



VG.2021.93/E

**Das Verwaltungsgericht
des
Kantons Thurgau**

in der Besetzung: R. Weber, Präsident
M. Alde
S. Krauter
A. Keller, Gerichtsschreiberin

hat am 27. Oktober 2021

in Sachen

A,
v.d. RA Prof. Dr. C,

Beschwerdeführerin

gegen

B,
v.d. RA D,

Beschwerdegegnerin

betreffend **Rechtsverweigerung**

- Beschwerde vom 28. April 2021

entschieden:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Verfahrensgebühr wird auf Fr. 4'000.-- festgesetzt und der Beschwerdeführerin unter Verrechnung mit dem Kostenvorschuss von Fr. 4'000.-- auferlegt.
3. Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin ausseramtlich mit Fr. 3'500.-- zu entschädigen.
4. Mitteilung an:
 - RA Prof. Dr. C,
zuhanden der Beschwerdeführerin
 - RA D,
zuhanden der Beschwerdegegnerin
 - Departement für Bau und Umwelt, Fachstelle für
Beschaffungswesen, 8510 Frauenfeld
(in anonymisierter Form, § 53 VöB)
 - Wettbewerbskommission WEKO, Sekretariat,
Kompetenzzentrum Binnenmarkt, Hallwylstrasse 4,
3003 Bern (in anonymisierter Form)

Rechtsmittel

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach der Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde erhoben werden. Sie hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen. Die Beschwerde muss spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden.

Sachverhalt

Die B (nachfolgend B) plant seit rund 20 Jahren den Bau eines Fussballstadions und weiterer Bauten im Gebiet C in D. Sie ist Eigentümerin der Grundstücke, auf welchen das Fussballstadion sowie verschiedene Wohn- und Gewerbebauten (inklusive vier Hochhäuser) erstellt werden sollen. Deren Planung und Bau erfolgen durch die B. Auf einem der Grundstücke soll ein selbstständiges und dauerndes Baurecht für den Bau eines Fussballstadions errichtet werden. Das selbstständige Baurechtsgrundstück samt Stadionbaute soll nach Fertigstellung an die Stadion D zum Preis von Fr. 25'000'000.-- verkauft werden. Eigentümerin der Stadion D ist die Einwohnergemeinde (Stadt) D. Der Kaufpreis soll durch die Einwohnergemeinde D mit Fr. 17'000'000.--, durch den Kanton E mit Fr. 6'000'000.-- sowie durch die private F bezahlt werden. Das Stammgrundstück soll für Fr. 6'000'000.-- an die Ortsbürgergemeinde D verkauft werden. Die Kosten für die Planung und den Bau des Fussballstadions inklusive Land belaufen sich voraussichtlich auf Fr. 60'000'000.--, die Kosten für die gesamte Überbauung auf geschätzt Fr. 400'000'000.--. Die Differenz zwischen Kaufpreis und effektiven Erstellungskosten für das Stadion trägt die B in der Erwartung, diese aus dem Verkauf der realisierten Mantelnutzung decken zu können (vgl. Beschwerdebeilage 8 sowie Beilagen 3 und 4 der B).

Mit Schreiben vom 28. August 2020 (Beschwerdebeilage 1) teilte die A der B mit, dass sie der Presse entnommen habe, dass bezüglich Planung und Bau des Stadions D von einer Ausschreibungspflicht ausgegangen werde. Sie bekundete ihr Interesse an einem entsprechenden Auftrag und ersuchte die B um Mitteilung darum, wann welche Aufträge zur Planung, Ausschreibung und Realisierung des Stadions öffentlich ausgeschrieben würden. Weiter bat sie um Zustellung einer anfechtbaren Verfügung innert 30 Tagen, falls auf eine öffentliche Ausschreibung verzichtet werden solle.

