

TE Lvwg Erkenntnis 2015/10/22 VGW-123/074/9170/2015

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.10.2015

Entscheidungsdatum

22.10.2015

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

L72009 Beschaffung Vergabe Wien

Norm

WVRG 2014 §7 Abs2 Z2

WVRG 2014 §20 Abs1

WVRG 2014 §23 Abs1,

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §123

BVergG 2006 §129

BVergG 2006 §131

BVergG 2006 §132

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 132 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 132 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 132 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Anmerkung

VwGH v. 4.7.2016, Ra 2016/04/0015 bis 0016

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Dr. Oppel als Vorsitzenden, die Richterin Maga Mandl und die Richterin Dr.in Lettner über den Antrag der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwalts-Partnerschaft, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend Los 1, hinsichtlich des Vergabeverfahrens "Linienverkehr ... Lose 1 bis 3", der B. Gesellschaft m.b.H., vertreten durch Rechtsanwälte, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung,

zu Recht e r k a n n t:

I.römisch eins.

Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wird stattgegeben. Die Zuschlagsentscheidung vom 28.7.2015 wird nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von Euro 18.000,00 binnen vierzehn Tagen zu ersetzen.

III.römisch drei.

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG unzulässig.

Rechtsgrundlagen: §§ 1, 2 Abs. 4, 7 Abs. 2 Z 2, 13, 15, 16, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 WVRG 2014 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1, 19 Abs. 1, 123, 129, 131, 132 BVergG 2006
Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, 2, Absatz 4, 7, Absatz 2, Ziffer 2, 13, 15, 16, 20, Absatz eins, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, WVRG 2014 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, 19, Absatz eins, 123, 129, 131, 132, BVergG 2006

Entscheidungsgründe

Die B. Gesellschaft m.b.H. (im folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich „Linienverkehr ... Lose 1 bis 3“. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden. Die Angebote waren bis 09.06.2015, 12:00 Uhr, zu legen, die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Die Antragstellerin legte fristgerecht ein Angebot.

Mit Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 28.07.2015, der Antragstellerin am selben Tag zugegangen, wurde mitgeteilt, dass betreffend Los 1 und Los 3 beabsichtigt sei, den Zuschlag der C. GmbH zu erteilen.

Gegen diese Entscheidung betreffend das Los 1 richtet sich der am 07.08.2015, und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2014), eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 28.07.2015, Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Akteneinsicht, öffentliche mündliche Verhandlung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Pauschalgebührenersatz. Gegen diese Entscheidung betreffend das Los 1 richtet sich der am 07.08.2015, und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2014), eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 28.07.2015, Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Akteneinsicht, öffentliche mündliche Verhandlung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Pauschalgebührenersatz.

Begründend führt die Antragstellerin aus, dass sich die Antragstellerin durch fristgerechte Einreichung des

ausschreibungskonformen Angebotes entsprechend den Bedingungen und Festlegungen der Ausschreibungsunterlage an dem antragsgegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt habe. Als Zuschlagssystem sei von der Antragsgegnerin das Bestbieterprinzip festgelegt worden. Die konkreten Zuschlagskriterien seien in der Bekanntmachung nicht angegeben worden. In der Ausschreibungsunterlage seien neben dem Zuschlagskriterium „Gesamtangebotspreis“ die Qualitätskriterien „Abgasnormen“, „Busalter“ und „Ersatzgestaltung“ festgelegt, wobei teilweise unterschiedlich viele Punkte erreicht werden konnten. In der Anlage ./1 zur Angebotsunterlage seien maximale Ersatzgestellungszeiten als Mindestanforderung festgelegt worden. Im Zuschlagskriterium „Ersatzgestaltung“ seien zugesicherte Ersatzgestellungszeiten, die unter der festgelegten Mindestanforderung liegen, bewertet worden. Die Punktevergabe betreffend das Zuschlagskriterium „Ersatzgestaltung“ im Los 1 sei entsprechend der im Schriftsatz abgebildeten Tabelle erfolgt.

In dieser Tabelle sind für das Los 1 „Ersatzgestellungszeit in Minuten“ und „erreichbare Punkte“ abgebildet. Nach dieser Tabelle ist ab 45 Minuten das Ausscheiden und sind ab 30 bis weniger als 45 Minuten 100 erreichbare Punkte, ab 15 bis weniger als 30 Minuten 200 erreichbare Punkte und bei weniger als 15 Minuten 300 erreichbare Punkte vorgesehen.

Im Eingabeformular Ersatzgestaltung (Beilage ./16 des jeweiligen Loses) seien die Ersatzgestellungszeiten anzugeben gewesen, die grundsätzlich der Angebotsbewertung zugrunde zu legen waren. Zusätzlich habe die Antragsgegnerin folgende Festlegung getroffen: „Der Auftraggeber behält sich (...) eine Kontrolle der angegebenen Ersatzgestellungszeiten - insbesondere durch gemeinsame Überprüfungsfahrten mit einem unabhängigen (vom Auftraggeber bestellten Sachverständigen) - vor. Die Angebotsbewertung erfolge in diesem Fall auf Grundlage der Ergebnisse der Überprüfungsfahrten. (...)“

Die Antragstellerin habe im Los 1 ihre Ersatzgestellungszeiten in Beilage ./16 abgegeben. Im Sinne der oben zitierten Festlegung zum Vorrang der mittels Überprüfungsfahrten nachgewiesenen Ersatzgestellungszeiten sei am 05.07.2015 - auf Aufforderung der Antragsgegnerin unter anderem eine - vom Sachverständigen begleitete - Überprüfungsfahrt auf der Strecke E* - S* / G* durchgeführt worden. Die Fahrt sei mit zwei Kameras durch die beiden Sachverständigen aufgezeichnet worden. Die Überprüfungsfahrt habe bei der Fahrt E* - S* / G* eine Fahrtzeit von 13 Minuten und 37 Sekunden und damit eine Ersatzgestellungszeit von insgesamt 23 Minuten und 37 Sekunden ergeben.

Am 28.07.2015 sei der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin mitgeteilt worden. Begründet sei diese Entscheidung insbesondere auf Grundlage von zwei Tabellen, in der die - laut Angabe der Antragsgegnerin - erreichten Punkte der Antragstellerin sowie der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in den einzelnen Zuschlagskriterien ausgewiesen werden. Nach dieser Aufstellung erreiche die Antragstellerin im Qualitätskriterium „Ersatzgestaltung“ 100 Punkte von maximal zu erreichenden 300 Punkten. Das Angebot der Antragstellerin sei im Ergebnis mit 3.657,43 Punkten von maximal zu erreichenden 3.900 Punkten bewertet worden. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin weise dagegen eine Gesamtpunkteanzahl von 3.734 Punkten auf.

Durch die angefochtene Entscheidung erachte sich die Antragstellerin in ihrem subjektivem Recht auf Durchführung eines fairen, transparenten und dem lauterem Wettbewerb entsprechenden und somit vergaberechtskonformen Vergabeverfahren, auf gesetzeskonforme Angebotsprüfung, auf eine zu ihren Gunsten zu treffende Zuschlagsentscheidung, in ihrem Recht auf rechtskonforme, insbesondere inhaltlich vollständige Zuschlagsentscheidung, auf Erteilung des Zuschlages an sie als eigentliche Bestbieterin sowie in ihrem Recht auf gesetzeskonforme Beendigung des Vergabeverfahrens verletzt.

Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss schon damit dokumentiert, dass sie die Ausschreibungsunterlage zum Zweck der Angebotsabgabe angefordert habe, ein Angebot ausgearbeitet und dieses in weiterer Folge auch fristgerecht abgegeben habe. Das besondere Interesse am Vertragsabschluss ergebe sich weiters aus dem Umstand, dass sie auf Personentransportdienstleistungen spezialisiert sei. Da die Antragstellerin beabsichtige, sich auch an zukünftigen Ausschreibungen zu beteiligen, insbesondere auch solchen mit vergleichbaren Leistungsinhalten, läge die Durchführung des Auftrages auch deshalb in ihrem Interesse, da sie zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit vielfach Referenzprojekte, die von der öffentlichen Hand beauftragt würden, vorweisen müsse. Gerade dieser Schaden sei nur durch die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zu verhindern. Durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung drohe der Antragstellerin als eigentlicher Bestbieterin über den im Nichtigerklärungsantrag dargestellten Schaden durch ungerechtfertigten Entgang eines wichtigen Referenzprojektes

hinaus auch der Entgang des Deckungsbeitrages, den sie mit der Durchführung des hier gegenständlichen Auftrages erwirtschaften könnte. Darüber hinaus drohe der Antragstellerin durch frustrierte Kosten der Angebotslegung ein Schaden in bestimmter Höhe, Bestandteil dieses Schadens seien auch die für diesen Antrag entrichteten Pauschalgebühren sowie die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung.

