

Obere Vorstadt 40
5000 Aarau
062 835 39 50

WBE.2021.239 / MW / jb
(Nr. 2021-000788)

Verfügung vom 3. August 2021

Beschwerde-
führerin

A. _____

vertreten durch Dr. iur. Christoph Jäger und/oder MLaw Thomas Geiger,
Rechtsanwälte, Effingerstrasse 1, Postfach, 3001 Bern

gegen

Kanton Aargau,

handelnd durch den Regierungsrat
dieser vertreten durch das Departement Bau, Verkehr und Umwelt,
Abteilung Landschaft und Gewässer, Entfelderstrasse 22, 5001 Aarau
dieses vertreten durch lic. iur. Christian Bär, Rechtsanwalt,
Hintere Bahnhofstrasse 6, 5001 Aarau

Gegenstand

Beschwerdeverfahren betreffend Submission

Beschluss des Regierungsrats vom 23. Juni 2021

Der Verwaltungsrichter entnimmt den Akten:

1.

Der Kanton Aargau, vertreten durch das Departement Bau, Verkehr und Umwelt (BVU), Abteilung Landschaft und Gewässer, schrieb unter dem Projekttitel "Auenrenaturierung Meieried, Gemeinde Mellikon", Bauarbeiten (im Wesentlichen: Grossflächiger Abtrag Ober- und Unterboden, Aushub Altarm und Schaffen neues ruderales Umfeld, Anlegen von Kleingewässern im Grundwasserbereich, Erstellen neuer Amphibienlaichgewässer mit Lehmabdichtung, Erstellen von Kleinstrukturen mit Stein-/Wurzelpackungen, Verlegen des Rheinuferwegs, Anlegen Kiesdepot für Kraftwerk) im Amtsblatt des Kantons Aargau vom 21. April 2021 sowie auf www.simap.ch (Meldungsnummer 1192855) im offenen Verfahren (nicht im Staatsvertragsbereich) öffentlich aus. Innert Eingabefrist gingen sechs Angebote ein mit unbereinigten Netto-Eingabesummen (inkl. MWSt) zwischen Fr. 9'735.25 und Fr. 2'432'166.00. Mit Beschluss vom 23. Juni 2021 vergab der Regierungsrat die Bauarbeiten für das Projekt "Auenrenaturierung Meieried" in der Gemeinde Mellikon zum Betrag von Fr. 9'735.25 an die B., Q. Der A. wurde die anderweitige Auftragsvergabe mit Schreiben vom gleichen Tag unter Beilage des Regierungsratsbeschlusses eröffnet.

2.

Mit Eingabe vom 5. Juli 2021 erhob die A. Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren:

A. IN DER SACHE

1.

Der Regierungsratsbeschluss Nr. 2021-000788 vom 23. Juni 2021 betreffend Baumeisterarbeiten (Bauhauptgewerbe) sei aufzuheben, die Zuschlagsempfängerin sei vom Submissionsverfahren auszuschliessen und der Zuschlag für die Baumeisterarbeiten (Bauhauptgewerbe) sei der Beschwerdeführerin zu erteilen.

2.

Eventualiter sei der angefochtene Regierungsratsbeschluss Nr. 2021-000788 vom 23. Juni 2021 betreffend Baumeisterarbeiten (Bauhauptgewerbe) aufzuheben und die Sache sei zur Neuerteilung im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückzuweisen.

B. ZUM VERFAHREN

3.

Der Beschwerde sei, vorab superprovisorisch, und alsdann für die Dauer des Beschwerdeverfahrens bis zum Entscheid die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

4.

Die Vergabestelle sei zu verpflichten, die vollumfänglichen Akten – insbesondere einschliesslich der Bewertungsmatrix, der Beurteilung der Eignungsnachweise und Referenzen aller Anbieterinnen – einzureichen und

es sei der Beschwerdeführerin Akteneinsicht zu gewähren, unter Vorbehalt berechtigter und begründeter Geheimhaltungsinteressen der Zuschlagsempfängerin und/oder weiterer Anbieterinnen.