Die B informierte die A mit Schreiben vom 22. September 2020 (Beschwerdebeilage 2) dahingehend, dass die Planungsmandate seit längerer Zeit vergeben worden sei-

en. Seit Sommer 2000 sei sie mit G in H an der Planung. B wies weiter darauf hin, dass es sich um ein PPP-Modell handle (Public Private Partnership). Bis heute habe die B sämtliche Grundstücke als Grundstückseigentümerin schon 20 Jahre vorgehalten.

Am 5. Oktober 2020 liess die A beim Verwaltungsgericht des Kantons E eine Rechtsverweigerungsbeschwerde einreichen (Beilage 2 der B). Das Verwaltungsgericht des Kantons E trat auf die Beschwerde nicht ein. Zur Begründung wies es im Wesentlichen darauf hin, dass es örtlich nicht zuständig sei, da eine entsprechende Beschwerde gemäss Art. 8 Abs. 4 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB, RB 720.1) dort einzureichen sei, wo sich der Sitz bzw. die Schwerpunkttätigkeit der Auftraggeberin befindet. Dies sei F. Der Ausführungsort in D sei dagegen nicht massgebend. Das Urteil vom 29. März 2021 ging bei der Rechtsvertretung von A am 1. April 2021 ein (Beschwerdebeilage 3).

Mit Eingabe vom 28. April 2021 erhob RA Prof. Dr. C für die A Rechtsverweigerungsbeschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau und stellte folgende Anträge:

- " 1. Die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, die Vergabe der Planung und des Baus des Fussballstadions C, D, auszuschreiben.
2. Eventualiter sei die Beschwerdegegnerin anzuweisen, über die Ausschreibung der Planung und des Baus des Fussballstadions C, D, umgehend und ohne weiteren Verzug zu verfügen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

Zur Begründung brachte er im Wesentlichen vor, eine Rechtsverweigerungsbeschwerde sei an keine Frist gebunden. Die Beschwerdeführerin habe ein geschäftliches Interesse daran, sich für die Planung, die Submissionsarbeiten und die Realisierung des Fussballstadions zu bewerben. Sie sei im Austausch mit anderen Unternehmungen, um eine gemeinsame Eingabe vorzubereiten. Sie sei eine potentielle Mitbewerberin im zu Unrecht unterbliebenen Vergabeverfahren. Damit sei sie legiti-

miert. Sie habe Erfahrung bei der Generalplanung von verschiedenen öffentlichen Gebäuden bis zu einer Bausumme von Fr. 80'000'000.--. Damit könne sie entsprechende Referenzen vorweisen. Das Interesse sei nach wie vor aktuell. Weil eine Ausschreibung unterlassen worden sei, könne diese nicht angefochten werden. Damit sei die Beschwerdeführerin mehr betroffen als die Allgemeinheit. Das Submissionsrecht sei anwendbar, auch wenn es sich um eine PPP handle. Die Auswahl des Vertragspartners der öffentlichen Hand dürfe nicht nach freiem Ermessen in einem freihändigen Verfahren erfolgen. Es brauche eine Ausschreibung. Bei mutmasslichen Kosten von Fr. 60'000'000.-- würde die Schwelle der hälftigen Finanzierung durch öffentliche Gelder knapp nicht erreicht. Die von der Beschwerdegegnerin bezahlten Fr. 29'000'000.-- entsprängen allerdings einer Aufzongung. Diese Querfinanzierung stelle ebenfalls öffentliches Geld dar. Es sei darauf abzustellen, ob eine Subvention in einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung die Finanzierung erleichtere. Das Bundesgericht habe die kostenlose Überlassung eines Grundstücks im Baurecht als Subventionierung bewertet. Die Aufzongung sei einer staatlichen Subvention gleichzusetzen. Der Beitrag der Beschwerdegegnerin erfolge mit Querfinanzierung. Im Ergebnis werde das Bauprojekt mit Fr. 58'000'000.-- subventioniert. Damit bestehe eine Ausschreibungspflicht. Das Begehren der Beschwerdeführerin sei zu Unrecht überhaupt nicht behandelt worden. Zumindest hätte die Beschwerdegegnerin eine abweisende Verfügung eröffnen müssen.

