

**75 Geltungsbereich des Submissionsdekrets.**

- **Dem SubmD unterstehen auch öffentliche Unternehmungen mit privatrechtlicher Struktur sowie gemischtwirtschaftliche Unternehmungen, welche in personeller und finanzieller Hinsicht massgeblich von der öffentlichen Hand beherrscht werden und nicht in Konkurrenz zu (privaten) Dritten agieren (Erw. 1/b).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 25. September 2001 in Sachen ARGE C. AG und Mitbet. gegen die Verfügung der A. AG.

*Aus den Erwägungen*

1. a) Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist zulässig „in den Fällen, welche dieses oder ein anderes Gesetz bestimmt“ (§ 51 VRPG). Überdies kann durch Dekret des Grossen Rates die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf weitere Fälle ausgedehnt werden (§ 51 Abs. 2 Satz 1 VRPG).

b) aa) Gemäss Art. 5 Abs. 1 Satz 1 BGBM richten sich die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben nach kantonalem oder interkantonalem Recht. Das kantonale Recht sieht wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige kantonale Beschwerdeinstanz vor (Art. 9 Abs. 2 Satz 1 BGBM). Aufgrund der Formulierung von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 BGBM (vgl. auch Art. 2 Abs. 2 und 11 Abs. 2 BGBM) ist davon auszugehen, dass sämtliche Ausgaben, die zur Erledigung von öffentlichen Aufgaben getätigt werden, vom BGBM erfasst werden. Die Rechtsform der Beschaffungsstelle (Aktiengesellschaft, Genossenschaft, Ausgestaltung als Anstalt etc.) sowie der Umfang der Beschaffung spielen dabei keine Rolle (Manfred Wagner, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt [BGBM], in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [hrsg. von Heinrich Koller/Georg Müller/René Rhinow/Ulrich Zimmerli], Band Schweizerisches Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Basel / Genf / München 1999, S. 22 Rz. 62 [im Folgenden: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht]; Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés

publics: Effectivité et protection juridique, Diss. Fribourg 1997, S. 436).

bb) Gegen Verfügungen der Vergabestellen gemäss § 5 SubmD vom 26. November 1996 (in Kraft seit dem 1. Mai 1997) kann direkt beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden (§ 24 Abs. 1 SubmD). Dem Dekret unterstehen aufgrund von § 5 Abs. 1 SubmD der Kanton und seine Anstalten (lit. a), grundsätzlich die Gemeinden, deren Anstalten sowie die Gemeindeverbände (lit. d), andere öffentlichrechtliche Organisationen (lit. e), öffentlichrechtliche Träger, sofern die Auftragsvergabe von der öffentlichen Hand subventioniert wird (lit. b) und ebenso privatrechtliche Träger, soweit der zu vergebende Auftrag von Bund, Kantonen, Gemeinden, Gemeindeverbänden oder anderen öffentlichrechtlichen Organisationen zu mehr als 40 % subventioniert wird (lit. c). Zusätzlich zu den in § 5 SubmD genannten Vergabestellen unterstehen Unternehmen und Organisationen gleich welcher Rechtsform, die im Kanton Aargau in den Bereichen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung oder der Telekommunikation tätig und durch Vergabestellen gemäss § 5 SubmD mehrheitlich beherrscht sind, den Bestimmungen des Dekrets, soweit sie Bauaufträge über einem Gesamtwert von 5 Millionen Sonderziehungsrechten (SZR) und Dienstleistungs- und Lieferaufträge über einem Gesamtwert von 400'000 SZR vergeben (§ 30 Abs. 1 SubmD).

c) Auftraggeberin ist im vorliegenden Fall die A. AG. Es stellt sich die Frage, ob diese als (privatrechtliche) Aktiengesellschaft dem öffentlichen Submissionsrecht, namentlich dem Submissionsdekret, und damit der Verwaltungsgerichtsbarkeit gemäss §§ 24 ff. SubmD untersteht. Die Verfahrensbeteiligten gehen zwar übereinstimmend von der Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus; das Verwaltungsgericht hat seine Zuständigkeit indessen von Amtes wegen zu prüfen (§ 6 VRPG).