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei aus folgenden Gründen rechtswidrig: Gemäß Punkt 5. der Angebotsunterlage sei als Zuschlagssystem das Bestbieterprinzip auf Grundlage der oben dargestellten Zuschlagskriterien festgelegt. Die Berechnung der Bewertung der Punktevergabe im Zuschlagskriterium „Ersatzgestaltung“ erfolge nach den bestandfesten Festlegungen der Ausschreibungsunterlage in einem ersten Schritt auf Grundlage der im Eingabeformular „Ersatzgestaltung“ angegebenen Ersatzgestellungszeiten. Für den Fall, dass der Auftraggeber eine Kontrolle der Ersatzgestellungszeiten mittels Überprüfungsfahrt vornehme, „erfolgt die Angebotsbewertung in diesem Fall auf Grundlage der Ergebnisse der Überprüfungsfahrten“. Die Antragsgegnerin habe sohin festgelegt, dass die Ergebnisse allfälliger Überprüfungsfahrten bei der Angebotsbewertung im Zuschlagskriterium „Ersatzgestaltung“ Vorrang gegenüber den in Beilage ./16 zum jeweiligen Los angegebenen Ersatzgestellungszeiten hätten.

Konkret habe die Antragstellerin in Beilage ./16 zu Los 1 in ihrem Angebot betreffend den Standort „E* - M*“ und der Haltestelle „S* / G*“ eine Ersatzgestellungszeit von 30 Minuten angegeben. Auf dieser Grundlage wäre das Angebot auf Basis der Punktetabelle mit 100 Punkten zu bewerten gewesen. Die oben näher beschriebene Überprüfungsfahrt habe aber bei der Fahrt E* - S* / G* eine Fahrzeit von 13 Minuten und 37 Sekunden und damit eine Ersatzgestellungszeit von insgesamt 23 Minuten und 37 Sekunden ergeben. Auf Grundlage der Ergebnisse der Überprüfungsfahrt sei diese in der Überprüfungsfahrt nachgewiesene Ersatzgestellungszeit der Angebotsbewertung zu Grunde zu legen. Das Angebot der Antragstellerin sei daher im Zuschlagskriterium „Ersatzgestaltung“ mit 200 Punkten zu bewerten gewesen. Bei ausschreibungskonformer Bestbieterermittlung nach den bestandfesten Festlegungen in der Ausschreibung wäre das Angebot der Antragstellerin von der Antragsgegnerin daher mit insgesamt 3.767,43 Punkten (anstelle von 3.667,43 Punkten) und damit als Bestbieterin zu bewerten gewesen. Damit stehe fest, dass die Antragsgegnerin ihr in der Ausschreibungsunterlage festgelegtes Bewertungssystem - insbesondere mit Vorrang der Ergebnisse der Überprüfungsfahrt - nicht angewendet habe. Dies gehe auch eindeutig aus der Niederschrift über die Angebotsprüfung betreffend das Angebot der Antragstellerin hervor, in der anfangs Bezug auf die gegenständliche Überprüfungsfahrt sowie die Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage genommen werde.

Unter Verweis auf vergaberechtliche Judikatur werde ausgeführt, dass, wenn der Auftraggeber bestimmte Zuschlagskriterien und bestimmte Berechnungsformeln vorsehe, er sich nach den vergaberechtlichen Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung aller Bieter bei der Bewertung auch daran zu halten habe. Eine Zuschlagsentscheidung, die nicht objektiv nachvollziehbar aus den Ausschreibungsunterlagen abgeleitet werden könne, sei für nichtig zu erklären.

Im gegenständlichen Fall sei die Antragsgegnerin ganz offenkundig von dem in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagssystem abgewichen. Die bekanntgemachten Bewertungsergebnisse ließen sich nach den Regeln der Mathematik nicht aus dem von der Antragsgegnerin festgelegten Bewertungssystem ableiten. Die Zuschlagsentscheidung sei unzweifelhaft dann nicht objektiv nachvollziehbar, wenn das Ergebnis der Angebotsbewertung keine Grundlage in den Angebotsunterlagen fände. Die Antragstellerin sei daher in ihrem Recht auf objektiv nachvollziehbare Angebotsbewertung, folglich in ihrem Recht auf vergaberechtsmäßige Zuschlagsentscheidung verletzt. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung sei aus diesem Grund rechtswidrig.

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung enthalte darüberhinaus nicht die gemäß § 131 Abs. 1 BVergG 2006 geforderten Mindestinhalte. Die Zuschlagsentscheidung müsse unter anderem das Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132 Abs. 1 BVergG 2006 enthalten. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung enthielt ausschließlich den Hinweis, dass nach Ablauf der Stillhaltefrist am 10.08.2015 der Zuschlag erteilt werde. Ein konkretes Ende der Stillhaltefrist sei nicht angegeben. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung enthalte darüberhinaus nicht die gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG 2006 geforderten Mindestinhalte. Die Zuschlagsentscheidung müsse unter anderem das Ende der Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132, Absatz eins, BVergG 2006 enthalten. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung enthielt ausschließlich den Hinweis, dass nach Ablauf der Stillhaltefrist am 10.08.2015 der Zuschlag erteilt werde. Ein konkretes Ende der Stillhaltefrist sei nicht angegeben.

Die Stillhaltefrist ende bei rechtskonformer Berechnung gemäß § 56 BVergG 2006 am 07.08.2015 um 24:00 Uhr, weshalb das angegebene Datum jedenfalls nicht der gesetzlichen Stillhaltefrist gemäß § 132 Abs. 1 BVergG 2006 entspreche. Damit stehe fest, dass die angefochtene Zuschlagsentscheidung auch aus diesem Grund rechtswidrig sei. Die Stillhaltefrist ende bei rechtskonformer Berechnung gemäß Paragraph 56, BVergG 2006 am 07.08.2015 um 24:00 Uhr, weshalb das angegebene Datum jedenfalls nicht der gesetzlichen Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132, Absatz eins, BVergG 2006 entspreche. Damit stehe fest, dass die angefochtene Zuschlagsentscheidung auch aus diesem Grund rechtswidrig sei.

Mit Schriftsatz vom 14.08.2015 bestritt die Antragsgegnerin die Ausführungen der Antragstellerin. Die Antragsgegnerin führe seit mehreren Jahren Vergabeverfahren über Busverkehrsleistungen durch. In keinem Vergabeverfahren habe die Antragstellerin bislang den Zuschlag erhalten können. Die Vergabeverfahren erfolgten grundsätzlich nach dem Bestbieterprinzip. Im Rahmen der Qualitätskriterien würden neben Aspekten des Fahrgastnutzens insbesondere soziale und ökologische Aspekte der Leistungserbringung berücksichtigt werden. Die Antragsgegnerin habe seit dem Jahr 2012 sechs Vergabeverfahren nach dem Bestbieterprinzip durchgeführt. In jedem dieser Vergabeverfahren habe die Antragstellerin zumindest in einzelnen Losen Angebote abgegeben, die mangelhaft gewesen seien, weil sie den Ausschreibungsbestimmungen widersprochen hätten oder weil Angebotsmängel nicht rechtzeitig aufgeklärt worden seien. Beispielsweise seien geforderte Qualitätsstandards nicht erfüllt oder gegen Mindestlohnbestimmungen verstoßen worden.

Die Antragsgegnerin führe die Vergabeverfahren auf Grundlage weitgehend standardisierter Ausschreibungsunterlagen durch. Dementsprechend kämen auch die Festlegungen zur Ersatzgestellung seit Jahren zum Einsatz. Das Vorgehen bei der Prüfung der Ersatzgestellungszeiten folge einem einheitlichen Standard, der vom Verwaltungsgericht Wien (VGW-123/066/27276 und VGW-123/066/32462/2014) geprüft und für BVergG-konform erachtet worden sei. Die im gegenständlichen Vergabeverfahren getroffenen Festlegungen zur Ersatzgestellung und das Vorgehen bei der Prüfung entsprächen diesem Standard. Im Übrigen habe die Antragsgegnerin sowohl die Prüfung als auch die Bewertung der Angebote auf Grundlage der Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und der bestandfesten Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage vorgenommen. Auf dieser Grundlage sei das Angebot der Antragstellerin im Zuschlagskriterium „Ersatzgestellung“ entsprechend der zugesicherten Ersatzgestellungszeit mit 100 Punkten bewertet worden. Die von der Antragstellerin geforderte Berücksichtigung von nicht im Angebot zugesicherten Ersatzgestellungszeiten würde dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter widersprechen und sei daher ausgeschlossen.

Demgegenüber beruhe der Nachprüfungsantrag auf der Rechtsansicht, dass die Auftraggeberin dazu verpflichtet wäre, die Bewertung der Angebote unabhängig vom jeweiligen Angebotsinhalt ausschließlich auf Grundlage der Prüfergebnisse des Auftraggebers durchzuführen. Die Antragstellerin gründe ihre Ansicht offenbar auf den Wortlaut einzelner, aus dem Zusammenhang gerissener Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen. Sie missachte dabei die für die Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen geltenden Grundsätze der § 914 ff ABGB und unterstelle den Festlegungen einem BVergG-widrigen und völlig sinnlosen Inhalt. Demgegenüber beruhe der Nachprüfungsantrag auf der Rechtsansicht, dass die Auftraggeberin dazu verpflichtet wäre, die Bewertung der Angebote unabhängig vom jeweiligen Angebotsinhalt ausschließlich auf Grundlage der Prüfergebnisse des Auftraggebers durchzuführen. Die Antragstellerin gründe ihre Ansicht offenbar auf den Wortlaut einzelner, aus dem Zusammenhang gerissener Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen. Sie missachte dabei die für die Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen geltenden Grundsätze der Paragraph 914, ff ABGB und unterstelle den Festlegungen einem BVergG-widrigen und völlig sinnlosen Inhalt.

Hinzu komme, dass die Antragstellerin ihr Angebot nachträglich, nach Ende der Angebotsfrist, geändert habe. Konkret habe die Antragstellerin im Rahmen der Überprüfungsfahrten den Streckenverlauf geändert, den sie im Angebot zugesichert habe. Nachträgliche Angebotsänderungen seien im offenen Verfahren unzulässig. Die Berücksichtigung einer nachträglichen Angebotsänderung würde ebenfalls dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter widersprechen und sei daher ausgeschlossen. Dies gelte insbesondere, wenn es durch die Berücksichtigung der Änderung zu einem Bietersturz kommt (Vgl. EUGH 25.04.1996, RS C-87/94, Kommission/Belgien). Darüber hinaus lägen weitere Angebotsmängel vor.

Unabhängig davon sei der von der Antragstellerin geltend gemachte Verstoß gegen § 131 BVergG weder wesentlich im Sinne des § 26 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 noch sei der Antragstellerin dadurch ein Schaden im Sinne des § 20 Abs. 1 WVRG

2014 entstanden. Die Einbringung eines „begründeten“ Nachprüfungsantrages sei weder erschwert noch behindert worden. Dazu komme, dass für die Antragstellerin nichts gewonnen sei, wenn die Zuschlagsentscheidung alleine wegen eines Verstoßes gegen § 131 BVergG 2006 aufgehoben werde. Ein solches Verfahrensergebnis hätte lediglich zur Folge, dass eine neuerliche, wieder auf C. lautende Entscheidung getroffen werden müsste. Unabhängig davon sei der von der Antragstellerin geltend gemachte Verstoß gegen Paragraph 131, BVergG weder wesentlich im Sinne des Paragraph 26, Absatz eins, Ziffer 2, WVRG 2014 noch sei der Antragstellerin dadurch ein Schaden im Sinne des Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2014 entstanden. Die Einbringung eines „begründeten“ Nachprüfungsantrages sei weder erschwert noch behindert worden. Dazu komme, dass für die Antragstellerin nichts gewonnen sei, wenn die Zuschlagsentscheidung alleine wegen eines Verstoßes gegen Paragraph 131, BVergG 2006 aufgehoben werde. Ein solches Verfahrensergebnis hätte lediglich zur Folge, dass eine neuerliche, wieder auf C. lautende Entscheidung getroffen werden müsste.

Das Vergabeverfahren sei in den nachstehenden drei Losen durchgeführt worden: Los 1 „E.“, Los 2 „N.“, Los 3 „S.“. Den Bietern sei freigestellt, Angebote für ein Los oder mehrere Lose abzugeben. Die Vergabe sei jeweils getrennt erfolgt.

Los 1 umfasse den Betrieb eines Kraftfahrlinienverkehrs auf den Linien Die Inbetriebnahme der Kraftfahrlinien sei jeweils für den 13.12.2015 vorgesehen (Betriebsbeginn). Das Vergabeverfahren sei als offenes Verfahren im Sinn des § 25 Abs. 2 BVergG 2006 durchgeführt worden. Auf Grund des Auftragswertes sei das Vergabefahren nach den Bestimmungen für den Oberschwellenbereich durchgeführt worden. Das Vergabeverfahren sei am 29.04.2015 europaweit im Supplement S zum Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht worden. Das Ende der Angebotsfrist sei mit 09.06.2015 und die öffentliche Angebotsöffnung anschließend festgelegt worden. Die Vergabe erfolge jeweils nach dem Bestbieterprinzip und seien als Zuschlagskriterien festgelegt worden: Gesamtangebotspreis, Abgasnormen, Busalter, Ersatzgestellung, Summe Qualität. Die in den einzelnen Kriterien jeweils vergebenen Punkte würden addiert und als technisch und wirtschaftlich günstigstes Angebot bekomme jenes Angebot den Zuschlag, das in Summe die höchste Punkteanzahl erhalte. Los 1 umfasse den Betrieb eines Kraftfahrlinienverkehrs auf den Linien Die Inbetriebnahme der Kraftfahrlinien sei jeweils für den 13.12.2015 vorgesehen (Betriebsbeginn). Das Vergabeverfahren sei als offenes Verfahren im Sinn des Paragraph 25, Absatz 2, BVergG 2006 durchgeführt worden. Auf Grund des Auftragswertes sei das Vergabefahren nach den Bestimmungen für den Oberschwellenbereich durchgeführt worden. Das Vergabeverfahren sei am 29.04.2015 europaweit im Supplement S zum Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht worden. Das Ende der Angebotsfrist sei mit 09.06.2015 und die öffentliche Angebotsöffnung anschließend festgelegt worden. Die Vergabe erfolge jeweils nach dem Bestbieterprinzip und seien als Zuschlagskriterien festgelegt worden: Gesamtangebotspreis, Abgasnormen, Busalter, Ersatzgestellung, Summe Qualität. Die in den einzelnen Kriterien jeweils vergebenen Punkte würden addiert und als technisch und wirtschaftlich günstigstes Angebot bekomme jenes Angebot den Zuschlag, das in Summe die höchste Punkteanzahl erhalte.

Bis zum Ablauf der Angebotsfrist hätten neun Interessenten die Ausschreibungsunterlagen angefordert. Es seien zahlreiche Anfragen zu den Ausschreibungsunterlagen bei der Antragsgegnerin eingelangt und seien auf Grund der Fragen drei Fragebeantwortungen allen Interessenten übermittelt worden. Die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen und Fragebeantwortungen seien nicht bekämpft worden.

Innerhalb der Angebotsfrist seien für das Los 1 vier Angebote abgegeben worden. Die Angebotsöffnung am 09.06.2015 habe kommissionell stattgefunden und sei eine Niederschrift aufgenommen worden. Die Angebote seien geprüft und auf Grundlage der Zuschlagskriterien bewertet worden. Die Ergebnisse seien in den Protokollen über die Prüfung der Angebote samt Anhängen zusammengefasst. Im Rahmen des Zuschlagskriteriums Ersatzgestellung seien die von den Bietern zugesicherten Ersatzgestellungszeiten bewertet worden. Die Ersatzgestellung und die Bewertung der zugesicherten Ersatzgestellungszeiten seien festgelegt in: Punkt 5.2.4 der Ausschreibungsunterlage, zweite und dritte Fragebeantwortung, Punkt 2. (Leistungen des Auftragnehmers), 8. (Ersatzgestellung) und 22.2 (mangelhafte Ersatzgestellung) der Leistungsvereinbarung.

Nach den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen sei der künftige Auftragnehmer verpflichtet, bei Ausfall eines Fahrzeuges (z.B. auf Grund eines technischen Gebrechens, Unfalls oder sonstiger Umstände) umgehend ein Ersatzfahrzeug einzusetzen (sogenannte „Ersatzgestellung“).

Als Mindestanforderung müsse dabei die in der Ausschreibungsunterlage festgelegte maximale Ersatzgestellungszeit von 45 Minuten in Los 1 sichergestellt sein bzw. während der gesamten Vertragsdauer eingehalten werden. Die

Ersatzgestellungszeit sei die Zeitspanne zwischen Eintritt eines Ersatzgestellungsfalls (Ausfall eines Fahrzeugs) bis zum Eintreffen des Ersatzfahrzeuges an der nächstgelegenen Haltestelle („Bruttozeit“). Die Ersatzgestellungszeit sei somit nicht nur als reine Fahrzeit zwischen dem Standort des Ersatzfahrzeuges und der nächstgelegenen Haltestelle zu verstehen. Die Ersatzgestellungszeit umfasse auch die Vorbereitung zwischen der Meldung des Ausfalls bis zur Abfahrt des Ersatzfahrzeuges.

Die Ausschreibung sehe vor, dass für den Fall, dass die maximale Ersatzgestellungszeit (Mindestanforderung) im Angebot nicht zugesichert werden könne, das Angebot ausgeschieden werde. Für den Fall, dass die im Angebot zugesicherte Ersatzgestellungszeit oder die maximale Ersatzgestellungszeit (Mindestanforderung) während der Vertragslaufzeit nicht eingehalten werde, werde eine Vertragsstrafe fällig.

Im Rahmen des Zuschlagskriteriums „Ersatzgestellung“ hätten die Bieter die Möglichkeit, die Mindestanforderung 45 Minuten in Los 1 zu unterschreiten und kürzere Ersatzgestellungszeiten anzubieten. Abhängig von der zugesicherten Ersatzgestellungszeit seien die in Punkt 5.2.4.1 der Ausschreibungsunterlage festgelegten Punkte vergeben worden. Für die Bewertung nach den Zuschlagskriterien sei jeweils die längste Ersatzgestellungszeit herangezogen worden. Die Bieter hätten die angebotenen Ersatzgestellungszeiten im Eingabeformular „Ersatzgestellung“ anzugeben gehabt. Konkret seien für jede Haltestelle einer Linie jeweils der Standort des Ersatzfahrzeuges und die Ersatzgestellungszeit (Fahrzeit plus Vorbereitungszeit) anzugeben gewesen.

Vor dem Hintergrund der in den Ausschreibungsunterlagen getroffenen Festlegungen über den Nachweis und die Überprüfung der im Angebot zugesicherten Ersatzgestellungszeiten habe die Prüfung der von den Bietern im Rahmen der Ersatzgestellungszeit zugesicherten Fahrzeiten in drei Prüfschritten stattgefunden: Als erster Schritt seien alle zugesicherten Fahrzeiten mit dem elektronischen Routenplaner überprüft worden. Als zweiter Schritt seien jene kritischen Strecken festgelegt worden, die anschließend mit Überprüfungsfahrten (neuerlich) überprüft würden. Zur Festlegung der kritischen Strecken sei ein Gutachten zur Frage eingeholt worden, welche Zeiten (als sogenannte Bus-Aufschläge) zu den im ersten Schritt festgestellten Zeiten hinzugerechnet werden müssten. Das Gutachten sei von einem Ziviltechniker (Ingenieurkonsulent für Raumplanung und Raumordnung) erstellt worden. Als dritter Schritt seien alle Strecken, die nach den ersten beiden Prüfungsschritten gemäß der Ausschreibungsunterlage bewertungsrelevant seien könnten (z.B. weil die jeweilige Ersatzgestellungszeit mehr als 30 und weniger als 45 Minuten beträgt), gemeinsam mit einem Sachverständigen im Rahmen von Überprüfungsfahrten überprüft worden.

Alle drei Prüfschritte seien im Aktenvermerk „Ersatzgestellung“ und der Tabelle „Ersatzgestellung“ zusammengefasst worden.

Die Überprüfungsfahrten seien mit einem allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für Verkehrssicherheit, Autoreparatur und Havarieschäden durchgeführt und deren Ergebnisse im verkehrstechnischen Gutachten vom 21.07.2015 zusammengefasst worden. Bei den Überprüfungsfahrten sei das Fahrverhalten der Buslenker (im Hinblick auf die Einhaltung der StVO, z.B. Fahrtgeschwindigkeit, Fahren auf halbe Sicht usw.) vom Sachverständigen beobachtet und kontrolliert worden. Für die Fahrten seien Busse eingesetzt worden, die den Busvorgaben in den Ausschreibungsunterlagen entsprechen. Darüber hinaus seien die Fahrten in dem in Punkt 5.2.4.1 der Ausschreibung festgelegten Zeitfenster erfolgt.

Um größtmögliche Transparenz sicherzustellen, sei bei den Überprüfungsfahrten den Bietern die Möglichkeit gegeben worden, einerseits den Termin für die Überprüfungsfahrten zu bestimmen und andererseits die Fahrzeuge und Lenker, die bei den Fahrten eingesetzt werden, auszuwählen und zur Verfügung zu stellen. Die Antragstellerin habe von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.

Konkret seien bei der Prüfung des Angebotes der Antragstellerin im Los 1 Überprüfungsfahrten auf den Linien ... durchgeführt worden. Die Strecken wären nach den ersten beiden Prüfungsschritten als nicht bewertungsrelevant einzustufen gewesen. Die Überprüfungsfahrten seien in erster Linie erfolgt, um statistisches Datenmaterial für die fortlaufende Evaluierung des Gutachtens zu den „Bus-Aufschlägen“ zu erhalten.

Ergebnis der Überprüfungsfahrten sei gewesen, dass die von der Antragstellerin zugesicherten Ersatzgestellungszeiten (Vorbereitungszeit und Fahrzeit) bei StVO-konformer Fahrweise eingehalten werden könnten. Die Angebotsbewertung habe daher nach dem im Angebot zugesicherten Ersatzgestellungszeiten erfolgen können.

Auf Grund der Ergebnisse der Angebotsprüfung seien alle Bieter mit Aufklärungsersuchen vom 23.06.2015 zur

Aufklärung von Unklarheiten und Nachreichung von Nachweisen aufgefordert worden. Es seien keine Aufklärungen zu den Ersatzgestellungszeiten gefordert worden. Nach Einlangen der Aufklärungen und Nachreichungen zu den Angeboten sei das Ergebnis der Prüfung in den Protokollen über die Prüfung der Angebote zusammengefasst worden. Mit Schreiben des Auftraggebers vom 28.07.2015 sei den Bietern mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei, die Leistungsvereinbarung im Los 1 mit C. abzuschließen (Zuschlagsentscheidung).

Der Antragstellerin seien mit Schreiben vom 03.08.2015 Teile der Niederschrift über die Angebotsprüfung im Los 1 und Los 3 nach Aufforderung übermittelt worden. Anschließend sei der gegenständliche Nachprüfungsantrag eingebracht worden. Vor Einbringung des Nachprüfungsantrages sei die Antragsgegnerin nicht mit den Vorwürfen der Antragstellerin konfrontiert worden.

Zur ausschreibungskonformen Angebotsbewertung des Angebots der Antragstellerin werde auf den Wortlaut des Punktes 5.2.4.1 der Ausschreibungsunterlage verwiesen. Aus diesem Wortlaut und dem Zusammenhang der Festlegungen gehe klar hervor, dass die zugesicherten Ersatzgestellungszeiten nur dann nicht für die Angebotsbewertung herangezogen würden, wenn sie bei StVO-konformer Fahrweise nicht realisierbar seien. Andernfalls würden Bieter bevorzugt werden, die sich durch den Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften (StVO) einen klaren Wettbewerbsvorteil verschafften. Darin liege auch der (leicht erkennbare) Sinn und Zweck der Festlegung in Punkt 5.2.4.1 der Ausschreibung. Im Ergebnis würden somit die zugesicherten Ersatzgestellungszeiten darauf überprüft werden, ob diese (StVO-konform) eingehalten werden könnten. Ob die zugesicherten Zeiten möglicherweise optimiert werden könnten, sei nicht Gegenstand der Prüfung.

Vor diesem Hintergrund seien die Behauptungen der Antragstellerin zu diesem Punkt nicht nachvollziehbar. Nach Ansicht der Antragstellerin solle die Bewertung der Angebote - unabhängig vom jeweiligen Angebotsinhalt - ausschließlich auf Grundlage der Prüfergebnisse des Auftraggebers erfolgen. Eine BVergG-konforme Bestbieterermittlung wäre in diesem Fall ausgeschlossen. Die Antragstellerin wäre im Fall einer Zuschlagserteilung vertraglich ausschließlich an die von ihr im Angebot zugesicherte Ersatzgestellungszeit gebunden, obwohl das Angebot auf Grund der Ergebnisse der Prüfungsfahrten bewertet würde. Damit würde der Zuschlag auf ein Angebot lauten, das so gar nicht bewertet worden sei. Dazu komme, dass eine Vertragsstrafe wegen mangelhafter Ersatzgestaltung nur dann fällig sei, wenn die im Angebot zugesicherte Ersatzgestellungszeit während der Vertragslaufzeit nicht eingehalten werde. Auch eine Kündigung aus wichtigem Grund wegen „mehrmaliger Verhängung von Pönalen“ gemäß Punkt 23.2 der Leistungsvereinbarung setze voraus, dass die im Angebot zugesicherte Ersatzgestellungszeit nicht eingehalten werde.

Zusammengefasst wäre eine Bewertung von nicht verbindlichen Ersatzgestellungszeiten völlig sinnlos. Es bestehe kein Anhaltspunkt dafür, den Ausschreibungsunterlagen einen solchen Inhalt zu unterstellen.

Umgekehrt sei es sachgerecht, Angebote von Bietern, deren angebotene Ersatzgestellungszeit nicht StVO-konform realisierbar sein, nach den Ergebnissen der Überprüfungen zu bewerten. Andernfalls würden Bieter bevorzugt werden, die sich durch den Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften einen klaren Wettbewerbsvorteil verschafften.

Von den angebotenen Ersatzgestellungszeiten abweichende Ergebnisse der Überprüfungen führten auch nicht zu einer nachträglichen Änderung der Angebote. Eine solche „automatische“ Angebotsänderung, die den Bindungswillen und Einflussbereich der Bieter entzogen sei, habe keine Grundlage im BVergG 2006 oder in den Ausschreibungsunterlagen.

Die Ansicht der Antragstellerin hätte im Übrigen zur Konsequenz, dass die Zusicherung von Ersatzgestellungszeiten im Angebot unterbleiben könnte. Die konkret zugesicherten Zeiten hätten ja ohnehin keinen Einfluss auf die Angebotsbewertung. Diese Ansicht stehe jedoch insbesondere im Widerspruch zur Ausschreibungsunterlage.

Zur unzulässigen Angebotsänderung/Änderung des Streckenverlaufes werde festgehalten, dass die Antragstellerin ihre ursprünglichen der Angebotserstellung zu Grunde liegenden Angaben nachträglich geändert habe. Eine solche Änderung sei unzulässig.

Die Antragstellerin hätte in ihrem Angebot für die angebotenen Ersatzgestellungszeiten einen konkreten Streckenverlauf für die Strecke zwischen dem Standort des Ersatzfahrzeuges und der jeweiligen Haltestelle anzugeben gehabt. Der Streckenverlauf sei im Ersatzgestellungskonzept darzustellen gewesen und darüber hinaus wären die

angebotenen Ersatzgestellungszeiten durch „(digitale oder analoge) Tachographenblätter“ nachzuweisen gewesen. Im Ergebnis hätten die Bieter Ersatzgestellungszeiten auf Grundlage konkreter Streckenverläufe anzubieten gehabt, die sie mit entsprechenden Tachographenblättern nachzuweisen hatten.

Im Rahmen der Überprüfungsfahrten sei die Antragstellerin vom ursprünglich angegebenen Streckenverlauf abgewichen. Anstelle des im Angebot angegebenen Streckenverlaufs habe die Antragstellerin im Rahmen der Überprüfungsfahrt einen völlig anderen Streckenverlauf gewählt. Der Unterschied sei aus dem Vergleich des Angebotes mit dem Prüfprotokoll und dem verkehrstechnischen Gutachten ersichtlich. Damit habe die Antragstellerin ihr Angebot nachträglich geändert. Dies sei jedoch im offenen Verfahren - gerade im Hinblick auf bewertungsrelevante Punkte - unzulässig. Die Berücksichtigung einer solchen Änderung und eine darauf gegründete Zuschlagsentscheidung wäre gegenüber anderen Bietern unfair und nicht zu rechtfertigen.

Zur Verpflichtung der Berücksichtigung von Überprüfungsfahrten werde ausgeführt, dass die bei der Prüfung des Angebotes der Antragstellerin in Los 1 durchgeführten Überprüfungsfahrten nach den ersten beiden Überprüfungsschritten als nicht bewertungsrelevant einzustufen gewesen seien. Die Überprüfungsfahrten seien in erster Linie erfolgt, um statistisches Datenmaterial für die fortlaufende Evaluierung des Gutachtens zu den „Bus-Aufschlägen“ zu erhalten. Im Ergebnis seien die Überprüfungsfahrten freiwillig durchgeführt worden. Die Überprüfungsfahrten seien für eine BVergG-konforme Angebotsprüfung nicht erforderlich. Auch dieser Umstand spreche dafür, dass die Überprüfungsfahrten bei der Angebotsbewertung nicht berücksichtigt werden müssten.

Zu den Angebotsmängeln im Angebot der Antragstellerin werde ausgeführt, dass auf Grund der eindeutigen Ergebnisse der Angebotsprüfung und -bewertung davon ausgegangen worden sei, dass die Antragstellerin für eine Zuschlagserteilung nicht in Frage komme. Vor diesem Hintergrund seien nachstehende Mängel und Unklarheiten im Angebot der Antragstellerin nicht weiter verfolgt worden.

Ausgehend von Erfahrungswerten der Auftraggeberin aus anderen Vergabeverfahren betreffend die Lieferfristen von Bussen sei davon auszugehen gewesen, dass die Antragstellerin das im Angebot im Eingabeformular „Busalter“ zugesicherte Busalter nicht einhalten könne. Die Antragstellerin habe angegeben, bereits zum Betriebsstart am 13.12.2015 fabriksneue Busse einzusetzen. Von der in Punkt 7.1 der Leistungsvereinbarung eingeräumten Möglichkeit, erst nach Ablauf der (siebenmonatigen) Übergangszeit fabriksneue Busse einzusetzen, habe die Antragstellerin offenbar keinen Gebrauch gemacht. Nach den Informationen der Auftraggeberin sei es nicht nachvollziehbar wie die Antragstellerin bereits zu Betriebsbeginn - ohne Übergangszeit - neue, den Ausschreibungsunterlagen entsprechende Busse bereitstellen könne. Es sei daher davon auszugehen, dass das Angebot auch aus diesem Grund nicht für eine Zuschlagserteilung in Frage komme.

Nach den Angaben des Bieters in der Subunternehmerliste übernehme sein Subunternehmer ausschließlich einen bestimmten Leistungsteil. Damit übereinstimmend habe der Subunternehmer erklärt, für den Tätigkeitsbereich „Bereitstellung von Fahrzeugen und Fahrern für diese genannten Linien“ zur Verfügung zu stehen. Nach diesen „übereinstimmenden“ Angaben werde der Subunternehmer weder für die Linie ... noch für die Bereitstellung von Abstellplätzen für die Ersatzbusse herangezogen.

Da zahlreiche Standorte der Ersatzfahrzeuge nicht auf dem Betriebsgelände der Antragstellerin lägen, sei sie mit „Ersuchen um Aufklärung bzw. um Nachreichung“ vom 23.06.2015 aufgefordert worden, die konkreten Nutzungsberechtigungen für diese Standorte nachzuweisen.

Im Ergebnis habe die Antragstellerin für die Linie ... und den bestimmten Ersatzbus-Standort keine Nutzungsberechtigung nachgewiesen. Die nachgereichte Nutzungsberechtigung laute nämlich ausschließlich auf den Subunternehmer, der jedoch in diesem Leistungsteil nicht tätig werde. Darüber hinaus sei unklar, ob die nachgereichten Nutzungsberechtigungen bereits zum Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist (09.06.2015) vorgelegen seien.

Unabhängig davon sei auszugehen, dass der Subunternehmer auch für die Ersatzgestellung auf der Linie ... herangezogen werde. Dieser Tätigkeitsbereich sei jedoch weder von der Subunternehmerliste noch von der Subunternehmererklärung gedeckt. Unter Hinweis auf vergaberechtliche Judikatur werde daher zusammengefasst festgehalten, dass das Angebot auch aus diesem Grund nicht für eine Zuschlagserteilung in Frage komme.

Wesentlich sei in diesem Zusammenhang, dass die Ersatzgestellung - soweit sie über die bloße Zurverfügungstellung

von Busabstellflächen hinausgehe, eine Subunternehmerleistung darstelle. Unter Hinweis auf vergaberechtliche Judikatur sei daher im Ergebnis die Ersatzgestellung - soweit sie über die bloße Zurverfügungstellung von Busabstellflächen hinausgehe - keine Hilfsleistung sondern eine Subunternehmerleistung.

Gemäß § 83 Abs. 1 BVergG 2006 sei die Weitergabe des gesamten Auftrags an einen Subunternehmer unzulässig. Eine entgegen diesem Verbot beabsichtigte Weitergabe begründe einen Ausscheidenstatbestand. Gemäß Paragraph 83, Absatz eins, BVergG 2006 sei die Weitergabe des gesamten Auftrags an einen Subunternehmer unzulässig. Eine entgegen diesem Verbot beabsichtigte Weitergabe begründe einen Ausscheidenstatbestand.

Zur Bemessung der Stillhaltefrist werde festgehalten, dass in der Zuschlagsentscheidung eine längere Stillhaltefrist (Montag, 10.08.2015) als gesetzlich vorgesehen festgelegt worden sei. Die gesetzliche Stillhaltefrist habe mit einer Dauer von 10 Tagen bereits am Freitag, 07.08.2015 um 24:00 Uhr geendet. Die gesetzliche Stillhaltefrist wäre somit um neun Stunden nach dem Zeitpunkt geendet zu dem ein Nachprüfungsantrag beim Verwaltungsgericht Wien spätestens eingebracht hätte werden müssen.

Hintergrund für die Festlegung der längeren Stillhaltefrist wäre der Umstand gewesen, dass die Auftraggeberin die Zuschlagserteilung nicht unmittelbar nach Ablauf der Stillhaltefrist am Samstag, 08.08.2015, vornehmen habe können. Daher sei das Ende der Stillhaltefrist auf Montag, 10.08.2015, verlegt worden.

Wesentlich sei, dass aus der verlängerten Stillhaltefrist der Antragstellerin keine Nachteile entstanden seien. Auch die Auftraggeberin wäre nämlich insbesondere an die längere Stillhaltefrist gebunden gewesen.

Wesentlich sei weiters, dass zwischen Stillhalte- und Anfechtungsfrist zu unterscheiden sei und müssten im Ergebnis unter Hinweis auf vergaberechtliche Literatur und Judikatur die Stillhaltefrist und Anfechtungsfrist nicht übereinstimmen.

Dementsprechend liege (in der Regel) auch kein Wiedereinsetzungsgrund vor, wenn ein Bieter irrtümlich davon ausgehe, dass er in der vom Auftraggeber verlängerten Stillhaltefrist einen Nachprüfungsantrag einbringen könne.

Sollte die Zuschlagsentscheidung aus diesem Grund gegen § 131 BVergG 2006 verstoßen, führe der Verstoß jedoch nicht zur Nichtigkeitserklärung der Zuschlagsentscheidung, da gemäß § 26 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 nämlich nur dann für nichtig zu erklären sei, wenn die Rechtswidrigkeit „für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist“, mit anderen Worten: Wenn sie ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens bewirken könnte. Sollte die Zuschlagsentscheidung aus diesem Grund gegen Paragraph 131, BVergG 2006 verstoßen, führe der Verstoß jedoch nicht zur Nichtigkeitserklärung der Zuschlagsentscheidung, da gemäß Paragraph 26, Absatz eins, Ziffer 2, WVRG 2014 nämlich nur dann für nichtig zu erklären sei, wenn die Rechtswidrigkeit „für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist“, mit anderen Worten: Wenn sie ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens bewirken könnte.

Nach der Rechtsprechung zur Begründungspflicht von Zuschlagsentscheidungen gemäß § 131 BVergG sei die Wesentlichkeit dann gegeben, wenn „die Erbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages durch den Verstoß erschwert oder behindert wird“. Bezogen auf das Abgehen von der gesetzlichen (Mindest-) Stillhaltefrist werde die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages weder erschwert noch behindert. Somit liege keine Wesentlichkeit im Sinn des § 26 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 vor. Nach der Rechtsprechung zur Begründungspflicht von Zuschlagsentscheidungen gemäß Paragraph 131, BVergG sei die Wesentlichkeit dann gegeben, wenn „die Erbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages durch den Verstoß erschwert oder behindert wird“. Bezogen auf das Abgehen von der gesetzlichen (Mindest-) Stillhaltefrist werde die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages weder erschwert noch behindert. Somit liege keine Wesentlichkeit im Sinn des Paragraph 26, Absatz eins, Ziffer 2, WVRG 2014 vor.

Darüber hinaus begründe das Abgehen von der gesetzlichen Stillhaltefrist auch keinen Schaden im Sinn des § 20 Abs. 1 WVRG 2014. Auch sei in der vorliegenden Konstellation weder die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages erschwert noch behindert worden. Die Antragstellerin hätte zum Beginn der Nachprüfungsfrist alle Informationen, die für einen begründeten Nachprüfungsantrag erforderlich waren, gehabt. Hinzukomme, dass die Auftraggeberin von ihren Festlegungen in ihrer Zuschlagsentscheidung nicht abgegangen sei und die längere Stillhaltefrist eingehalten habe. Der geltend gemachte Verstoß gegen § 131 BVergG 2006 wäre daher weder wesentlich noch sei der Antragstellerin dadurch ein Schaden entstanden. Darüber hinaus begründe das Abgehen von der

gesetzlichen Stillhaltefrist auch keinen Schaden im Sinn des Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2014. Auch sei in der vorliegenden Konstellation weder die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages erschwert noch behindert worden. Die Antragstellerin hätte zum Beginn der Nachprüfungsfrist alle Informationen, die für einen begründeten Nachprüfungsantrag erforderlich waren, gehabt. Hinzukomme, dass die Auftraggeberin von ihren Festlegungen in ihrer Zuschlagsentscheidung nicht abgegangen sei und die längere Stillhaltefrist eingehalten habe. Der geltend gemachte Verstoß gegen Paragraph 131, BVergG 2006 wäre daher weder wesentlich noch sei der Antragstellerin dadurch ein Schaden entstanden.

Abschließend werde betont, dass für die Antragstellerin nichts gewonnen sei, wenn die Zuschlagsentscheidung alleine wegen eines Verstoßes gegen § 131 BVergG 2006 aufgehoben werde. Ein solches Verfahrensergebnis hätte lediglich zur Folge, dass eine neuerliche, wiederum auf die Zuschlagsempfängerin lautende Zuschlagsentscheidung getroffen werden müsste, in der das Ende der Stillhaltefrist dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes entsprechend angegeben würde. Abschließend werde betont, dass für die Antragstellerin nichts gewonnen sei, wenn die Zuschlagsentscheidung alleine wegen eines Verstoßes gegen Paragraph 131, BVergG 2006 aufgehoben werde. Ein solches Verfahrensergebnis hätte lediglich zur Folge, dass eine neuerliche, wiederum auf die Zuschlagsempfängerin lautende Zuschlagsentscheidung getroffen werden müsste, in der das Ende der Stillhaltefrist dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes entsprechend angegeben würde.

Mit Stellungnahme vom 21.08.2015 trat die präsumtive Zuschlagsempfängerin dem Verfahren bei und brachte zur Verfügbarkeit neuer Busse vor, dass nach den langjährigen Erfahrungen der mitbeteiligten Partei die übliche Lieferzeit von neuen Bussen mindestens sechs Monate betrage. Da insbesondere auf Grund der Unternehmensgröße der Antragstellerin davon auszugehen sei, dass diese fabriksneue Busse nicht „auf Lager“ halte, sondern diese erst nach Zuschlagserteilung bestelle, sei der verbleibende Zeitraum bis zum Betriebsstart nicht ausreichend. Im offenen Verfahren müsse die Leistungsfähigkeit spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen.

Zur nicht erfolgten Bekanntgabe eines Subunternehmers werde vorgebracht, dass sich die Antragstellerin eines Subunternehmers zur „Bereitstellung von Fahrzeugen und Fahrern“ auf bestimmten Linien bediene. Aus den von der Antragstellerin nachgereichten Nutzungsberechtigungen ergebe sich jedoch, dass sich für einen Ersatzbusstandort auf der genannten Linie die Nutzungsberechtigung ausschließlich auf den Subunternehmer, nicht jedoch auf die Antragstellerin, beziehe. Die korrekte Angabe des vom Subunternehmer zu erbringenden Leistungsteils sei jedoch zwingend erforderlich, weil die Auftraggeberin gemäß § 123 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 die Eignung des Subunternehmers in Bezug auf den von ihm zu erbringenden Leistungsteil zu prüfen habe. Zur nicht erfolgten Bekanntgabe eines Subunternehmers werde vorgebracht, dass sich die Antragstellerin eines Subunternehmers zur „Bereitstellung von Fahrzeugen und Fahrern“ auf bestimmten Linien bediene. Aus den von der Antragstellerin nachgereichten Nutzungsberechtigungen ergebe sich jedoch, dass sich für einen Ersatzbusstandort auf der genannten Linie die Nutzungsberechtigung ausschließlich auf den Subunternehmer, nicht jedoch auf die Antragstellerin, beziehe. Die korrekte Angabe des vom Subunternehmer zu erbringenden Leistungsteils sei jedoch zwingend erforderlich, weil die Auftraggeberin gemäß Paragraph 123, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 die Eignung des Subunternehmers in Bezug auf den von ihm zu erbringenden Leistungsteil zu prüfen habe.

Wollte die Antragstellerin hingegen auf dieser Linie die gesamte Leistung selbst erbringen, so fehle ihr die dafür erforderliche Nutzungsberechtigung und sei die Antragstellerin in diesem Fall auszuschneiden, weil ohne Nutzungsberechtigung die technische Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht vorgelegen sei.

Zur unzulässigen Nutzungsberechtigung nach Angebotsfrist werde vorgebracht, dass die Antragstellerin somit nicht nachweisen haben können, dass sie bereits bei Ende der Angebotsfrist über die erforderlichen Nutzungsberechtigungen verfügt habe, weshalb ihr Angebot auszuschneiden sei.

Zur Ersatzgestellung werde zunächst festgehalten, dass bei einer Probefahrt eine schnellere Ersatzgestellungszeit von der Antragstellerin gefahren worden sei, die entgegen der Ansicht der Antragstellerin aus folgenden Gründen irrelevant sei. Wie sich aus der Stellungnahme der Auftraggeberin ergebe, hätten die ersten beiden Prüfungsschritte ergeben, dass die von der Antragstellerin im Angebot zugesicherte Ersatzgestellungszeit von 30 Minuten jedenfalls realisierbar sei, sodass die Überprüfungsfahrten nach dem vom Auftraggeber festgelegten Prüfschritten nicht erforderlich gewesen wären, weshalb sie schon aus diesem Grund nicht bewertungsrelevant sein könnten.

Zur unzulässigen Änderung der Ersatzgestellungsroute werde vorgebracht, dass die Auftraggeberin in der

gegenständlichen Ausschreibung ausdrücklich festgelegt habe, dass die Ersatzgestellungsroute im Angebot durch die Bekanntgabe des konkreten Streckenverlaufs nachzuweisen sei. Damit sei klar, dass diese Bestandteil des Angebotes sei und auch nicht im Nachhinein geändert werden könne.

Wie jedoch aus der Stellungnahme der Auftraggeberin hervorgehe, habe die Antragstellerin die Ersatzgestellungsroute im Rahmen der Probefahrt in unzulässiger Weise nachträglich geändert. Dies sei eine unzulässige Angebotsänderung, die zum Ausscheiden des Angebots, zumindest aber zur Nicht-Berücksichtigung der Probefahrt auf der unzulässigen Strecke führe. Da die ersten beiden Schritte zur Überprüfung der Ersatzgestellungszeit ohnehin nicht ergaben, dass auf der gegenständlichen Strecke eine Probefahrt durchgeführt werden müsse, sei die Probefahrt auch nicht zu wiederholen.

Zur im Angebot zugesicherten Ersatzgestellungszeit werde festgehalten, dass ausgehend davon, dass die Probefahrt zulässig gewesen sei und die Ersatzgestellungsroute nachträglich geändert werden durfte, diese das Angebot bzw. die Bewertung des Angebots der Antragstellerin nicht nachträglich habe verbessern können: Ausschreibungsbestimmungen seien nach geltender Rechtsprechung nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblich Sorgfalt auszulegen. In Punkt 5.2.4 und Punkt 5.2.4.1 der Ausschreibungsunterlage werde ausdrücklich und mehrfach festgelegt, dass die im Angebotsformular Beilage .16 zugesicherten Ersatzgestellungszeiten bewertet würden. Wie sich aus dem ersten Satz der oben zitierten Stelle ergebe, würden Ersatzgestellungszeiten nur dann bewertet werden, wenn sie bei StVO-konformer Fahrweise realisierbar seien. Aus dem zweiten Satz sei ersichtlich, dass die Probefahrten dem Zweck dienten, zu überprüfen, ob die zugesicherten Zeiten auch tatsächlich (StVO-konform) realisierbar seien. Diese zentralen Passagen seien im Nachprüfungsantrag leider nur unvollständig zitiert. Der Telos dieser Regelung sei eindeutig: Für den Fall, dass ein Bieter kürzere Ersatzgestellungszeiten angebe als tatsächlich bei StVO-konformer Fahrweise möglich seien, sollen Überprüfungsfahrten als Korrektiv wirken. Ziel sei es, dass Bieter nicht ungerechtfertigter Weise im Rahmen der Bewertung ihres Angebotes durch die Angabe von zu kurzen (unrealistischen) Ersatzgestellungszeiten mehr Punkte erhalten, als ihnen bei realistischer Betrachtung zustünden. Keinesfalls ableitbar sei daraus, dass die durchgeführten Überprüfungsfahrten auch dazu dienten, eine Verbesserung des Angebotes herbeizuführen. Auch die Wortinterpretation lasse keinen anderen Schluss zu.