Mit Vernehmlassung vom 22. Juni 2021 beantragte RA D für die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, die Beschwerdeführerin sei nicht legitimiert, da ein eigenes schutzwürdiges Interesse fehle. Sie sei nicht mehr betroffen als jedermann. Die Beschwerdeführerin habe nicht dargelegt, dass sie in der Lage sei, einen solchen Auftrag zu übernehmen, womit sie keine realistische Chance auf den Zuschlag habe. Die Beschwerdeführerin weise keine Erfahrungen im Stadionbau auf. Sie lege nicht dar, dass sie alleine dazu in der Lage wäre. Auch ein allfälliges Subunternehmen müsste den Nachweis erbringen, dass es zur Auftragserfüllung in der Lage sei. Falls eine Bietergemeinschaft vorliege, müssten alle Beteiligten Beschwerde erheben, was vorliegend nicht der Fall sei. Die Beschwerde sei überdies verspätet.

Es gälten die ordentlichen Rechtsmittelfristen. Es liege auch keine Rechtsverzögerung oder Rechtsverweigerung vor, nachdem die Anfrage der Beschwerdeführerin beantwortet worden sei. In der Folge hätte innert zehn Tagen Beschwerde erhoben werden müssen. Eine formelle Verfügung könne die Beschwerdegegnerin gar nicht erlassen, da sie nicht dem Submissionsrecht unterstehe. In materieller Hinsicht gelte es festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin nicht von der Stadt D mit der Planung und dem Bau des Stadions beauftragt worden sei. Die Realisierung des Gesamtprojekts setze eine Änderung der Bau- und Nutzungsordnung sowie einen Gestaltungsplan voraus. Zudem müssten die Stimmberechtigten dem Kauf des Stammgrundstücks und der Baurechtsparzelle zustimmen. Die Differenz zwischen Kaufpreis und effektiven Erstellungskosten trage die Beschwerdegegnerin. Sie sei bereit, dieses Risiko einzugehen, wenn sie gleichzeitig das Projekt mit der vorgesehenen Mantelnutzung realisieren könne. Ohne Mantelnutzung würde das Projekt nicht rentieren und nicht realisiert. Es gehe also nicht um einen Auftrag der Stadt D oder einer anderen öffentlichen Stelle. Das Submissionsrecht sei nicht anwendbar, da der Auftrag nicht zu mehr als 50% mit öffentlichen Geldern subventioniert werde. Insbesondere stelle ein Planungsvorteil keine Subvention dar. Die öffentliche Hand tätige weder eine Ausgabe noch verzichte sie auf Einnahmen. Der Kaufpreis für das Stadion sei fixiert, während der Umfang der Aufwertung durch den Planungsvorteil im Risiko der Beschwerdegegnerin liege. Es sei unbelegt, dass die Aufzoning zu einer Aufwertung im Umfang von Fr. 29'000'000.-- führe. Planungsvorteile würden seitens des Staates nicht aus dessen Vermögen oder aus dem Verzicht auf Einnahmen geschaffen, was aber für eine Subvention kennzeichnend wäre. Es finde keine Vermögensverschiebung statt und es erfolge keine staatliche Zuwendung, zumal bei der öffentlichen Hand kein Mittelabfluss erfolge. Der Mehrwert werde auch nicht zugesichert. Es bestehe auch kein Anspruch darauf. Subventionen seien einseitige Rechtsgeschäfte ohne konkrete Gegenleistung. Vorliegend bestehe allerdings eine Gegenleistung mit dem Erwerb eines Baurechtsgrundstücks bzw. eines Stammgrundstücks. Der Beitrag des Kantons E werde nicht der Beschwerdegegnerin ausgerichtet, sondern der Stadion D. Überdies würden die Gesamtkosten Fr. 400'000'000.-- betragen. Die Beiträge der öffentlichen Hand würden weitaus weniger als die Hälfte davon ausmachen. Vorliegend gehe es nicht um die Auswahl des PPP-Vertragspartners der öffentlichen

Hand, welcher mit der Beschwerdegegnerin längst bestimmt worden sei. Bei der Querfinanzierung durch die Beschwerdegegnerin handle es sich nicht um öffentliche Gelder. Diese erfolge durch private Mittel.

Im Rahmen der Replik vom 5. Juli 2021 liess die Beschwerdeführerin an den gestellten Anträgen festhalten. Ergänzend wurde ausgeführt, das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau sei nach Eingang des Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons E beförderlich angerufen worden. Es sei nicht glaubwürdig, dass die Beschwerdegegnerin unabhängig und aus eigenem Antrieb ein Stadion baue. Sie erstelle das Stadion nur, weil die Stadt D ihr Fr. 29'000'000.-- mittels einer Aufzongung zukommen lasse, durch welche die Beschwerdegegnerin neben dem Stadion mehrere Wohntürme bauen könne. Dabei handle es sich um öffentliches Geld im Sinne des Vergaberechts. Tatsächlich liege keine klassische Subvention vor. Das Projekt müsse aber einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung unterzogen werden. Die Aufzongung komme dem Stadion zugute. Die Beschwerdegegnerin handle damit letztlich im staatlichen Auftrag, ohne sich dem Submissionsrecht unterstellen zu wollen. Es sei die öffentliche Hand, welche ein Fussballstadion wolle. Ein solches Projekt müsse dem Beschaffungsrecht unterstehen.

Mit Duplik 10. August 2021 liess die Beschwerdegegnerin an ihrem Antrag festhalten. Ergänzend wurde ausgeführt, die Beschwerdeführerin habe bestätigt, nicht alleine in der Lage zu sein, einen Auftrag der betreffenden Art zu übernehmen. Damit sei sie nicht stärker betroffen als jedermann bzw. andere Architekturbüros. Die Frage, ob der Erwerb des Stadions eine öffentliche Beschaffung darstelle, der nach den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts hätte ausgeschrieben werden müssen, bilde nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau wäre für die Beantwortung dieser Frage auch nicht zuständig. Überdies habe die Beschwerdegegnerin keinen Auftrag zur Errichtung des Stadions erhalten. Die Beschwerdeführerin plane und baue im Rahmen der geltenden Bau- und Zonenordnung auf Grundstücken in ihrem Eigentum. Vorliegend gehe es nur darum, ob das Fussballstadion zu mehr als 50% mit öffentlichen Geldern subventioniert werde, was unzutreffend sei. Es liege auch keine Umgehung des Beschaffungsrechts vor. Die

Beschwerdegegnerin trage das vollumfängliche wirtschaftliche Risiko. Ob der Erwerb des Fussballstadions hätte öffentlich ausgeschrieben werden müssen, hätte an anderer Stelle und früher geklärt werden müssen. Würde die Legitimation der Beschwerdeführerin bejaht, würde das Tor für eine Popularbeschwerde weit aufgestossen.

Mit Triplik vom 26. August 2021 liess die Beschwerdegegnerin an den gestellten Anträgen festgehalten. Diese wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnis gebracht.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen näher eingegangen.

Erwägungen

1. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde ergibt sich aus Art. 8 Abs. 4 IVöB i.V. mit Art. 15 Abs. 1 IVöB, § 3 Abs. 1 des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (GöB, RB 720.2) und § 72a VRG, nachdem sich der Sitz der Beschwerdegegnerin sowie deren schwerpunktmässige Tätigkeit in F und damit im Kanton Thurgau befindet (vgl. Beschwerdebeilage 4). Ergänzend kann diesbezüglich auf das entsprechende Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons E vom 29. März 2021 verwiesen werden (Beschwerdebeilage 3).
2. Bei der vorliegend zu beurteilenden Beschwerde handelt es sich um eine Rechtsverweigerungsbeschwerde. Verfahrensgegenstand bildet einzig die Frage, ob die Beschwerdegegnerin verpflichtet gewesen wäre, in dieser Angelegenheit eine anfechtbare Verfügung zu erlassen. Eine Rechtsverweige-

rungsbeschwerde ist grundsätzlich an keine Frist gebunden (TVR 2006 Nr. 9).