aa) Zweck der Aktiengesellschaft ist gemäss Handelsregister-Eintrag die „Übernahme von Abwässern von den angeschlossenen Abwasserverbänden und der C. AG sowie gegebenenfalls von anderen Gemeinden, Gemeindeverbänden oder Dritten zur Reinigung und jederzeitigen Sicherstellung der Verwertung bzw. Entsorgung der

Reststoffe, insbesondere Betrieb der Abwasserreinigungsanlage R. in K. sowie gegebenenfalls Betrieb und Unterhalt von Teilen der Kanalnetze der Anschlussverbände; (...)“. Der A. AG angeschlossen bzw. Aktionäre sind neben der C. AG, auf deren Werkareal sich die zu sanierende Abwasserreinigungsanlage befindet, derzeit die drei Abwasserverbände S., M. und S. Dem Verwaltungsrat der AG gehören (auch) Gemeinderatsvertreter der beteiligten Gemeinden an. Bei der A. AG handelt es sich somit um eine gemischtwirtschaftliche Unternehmung, d.h. um eine Körperschaft in Form einer Gesellschaft des Privatrechts, in der sich ein oder mehrere Gemeinwesen und Private als Mitglieder zur Besorgung einer öffentlichen Aufgabe zusammengeschlossen haben (Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, Zürich 1998, Rz. 1183).

bb) Bei der gegebenen Sachlage muss davon ausgegangen werden, dass die A. AG trotz ihrer privatrechtlichen Rechtsform finanziell und personell massgeblich von der öffentlichen Hand mitbeherrscht wird und öffentliche Aufgaben im Bereich der Abwasserbeseitigung und -reinigung (vgl. Art. 10 GSchG; §§ 10 ff. EG GSchG) wahrnimmt. Sie ist daher ungeachtet ihrer Rechtsform jedenfalls als Trägerin kantonaler bzw. kommunaler Aufgaben zu betrachten und als solche verpflichtet, die Vorschriften des Binnenmarktgesetzes über die öffentlichen Beschaffung, insbesondere die Art. 5 Abs. 2 und 9 BGBM, zu beachten (vgl. Erw. b/aa hievor; ferner Peter Rechsteiner, TU-/GU-Verträge: Submissionsrechtliche Aspekte, in: gwa [Offizielles Organ des Schweizerischen Vereins des Gas- und Wasserfaches und des Verbandes Schweizer Abwasser- und Gewässerschutzfachleute] 7/2001, S. 439 f.). Damit ist auch die Beschwerdemöglichkeit an das Verwaltungsgericht gegeben.

cc) Im Submissionsdekret fehlt eine auf den vorliegenden Sachverhalt direkt anwendbare Norm, welche die Unterstellung dieser Vergabe unter das Dekret begründen würde. Dies dürfte seinen Grund darin haben, dass der Dekretsgeber den Einbezug von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen überhaupt nicht bedachte. Für den Fall der Privatisierung der Aargauischen Kantonalbank (AKB) und des Aargauischen Elektrizitätswerks (AEW) hat sich der Regie-

rungsrat in der Botschaft vom 22. Mai 1996 zum Submissionsdekret eine Neu Beurteilung ausdrücklich vorbehalten (Botschaft, S. 12). Es kann somit nicht von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers bzw. einer bewussten Nichtunterstellung solcher Unternehmungen unter das Dekret ausgegangen werden. Wo nicht in Konkurrenz zu Dritten agiert wird und eine Finanzierung in erster Linie aus Gebühren und Abgeltungen für gemeinwirtschaftliche Leistungen erfolgt, gibt es für eine Entlassung aus dem Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts trotz privatrechtlicher Rechtsform keine Rechtfertigung (Renate Scherrer-Jost, Öffentliches Beschaffungswesen, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, S. 11 f. Rz. 19 f.). Es drängt sich auf, die planwidrige Unvollständigkeit (wie eine solche Gesetzeslücke nach neuerer Methodenlehre bezeichnet wird [vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 200]) des Submissionsdekrets derart zu beheben, dass dem Dekret über die Bestimmung von § 5 SubmD hinaus auch öffentliche Unternehmungen mit privatrechtlicher Struktur sowie gemischtwirtschaftliche Unternehmungen, welche in personeller oder finanzieller Hinsicht massgeblich von der öffentlichen Hand beherrscht werden, unterstehen, sofern sie selbst in ihrem Tätigkeitsbereich nicht in Konkurrenz zu (privaten) Dritten agieren. Andernfalls hätten es die Gemeinwesen in der Hand, durch die Gründung von privatrechtlichen Trägern die Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen auszuschalten bzw. zu umgehen (vgl. auch VGE III/25 vom 16. Februar 1998 [BE.97.00365] in Sachen ARGE R. AG und Mitbet., S. 4 f.).

Die Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben und die massgebende Beteiligung von drei Gemeindeverbänden führen im vorliegenden Fall demnach zur Unterstellung der A. AG unter das Submissionsdekret, und zwar unabhängig von der Frage, ob der zu vergebende Auftrag zu mehr als 40 % von der öffentlichen Hand subventioniert wird. Im Übrigen rechtfertigt sich vorliegend auch die Annahme, dass die Finanzierung der Sanierung zu mehr als 40 % durch die öffentliche Hand (Bund, Kanton, beteiligte Gemeinden) erfolgt.

dd) Hingegen handelt es sich bei der A. AG aufgrund ihres Tätigkeitsbereichs klarerweise nicht um eine Vergabestelle im Sinne von § 30 Abs. 1 SubmD (oder Art. 8 Abs. 1 lit. c IVöB, welcher der

Kanton Aargau mit Beschluss des Grossen Rates vom 26. November 1996 beigetreten ist). Darunter fallen lediglich im Bereich der Wasserversorgung tätige Organisationen und Unternehmen, die das Bereitstellen oder Betreiben fester Netze zur Versorgung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Gewinnung, Fortleitung und Verteilung von Trinkwasser oder die Versorgung dieser Netze mit Trinkwasser zur Aufgabe haben (Botschaft, S. 18). Die Abwasserbeseitigung fällt nicht darunter (vgl. auch den Entscheid des Verwaltungsgericht Zürich, 1. Kammer, vom 17. Februar 2000 [VB.1999.00015], in: Baurechtsentscheide Kanton Zürich [BEZ] 2000 Nr. 25, S. 40; Rechsteiner, a.a.O., S. 439; derselbe, Vergabe eines Generalunternehmerauftrags - eine Reihe von Rechtsfragen [Kommentierung zum vorerwähnten Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich], in: Baurecht 2001, S. 98 f.).

**76 Wiederherstellung der Offerteingabefrist.**

- Es ist von einer stillschweigenden Anordnung im SubmD auszugehen, die eine Fristwiederherstellung grundsätzlich ausschliesst; ausgenommen sind diejenigen Fälle, in denen die Gründe für die Verspätung einer Eingabe ausschliesslich bei der Vergabestelle liegen (Erw. 3/b).
- Trotz grundsätzlicher Unzulässigkeit der Wiederherstellung einer verpassten Eingabefrist bleibt die Berücksichtigung einer verspätet eingereichten Offerte gestützt auf das Verbot des überspitzten Formalismus denkbar; ein überspitzter Formalismus ist jedoch, gerade wenn es um die Einhaltung von Fristen geht, nicht leichthin anzunehmen (Erw. 3/c).

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 1. November 2001 in Sachen ARGE K. AG/E. AG gegen den Entscheid des Abwasserverbands M.

*Aus den Erwägungen*

2. a) Die Anbietenden müssen ihre Anträge auf Teilnahme und ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen.