

WBE.2021.291 / MW / jb

Art. 116

Urteil vom 26. November 2021

Besetzung

Verwaltungsrichter Winkler, Vorsitz  
Verwaltungsrichterin Lang  
Verwaltungsrichter Michel  
Gerichtsschreiber Wildi

Beschwerde-  
führerin

**A. \_\_\_\_\_ AG**  
vertreten durch lic. iur. Stephan Weber, Rechtsanwalt,  
Niederlenzerstrasse 10, Postfach, 5600 Lenzburg

**gegen**

**Kanton Aargau,**  
handelnd durch das Departement Volkswirtschaft und Inneres,  
Justizvollzugsanstalt Lenzburg, Postfach, 5600 Lenzburg

Gegenstand

Beschwerdeverfahren betreffend Submission

Entscheid des Departements Volkswirtschaft und Inneres,  
Justizvollzugsanstalt Lenzburg, vom 4. August 2021

---

## **Das Verwaltungsgericht entnimmt den Akten:**

### **A.**

Für die Lieferung von Holzschnitzeln ab dem 1. September 2022 an die Justizvollzugsanstalt Lenzburg (Strafanstalt und Zentralgefängnis) führte das Department Volkswirtschaft und Inneres (DVI), Justizvollzugsanstalt Lenzburg, eine Submission im Einladungsverfahren durch. Mit Zustellung der Offertanfrage vom 17. Mai 2021 wurden sieben Forstunternehmen zur Eingabe eines Angebots für einen zweijährigen Holzschnitzelliefervertrag eingeladen. Innert Frist gingen sechs Angebote ein mit unbereinigten Energieheizpreisen zwischen 4.29 Rp. / kWh und 5.50 Rp. / kWh. Mit Verfügung vom 4. August 2021 eröffnete die Justizvollzugsanstalt Lenzburg der A. AG die Vergabe der Holzschnitzellieferung an den Forstbetrieb C., X., zum Energieheizpreis von 4.60 Rp. / kWh.

### **B.**

#### **1.**

Mit Eingabe vom 16. August 2021 erhob die A. AG Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit folgenden Begehren:

##### **1.**

Die Zuschlagsverfügung der Beschwerdegegnerin vom 04.08.2021 im Vergabeverfahren "Vergabe der Holzschnitzellieferung JVA Lenzburg ab 01.09.2022 für 2 Jahre" sei aufzuheben.

##### **2.**

###### **2.1.**

Die Beschwerdegegnerin sei verwaltungsgerichtlich anzuweisen, der Beschwerdeführerin den Zuschlag zu erteilen.

###### **2.2.**

Eventualiter sei festzustellen, dass der Vergabeentscheid rechtswidrig ist.

##### **3.**

###### **3.1.**

Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

###### **3.2.**

Es sei ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen.

##### **4.**

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

#### **2.**

Mit Verfügung vom 17. August 2021 wurde der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt.

**3.**

Die Justizvollzugsanstalt Lenzburg beantragte mit Beschwerdeantwort vom 26. August 2021 die Abweisung der Beschwerde, erklärte sich aber damit einverstanden, dass der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt werde.

**4.**

Mit Verfügung vom 1. September 2021 wurde das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gutgeheissen und der Beschwerde weiterhin die aufschiebende Wirkung gewährt.

**5.**

Der Forstbetrieb C. teilte mit Schreiben vom 8. September 2021 mit, dass er sich nicht am Verfahren beteilige.

**6.**

Die Beschwerdeführerin hielt mit Replik vom 27. September 2021 an den Rechtsbegehren gemäss Beschwerde vom 16. August 2021 fest.

**7.**

In ihrer Duplik vom 7. Oktober 2021 wiederholte die Justizvollzugsanstalt Lenzburg den Antrag auf Abweisung der Beschwerde.

**8.**

Das Verwaltungsgericht hat den Fall auf dem Zirkularweg entschieden (vgl. § 7 des Gerichtsorganisationsgesetzes vom 6. Dezember 2011 [GOG; SAR 155.200]).

---

**Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**I.**

**1.**

Am 1. Juli 2021 sind die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB; SAR 150.960) und das Dekret über das öffentliche Beschaffungswesen vom 23. März 2021 (DöB; SAR 150.920) in Kraft getreten. Gemäss der Übergangsbestimmung von Art. 64 Abs. 1 IVöB werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Konkordats eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Die angefochtene Verfügung erging am 4. August 2021; das ihr zugrundeliegende Vergabeverfahren "Vergabe der Holzschnitzellieferung JVA Lenzburg ab 1.9.2022 für 2 Jahre" wurde mit Offertanfrage vom 17. Mai 2021 eingeleitet (vgl. lit. A). Anwendbar sind somit das Submissionsdekret vom 26. November 1996 (SubmD; SAR 150.910) und die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 (aIVöB; SAR 150.950).

## **2.**

### **2.1.**

Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist zulässig gegen letztinstanzliche Entscheide der Verwaltungsbehörden und gegen Entscheide des Spezialverwaltungsgerichts (§ 54 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 4. Dezember 2007 [VRPG; SAR 271.200]). Ausgeschlossen ist die Beschwerde in den Sachbereichen gemäss § 54 Abs. 2 lit. a – h VRPG. Vorbehalten bleiben sodann Sonderbestimmungen in anderen Gesetzen (§ 54 Abs. 3 VRPG). Die Beschwerde ist auch in den Fällen von Absatz 2 und 3 zulässig, wenn die Verletzung des Anspruchs auf Beurteilung von Streitigkeiten durch eine richterliche Behörde gerügt wird (§ 54 Abs. 4 VRPG).