3.

3.1 Umstritten und zu prüfen ist zunächst die Legitimation der Beschwerdeführerin zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde.

3.2 Gemäss § 44 Ziff. 1 i.V. mit § 62 VRG ist zur Beschwerde berechtigt, wer durch einen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. Als schutzwürdig gilt jedes praktische oder rechtliche Interesse, das eine von der Verfügung betroffene Person geltend machen kann; es braucht mit dem Interesse, das durch die als verletzt bezeichnete Norm geschützt wird, nicht übereinzustimmen. Immerhin muss der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen. Das schutzwürdige Interesse besteht damit im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde. Diese Anforderungen sind besonders bedeutend bei der Beschwerde eines Dritten, der nicht Verfügungsadressat ist (BGE 131 II 587 E. 2.1 mit Hinweisen). In Bezug auf das Beschaffungsrecht hat das Bundesgericht im Wesentlichen festgehalten, die Legitimation könne nur bejaht werden, wenn dem Beschwerdeführer bei Gutheissung seiner Begehren ein effektiver praktischer Vorteil erwachse. Die formelle Beschwer bzw. der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen habe und nicht berücksichtigt worden sei, könne deshalb zur Legitimation nicht genügen. Ein praktisches Rechtsschutzinteresse könne nur in Bezug auf solche Anliegen anerkannt werden, die überhaupt mit der Beschwerde erreicht werden könnten. Das praktische Interesse des nicht berücksichtigten Anbieters sei in der Regel primär darauf gerichtet, anstelle des Zuschlagsempfängers selber den Zuschlag zu erhalten. Sekundär bestehe ein Feststellungsanspruch, wenn sich das Rechtsmittel als begründet er-

weise, aber mit dem Anbieter bereits ein Vertrag abgeschlossen worden sei. Der Feststellungsentscheid eröffne dem nicht berücksichtigten Anbieter gegebenenfalls einen Schadenersatzanspruch. Dieses Feststellungsinteresse verhindere, dass ein Rechtsmittelverfahren wegen Abschlusses des Vertrags als gegenstandslos abgeschrieben werde, setze aber voraus, dass sich ein Rechtsmittel als begründet erweise, was seinerseits bedinge, dass der Beschwerdeführer nach den einschlägigen Verfahrensbestimmungen dazu legitimiert gewesen sei. Der Schadenersatzanspruch setze voraus, dass der Beschwerdeführer ohne den Vertragsabschluss eine reelle Chance auf den Zuschlag gehabt hätte; denn andernfalls könne die Rechtswidrigkeit des Entscheids nicht kausal für den Schaden gewesen sein. Da für den Primär- und den Sekundärrechtsschutz grundsätzlich die gleichen Legitimationsvoraussetzungen gälten, müsse die Voraussetzung der reellen Chance auch für den Primärrechtsschutz gelten (BGE 141 II 14 E. 4.5 f.). Es fehlt demjenigen nicht berücksichtigten Anbieter an einem schutzwürdigen Beschwerdeinteresse, der auch bei Obsiegen seiner Anträge selber den Zuschlag nicht erhalten könnte. Das blosse Anliegen, den (behaupteterweise) rechtswidrigen Zuschlag aufzuheben, kann keine Legitimation begründen für denjenigen, der zwar als Anbieter am Verfahren teilgenommen hat, aber aufgrund seiner Rechtsmittelanträge und Sachvorbringen auch bei Durchdringen seiner Auffassung keinen praktischen Vorteil erzielen könnte (BGE 141 II 14 E. 4.8). Nach der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen muss derjenige, der den Zuschlag an sich beantragt, dem angerufenen Gericht als Legitimationsvoraussetzung glaubhaft machen, dass er selber die Eignungskriterien erfüllen würde (BGE 141 II 14 E. 5.1 mit Hinweisen).