5.

Das Angebot der Beschwerdeführerin sei gegenüber der Zuschlagsempfängerin und gegebenenfalls anderen Anbieterinnen vertraulich zu behandeln.

6.

Es sei ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen und der Beschwerdeführerin sei Gelegenheit zu geben, nach erhaltenen Akteneinsicht ihre Beschwerde zu ergänzen und auch zur Beschwerdeantwort der Vergabestelle und allenfalls der Zuschlagsempfängerin sowie zu den Akten der Vergabestelle Stellung zu nehmen.

C. ZUR KOSTENVERLEGUNG

7.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vergabestelle, eventualiter und/oder zu Lasten der Zuschlagsempfängerin.

3.

Mit Verfügung vom 6. Juli 2021 wurde der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt.

4.

Mit Beschwerdeantwort vom 21. Juli 2021 liess der Kanton Aargau die folgenden Rechtsbegehren und Verfahrensanträge stellen:

RECHTSBEGEHREN

1.

Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.

2.

Eventualiter sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beschwerdeführerin.

VERFAHRENSANTRÄGE

1.

Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei vollumfänglich abzuweisen und die mit Instruktionsverfügung vom 6. Juli 2021 superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung sei zu entziehen.

2.

Die Akteneinsicht sei auf die in Ziffer I./4./b) der nachfolgenden Begründung als nicht vertraulich bezeichneten Vorakten zu beschränken. Im Übrigen sei das Gesuch um Akteneinsicht abzuweisen.

3.

Die übrigen Verfahrensanträge seien vollumfänglich abzuweisen.

5.

Die B. hat sich am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt (vgl. Ziffer 3 der Verfügung vom 6. Juli 2021).

Der Verwaltungsrichter zieht in Erwägung:

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. Der angefochtene Zuschlagsentscheid des Regierungsrats erging am 23. Juni 2021; das ihm zugrundeliegende Vergabeverfahren wurde mit der Publikation der Ausschreibung vom 21. April 2021 im Amtsblatt des Kantons Aargau und auf www.simap.ch eingeleitet (vgl. oben lit. A/1). 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.

Gegen Verfügungen der Vergabestelle kann direkt beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden (§ 24 Abs. 1 SubmD). Sind wie beim hier zu beurteilenden Auftrag des Bauhauptgewerbes die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens erreicht (vgl. § 8 Abs. 2 lit. a SubmD), gilt als anfechtbare Verfügung u.a. der Zuschlag (§ 24 Abs. 2 lit. b SubmD).

2.2.

Über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung entscheidet der Präsident der zuständigen Kammer des Verwaltungsgerichts (§ 26 Abs. 3 SubmD).

3.

Die Beschwerde hat grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung (§ 26 Abs. 1 SubmD). Die aufschiebende Wirkung kann gemäss § 26 Abs. 2 SubmD auf Gesuch hin oder von Amtes wegen erteilt werden, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Diese Verfahrensvorschrift deckt sich mit

Art. 17 Abs. 1 und 2 aIVöB. Im Sinne einer vorläufigen Beurteilung (sog. Prima-facie-Würdigung) sind zunächst die materielle Rechtslage und die Erfolgsaussichten der Beschwerde aufgrund der vorhandenen Akten zu prüfen. Erweist sich die Beschwerde aufgrund dieser Prüfung als offensichtlich unbegründet oder besteht ein Grund, auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eintreten zu können, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund einer Interessenabwägung zu befinden. In diese sind die Interessen der Beschwerdeführerin, öffentliche Interessen der Vergabestelle sowie allfällige private Interessen der übrigen am Submissionsverfahren beteiligten Dritten einzubeziehen (Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2006, S. 208, Er. 3.1; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1342 mit Hinweisen).

Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung zielt darauf ab, die Wirksamkeit der Beschwerde sicherzustellen und zu gewährleisten, dass der bestehende tatsächliche Zustand einstweilen unverändert bestehen bleibt. Sie sichert mit anderen Worten Korrekturmöglichkeiten (MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, 2008, Rz. 270). Mit dem Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird bezweckt, den Vertragsschluss (vgl. dazu § 21 SubmD) zwischen der Vergabestelle und dem Zuschlagsempfänger frühestens auf den Zeitpunkt der Fällung des Endentscheids zuzulassen, so dass in Bezug auf den Zuschlag eine Korrektur möglich bleibt. Ist der Vertrag bereits abgeschlossen worden, kann das Verwaltungsgericht weder diesen noch den Zuschlag aufheben, sondern lediglich feststellen, dass die Verfügung rechtswidrig ist (§ 27 Abs. 2 SubmD).

4.

4.1.

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, das Angebot der Zuschlagsempfängerin hätte vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Der Offertpreis dieses Angebots liege um mehr als das 127-fache unter dem preislich zweitplatzierten Angebot und gar um einen Faktor von über 290 tiefer als der für das Projekt beantragte Verpflichtungskredit. Die Art und Weise der Angebotskalkulation sei nicht nachvollziehbar. Vergabegegenstand seien grossräumige Eingriffe und Umgestaltungen in einer technisch anspruchsvollen Umgebung (Wasserbau) mit zahlreichen Renaturierungsmassnahmen und zahlreichen Transportfahrten. Vor diesem Hintergrund sei das Missverhältnis zwischen dem ausgeschriebenen Leistungsumfang und dem Angebotspreis offensichtlich. Der Angebotspreis der Zuschlagsempfängerin sei keiner vernünftigen Beurteilung des Preis-Leistungsverhältnisses zugänglich und mit den übrigen Angeboten im Bereich von 1.243 Mio. bis 2.432 Mio. Franken nicht vergleichbar. Die Abweichung sei erheb-

lich und auf spekulative Einheitspreispositionen zu Null- oder Minusbeträgen und/oder Umlagerungen zurückzuführen. Es bestehe damit ein grosses Risiko für den Eintritt von nicht unerheblichen, für die Vergabestelle negativen Wirkungen (jenseits der gewöhnlichen Geschäftsrisiken), was zum Ausschluss des Angebots der Zuschlagsempfängerin führen müsse (Beschwerde, S. 13 ff., insbes. S. 16).

Zudem rügt die Beschwerdeführerin die fehlende Nachvollziehbarkeit der einzelnen Bewertungen (Beschwerde, S. 16 f.) sowie eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (Beschwerde, S. 12 f.).

4.2.

Demgegenüber stellt die Vergabestelle vorab die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin in Abrede. Diese könne selbst für den (bestrittenen) Fall, dass ihre Kritik begründet und die Zuschlagsempfängerin vom Verfahren auszuschliessen sei, den Zuschlag nicht erhalten, da dieser dann der mit deutlichem Bewertungsvorsprung vor ihr liegende D. zu erteilen wäre (Beschwerdeantwort, S. 6, 8 ff.). Die Vergabestelle bestreitet sodann das Vorliegen eines Ausschlussgrundes. Beim Angebot der Zuschlagsempfängerin handle es sich entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht um ein spekulatives Angebot. Die Zuschlagsempfängerin habe das Leistungsverzeichnis vollständig, ohne Umlagerungen und ohne Verletzung von Preisbildungsregeln ausgefüllt. Der Angebotspreis erkläre sich damit, dass sie in vier der Aushub- und den Abtransport von Materialien betreffenden Positionen der Vergabestelle nicht einen Preis verrechnet, sondern ihr die Bezahlung eines Preises offeriert habe. Dies möge ungewöhnlich sein, sei aber im Hinblick auf die Kalkulationsfreiheit der Anbieter und den vergaberechtlichen Kerngrundsatz der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel zulässig und widerspreche weder dem SubmD noch den Ausschreibungsunterlagen. Auch die Vergleichbarkeit der Angebote sei dadurch nicht in Frage gestellt (Beschwerdeantwort, S. 16 ff.). Ebenfalls verneint die Vergabestelle, den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt zu haben, und weist den Vorwurf der fehlenden Nachvollziehbarkeit der einzelnen Bewertungen als unbegründet zurück (Beschwerdeantwort, S. 14 f. und S. 25 f.).