### **2.2.**

Gegen Verfügungen der Vergabestellen gemäss § 5 SubmD kann direkt beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden (§ 24 Abs. 1 SubmD). Bei der Justizvollzugsanstalt Lenzburg handelt es sich um eine kantonale Vergabestelle im Sinne von § 5 Abs. 1 lit. a SubmD.

Sind die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens gemäss § 8 Abs. 2 SubmD erreicht, was beim hier streitigen Lieferauftrag der Fall ist (zum Auftragswert vgl. Erw. III/2), gilt als anfechtbare Verfügung u.a. der Zuschlag (§ 24 Abs. 2 lit. b SubmD). Das Verwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

## **3.**

Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

## **4.**

Mit der Beschwerde an das Verwaltungsgericht können die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, geltend gemacht werden (§ 25 Abs. 2 SubmD). Die Ermessenskontrolle ist dagegen ausgeschlossen (§ 25 Abs. 3 SubmD).

## **II.**

### **1.**

Gemäss § 18 Abs. 1 SubmD erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots sind insbesondere Qualität, Preis, Erfahrung, Innovation, Termin, Garantie- und Unterhaltsleistungen, Betriebs- und Unterhaltskosten, technischer Wert, Zweckmässigkeit, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, Ausbildung von Lehrlingen sowie gerechte Abwechslung und Verteilung (§ 18 Abs. 2 SubmD). In der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen sind

die Zuschlagskriterien mit ihrer Gewichtung anzugeben. Fehlen diese Angaben, gilt als Zuschlagskriterium der Preis. Allfällige Teilkriterien sind mit ihrer Gewichtung anzugeben (§ 18 Abs. 3 SubmD). Der Zuschlag für weitgehend standardisierte Güter kann ausschliesslich nach dem niedrigsten Preis erfolgen (§ 18 Abs. 4 SubmD).

Der Vergabestelle kommt sowohl bei der Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien als auch bei der Bewertung der Angebote aufgrund der ausgewählten Zuschlagskriterien ein grosser Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreift (vgl. auch Erw. I/3). Indessen ist die Vergabestelle insbesondere an die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung gebunden. Gemäss § 1 Abs. 1 SubmD sind die Anbietenden in allen Phasen des Vergabeverfahrens gleich zu behandeln, und die Vergabestelle vermeidet jede Diskriminierung der Anbietenden (vgl. auch Art. 11 lit. a aIVöB). Die Vergabestelle hat zudem einen wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten (Art. 11 lit. b aIVöB; vgl. auch § 1 Abs. 1 Satz 1 SubmD).

## **2.**

### **2.1.**

Gemäss der Offertanfrage vom 17. Mai 2021 sollte die Vergabe der Holzschnitzellieferung "an denjenigen Anbieter, der das wirtschaftlich günstigste Angebot für den Heizenergiepreis (Rp. / kWh) offeriert" erfolgen. Anzugeben war der Offertpreis als Heizenergiepreis (= Schnitzel, Transport, inkl. Entsorgung Asche) bei einem (angenommenen) Kesselwirkungsgrad von 85 % in Rp. / kWh (Offertanfrage, S. 5). Weitere Zuschlagskriterien nach § 18 Abs. 2 SubmD wurden nicht festgelegt.

### **2.2.**

Die Beschwerdeführerin hatte einen Heizenergiepreis von 4.29 Rp. / kWh offeriert; der vom Forstbetrieb C. offerierte Preis belief sich auf 4.60 Rp. / kWh (vgl. Offertöffnungsprotokoll vom 29. Juni 2021 [Beschwerdebeilage 9]). Der Zuschlag erfolgte zum Heizenergiepreis von 4.60 Rp. / kWh an den Forstbetrieb C. Die Vergabestelle begründete die Zuschlagserteilung in der Vergabeverfügung vom 4. August 2021 damit, dass der Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt sei. Die Prüfung der eingegangenen Angebote habe ergeben, dass von den eingeladenen Forstbetrieben einzig der Forstbetrieb C. für die Lieferung von Holzschnitzeln zugunsten der Justizvollzugsanstalt Lenzburg von der Mehrwertsteuer ausgenommen sei.

### **2.3.**

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin hätte die Frage, ob ein Anbieter der Mehrwertsteuer unterliegt oder nicht, im vorliegenden Vergabeverfahren keine Rolle spielen dürfen. Um die Gleichbehandlung sämtlicher Anbieter gewährleisten zu können, wäre die Vergabestelle vielmehr verpflichtet

gewesen, die offerierten Preise ohne Mehrwertsteuer miteinander zu vergleichen und gestützt auf diesen Vergleich das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erheben. Die Vergabestelle habe, indem sie auf die Mehrwertsteuerpflicht abgestellt habe, auf ein nicht zulässiges Kriterium abgestellt. Das Vorgehen der Vergabestelle bewirke eine Diskriminierung der Anbieter, die der Mehrwertsteuer unterliegen würden. Auch habe es die Vergabestelle dabei zu Unrecht unterlassen, den ihr möglichen Vorsteuerabzug zu berücksichtigen. Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, der Forstbetrieb C. hätte zwingend vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen, da er in seinem Angebot die Vergabestelle "unerfragt" und damit unzulässigerweise über seine fehlende Mehrwertsteuerpflicht informiert habe. Gerügt wird schliesslich auch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs bzw. der Begründungspflicht (vgl. Beschwerde, S. 10 ff.; Replik, S. 4 ff.).