- 3.3 Vorliegend stellt sich die Frage, worin das Rechtsschutzinteresse bzw. der praktische Vorteil der Beschwerdeführerin liegen könnte, wenn die Beschwerdegegnerin angehalten würde, eine anfechtbare Verfügung zu erlassen. So geht aus der Aktenlage hervor, dass die Beschwerdegegnerin den Bau des Fussballstadions seit rund 20 Jahren plant, eine Errichtung im Rahmen einer PPP beschlossen wurde und bereits diverse Verträge abgeschlos-

sen bzw. erteilt worden sein dürften. Hierbei bildet nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, ob das Stadionprojekt im Rahmen einer PPP errichtet werden darf bzw. ob die Einwohner- und Ortsbürgergemeinde D mit der Beschwerdegegnerin den richtigen Vertragspartner ausgewählt haben oder ob diese Auswahl oder die Planung und Erstellung des Stadions überhaupt hätte ausgeschrieben werden müssen. Dagegen hätte sich die Beschwerdeführerin rechtzeitig im Kanton E zur Wehr setzen müssen. Bei der gegebenen Faktenlage ist die Beschwerdegegnerin ohne weiteres in der Lage, die anstehenden Arbeiten selbst durchzuführen oder Dritte damit zu beauftragen. Zur Diskussion könnte somit höchstens ein allfälliger Schadenersatzanspruch der Beschwerdeführerin stehen. Äusserst fraglich erscheint zudem, ob die Beschwerdeführerin überhaupt die Eignungskriterien erfüllt und in der Lage (gewesen) wäre, den Zuschlag zu erhalten. Mit Blick auf die im Beschwerdeverfahren eingereichten Akten ist diesbezüglich festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin nicht glaubhaft gemacht bzw. nicht einmal nachvollziehbar dargelegt hat, dass sie in der Lage wäre, ein Fussballstadion mit einem Auftragsvolumen von Fr. 60'000'000.-- zu planen und auszuführen. Insbesondere wurden keine entsprechenden Referenzen angegeben. Insbesondere ergibt sich aus der E-Mail-Korrespondenz mit der G in H (Beschwerdebeilage 5) kein Hinweis auf eine bestehende bzw. gar gefestigte Geschäftsbeziehung. Hat die Beschwerdeführerin keine realistische Chance auf den Zuschlag und ist letztlich auch nicht mehr betroffen als jedermann bzw. andere Architektur- und Planungsbüros, ist ihre Legitimation zu verneinen.

- 3.4 Selbst wenn die Legitimation der Beschwerdeführerin gegeben wäre, ergibt - wie im Folgenden gezeigt wird - die materielle Prüfung, dass in der vorliegend zu beurteilenden Angelegenheit gar kein Submissionsrecht zur Anwendung gelangt, womit die Beschwerdegegnerin auch keine Verfügung hätte erlassen können, weshalb die Rechtsverweigerungsbeschwerde auch materiell abzuweisen ist.

4.
 - 4.1 In materieller Hinsicht ist vorab zu prüfen, ob vorliegend das Submissionsrecht zur Anwendung gelangt; nur in diesem Fall wäre die Beschwerdeführerin befugt gewesen, die von der Beschwerdegegnerin angebehrte Verfügung zu erlassen. Dies wäre dann zu bejahen, wenn eine Konstellation gemäss Art. 8 Abs. 2 lit. b IVöB vorliegt. Gemäss dieser Bestimmung unterstehen dem IVöB im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich Objekte und Leistungen, die zu mehr als 50% der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden. Massgebend ist somit, ob vorliegend mehrheitlich öffentliche Mittel zur Auftragserfüllung eingesetzt werden. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch zeichnen sich Subventionen und andere öffentlich-rechtliche Beiträge dadurch aus, dass es sich um Zuwendungen handelt, welche beim Empfänger eine Einnahme bilden und über die er damit verfügen kann, ohne dass er dem Zuwendenden dafür Beteiligungsrechte einräumen muss (Urteil des Bundesgerichts 2C_356/2020 vom 21. Oktober 2020 E. 6.1).
 - 4.2 Vorliegend soll ein Stadionprojekt in D im Rahmen einer PPP errichtet werden. Die Beschwerdegegnerin ist seit langem Grundeigentümerin von verschiedenen Grundstücken in der Nähe des Bahnhofs D. Unter anderem soll ein Stadion errichtet werden. Die Projektkosten belaufen sich auf mutmasslich Fr. 60'000'000.--. Das Stadion soll für Fr. 25'000'000.-- veräussert werden. Vorgesehen ist im Differenzbetrag zwischen Kaufpreis und Erstellungskosten eine Querfinanzierung aus dem Erlös der Mantelnutzung auf den Grundstücken der Beschwerdegegnerin, welche im Rahmen einer Änderung der Nutzungs- und Zonenordnung aufgezont werden sollen.
 - 4.3 Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass das Projekt des Fussballstadions mehrheitlich durch öffentliche Gelder finanziert wird. Insbesondere geltend gemacht wird, dass aufgrund der Aufzoning der Grundstücke der Beschwerdegegnerin ein planerischer Mehrwert in der Höhe von rund Fr. 29'000'000.-- entstehe, welcher zur Querfinanzierung bzw. Finanzierung

des Stadions verwendet werde. Demgegenüber geht die Beschwerdegegnerin davon aus, dass es sich bei der Querfinanzierung nicht um öffentliches Geld bzw. Subventionen handle. Zudem müssten die Gesamtprojektkosten von rund Fr. 400'000'000.-- berücksichtigt werden.

4.4

4.4.1 Mit der Beschwerdeführerin ist davon auszugehen, dass letztlich eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung erforderlich und die Umgehung des Submissionsrecht zu vermeiden ist. Eine Gesamtbetrachtung führt allerdings dazu, dass das gesamte Projekt mit Stadion und Mantelnutzung betrachtet werden muss. Dieses wird auf Grundstücken errichtet, welche heute bzw. seit längerem der Beschwerdegegnerin gehören. Die gesamten Projektkosten belaufen sich auf rund Fr. 400'000'000.--. Davon sollen Fr. 60'000'000.-- auf das Stadion entfallen. Für dieses Stadion bezahlt die Stadion D einen fixen Preis von Fr. 25'000'000.--. Der Differenzbetrag zu den mutmasslichen Erstellungskosten wird querfinanziert durch Gewinne aus der Mantelnutzung. Geht man davon aus, dass im Rahmen einer Gesamtbetrachtung die Gesamtkosten von Fr. 400'000'000.-- massgebend sind, so wäre selbst dann nicht von einem überwiegenden öffentlichen Mitteleinsatz auszugehen, wenn die gesamten Fr. 60'000'000.-- bzw. Fr. 58'000'000.-- für den Stadionneubau aus öffentlichen Mitteln finanziert würden.

4.4.2 Betrachtet man dagegen nur das Projekt des Stadionneubaus, so gilt es zunächst festzuhalten, dass dieses nicht im Auftrag der öffentlichen Hand erstellt wird. Als Gegenleistung für günstige Erwerbskosten wird eine Aufzoning gewährt. Dabei handelt es sich nicht um eine eigentliche Subvention, sondern um einen Planungsvorteil. Der Umfang des Werts der Planungsvorteile ist nicht bekannt. Die Beschwerdegegnerin trägt das alleinige Risiko dafür bzw. auch für die Differenz zwischen mutmasslichen Erstellungskosten und Verkaufspreis des Stadions. Es findet auch keine Vermögenstransaktion bzw. Verschiebung statt. Vielmehr kauft die Stadion D das fertige Stadion zu einem reduzierten Preis. Es findet ein Leistungsaustausch statt bzw. eine