5.

5.1.

Zur Beschwerde ist befugt, wer ein schutzwürdiges eigenes Interesse an der Aufhebung oder der Änderung des Entscheids hat (§ 42 lit. a des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 4. Dezember 2007 [Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRPG; SAR 271.200] i.V.m. § 23 SubmD). Die Beschwerdebefugnis ist von Amtes wegen zu prüfen. Der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen hat zum Zweck, dass die Anbietenden gegen vermutete Verletzungen von Submissionsvorschriften im Zusammenhang mit Beschaffungen, an denen sie ein Interesse haben oder gehabt

haben, sollen Beschwerde führen können (AGVE 2013, S. 193, Erw. I/2.1; 2008, S. 191, Erw. 2.1.1; 1998, S. 350, Erw. I/4.a/bb). Zur Beschwerde befugt ist insbesondere ein Anbieter, dessen Offerte für den Zuschlag nicht berücksichtigt wurde (vgl. AGVE 2013, S. 193, Erw. I/2.1; 2008, S. 191, Erw. 2.1.1; 1998, S. 350, Erw. I/4.a/bb). Als direkter Verfügungsadressat formell beschwert ist, wer ein Angebot eingereicht hat. Eine materielle Beschwerde des nicht berücksichtigten Anbieters besteht dann, wenn er bei Gutheissung seiner Beschwerde eine realistische Chance hat, mit dem eigenen Angebot zum Zuge zu kommen, oder wenn er eine neue Ausschreibung bzw. eine Wiederholung des Submissionsverfahrens erreichen kann (vgl. AGVE 1999, S. 321 ff.; vgl. auch BGE 141 II 14 ff.).

5.2.

5.2.1.

Die Vergabestelle verneint, dass die Beschwerdeführerin bei einer Neubewertung unter Ausschluss der Zuschlagsempfängerin eine realistische Chance habe, den Zuschlag zu erhalten. Vielmehr wäre dieser der D. zu erteilen, welche das zweitgünstigste Angebot eingereicht habe (Beschwerdeantwort, S. 9 ff.; vgl. auch Beschwerdeantwortbeilage 3).

5.2.2.

Die Beschwerdeführerin liegt gemäss der Offertauswertung der E. (zusammen mit der F.) mit 3.92 Punkten an zweiter Stelle (vgl. "Vergabeantrag 401 Erd- und Wasserbauarbeiten" [Vorakten Nr. 18]; vgl. auch "Bewertung Kompetenz" [Vorakten Nr. 17]). Zu beachten ist hierbei allerdings, dass beim Zuschlagskriterium Preis – mit Ausnahme desjenigen der Zuschlagsempfängerin – keines der Angebote Punkte erhalten hat. Die Vergabestelle ist der Auffassung, dass bei einer Neubewertung der Angebote nach einem Ausschluss der Zuschlagsempfängerin die Beschwerdeführerin hinter der D. rangieren würde. Die Preisdifferenz zwischen den beiden Angeboten betrage Fr. 170'436.05. Das (neu) preisgünstigste Angebot der D. wäre beim Zuschlagskriterium Preis mit dem Maximum von 6 Punkten zu bewerten, das rund 14 % teurere Angebot der Beschwerdeführerin mit 4.36 Punkten, womit eine Differenz von 1.64 zugunsten der D. resultiere (Beschwerdeantwortbeilage 3). Diese Neubewertung in Bezug auf die von der Beschwerdeführerin und der D. offerierten Preise erweist sich vor dem Hintergrund der Gewichtung des Preises mit 60 % und der ebenfalls bekannt gegebenen und auch angewendeten Bewertungsmethode als korrekt (vgl. Ausschreibungsunterlagen, Angebot für Bauarbeiten, Angaben und Beilagen, Ziffer 3.1 der Angaben zur Bewertung der Zuschlagskriterien [Vorakten Nr. 1]; vgl. auch "Definition Zuschlagskriterien" der E. [Vorakten Nr. 4]). Die Vergabestelle vertritt den Standpunkt, diese aus der Preisbewertung zu Gunsten der D. resultierende Differenz von 1.64 Punkten könnte die Beschwerdeführerin bei den Zuschlagskriterien "Kompetenz" und "Ausbildung Lernende" nicht mehr aufholen, zumal der Ausschluss der Zuschlagsemp-

fängerin an der Bewertung dieser Kriterien nichts ändern würde. Das Angebot der Beschwerdeführerin wäre insgesamt mit 8.28 Punkten und dasjenige der D. mit insgesamt 9.62 Punkten zu bewerten, womit ein Vorsprung der D. von 1.34 Punkte resultiere (Beschwerdeantwort, S. 9 ff.; vgl. auch Beschwerdeantwortbeilage 3).

5.3.

5.3.1.

Die Beschwerdeführerin stellt indessen (auch) die Bewertung beim Zuschlagskriterium "Kompetenz" in Frage, indem sie bezweifelt, dass die D. in der Lage sei, die unter dem Zuschlagskriterium "Kompetenz" geforderten Referenzprojekte der Unternehmung zu erbringen (Beschwerde, S. 5, 17). Gemäss der Vergabestelle hingegen hat die D. – wie in der Ausschreibung verlangt – zwei bewertbare Referenzen ausgewiesen. Bei der einen Referenz sei ein Abzug erfolgt, weil es sich nicht um ein Naturschutzobjekt handle, die zweite Referenzangabe sei mit dem Maximum bewertet worden (Beschwerdeantwort, S. 10).

5.3.2.

"Referenzen der Unternehmung für gleichartige Arbeiten innerhalb der letzten zehn Jahre" waren vorliegend lediglich als mit 15 % gewichtetes Subkriterium beim Zuschlagskriterium "Kompetenz" (Gewichtung 35 %) vorgesehen, neben dem mit 85 % gewichteten "Verwertungsnachweis", nicht aber als zu erfüllendes Eignungskriterium (vgl. Ziffern 1.3.2 und 1.3.3 der Besonderen Bestimmungen für Bauarbeiten vom 21. April 2021 [Vorakten Nr. 1]). Insofern würde ein mit ungenügenden Referenzen begründeter Verfahrensausschluss der D. von vornherein ausser Betracht fallen. Verlangt waren "2 Referenzobjekte (Datum Inbetriebnahme < 10 Jahre, d.h. der Abschluss darf nicht vor 2011 erfolgt sein), welche mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbare Anforderungen gestellt haben: Leistungen im Wasserbau bei Naturschutzobjekten und von vergleichbarem Umfang (Materialkubaturen). Maximale Punktzahl für Referenzobjekte die vollumfänglich die oben ausgeführten Anforderungen erfüllen" (vgl. Ausschreibungsunterlagen, Angebot für Bauarbeiten, Angaben und Beilagen, Ziffer 3.2 der Angaben zur Bewertung der Zuschlagskriterien [Vorakten Nr. 1]; vgl. auch "Definition Zuschlagskriterien" der E. [Vorakten Nr. 4]). Die D. hat in ihrem Angebot die folgenden beiden Referenzprojekte aufgeführt: "B" und "C". Sie ist dafür mit 8.5 von 10 möglichen Punkten (bzw. gewichtet 1.28 von 1.5 Punkten) bewertet worden. Ob diese Bewertung tatsächlich zu hoch ausgefallen ist, wie dies die Beschwerdeführerin annimmt, oder sie sich noch im (grossen) Ermessensspielraum der Vergabestelle bewegt, kann offenbleiben. Selbst wenn nämlich die D. bei den Referenzen neu mit 0 Punkten bewertet würde und die Beschwerdeführerin neu das Maximum von 1.5 Punkten erhielte, würde sich die aufgrund des Preisunterschieds zwischen den Angeboten bestehende Differenz in der Gesamtbewertung lediglich um 0.52 Punkte verringern (Angebot der D.: 9.18 Punkte, Angebot

der Beschwerdeführerin: 8.36 Punkte, Differenz: 0.82 Punkte). Das Angebot der D. würde, wenn auch mit geringerem Abstand, immer noch vor demjenigen der Beschwerdeführerin liegen. Anhaltspunkte dafür, dass die Vergabestelle ihr Ermessen bei der Bewertung des Teilkriteriums "Verwertungsnachweis" und des Zuschlagskriteriums "Ausbildung Lernende" rechtsfehlerhaft ausgeübt hat, ergeben sich aufgrund der Verfahrensakten keine. Ebenso wenig sind aus den Akten Gründe für einen Verfahrensausschluss der D. ersichtlich.

5.4.

Aus vorstehenden Ausführungen folgt, dass sich die Auffassung der Vergabestelle, nach einer allfällig notwendig werdenden Neubewertung der Angebote unter Ausschluss der bisherigen Zuschlagsempfängerin würde nicht das Angebot der Beschwerdeführerin an erster Stelle liegen, sondern dasjenige der D., als nachvollziehbar und zutreffend erweist. Eine realistische Chance der Beschwerdeführerin auf Erhalt des Zuschlags und damit die Beschwerdelegitimation sind zu verneinen. Daran ändert nichts, dass die D. den Vergabeentscheid zugunsten der B. nicht mit Beschwerde angefochten hat. Nach der publizierten Rechtsprechung des Bundesgerichts beschränkt sich die Wirkung einer Gutheissung der Beschwerde nicht nur auf die Zuschlagsempfängerin und die anfechtenden Anbieterinnen, sondern die Aufhebung des Zuschlags wirkt erga omnes (vgl. BGE 146 II 276 ff., insbes. Erw. 1.2.4 und 6.3.1 ff.; 141 II 14, Erw. 4.7; Urteil des Bundesgerichts 2C_383/2014 vom 15. September 2014, Erw. 4.7; ferner MICHA BÜHLER, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 13 zu Art. 58; CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Vergaberecht in a Nutshell, 3. Aufl. 2021, S. 176). Das heisst, das Angebot der D. wäre in die – im Falle einer Gutheissung der Beschwerde notwendig werdende – Neubewertung der Angebote miteinzubeziehen. An der früheren Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts, wonach bei einer Rückweisung an die Vergabestelle zur Neubewertung lediglich die Angebote der Beschwerdeführerin und der vormaligen Zuschlagsempfängerin einzubeziehen waren (vgl. AGVE 2003, S. 245, Erw. 3; 2005, S. 233, Erw. 3), ist angesichts der erwähnten bundesgerichtlichen Praxis nicht länger festzuhalten.

5.5.

Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerde prima facie mangels Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin nicht einzutreten ist. Damit erübrigt sich eine Interessenabwägung. Somit ist in Abweisung des Gesuchs der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung die der Beschwerde superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung wieder zu entziehen.

Ist ein Beschwerdeverfahren ohne aufschiebende Wirkung gegen den Zuschlag hängig, hat die Vergabestelle gemäss § 21 Abs. 2 SubmD dem Verwaltungsgericht einen allfälligen Vertragsschluss umgehend mitzuteilen.

6.

Die Beschwerdeführerin beantragt Akteneinsicht in die Verfahrensakten, unter Vorbehalt berechtigter und begründeter Geheimhaltungsinteressen der Zuschlagsempfängerin und weiterer Anbieterinnen (Beschwerde, S. 3 und 7 f.) Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts besteht auch im Beschwerdeverfahren kein Anspruch des unterlegenen Anbieters auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts vom 7. Mai 1998, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 99/1998, S. 530 ff.; ferner auch Urteile des Bundesgerichts 2P.274/1999 vom 2. März 2000, Erw. 2c/bb, und 2C_277/2013 vom 7. Mai 2013, Erw. 1.5). Der Beschwerdeführerin ist deshalb keine Einsicht in die Offerten der Zuschlagsempfängerin und der übrigen Anbieter (Vorakten Nrn. 9 – 13) zu gewähren. Von der Akteneinsicht mangels Verfahrensrelevanz auszunehmen sind zudem die Bekanntgaben des Submissionsergebnisses an die D., die F., die G. und die H. (Vorakten Nrn. 20 – 23). In das Dokument "Bewertung Kompetenz" der E. (Vorakten Nr. 17) und den "Vergabeantrag 401 Erd- und Wasserbauarbeiten" (Vorakten Nr. 18) ist teilweise, nämlich in Bezug auf die Bewertungen der Beschwerdeführerin (Anbieter 6), der Zuschlagsempfängerin (Anbieter 3) und der D. (Anbieter 1), Einsicht zu gewähren. In die übrigen Verfahrensakten kann vollumfänglich Akteneinsicht gewährt werden. Dies gilt namentlich auch für die als von der Vergabestelle vertraulich bezeichnete "Telefonnotiz als Mail des Unternehmengesprächs mit I., B." vom 21. Mai 2021 (Vorakten Nr. 15). In dieser Telefonnotiz bzw. E-Mail-Korrespondenz sind keine Informationen enthalten, die sich nicht – sogar ausführlicher – auch der Beschwerdeantwort (insbes. S. 20) entnehmen lassen.

Ebenfalls Einsicht zu gewähren ist der Beschwerdeführerin in die Beschwerdeantwortbeilagen 1, 2 und 4 sowie teilweise in die Beschwerdeantwortbeilage 3. Die Beschwerdeantwortbeilage 5 (Angebotsvergleich der E. vom 20. Mai 2021) ist von der Akteneinsicht auszunehmen, da sie vertrauliche Preisangaben der Anbieter enthält.

Der Verwaltungsrichter verfügt:

1.

Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde wird abgewiesen und die mit Verfügung vom 6. Juli 2021 der Beschwerde superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung wird entzogen.

Die Vergabestelle wird ersucht, dem Verwaltungsgericht einen allfälligen Vertragsschluss umgehend mitzuteilen.

2.

Der Beschwerdeführerin wird beschränkte Akteneinsicht im Sinne der Erwägungen (Erw. 6) gewährt. Frist zur Rücksendung der Akten: **18. August 2021.**

3.

Die Beschwerdeantwort vom 21. Juli 2021 wurde der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 23. Juli 2021 bereits zur Kenntnisnahme zugestellt. Frist für eine allfällige Replik: **18. August 2021.**

4.

Es wird davon Vormerk genommen, dass sich die B. nicht am Beschwerdeverfahren beteiligt hat.

5.

Über die Kosten dieser Zwischenverfügung wird mit der Hauptsache entschieden.

Zustellung an:
die Beschwerdeführerin (Vertreter)
den Kanton Aargau (Vertreter)

1. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

Dieser Zwischenentscheid kann **innert 30 Tagen** seit der Zustellung mit **Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten** beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden, wenn er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken könnte (Art. 93 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG). Auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens ist die Beschwerde unzulässig, wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert nach Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Anhang 4 Ziffer 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) nicht erreicht (vgl. Art. 83 lit. f BGG). Die Bestimmungen über den Stillstand der Fristen (Art. 46 BGG) gelten nicht.

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 verfassungsmässige Rechte verletzt (Art. 98 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. 9'735.25 (inkl. MWSt).

2. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

Soweit keine Beschwerde nach Art. 82 f. BGG zulässig ist, kann dieser Zwischenentscheid **innert 30 Tagen** seit Zustellung mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden, wenn er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken könnte (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG). Die Bestimmungen über den Stillstand der Fristen (Art. 46 BGG) gelten nicht.

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 verfassungsmässige Rechte (Art. 116 BGG) verletzt. 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). Wird gegen einen Entscheid sowohl Beschwerde gemäss Art. 82 f. BGG als auch subsidiäre Verfassungsbeschwerde geführt, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

Aarau, 3. August 2021

Verwaltungsgericht des Kantons Aargau

3. Kammer

Vorsitz:

i.V.

Winkler