Demgegenüber vertritt die Vergabestelle den Standpunkt, entscheidend für die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots sei einzig, wieviel der Vergabestelle effektiv für die kWh in Rechnung gestellt werden und sie bezahlen müsse. Die Mehrwertsteuerpflicht eines Anbieters stelle kein separates Zuschlagskriterium dar, sondern sei integraler Bestandteil des Kriteriums "wirtschaftlich günstigstes Angebot". Folglich habe die Beschwerdeführerin nicht davon ausgehen können, dass die Mehrwertsteuer bei der Beurteilung des wirtschaftlich günstigsten Angebots keine Rolle spielen werde. Inwiefern der Hinweis des Zuschlagsempfängers, er unterstehe nicht der Mehrwertsteuerpflicht, unzulässig gewesen sein solle, sei nicht ersichtlich und ein Ausschluss vom Verfahren nicht gerechtfertigt. Da die Vergabestelle nicht der ordentlichen Mehrwertbesteuerung, sondern der Pauschalbesteuerung unterliege, gehe auch das Argument bezüglich des Vorsteuerabzuges fehl, da ein solcher entfalle. Unbegründet sei schliesslich der Vorwurf, der Zuschlag zugunsten des Forstbetriebs C. stelle eine Ungleichbehandlung der Anbieter dar. Es sei unbestritten, dass die Ausnahme von der Mehrwertsteuerpflicht für den Forstbetrieb einen Wettbewerbsvorteil bei der Ausschreibung des Kantons Aargau und der Gemeinden X., Q., R., S. oder T. darstelle. Es handle sich aber um einen vom Bundesgesetzgeber ausdrücklich vorgesehenen Sachverhalt, weshalb von einer Diskriminierung nicht die Rede sein könne. Ein wirksamer Wettbewerb sei trotz dieses Vorteils möglich. Der guten Ordnung halber sei festzuhalten, dass der angefochtene Entscheid hinreichend begründet sei (Beschwerdeantwort, S. 2 ff.; Duplik, S. 1 f.).

#### **2.4.**

Umstritten und zu prüfen ist somit in erster Linie die Frage, ob die Vergabestelle im vorliegenden Vergabeverfahren die eidgenössische Mehrwertsteuer von 7.7 % für die Ermittlung des wirtschaftlichen günstigsten Angebots und infolgedessen bei der Zuschlagserteilung mitberücksichtigen durfte oder nicht.

### **3.**

#### **3.1.**

Weder das SubmD noch die alVöB enthalten ausdrückliche Vorgaben darüber, ob beim Zuschlag der Angebotspreis bzw. die bereinigte Angebotssumme mit oder ohne Mehrwertsteuer zu berücksichtigen ist. Einzig im Zusammenhang mit den für die Wahl des Verfahrens relevanten Schwellenwerten bestimmen § 8 Abs. 5 SubmD und Art. 7 Abs. 1<sup>ter</sup> alVöB, dass die (eidgenössische) Mehrwertsteuer bei der Schätzung bzw. Berechnung des Auftragswerts nicht zu berücksichtigen ist (vgl. ferner § 2 der Vergaberichtlinien [VRöB] zur alVöB). In der Praxis sind denn auch beide Vorgehensweisen verbreitet. In der Regel spielt die Frage keine Rolle, da im Normalfall alle Anbieter (auch jene mit Sitz im Ausland) bzw. die von ihnen im Inland erbrachten Leistungen der eidgenössischen Mehrwertsteuerpflicht unterworfen sind. Das heisst, das günstigste Angebot ohne Mehrwertsteuer ist gleichzeitig auch das günstigste Angebot mit Mehrwertsteuer (vgl. auch Duplik, S. 2). Indessen sieht das Bundesgesetz vom 12. Juni 2009 über die Mehrwertsteuer (Mehrwertsteuergesetz, MWSTG; SR 641.20) eine Reihe von Ausnahmen (subjektiver und objektiver Natur) von der Steuerpflicht vor (vgl. z.B. Art. 10 Abs. 2 lit. a – c, Art. 12 Abs. 3, Art. 21 MWSTG). Gemäss Art. 21 Abs. 2 Ziff. 28 MWSTG sind von der Steuer ausgenommen Leistungen zwischen den Organisationseinheiten des gleichen Gemeinwesens (lit. a), zwischen privat- oder öffentlich-rechtlichen Gesellschaften, an denen ausschliesslich Gemeinwesen beteiligt sind, und den an der Gesellschaft beteiligten Gemeinwesen und deren Organisationseinheiten (lit. b) und zwischen Anstalten und Stiftungen, die ausschliesslich von Gemeinwesen gegründet wurden, und den an der Gründung beteiligten Gemeinwesen und deren Organisationseinheiten (lit. c). Mit der per 1. Januar 2018 in das MWSTG aufgenommenen Steuerausnahme sollte die Zusammenarbeit unter verschiedenen Gemeinwesen mehrwertsteuerlich entlastet werden. Für Leistungen an nicht beteiligte Gemeinwesen gilt die Privilegierung nicht (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 25. Februar 2015 zur Teilrevision des Mehrwertsteuergesetzes, in: Bundesblatt [BBl] 2015 2642, 2675 f.).

#### **3.2.**

Grundlage des Forstbetriebs C. ist ein zwischen den Ortsbürgergemeinden Y., Q., R., S., den Einwohnergemeinden X., Z. und T. sowie dem Staat Aargau im Jahr 2010 abgeschlossener Vertrag mit Gültigkeit per 1. Januar 2011. Gemäss § 1 Ziff. 2 dieses Vertrags schaffen und betreiben die Vertragsparteien gemeinsam den Forstbetrieb C. zum Zweck der Pflege und Nutzung ihrer Wälder und um die Ressourcen (Organisation, Personal, Betrieb, Finanzabläufe) optimal zu nutzen. Zur Rechtsnatur (des Vertrags und des Forstbetriebs) äussert sich der Vertrag nicht. Die Vergabestelle geht von einer einfachen Gesellschaft aus (Beschwerdeantwort, S. 2; vgl. ferner E-Mail von C., Departement Bau, Verkehr und Umwelt, \_\_\_\_\_, vom

26. Juli 2021 [bei den Vorakten]). Gemäss Bestätigung der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV), Hauptabteilung Mehrwertsteuer, Abteilung Recht, vom 28. Juli 2021 (Beschwerdeantwortbeilage 4) sind "die Lieferungen von Holzschnitzel des Forstbetriebs C. (nur Gemeinwesen beteiligt inkl. Staat Aargau) an die JVA (Organisationseinheit des Kantons Aargau) aufgrund von Art. 21 Abs. 2 Ziff. 28 Bst. b MWSTG von der MWST ausgenommen".

### **3.3.**

#### **3.3.1.**

Die Vergabestelle hat das Angebot des Forstbetriebs C. mit einem Preis von 4.60 Rp. / kWh ohne Mehrwertsteuer in die Auswertung / Preisbewertung miteinbezogen. Demgegenüber hat sie bei allen anderen Angeboten auf die offerierten Preise, die zwischen 4.29 Rp. / kWh (Beschwerdeführerin) und 5.50 Rp. / kWh lagen, jeweils die Mehrwertsteuer von 7.7 %, d.h. Beträge zwischen 0.33 und 0.42 Rp., aufgerechnet. Dadurch lag das Angebot des Forstbetriebs C. neu an erster Stelle, mit einem Preisvorsprung von 0.02 Rp. auf das Angebot der Beschwerdeführerin (vgl. Factsheet des Amtes für Justizvollzug vom 3. August 2021 [bei den Vorakten]).

#### **3.3.2.**

Wie bereits erwähnt (Erw. II/1 oben) sind die Anbieter in allen Phasen des Vergabeverfahrens gleich zu behandeln, und die Vergabestelle vermeidet jede Diskriminierung der Anbieter (§ 1 Abs. 1 SubmD; vgl. auch Art. 11 lit. a aIVöB und Art. 11 lit. c IVöB). Gemäss § 17 Abs. 1 Satz 2 SubmD hat die Vergabestelle die Angebote im Rahmen der Bereinigung auf eine vergleichbare Basis zu bringen. Die Vergabestelle begründet im vorliegenden Fall die Aufrechnung der Mehrwertsteuer von 7.7 % auf alle Angebote mit Ausnahme desjenigen des Forstbetriebs C. mit der Ermittlung des für sie (wirtschaftlich) günstigsten Angebots. Sie erkennt jedoch, dass ihre Vorgehensweise zur Ermittlung des (wirtschaftlich) günstigsten Angebots zu einer offensichtlichen Ungleichbehandlung unter den von ihr eingeladenen Anbietern führt. Die in Bezug auf die Mehrwertsteuer nicht privilegierten Konkurrenten müssen mit ihren Preisangeboten einen Preisvorsprung des Forstbetriebs C. von 7.7 % aufholen, um überhaupt eine Chance auf den Zuschlag zu haben. Dieser Nachteil wirkt sich vorliegend umso stärker aus als der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist. Das Vorgehen steht nicht nur im Widerspruch mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieter, sondern auch mit der mit dem Vergaberecht angestrebten Förderung des wirksamen und fairen Wettbewerbs. Die Steuerausnahme für Leistungen gemäss Art. 21 Abs. 2 Ziff. 28 lit. b MWSTG kann aus Sicht des öffentlichen Beschaffungsrechts daher erst zum Tragen kommen, wenn sich ein Angebot auch ohne diese Privilegierung als das wirtschaftlich günstigste erweist, das heisst erst nach der Zuschlagserteilung. Bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots hingegen muss die Mehrwertsteuer jedenfalls immer dann ausser Acht bleiben, wenn



ihr nicht alle Anbieter bzw. nicht alle Leistungen in gleicher Weise unterstehen. In solchen Fällen ist der Angebotspreis, um dem Gleichbehandlungsgebot Nachachtung zu verschaffen, ohne die gesetzliche Mehrwertsteuer zu bewerten.

### **3.3.3.**

Der Forstbetrieb C. befindet sich vollständig in öffentlicher Hand, konkret des Kantons Aargau und der beteiligten Einwohner- und Ortsbürgergemeinden (vgl. auch oben Erw. II/3.2). Die Teilnahme von staatlichen oder staatlich beherrschten Anbietern an öffentlichen Submissionsverfahren wird zwar als grundsätzlich zulässig erachtet, sie ist aber unter den Aspekten der Wettbewerbsneutralität und der Gleichbehandlung der Anbietenden nicht unproblematisch. Das Bundesgericht hat sich zur Teilnahme von Anbietern mit staatlichem Hintergrund an Vergabeverfahren in BGE 143 II 425, Erw. 4.2 f., in grundsätzlicher Hinsicht folgendermassen geäußert (vgl. auch das dem genannten BGE vorangegangene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. April 2016 [BVGE 2017 IV/4], Erw. 4.5 ff. mit Hinweisen; ferner MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 1382):

4.2 Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität staatlichen Handelns ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Art. 27 BV und Art. 94 BV. Während Art. 27 BV den individualrechtlichen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit garantiert, schützt Art. 94 BV als grundlegendes Ordnungsprinzip einer auf marktwirtschaftlichen Prinzipien beruhenden Wirtschaftsordnung die systembezogene oder institutionelle Dimension der Wirtschaftsfreiheit. Beide Aspekte sind eng aufeinander bezogen und können nicht isoliert betrachtet werden. In diesem Gefüge kommt dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden bzw. der staatlichen Wettbewerbsneutralität eine Scharnierfunktion zu (vgl. BGE 142 I 162 E. 3.2.1 S. 164 f.; BGE 138 I 378 E. 6.1 S. 385). Die individualrechtliche Komponente der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) gibt dem Privaten keinen Schutz vor Konkurrenz. Das gilt auch im Verhältnis zu einem staatlichen Unternehmen, soweit dieses mit gleichen Rechten und Pflichten im Wettbewerb auftritt und das private Angebot durch die staatliche Massnahme nicht geradezu verdrängt wird (vgl. BGE 138 I 378 E. 6.2.2 S. 385 ff.).

4.3 Aus dem Grundsatzentscheid für eine privatrechtliche Wirtschaftsordnung (Art. 94 BV) folgt indes, dass unternehmerisches Handeln des Staates auf einer formell-gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein muss (Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 BV). Die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates soll zudem wettbewerbsneutral bzw. nicht wettbewerbsverzerrend sein, d.h. den gleichen Wettbewerbsbedingungen unterworfen sein wie ein entsprechendes privates Unternehmen (Art. 94 BV; vgl. BGE 138 I 378 E. 6.3.2 S. 388 ff. mit zahlreichen Hinweisen). Die Wettbewerbsneutralität staatlichen Unternehmerhandelns kann in Frage gestellt sein, wenn der Staat nicht vergleichbaren Regeln wie die privaten Wettbewerbsteilnehmer untersteht. Daraus ergibt sich, dass eine Quersubventionierung des Wettbewerbsbereichs eines staatlichen Unternehmens aus seinem Monopolbereich unzulässig ist, soweit sie in systematischer Weise erfolgt und sie deshalb geeignet ist, den

freien Wettbewerb zu verfälschen (vgl. BGE 138 I 378 E. 9.1 S. 398 f.; [...])."

Im Weiteren verweist das Bundesgericht in Erw. 4.4.2 des zitierten Entscheids auf die Zielsetzungen des öffentlichen Vergabewesens, wie Transparenz des Vergabeverfahrens, Stärkung des Wettbewerbs unter den Anbietern, Förderung des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel und Gewährleistung der Gleichbehandlung der Anbieter untereinander. Zu beachten sei, dass neben dem beschaffungsrechtlichen Ziel einer Stärkung des Wettbewerbs auch jenes der Wirtschaftlichkeit und der Gleichbehandlung enge Bezüge zum Grundsatz der Wettbewerbsneutralität staatlichen Handelns aufwiesen. Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität sei eng mit der Erreichbarkeit wichtiger Zielsetzungen des Beschaffungsrechts verbunden. Dabei obliege die Beachtung der Wettbewerbsneutralität im beschaffungsrechtlichen Rahmen in erster Linie der Vergabestelle.

#### **3.3.4.**

Auch diese grundsätzlichen Ausführungen des Bundesgerichts zur Wettbewerbsneutralität staatlicher Marktteilnahme im Rahmen von Vergabeverfahren, namentlich die Hinweise auf gleiche Wettbewerbsbedingungen und gleiche Regeln für private und staatliche Anbieter, legen es nahe, die mehrwertsteuerlichen Ausnahmetatbestände von Art. 21 Abs. 2 Ziff. 28 MWSTG bzw. den daraus für die privilegierten Anbieter mit staatlichem Hintergrund resultierenden Preisvorteil bei öffentlichen Submissionsverfahren nicht zu berücksichtigen. Nicht gefolgt werden kann hingegen der Argumentation der Vergabestelle, es sei zwar unbestritten, dass die Ausnahme von der Mehrwertsteuerpflicht für den Forstbetrieb C. einen Wettbewerbsvorteil bei Ausschreibungen des Kantons Aargau sowie der Gemeinden X., Q., R., S. und T. darstelle, da es sich dabei aber um einen vom Bundesgesetzgeber ausdrücklich vorgegebenen Sachverhalt handle, könne von einer Diskriminierung nicht die Rede sein, und ein wirksamer Wettbewerb sei trotz des Vorteils möglich (Beschwerdeantwort, S. 4). Die unzulässige Ungleichbehandlung der Anbieter im Vergabeverfahren ist im vorliegenden Fall eindeutig gegeben, und sie hätte durch die Bewertung der Angebotspreise *ohne MWST* ohne Weiteres vermieden werden können.

#### **3.4.**

##### **3.4.1.**

Die Beschwerdeführerin vertritt den Standpunkt, bei der Zuschlagserteilung an den "kantonsinternen" Forstbetrieb durch eine kantonale Dienststelle handle es sich faktisch um eine unzulässige "In-house"-Vergabe, "der der Mantel des Submissionsverfahrens umgelegt" worden sei (Beschwerde, S. 17). Die Vergabestelle verneint eine faktische In-house-Vergabe, da einerseits der Kanton den Forstbetrieb C. nicht wie eine eigene Dienststelle kontrollieren könne, sondern eine Einigung unter allen Vertragspartnern nö-

tig sei, und andererseits der Forstbetrieb C. nicht zum erheblich überwiegenden Teil nur für den Kanton tätig sei. Der guten Ordnung halber sei festzuhalten, dass In-house-Vergaben selbstverständlich zulässig wären (Beschwerdeantwort, S. 4).

### 3.4.2.

Wie das MWSTG kennt auch das Submissionsrecht eine Privilegierung von Leistungsvergaben innerhalb der Staatssphäre. Die privilegierten Tatbestände sind neu in Art. 10 Abs. 2 lit. b – d IVöB geregelt. Das öffentliche Beschaffungsrecht kommt dann nicht zur Anwendung, wenn ein Geschäft innerhalb des unterstellten Auftraggebers "hausintern" abgewickelt und die leistungserbringende Organisationseinheit *ausschliesslich* für ihren Träger tätig wird, d.h. nicht gleichzeitig auch anbietende Marktteilnehmerin ist und private Anbieter konkurrenziert. Neben diesen echten In-house-Geschäften zwischen verschiedenen Stellen innerhalb eines einzigen Rechtsträgers (vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. c IVöB) sind auch die sog. Quasi-in-house-Beschaffungen und In-state-Beschaffungen vergaberechtsfrei. Eine Quasi-in-house-Beschaffung liegt vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen Auftrag einem Leistungserbringer erteilt, der ihm nicht als Organisationseinheit angehört, über den er aber, gegebenenfalls auch zusammen mit anderen öffentlichen Auftraggebern, eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über eine eigene Dienststelle entspricht. Ausgeschlossen ist jegliche Beteiligung Privater. Zudem muss der Leistungserbringer im Wesentlichen (mindestens 80 % der Leistungen) für den oder die ihn kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber tätig sein (vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB). Bei der In-state-Ausnahme erfolgt die Leistungsbeschaffung durch einen öffentlichen Auftraggeber bei einem anderen, rechtlich selbständigen Auftraggeber, der seinerseits dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt ist und der diese Leistung nicht im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbringt (vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. b IVöB). Auch hier ist jede private Beteiligung am Leistungserbringer ausgeschlossen; dieser darf nur für öffentliche Auftraggeber tätig sein und die Tätigkeiten müssen im Rahmen der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe ohne kommerzielle Absichten und ohne Gewinnstrebigkeit, d.h. nur kostendeckend, erfolgen (vgl. zum Ganzen MARTIN LUDIN, Privilegierte Vergaben innerhalb der Staatssphäre: Eine Rechtsvergleichung von In-house, Quasi-in-house und In-state-Geschäften in der EU und der Schweiz, 2019, S. 49 ff.; BEYELER, a.a.O., Rz. 1139 ff.; Musterbotschaft zur Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB] vom 15. November 2019 [Version 1.0 vom 16. Januar 2020; <https://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019>], S. 39 f.; SCHNEIDER HEUSI, Vergaberecht IN A NUTSHELL, 3. Aufl. 2021, S. 53 ff.; FELIX TUCHSCHMID, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 38 ff. zu Art. 10; Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2013, S. 193, Erw. II/2.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 244 ff.). Die Vergaberechtsfreiheit dieser drei Ausnahmetatbestände

(vgl. die Marginalie zu Art. 10 IVöB) knüpft an die Wettbewerbsneutralität der Beschaffungsvorgänge an.

### **3.4.3.**

Die Bezeichnung des Anbieters als "Forstbetrieb C., (Abteilung Wald, BVU, Kanton Aargau)" im Angebot des Forstbetriebs vom 21. Juni 2021 (Seite 5 unten) könnte darauf hindeuten, dass sich der Forstbetrieb tatsächlich als kantonale Organisationseinheit versteht. Dass dies nicht zutrifft und die Voraussetzungen für eine echte In-house-Vergabe nicht erfüllt sind, legt die Vergabestelle in der Beschwerdeantwort zutreffend dar. Genau so wenig dürften vorliegend die Voraussetzungen einer Quasi-in-house-Vergabe oder einer In-state-Vergabe erfüllt sein. Da die Vergabestelle ein Einladungsverfahren nach SubmD mit insgesamt sieben Anbietern durchgeführt hat, braucht die Frage, ob stattdessen auch eine vergaberechtsfreie Beschaffung der Holzschnitzel durch die JVA Lenzburg direkt beim Forstbetrieb zulässig gewesen wäre, jedoch nicht vertieft geprüft zu werden.

### **4.**

Zusammenfassend stellte die Vergabestelle bei der Bewertung und Zuschlagserteilung zu Unrecht auf die Preise inklusive Mehrwertsteuer ab. Dadurch erfolgte eine Ungleichbehandlung der Anbieter bzw. eine unzulässige Benachteiligung derjenigen Anbieter, die der eidgenössischen Mehrwertsteuer unterworfen sind. Die Beschwerde erweist sich als begründet und ist insoweit gutzuheissen, als die Beschwerdeführerin die Aufhebung des an den Forstbetrieb C. erteilten Zuschlags (Beschwerdebegehren 1) verlangt. Es erübrigt sich, auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin betreffend Verfahrensausschluss des Forstbetriebs C. und betreffend Verletzung der Begründungspflicht näher einzugehen.

### **5.**

Die Beschwerdeführerin beantragt im Weiteren, die Vergabestelle "sei verwaltungsgerichtlich anzuweisen, der Beschwerdeführerin den Zuschlag zu erteilen" (Beschwerdebegehren 2.1).

Das Verwaltungsgericht kann gemäss § 27 Abs. 1 SubmD die Zuschlagsverfügung aufheben und die Beschwerdesache mit oder ohne verbindliche Anordnungen an die Vergabestelle zurückweisen. Aus dem Gesetzeswortlaut geht indes nicht klar hervor, ob das Verwaltungsgericht die Rückweisung mit der Anordnung verbinden darf, einem bestimmten Anbieter den Zuschlag zu erteilen. Bei der Beratung von § 27 SubmD in der Kommission des Grossen Rates wurde zu dieser Frage ausgeführt, aufgrund des Wortlautes sei eine solche Anordnung "im Prinzip ausgeschlossen" (Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 4. September 1996, S. 25 [Votum Pfisterer]). Angesichts des erheblichen Ermessensspielraums, welcher der Vergabestelle bei der Zuschlagserteilung zukommt, wird das Verwaltungsgericht, dem nur eine Rechts-, aber keine Ermessenskontrolle zusteht

(§ 25 Abs. 3 SubmD), höchstens in Ausnahmefällen, in denen die Vergabestelle aufgrund der besonderen Umstände des Falles kein Ermessen mehr hat, verbindliche Anweisungen bezüglich des Zuschlags erteilen (vgl. AGVE 1997, S. 354, Erw. 2a).

Die Beschwerdeführerin hat mit einem Heizenergiepreis von 4.29 Rp. / kWh ohne MWSt das preislich niedrigste Angebot eingereicht (vgl. Fact-sheet des Amtes für Justizvollzug vom 3. August 2021 [bei den Vorakten]). Der Preis ist das einzige Zuschlagskriterium (vgl. oben Erw. II/2.1). Bezüglich Preisbewertung verbleibt der Vergabestelle vorliegendenfalls kein Ermessen mehr. Andererseits ist gemäss § 22 Abs. 1 SubmD die Vergabestelle nicht zum Zuschlag verpflichtet. Insbesondere kann aus wichtigen Gründen das Verfahren jederzeit abgebrochen oder wiederholt werden (§ 22 Abs. 2 SubmD). Insofern besteht auch in Fällen wie dem vorliegenden nach wie vor ein gewisser Ermessensspielraum der Vergabestelle, weshalb das Verwaltungsgericht praxisgemäss von einer verbindlichen Anweisung absieht und es bei der Aufhebung des erteilten Zuschlags bewenden lässt. Wird das Submissionsverfahren allerdings grundlos oder ohne hinreichenden Grund abgebrochen oder wiederholt, d.h. unterbleibt ein Zuschlag, kann eine Entschädigungspflicht der Vergabebehörde gegenüber dem dadurch benachteiligten Anbieter entstehen (vgl. AGVE 1997, S. 354, Erw. II/2b mit Hinweisen).

Dem Begehren, die Vergabestelle sei anzuweisen, der Beschwerdeführerin den Zuschlag zu erteilen, ist deshalb nicht zu entsprechen.

### III.

#### 1.

##### 1.1.

Gemäss § 31 Abs. 2 VRPG und § 32 Abs. 2 VRPG werden im Beschwerdeverfahren die Verfahrens- und Parteikosten in der Regel nach Massgabe des Unterliegens und Obsiegens auf die Parteien verlegt. Den Behörden werden Verfahrenskosten nur auferlegt, wenn sie schwerwiegende Verfahrensmängel begangen oder willkürlich entschieden haben (§ 31 Abs. 2 Satz 2 VRPG). Vergabestellen werden praxisgemäss erstinstanzlich verfügenden Behörden bzw. Vorinstanzen gleichgestellt (§ 13 Abs. 2 lit. e und f VRPG).

##### 1.2.

Im vorliegenden Fall obsiegt die Beschwerdeführerin mit ihrem Antrag auf Aufhebung des Zuschlags, unterliegt hingegen mit dem Begehren, es sei die Vergabestelle verwaltungsgerichtlich anzuweisen, den Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, von einem Obsiegen der Beschwerdeführerin von drei Vierteln auszugehen (vgl. auch Entscheide des Verwaltungsgerichts WBE.2021.192 vom 28. Oktober 2021, Erw. III/1.1, WBE.2020.443 vom

5. März 2021, Erw. III/1.2 und WBE.2019.203 vom 7. Oktober 2019, Erw. III/1). Entsprechend hat sie die Verfahrenskosten zu einem Viertel zu tragen (§ 31 Abs. 2 VRPG). Die restlichen Verfahrenskosten gehen zu Lasten des Staates, da der Vergabestelle nicht vorgeworfen werden kann, sie habe schwerwiegende Verfahrensfehler begangen oder willkürlich entschieden (vgl. § 31 Abs. 2 Satz 2 VRPG).

### 1.3.

Die der Beschwerdeführerin im Verfahren vor Verwaltungsgericht entstandenen Parteikosten sind ihr vom Kanton Aargau, dem Parteistellung zukommt (§ 13 Abs. 2 lit. e VRPG), zu ersetzen. Bei teilweisem Obsiegen werden die Anteile verrechnet (vgl. AGVE 2012, S. 223 ff.; 2011, S. 247, Erw. 3.1; 2009, S. 278 ff.), so dass der Kanton Aargau der Beschwerdeführerin deren Parteikosten zur Hälfte zu ersetzen hat ( $3/4 - 1/4$ ) (§ 32 Abs. 2 VRPG).

### 2.

Das Anwaltshonorar in Verwaltungssachen bestimmt sich nach den §§ 8a – 8c des Dekrets über die Entschädigung der Anwälte vom 10. November 1987 (Anwaltstarif, AnwT; SAR 291.150). Gemäss § 8a Abs. 1 AnwT bemisst sich die Entschädigung in vermögensrechtlichen Streitsachen nach dem gemäss § 4 AnwT berechneten Streitwert. Innerhalb der vorgesehenen Rahmenbeträge richtet sich die Entschädigung nach dem mutmasslichen Aufwand des Anwaltes, nach der Bedeutung und Schwierigkeit des Falles (§ 8a Abs. 2 AnwT). Die Entschädigung wird als Gesamtbetrag festgesetzt. Auslagen und Mehrwertsteuer sind darin enthalten (§ 8c AnwT). Unterliegt die obsiegende Partei jedoch selber der Mehrwertsteuerpflicht, darf die Mehrwertsteuer bei der Bemessung der Parteientschädigung nicht miteinbezogen werden (vgl. AGVE 2011, S. 465 f.; Entscheid des Verwaltungsgerichts WBE.2015.337 vom 22. Oktober 2015, Erw. III/2 mit Hinweisen).

Soweit in einer Submissionssache eine Zuschlagsverfügung angefochten ist, geht das Verwaltungsgericht praxisgemäss von einer vermögensrechtlichen Streitsache aus (§ 8a Abs. 1 lit. a AnwT), wobei der Streitwert in der Regel 10 % des Auftragswerts (ohne Mehrwertsteuer; vgl. § 8 Abs. 5 SubmD) beträgt. Im vorliegenden Fall wurde der angefochtene Zuschlag zu einem Betrag (Energieheizpreis) von 4.60 Rp. / kWh erteilt. Der (geschätzte) jährliche Brennstoffbedarf der Justizvollzugsanstalt Lenzburg beläuft sich gemäss Offertanfrage auf 2'040'000 kWh (Strafanstalt: 1'500'000 kWh, Zentralgefängnis: 540'000 kWh). Bei einem Energieheizpreis von 4.60 Rp. / kWh, zu dem der Zuschlag erteilt wurde, ergibt sich ein Auftragswert von Fr. 93'840.00 pro Jahr und bei der vorgesehenen zweijährigen Vertragsdauer von insgesamt Fr. 187'680.00. Der Streitwert beträgt somit Fr. 18'760.00. Bei einem Streitwert bis Fr. 20'000.00 liegt der Rahmen für die Entschädigung zwischen Fr. 600.00 bis Fr. 4'000.00 (§ 8a Abs. 1 lit. a

Ziff. 1 AnwT). Nachdem der Streitwert vorliegend im obersten Bereich des vorgegebenen Rahmens liegt und der Schwierigkeitsgrad des Falles sowie der Aufwand als durchschnittlich einzustufen sind, erscheint eine Entschädigung (inkl. Auslagen und MWSt) in Höhe von Fr. 3'500.00 sachgerecht. Davon ist die MWSt abzuziehen, da die Beschwerdeführerin mehrwertsteuerpflichtig ist. Dies führt zu einem Betrag von gerundet Fr. 3'250.00 Damit sind die notwendigen Parteikosten (§ 29 VRPG bzw. § 2 AnwT) abgedeckt.

---

### **Das Verwaltungsgericht erkennt:**

#### **1.**

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung des Departements Volkswirtschaft und Inneres, Justizvollzugsanstalt Lenzburg, vom 4. August 2021 aufgehoben.

#### **2.**

Die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten, bestehend aus einer Staatsgebühr von Fr. 2'000.00 sowie der Kanzleigebühr und den Auslagen von Fr. 278.00, gesamthaft Fr. 2'278.00, sind von der Beschwerdeführerin zu einem Viertel mit Fr. 569.50 zu bezahlen. Die restlichen Verfahrenskosten trägt der Staat.

#### **3.**

Der Kanton Aargau, Departements Volkswirtschaft und Inneres, Justizvollzugsanstalt Lenzburg, wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin die vor Verwaltungsgericht entstandenen Parteikosten in Höhe von Fr. 3'250.00 zur Hälfte mit Fr. 1'625.00 zu ersetzen.

---

Zustellung an:

die Beschwerdeführerin (Vertreter)  
den Kanton Aargau, Departement Volkswirtschaft und Inneres,  
Justizvollzugsanstalt Lenzburg  
die Wettbewerbskommission (WEKO)

---

### **1. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten**

Dieser Entscheid kann – bei gegebenen Voraussetzungen – **innert 30 Tagen** seit der Zustellung mit **Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten** beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden. Die Frist steht still vom 7. Tag vor bis und mit 7. Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August und vom 18. Dezember

bis und mit 2. Januar. Auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BoeB; SR 172.056.1) oder des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der EU über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (SR 0.172.052.68) erreicht **und** sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid das Bundesrecht oder kantonale Verfassungsrechte (Art. 95 ff. BGG) verletzt und warum sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Der **geschätzte Auftragswert** beträgt: Fr. 187'680.00 (ohne MWSt).

## **2. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde**

Dieser Entscheid kann, soweit keine Beschwerde gemäss Ziff. 1 zulässig ist, wegen Verletzung von verfassungsmässigen Rechten innert **30 Tagen** seit Zustellung mit der **subsidiären Verfassungsbeschwerde** beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden. Die Frist steht still vom 7. Tag vor bis und mit 7. Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August und vom 18. Dezember bis und mit 2. Januar. Die unterzeichnete Beschwerde muss das Begehren, wie der Entscheid zu ändern ist, sowie in gedrängter Form die Begründung, inwiefern der angefochtene Akt Verfassungsrecht verletzt, mit Angabe der Beweismittel enthalten. Der angefochtene Entscheid und als Beweismittel angerufene Urkunden sind beizulegen (Art. 113 ff. BGG). Wird gegen einen Entscheid sowohl ordentliche Beschwerde als auch Verfassungsbeschwerde geführt, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).



---

Aarau, 26. November 2021

**Verwaltungsgericht des Kantons Aargau**

3. Kammer

Vorsitz:

Gerichtsschreiber:

Winkler

Wildi