marktwirtschaftliche Gegenleistung steht diesem gegenüber. Daran ändert nichts, dass die Aufzoning für die Beschwerdegegnerin Voraussetzung für die Realisierung des Projekts darstellt. Dies ist auch durchaus nachvollziehbar, wenn ein Stadion im Wert von Fr. 60'000'000.-- für lediglich Fr. 25'000'000.-- verkauft werden soll. Die vorliegende Konstellation ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin auch nicht mit der Situation vergleichbar, in der ein Auftraggeber ein Grundstück im Baurecht überlässt.

4.4.3 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Voraussetzungen gemäss Art. 8 Abs. 2 lit. b IVÖB nicht erfüllt sind, mithin das Fussballstadion in D nicht überwiegend durch öffentliche Mittel finanziert werden soll. Damit untersteht die Planung und Erstellung des Fussballstadions nicht dem Submissionsrecht. Die Beschwerdegegnerin war somit weder gehalten noch befugt, die von der Beschwerdeführerin angebehrte Verfügung zu erlassen. Eine Rechtsverweigerung liegt somit nicht vor. Folglich ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird.

5. Die Beschwerde ans Bundesgericht ist laut Art. 83 lit. f des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110) unzulässig gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen, wenn (Ziff. 1) sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt; vorbehalten bleiben Beschwerden gegen Beschaffungen des Bundesverwaltungsgerichts, des Bundesstrafgerichts, des Bundespatentgerichts, der Bundesanwaltschaft sowie der oberen kantonalen Gerichtsinstanzen, oder (Ziff. 2) der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert nach Art. 52 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) nicht erreicht. Da über die fraglichen Voraussetzungen das Bundesgericht im Rahmen des Eintretens auf eine allfällige Beschwerde zu entscheiden hat, wird vorliegend als Rechtsmittel die Beschwerdemöglichkeit an das Bundesgericht aufgeführt.

- 6.
- 6.1 Die Verfahrensgebühr wird in Anwendung von § 14 Abs. 1 Ziff. 1 der Verordnung des Grossen Rats über die Gebühren der Strafverfolgungs- und Gerichtsbehörden (VGG, RB 638.1) auf Fr. 4'000.-- festgesetzt und der unterliegenden Beschwerdeführerin unter Verrechnung mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'000.-- auferlegt (§ 77 VRG).
- 6.2 Im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht besteht in der Regel Anspruch auf Ersatz der ausseramtlichen Kosten (§ 80 Abs. 1 VRG). Wird Ersatz ausseramtlicher Kosten zugesprochen, sind die unterliegende Partei oder das unterliegende Gemeinwesen zur Bezahlung der Entschädigung verpflichtet (§ 80 Abs. 3 Satz 1 VRG). Die Parteientschädigung bemisst sich nach Bedeutung und Schwierigkeit der Sache, dem für eine sachgerechte Vertretung notwendigen Zeitaufwand und den Barauslagen. Sie beträgt in der Regel zwischen Fr. 400.-- und Fr. 10'000.--, zuzüglich der ausgewiesenen Barauslagen und der Mehrwertsteuer (§ 3 Abs. 1 der Verordnung des Verwaltungsgerichtes über den Anwaltstarif für Streitigkeiten vor dem Verwaltungsgericht, dem Versicherungsgericht, der Enteignungskommission und den Rekurskommissionen [ATVG, RB 176.61]). Vorliegend ist die Parteientschädigung auf Fr. 3'500.-- festzusetzen. Hierbei ist keine Mehrwertsteuer zuzusprechen, da die Beschwerdegegnerin diese als Vorsteuer in Abzug bringen kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_465/2016 vom 15. November 2016).

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

versandt: