren ist.

E. 3.3

Vor dem Hintergrund des gesetzlichen Ausschliesslichkeitsrechts des Netzbetreibers für den Netzbetrieb in seinem Gebiet (vgl. BGE 143 I 395 E. 4.3 S. 401) wird in der Literatur vereinzelt die Ansicht vertreten, der Bundesgesetzgeber habe damit ein bundesrechtliches, mittelbares rechtliches Monopol zur Stromversorgung in einem bestimmten Umfang geschaffen. Die Übertragung des Versorgungsauftrags in der Grundversorgung an einen Netzeigentümer oder Netzbetreiber ergehe in der Gestalt einer Konzession des öffentlichen Dienstes, ähnlich dem Grundversorgungsauftrag im Fernmelderecht (vgl. Kathrin S. Föhse, a.a.O., S. 142; vgl. auch Martin Föhse, a.a.O., S. 1237; a.M.: BGE 144 III 111 E. 5.2). Eine derartige Konzession wird für Tätigkeiten erteilt, die im öffentlichen Interesse liegen und dem Service public zuzuordnen sind. Mit der Konzession soll nicht nur das Recht, sondern gleichzeitig auch die Pflicht auferlegt werden, den anvertrauten öffentlichen Dienst auch tatsächlich zu betreiben (vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2014, § 45 Rz. 20).

E. 3.4

Indem die Einwohnergemeinde Lüsslingen-Nennigkofen der Regio Energie AG das Recht erteilt hat, während fünf Jahren die Stromleitungen auf dem Gemeindegebiet zu betreiben und die Endverbraucher mit Strom zu beliefern, hat sie eine Verwaltungsaufgabe auf eine selbständige öffentlich-rechtliche Unternehmung übertragen. Gemäss Ausschreibungsunterlagen erfolgt die Übertragung auf vertraglicher Basis mittels «Netzverpachtung» bzw. «Auslagerung der Dienstleistungen an Dritte». Ob in dieser Aufgabenübertragung auch eine Konzession des öffentlichen Dienstes zu erblicken ist, kann offengelassen werden, wie nachfolgend noch aufzuzeigen sein wird. Eine bloss zivilrechtliche Angelegenheit, so die Regio Energie Solothurn, liegt angesichts der Qualifizierung der Grundversorgung nach Art. 6 StromVG als staatliche Aufgabe aber nicht vor.

E. 3.5

Fraglich ist, ob eine öffentliche Beschaffung vorliegt, wenn der Staat mittels Leistungsauftrag eine öffentliche Aufgabe an einen Privaten überträgt und diesem für die Aufgabenerfüllung eine Abgeltung entrichtet oder der Leistungsbeauftragte das Entgelt aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften (namentlich in Form von Gebühren oder Sozialversicherungsleistungen) direkt von Dritten erhält. Solche Aufgabenübertragungen finden vor allem im Bereich der Grundversorgung (Service Public) statt, etwa in den Bereichen der Personenbeförderung, Telekommunikation, Energieversorgung oder Gesundheitsversorgung. Die Tatsache, dass in diesen Fällen der Staat für die Aufgabenerfüllung öffentliche Gelder einsetzt bzw. die Abgeltung durch Dritte vorsieht, spricht für die Anwendung des Beschaffungsrechts. Dagegen ist einzuwenden, dass die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe an Dritte einen öffentlich-rechtlichen Akt darstellt und in den Formen des öffentlichen Rechts (Verfügung, verwaltungsrechtlicher Vertrag oder auch direkt mittels Rechtssatz) erfolgt. Entsprechend ist das Angebot (Inhalt der Leistung und insbesondere auch die Preise) öffentlich-rechtlich reguliert. Ein Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern kann unter diesen Umständen nur noch beschränkt stattfinden. Allerdings steht es dem Gesetzgeber frei, die Vergabe von Leistungsaufträgen künftig dem Beschaffungsrecht zu unterstellen (Regina Kiener/Bernhard Rütsche/Mathias Kuhn: Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich/St. Gallen 2015, N 1015).

E. 3.6

Der Bundesrat hat am 15. Februar 2017 die Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) verabschiedet (BBl 2017, 1851 ff.). Art. 8 Abs. 1 und 2 sowie Art. 9 des Gesetzesentwurfs zum revidierten BöB sehen neu eine Legaldefinition des «öffentlichen Auftrages» vor (vgl. Tomas Poledna/Ralph Trümpler: Die Vergabe von Spitexdienstleistungen durch die öffentliche Hand, in: AJP 2/2018, S. 187 ff., S. 189). Die entsprechenden Bestimmungen lauten folgendermassen:

Art. 8 Öffentlicher Auftrag

1Ein öffentlicher Auftrag ist ein Vertrag, der zwischen Auftraggeberin und Anbieterin abgeschlossen wird und der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient. Er ist gekennzeichnet durch seine Entgeltlichkeit sowie den Austausch von Leistung und Gegenleistung, wobei die charakteristische Leistung durch die Anbieterin erbracht wird.

2Es werden folgende Leistungen unterschieden:

- a. Bauleistungen;

- b. Lieferungen;
- c. Dienstleistungen.

Art. 9 Übertragung öffentlicher Aufgaben und Verleihung von Konzessionen

Die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder die Verleihung einer Konzession gilt als öffentlicher Auftrag, wenn der Anbieterin dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die sie im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihr dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt. Spezialgesetzliche Bestimmungen gehen vor.

E. 3.7

Obschon auf eine Einordnung der Rechtsbeziehung zwischen der Gemeinde und dem Elektrizitätsunternehmen verzichtet wird, ist die bundesgerichtliche Praxis zum umstrittenen Verhältnis zwischen der Konzessionserteilung und den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens kurz darzustellen: In BGE 125 I 209 = Pra 2000 Nr. 49 entschied das Bundesgericht, dass die Erteilung des Monopols zum Plakataushang auf dem öffentlichen Grund nicht in den Rechtsbereich der öffentlichen Beschaffung falle. Dieses Urteil stellte fest, dass die betreffenden konzessionierenden Behörden, indem sie das streitige Monopol für den Plakataushang auf ihrem jeweiligen öffentlichen Grund erteilten, nicht als «Nachfrager» oder «Erwerber» von Leistungen auftraten, sondern sich vielmehr in der Stellung von «Anbietern» oder «Verkäufern» befanden, insofern als sie nicht Dienstleistungen beschaffen, sondern im Gegenteil das Recht der Benutzung des öffentlichen Grunds zu kommerziellen Zwecken gegen eine Gebühr und verschiedene Nebenleistungen «verkaufen» wollten (E. 6b). In BGE 135 II 49 = Pra 2009 Nr. 75 präzierte das Bundesgericht, ein schweizerisches Gemeinwesen dürfe 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 (E. 4.4).

In BGE 143 II 598 = Pra 2018 Nr. 91 hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung zusammengefasst und festgehalten, mit der Revision von Art. 2 Abs. 7 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02) habe der Gesetzgeber nicht beabsichtigt, den zuständigen Behörden für die Übertragung eines kantonalen oder kommunalen Monopols die Einhaltung sämtlicher Pflichten des öffentlichen Beschaffungswesens aufzuerlegen. Mit der Pflicht des Ausschreibeverfahrens und dem Gebot der Nichtdiskriminierung sei allein der nichtdiskriminierende und transparente Zugang zum Markt sicherzustellen (E. 4.1.2).

E. 3.8

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zeigt, dass das Bundesgericht bei der Anwendung vergaberechtlicher Regeln nicht auf einzelne Rechtskonstrukte, -verhältnisse bzw. -kategorien abstellt, sondern mit Blick auf die Schutzfunktion des Vergaberechts eine differenzierte Betrachtungsweise bevorzugt. Das Bundesgericht bereitet damit dem Verständnis eines funktionalen Beschaffungsbegriffs den Weg, indem es namentlich prüft, ob Gemeinwesen, denen es um die Erledigung von ihnen obliegenden öffentlichen Aufgaben geht, sich bei (synallagmatischen) Austauschverhältnissen (von gewisser Bedeutung) wettbewerbsneutral verhalten müssen. Die laufenden Revisionen des

Beschaffungsrechts auf eidgenössischer (vgl. E. 3.3 hiervor) wie auch auf kantonaler Stufe zeigen diesen Trend zu einem funktionalen Verständnis des dem öffentlichen Vergaberecht unterstellten öffentlichen Auftrages (vgl. Tomas Poledna/Ralph Trümpler, a.a.O., S. 183/194).

E. 4

Am 18. Juli 2018 wurde der Beschwerde vorläufig die aufschiebende Wirkung erteilt.

E. 4.1

Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Qualifikation (und die Bezeichnung) des Vertrages zwischen der Einwohnergemeinde und dem Netzbetreiber für die Frage, ob ein Beschaffungsgeschäft vorliegt, mit Blick auf das funktionale Verständnis des öffentlichen Auftrages letztlich nicht entscheidend ist (vgl. Tomas Poledna/Ralph Trümpler, a.a.O., S. 195). Gegenstand des von der Einwohnergemeinde Lüsslingen-Nennigkofen durchgeführten Einladungsverfahrens «Neuausrichtung elektrische Energieversorgung Ortsteil Lüsslingen & Ortsteil Nennigkofen» war die Netzverpachtung und als Option die Auslagerung gewisser Dienstleistungen. Gemäss Ausschreibungsunterlagen beinhaltet die Netzpacht alle erforderlichen Dienstleistungen, um die Betriebssicherheit zu gewährleisten sowie die gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten. Sie umfasst im Wesentlichen den Netzbetrieb und den Netunterhalt, die Netzbewirtschaftung, die Energiemessung, das Energiedatenmanagement [«EDM»] und Abrechnung sowie die Energiewirtschaft. Im Rahmen der Auslagerung sind einzelne Dienstleistungen von der Ausschreibung ausgenommen (vgl. Ziff. 4 [«Inhalt der Offerte»] der Ausschreibungsunterlagen). Die Einwohnergemeinde hat folgende Beurteilungskriterien unter prozentualer Angabe der Gewichtung festgelegt: Aspekte der Kosten (70%), Betriebswirtschaftliche Aspekte (10%), Aspekte der Versorgungssicherheit (10%), Volkswirtschaftliche Aspekte (5%), weitere Aspekte (5%).

E. 4.2

Sowohl im Rahmen der Netzverpachtung als auch bei der Auslagerung gewisser Dienstleistungen an den Netzbetreiber tritt die Einwohnergemeinde Lüsslingen-Nennigkofen grundsätzlich nicht als Nachfragerin von entgeltlichen Leistungen auf, sondern als Anbieterin, indem sie das Recht zur ausschliesslichen Nutzung des Netzes auf dem Gemeindegebiet für die Dauer von fünf Jahren gegen ein Netznutzungsentgelt erteilt. Im Gegensatz zu dem von der Beschwerdeführerin genannten BGE 144 II 177, bei dem es um den Betrieb eines Veloverleihsystems geht, sind Elektrizitätsunternehmen in aller Regel kantonale oder kommunale öffentliche Unternehmen und eben keine «echten» Privaten (vgl. auch Martin Föhse, a.a.O., S. 1245). Weiter ist zu bedenken, dass die Obergrenze des Entgelts für die Netznutzung bundesrechtlich vorgegeben ist und diese Entgelte der Regulierung durch die Eidgenössischen Elektrizitätskommission (ElCom), der staatlichen Regulierungsbehörde im Elektrizitätsbereich, unterliegen. Im Bereich der Grundversorgung ist der Stromtarif ebenfalls bis zu einem gewissen Grad reguliert (vgl. BGE 144 III 111 E. 5.1, BGE 138 I 468 E. 2.5). Den Dienstleistungen, welche der Netzbetreiber im Rahmen des Leistungsauftrags zu erbringen hat, kommt sodann lediglich eine untergeordnete Bedeutung zu. Gegenteiliges vermag die Beschwerdeführerin nicht aufzuzeigen. Allfällige Investitionsvorhaben sind weiter nicht Gegenstand des Auftrages. In Würdigung sämtlicher Umstände ergibt sich, dass das fragliche Geschäft nicht als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren ist. Dem kantonalen Gesetzgeber steht es indes

frei, künftig die Vergabe derartiger Leistungsaufträge dem Beschaffungsrecht zu unterstellen, wie dies de lege ferenda im Rahmen der Totalrevision des BÖB bundesrechtlich vorgesehen ist (vgl. E. 3.6 hiervor). Ob die Versorgung mit elektrischer Energie durch einen Privaten allenfalls der Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM untersteht und welche Rolle Art. 3a StromVG dabei spielt, kann hier offen bleiben.

E. 5

Mit Eingabe vom 14. August 2018 liess sich die Regio Energie Solothurn (Zuschlagsempfängerin), v.d. Rechtsanwalt Christoph Hänni, zur Beschwerde vernehmen und stellte folgende Rechtsbegehren:

Verfahrensanträge:

■ unter Kosten- und Entschädigungsfolge ■

E. 5.1

Da die streitige Vergabe nicht in den objektiven Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts fällt, ist der angefochtene Entscheid des Gemeinderates nicht mit der direkten Beschwerde an das Verwaltungsgericht anfechtbar. Demnach ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

E. 5.2

Die Beschwerdeführerin macht sinngemäss geltend, auch bei Verneinung der Anwendbarkeit des Submissionsrechts müsse eine Beschwerdemöglichkeit gegeben sein. Anfechtungsobjekt ist ein Gemeinderatsbeschluss. Gegen letztinstanzliche Beschlüsse der Gemeindebehörden kann Beschwerde erheben, wer von einem Beschluss besonders berührt wird und ein schutzwürdiges eigenes Interesse hat (§ 199 Abs. 2 Gemeindegesetz [GG, BGS 131.1]); ebenso kann Beschwerde geführt werden gegen Beschlüsse, welche im Einzelfall gestützt auf öffentliches Recht Rechte oder Pflichten einer Person hoheitlich, einseitig und verbindlich festlegen (§ 200 Abs. 1 lit. f GG). Nach § 6 VRG ist die Sache deshalb zur weiteren Prüfung an den Regierungsrat zu überweisen.

E. 5.3

Bei diesem Ausgang wird die unterliegende Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig. Die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht sind einschliesslich der Entscheidgebühr auf CHF 2■000.00 festzusetzen und von der Beschwerdeführerin zu bezahlen.

E. 5.4

Den am verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren beteiligten Behörden werden in der Regel keine Verfahrenskosten auferlegt und keine Parteientschädigungen zugesprochen. Eine Ausnahme wird für kleinere und mittlere Gemeinden gemacht, die weniger als 10■000 Einwohner aufweisen und daher wohl über keinen eigenen Rechtsdienst verfügen und sich in komplexeren Angelegenheiten durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen müssen (vgl. SOG 2010 Nr. 20; Urteile des Bundesgerichts 1P.651/2004 vom 17. Januar 2004, E. 6 und 1P.297/2002 vom 26. November 2002, E. 6). Eine solche Ausnahme liegt vor, weshalb der Einwohnergemeinde Lüsslingen-Nennigkofen eine Parteientschädigung zuzusprechen ist, welche von der Beschwerdeführerin zu tragen ist. In Anwendung von § 161 i.V.m. § 160 Gebührentarif (GT, BGS 615.11) setzt das Gericht die Parteientschädigung nach dem Aufwand fest, welcher für eine sorgfältige und

pflichtgemässe Vertretung erforderlich ist. Er gibt den Parteien vor dem Entscheid Gelegenheit zur Einreichung einer Honorarnote. Wird keine detaillierte Honorarnote eingereicht, schätzt er den Aufwand nach pflichtgemäßem Ermessen. Der Stundenansatz für die berufsmässige Vertretung beträgt praxisgemäss für verwaltungsgerichtliche Verfahren CHF 230.00 zuzüglich Spesen und Mehrwertsteuer (vgl. § 160 Abs. 2 GT). Rechtsanwalt Peter Rechsteiner teilte am 22. Oktober 2018 mit, er überlasse es dem Gericht, eine Parteientschädigung nach pflichtgemäßem Ermessen festzusetzen. Die Parteientschädigung ist folglich nach Ermessen auf pauschal CHF 5'000.00 (inkl. Auslagen und MWST) festzulegen.

E. 5.5

Rechtsanwalt Ulrich Keusen macht für die Regio Energie Solothurn mit Eingabe vom 23. Oktober 2018 eine Parteientschädigung von CHF 12'810.75 (Honorar: CHF 11'548.40, Auslagen: CHF 346.45; MWST: 915.90) geltend. Die Regio Energie Solothurn als ausgegliederter Verwaltungszweig bzw. Gemeindeunternehmen im Sinne von § 158 GG gilt nach § 4 VRG als Behörde der Stadt Solothurn und hat als solche nach der oben (Erw. 5.4) dargelegten Praxis keinen Anspruch auf Parteientschädigung.

Demnach wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Beschwerde wird im Sinne von Erwägung 5.2 an den Regierungsrat überwiesen.
3. Die Beschwerdeführerin hat die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 2'000.00 zu tragen.
4. Die Beschwerdeführerin hat der Einwohnergemeinde Lüsslingen-Nennigkofen eine Parteientschädigung von CHF 5'000.00 (inkl. Auslagen und MWST) auszurichten.
5. Das Begehren der Regio Energie Solothurn um Ausrichtung einer Parteientschädigung ist abgewiesen.

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Die Präsidentin

Scherrer Reber

Die Gerichtsschreiberin

Gottesman

E. 6

Mit verfahrensleitender Verfügung vom 16. August 2018 wurde auf Ziffer 3 der Rechtsbegehren der Regio Energie Solothurn nicht eingetreten.

E. 7

Am 28. August 2018 nahm die Einwohnergemeinde Lüsslingen-Nennigkofen, v.d. Rechtsanwalt Peter Rechsteiner, zur Beschwerde Stellung und stellte folgende Anträge:

Verfahrensanträge:

■ unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführerin ■

E. 8

Mit verfahrensleitender Verfügung vom 3. September 2018 wurde das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin teilweise bewilligt und der Einwohnergemeinde Frist gesetzt, bezüglich der Auswertungstabellen (Beilage 15-17) die ihrer Auffassung nach von der Akteneinsicht auszunehmenden Passagen genau zu bezeichnen. Mit ebendieser Verfügung wurde weiter die vorläufig erteilte aufschiebende Wirkung der Beschwerde beibehalten und festgestellt, dass es der Einwohnergemeinde Lüsslingen-Nennigkofen frei stehe, für die Dauer des Verfahrens einen befristeten Vertrag (mit Wirkung ab 1. Januar 2019) abzuschliessen.

E. 9

Mit Eingabe vom 28. August 2018 reichte die Einwohnergemeinde Lüsslingen-Nennigkofen die entsprechenden Abdeckungsvorschläge ein. Am 10. September 2018 wurden der Beschwerdeführerin die geschwärzten Auswertungstabellen zugestellt.

E. 10

Mit Replik vom 26. September 2018 bestätigte die Beschwerdeführerin die in ihrer Beschwerde vom 16. Juli 2018 gestellten Rechtsbegehren in der Sache und zum Verfahren und beantragte in Reaktion auf die zwischenzeitlich eingegangenen Rechtsschriften der Regio Energie Solothurn und der Gemeinde explizit, dass das Gericht auf die Beschwerde eintrete und behielt sich weitere Anträge ausdrücklich vor.

E. 11

Die Regio Energie Solothurn und die Einwohnergemeinde Lüsslingen-Nennigkofen duplizierten am 12. Oktober 2018 bzw. 17. Oktober 2018.

E. 12

Am 2. November 2018 reichte die Beschwerdeführerin ihre Triplik ein.

E. 13

Die Gemeinde und die Regio Energie Solothurn teilten am 6. bzw. 7. November 2018 mit, dass auf weitere Bemerkungen verzichtet werde.

E. 14

Auf die Ausführungen der Parteien wird, soweit für die Entscheidfindung wesentlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II.

1. Das Verwaltungsgericht prüft seine Zuständigkeit von Amtes wegen (§ 5 Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRG, BGS 124.11]). Der direkte Rechtsweg an das Verwaltungsgericht steht offen, wenn der Gemeinderatsbeschluss vom 2. Juli 2018 (bzw. das entsprechende, angefochtene Orientierungsschreiben vom 3. Juli 2018) in den objektiven Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts fällt (vgl. § 30 f.

Submissionsgesetz [SubG, BGS 721.54]). Im Folgenden ist daher darüber zu befinden, ob ein öffentlicher Auftrag im Sinne des Vergaberechts vorliegt.

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