Die von der Antragstellerin angebotenen Ersatzgestellungszeiten seien (nach den Informationen im Schriftsatz der Antragsgegnerin) bei StVO-konformer Fahrweise realisierbar, weshalb die angebotenen Ersatzgestellungszeiten zu bewerten seien.

Zum Qualitätskriterium „Ersatzgestellung“ seien bereits zwei Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtes Wien ergangen, die auf im Wesentlichen gleichlautenden Ausschreibungsunterlagen beruhen.

Da Ersatzgestellungszeiten verbindlich zugesichert würden und auch bei Nichteinhaltung pönalisiert seien, sei es durchaus naheliegend, dass Bieter, um auf der „sicheren Seite“ zu sein, eher hohe Ersatzgestellungszeiten angeben, um das Pönale-Risiko zu minimieren. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass die Testfahrten nach den Ausschreibungsunterlagen in der Nebenverkehrszeit erfolgten, die Pönale-Regelung des Vertrages jedoch nicht dahingehend differenziert, ob die Überschreitung der zugesicherten Ersatzgestellungszeit in der Neben- oder Hauptverkehrszeit erfolge. Ebenso sei denkbar, dass sich die Antragstellerin bei der Angebotslegung nicht in der erforderlichen Sorgfalt mit den Ersatzgestellungszeiten auseinandergesetzt habe und aus diesem Grund einen hohen Wert angeboten habe.

In keinem der beiden Fälle habe die Antragstellerin ein Recht oder ein schützenswertes Vertrauen darauf, dass die Angebotsbewertung zu einer Verbesserung der Wettbewerbsstellung führe. Die Interpretation der Antragstellerin unterstelle der Ausschreibungsunterlage daher einen BVerfG-widrigen Inhalt. Die Auslegung durch die Antragstellerin führe dazu, dass die Zusicherungen im Angebot völlig unerheblich seien, weil ohnehin nur Probefahrten zählten.

Zu einem ebenso BVerfG-widrigen Ergebnis führte die Auslegung, dass die tatsächlich gefahrene Zeit im Rahmen der Probefahrt gewertet werde, aber der Bieter nur an die angebotene (höhere) Ersatzgestellungszeit gebunden sei, weil damit etwas bewertet werden würde, was nicht angeboten worden sei und damit bei Zuschlagserteilung auch nicht Vertragsinhalt werde. Aus all diesen Gründen sei daher ausschließlich die im Angebot der Antragstellerin zugesicherte Ersatzgestellungszeit maßgeblich und die Tatsache, dass bei einer Probefahrt eine schnellere Ersatzgestellungszeit gefahren worden sei, unerheblich.

Zur Stillhaltefrist werde auch unter Zitierung vergaberechtlicher Literatur ausgeführt, dass es im Sinne einer Selbstbindung zulässig sei, dass der Auftraggeber eine längere als die im § 133 BVergG 2006 festgelegte Mindeststillhaltefrist festlege. Gibt der Auftraggeber eine längere Stillhaltefrist an, so sei er selbstverständlich an diese gebunden. Da die materiellrechtliche Stillhaltefrist von der verfahrensrechtlichen Anfechtungsfrist ohnehin entkoppelt sei, habe ein Antragsteller kein schützenswertes Vertrauen darauf, dass Nachprüfungsanträge innerhalb der Stillhaltefrist einzubringen seien, und könne insofern auch kein Wiedereinsetzungsgrund geltend gemacht werden. In weiterer Folge könne eine solche Rechtswidrigkeit auch nicht zur Nichtigklärung führen, weil gemäß § 26 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 nur solche Rechtswidrigkeiten zur Nichtigklärung führen können, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss seien, was auf Grund der rechtzeitigen Einbringung des Nachprüfungsantrages jedoch erwiesener Maßen nicht der Fall gewesen sei. Es werde daher die Abweisung des Antrages der Antragstellerin auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung zu Los 1 beantragt. Zur Stillhaltefrist werde auch unter Zitierung vergaberechtlicher Literatur ausgeführt, dass es im Sinne einer Selbstbindung zulässig sei, dass der Auftraggeber eine längere als die im Paragraph 133, BVergG 2006 festgelegte Mindeststillhaltefrist festlege. Gibt der Auftraggeber eine längere Stillhaltefrist an, so sei er selbstverständlich an diese gebunden. Da die materiellrechtliche Stillhaltefrist von der verfahrensrechtlichen Anfechtungsfrist ohnehin entkoppelt sei, habe ein Antragsteller kein schützenswertes Vertrauen darauf, dass Nachprüfungsanträge innerhalb der Stillhaltefrist einzubringen seien, und könne insofern auch kein Wiedereinsetzungsgrund geltend gemacht werden. In weiterer Folge könne eine solche Rechtswidrigkeit auch nicht zur Nichtigklärung führen, weil gemäß Paragraph 26, Absatz eins, Ziffer 2, WVRG 2014 nur solche Rechtswidrigkeiten zur Nichtigklärung führen können, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss seien, was auf Grund der rechtzeitigen Einbringung des Nachprüfungsantrages jedoch erwiesener Maßen nicht der Fall gewesen sei. Es werde daher die Abweisung des Antrages der Antragstellerin auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung zu Los 1 beantragt.

Mit Replik vom 1.9.2015 bezog die Antragstellerin zu den Schriftsätzen der Antragsgegnerin sowie der Teilnahmeberechtigten Stellung und führte aus, dass die einleitenden Ausführungen der Antragsgegnerin zu ihrer Vergabepaxis sowie zur Teilnahme der Antragstellerin in früheren Vergabeverfahren im nachprüfungsgegenständlichen Fall rechtlich irrelevant seien. Gegenstand des Nichtigklärungsverfahrens gemäß § 20 WVRG 2014 sei immer eine gesondert anfechtbare Entscheidung in einem konkreten Nachprüfungsverfahren. Erwägungen und Erfahrungen aus früheren Vergabeverfahren seien dabei nicht zu berücksichtigen. Unrichtig sei, dass „die Festlegungen zur Ersatzgestellung seit Jahren zum Einsatz“ kämen und „das Vorgehen bei der Prüfung der Ersatzgestellungszeiten (...) einem einheitlichen Standard“ folgte. Aus dem von der Antragsgegnerin zitierten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien und den dort zitierten Festlegungen der Bewertung der Ersatzgestellungszeiten ergebe sich, dass sich diese eindeutig von den Festlegungen im nunmehr nachprüfungsgegenständlichen Vergabeverfahren unterschieden. Von einem „einheitlichen Standard“ könne daher keine Rede sein. Auch seien die Festlegungen betreffend die Prüfung und Bewertung der Ersatzgestellung vom Verwaltungsgericht im damaligen Nachprüfungsverfahren auch nicht für „BVergG-konform“ erachtet worden. Gegenstand des damaligen Verfahrens sei die Bekämpfung einer Zuschlagsentscheidung auf Basis bestandfester Ausschreibungsunterlagen gewesen und nicht die Überprüfung der Vergaberechtskonformität von Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen. Mit Replik vom 1.9.2015 bezog die Antragstellerin zu den Schriftsätzen der Antragsgegnerin sowie der Teilnahmeberechtigten Stellung und führte aus, dass die einleitenden Ausführungen der Antragsgegnerin zu ihrer Vergabepaxis sowie zur Teilnahme der Antragstellerin in früheren Vergabeverfahren im nachprüfungsgegenständlichen Fall rechtlich irrelevant seien. Gegenstand des Nichtigklärungsverfahrens gemäß Paragraph 20, WVRG 2014 sei immer eine gesondert anfechtbare Entscheidung in einem konkreten Nachprüfungsverfahren. Erwägungen und Erfahrungen aus früheren Vergabeverfahren seien dabei nicht zu berücksichtigen. Unrichtig sei, dass „die Festlegungen zur Ersatzgestellung seit Jahren zum Einsatz“ kämen und „das Vorgehen bei der Prüfung der Ersatzgestellungszeiten (...) einem einheitlichen Standard“ folgte. Aus dem von der Antragsgegnerin zitierten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien und den dort zitierten Festlegungen der Bewertung der Ersatzgestellungszeiten ergebe sich, dass sich diese eindeutig von den Festlegungen im nunmehr nachprüfungsgegenständlichen Vergabeverfahren unterschieden. Von einem „einheitlichen Standard“ könne daher keine Rede sein. Auch seien die Festlegungen betreffend die Prüfung und Bewertung der Ersatzgestellung vom Verwaltungsgericht im damaligen Nachprüfungsverfahren auch nicht für „BVergG-konform“ erachtet worden.

Gegenstand des damaligen Verfahrens sei die Bekämpfung einer Zuschlagsentscheidung auf Basis bestandfester Ausschreibungsunterlagen gewesen und nicht die Überprüfung der Vergaberechtskonformität von Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen.

Zur ausschreibungswidrigen Angebotsbewertung werde vorgebracht, dass entgegen dem Vorbringen der Antragsgegnerin die Angebotsbewertung nicht ausschreibungskonform nach den bestandfesten Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen durchgeführt worden wäre. Die wesentliche Beurteilungsfrage im gegenständlichen Fall sei, welcher objektive Erklärungsinhalt der Festlegung in der Ausschreibung auf Seite 40 beizumessen sei. Nach Ansicht der Antragsgegnerin gehe aus dem Wortlaut und dem Zusammenhang der Festlegung klar hervor, dass die zugesicherten Ersatzgestellungszeiten nur dann nicht für die Angebotsbewertung herangezogen würden, wenn sie bei StVO-konformer Fahrweise nicht realisierbar seien. Nur in diesem Fall wären Angebote nach den Ergebnissen der Überprüfungsfahrten zu bewerten. Mit anderen Worten: eine „Korrektur“ der bewertungsrelevanten Ersatzgestellungszeiten „nach oben“ sei ausschreibungskonform, „nach unten“ hingegen nicht.

Dieser Auslegung sei vorangestellt entgegenzuhalten, dass sie schlicht keine Grundlage im Ausschreibungstext habe. Die von der Antragsgegnerin vorgegebene „Differenzierung“ im Umgang mit Ergebnissen der Überprüfungsfahrt existiere nicht. Für die Antragsgegnerin wäre es ohne weiteres möglich gewesen, eine ihren nunmehrigen Vorstellungen entsprechende, eindeutige Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen zu treffen; sie habe dies aber unterlassen.

Unabhängig davon widerspreche die von der Antragsgegnerin und der Teilnahmeberechtigten vertretene Ansicht, Angebote von Bietern, deren angebotene Ersatzgestellungszeiten nicht StVO-konform realisierbar seien, nach den Ergebnissen der Überprüfungsfahrten zu bewerten, den vergaberechtlichen Grundsätzen, insbesondere dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter. Die Antragsgegnerin übersehe nämlich, dass Angebote, deren angebotene Ersatzgestellungszeiten nicht StVO-konform realisierbar seien, zwingend auszuschneiden wären. Eine StVO-konforme Fahrweise sei Grundvoraussetzung für eine ausschreibungskonforme Leistungserbringung. Ein Bieter, der nicht StVO-konform realisierbare Ersatzgestellungszeiten angeboten habe, würde bei Zugrundelegung der Rechtsansicht der Antragsgegnerin zwar nach den Ergebnissen der Überprüfungsfahrten bewertet werden, seinem Angebot lägen dennoch die nicht gesetzeskonform realisierbaren Ersatzgestellungszeiten zu Grunde. Ein derartiges Angebot sei gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 zwingend auszuschneiden und käme daher von vornherein nicht für die Angebotsbewertung in Betracht. Bieter könnten sich daher – anders als die Antragsgegnerin vermeint – schon nach den vergaberechtlichen Grundsätzen keinen Wettbewerbsvorteil verschaffen. Hierfür würde es keiner eigenen Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen bedürfen. Für die Auslegung der Antragsgegnerin bleibe daher kein vergaberechtlich zulässiger Anwendungsraum. Unabhängig davon widerspreche die von der Antragsgegnerin und der Teilnahmeberechtigten vertretene Ansicht, Angebote von Bietern, deren angebotene Ersatzgestellungszeiten nicht StVO-konform realisierbar seien, nach den Ergebnissen der Überprüfungsfahrten zu bewerten, den vergaberechtlichen Grundsätzen, insbesondere dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter. Die Antragsgegnerin übersehe nämlich, dass Angebote, deren angebotene Ersatzgestellungszeiten nicht StVO-konform realisierbar seien, zwingend auszuschneiden wären. Eine StVO-konforme Fahrweise sei Grundvoraussetzung für eine ausschreibungskonforme Leistungserbringung. Ein Bieter, der nicht StVO-konform realisierbare Ersatzgestellungszeiten angeboten habe, würde bei Zugrundelegung der Rechtsansicht der Antragsgegnerin zwar nach den Ergebnissen der Überprüfungsfahrten bewertet werden, seinem Angebot lägen dennoch die nicht gesetzeskonform realisierbaren Ersatzgestellungszeiten zu Grunde. Ein derartiges Angebot sei gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 zwingend auszuschneiden und käme daher von vornherein nicht für die Angebotsbewertung in Betracht. Bieter könnten sich daher – anders als die Antragsgegnerin vermeint – schon nach den vergaberechtlichen Grundsätzen keinen Wettbewerbsvorteil verschaffen. Hierfür würde es keiner eigenen Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen bedürfen. Für die Auslegung der Antragsgegnerin bleibe daher kein vergaberechtlich zulässiger Anwendungsraum.

Die Ausführungen im Prüfbericht der Antragsgegnerin seien bezeichnend für die selektive Berücksichtigung der Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen durch die Antragsgegnerin im Hinblick auf den Bedeutungsgehalt der Ausschreibungsunterlagen. Demnach sei die Antragsgegnerin selbst bei Angebotsprüfung immer davon ausgegangen, dass die Ergebnisse der Überprüfungsfahrten der Angebotsbewertung im Zuschlagskriterium „Ersatzgestaltung“ – ungeachtet deren konkreter Ergebnisse – zu Grunde gelegt werden würden.

Das Vorbringen der Antragsgegnerin zum behaupteten Sinn und Zweck der streitgegenständlichen Bestimmungen sei

daher nicht von rechtlicher Relevanz. Die Antragsgegnerin habe vielmehr jene Auslegungsvariante gegen sich gelten zu lassen, die auf einer objektiven Interpretation der Ausschreibung beruhe. Aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt sei den Ausschreibungsunterlagen unzweifelhaft zu entnehmen, dass mit der Formulierung „die Angebotsbewertung erfolgt in diesem Fall auf Grundlage der Ergebnisse der Überprüfungsfahrten“ ein Vorrang der Ergebnisse der Überprüfungsfahrten gegenüber den angegebenen Ersatzgestellungszeiten bei der Bewertung im Zuschlagskriterium Ersatzgestaltung festgelegt worden sei. Wie dem Prüfbericht der Antragsgegnerin betreffend das Angebot der Antragstellerin entnommen werden könne, seien auch von der Antragsgegnerin die Festlegungen zur Angebotsbewertung mit diesem Bedeutungsgehalt verstanden, jedoch in weiterer Folge ausschreibungswidrig angewandt worden.

Ein Wechsel in den präkludierten Bewertungsmodalitäten im Rahmen eines laufenden Vergabeverfahrens sei jedoch unzulässig, da dies einen Verstoß gegen die in § 19 BVerG 2006 festgelegten Grundsätze der Gleichbehandlung sowie der Transparenz bedeute. Der Auftraggeber habe sich während des gesamten Vergabeverfahrens an dieselbe Auslegung der Zuschlagskriterien zu halten, diese Zuschlagskriterien dürften nicht geändert werden. Dass sich die Antragsgegnerin im gegenständlichen Fall nicht an die Auslegung der Zuschlagskriterien gehalten habe, gehe eindeutig aus den Ausführungen im Prüfbericht betreffend das Angebot der Antragstellerin sowie der angefochtenen Zuschlagsentscheidung hervor. Ein Wechsel in den präkludierten Bewertungsmodalitäten im Rahmen eines laufenden Vergabeverfahrens sei jedoch unzulässig, da dies einen Verstoß gegen die in Paragraph 19, BVerG 2006 festgelegten Grundsätze der Gleichbehandlung sowie der Transparenz bedeute. Der Auftraggeber habe sich während des gesamten Vergabeverfahrens an dieselbe Auslegung der Zuschlagskriterien zu halten, diese Zuschlagskriterien dürften nicht geändert werden. Dass sich die Antragsgegnerin im gegenständlichen Fall nicht an die Auslegung der Zuschlagskriterien gehalten habe, gehe eindeutig aus den Ausführungen im Prüfbericht betreffend das Angebot der Antragstellerin sowie der angefochtenen Zuschlagsentscheidung hervor.

Schließlich sei in diesem Zusammenhang auch auf das von der Antragsgegnerin selbst und von der Teilnahmeberechtigten ins Treffen geführte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 13.5.2015, VGW-123/066/32462/2014, zu verweisen, in dem das Verwaltungsgericht betreffend einer ähnlich gelagerten Festlegung zur Bewertung der Ersatzgestellungszeiten zu folgendem Auslegungsergebnis gelangte: „Nach den bestandfesten Ausschreibungsbedingungen kann die AG die angebotenen Ersatzgestellungszeiten daher innerhalb des angegebenen Fensters prüfen und der Bewertung ein allenfalls vom Angebot abweichendes Ergebnis zu Grunde legen.“ (Seite 64, RZ 207, zweiter Unterpunkt.)

Die zitierte Festlegung zur Bewertung der Ersatzgestellungszeiten sei im Übrigen in keinem Fall geeignet, eine objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung zu ermöglichen. Das Ergebnis der Angebotsbewertung hänge im Einzelfall immer davon ab, ob (und in welchem Umfang) die Antragsgegnerin Überprüfungsfahrten zur Kontrolle der einzelnen Ersatzgestellungszeiten vornehme. Die Antragsgegnerin habe sich hierzu ein unbeschränktes Ermessen eingeräumt, dessen Ausübung nicht an das Vorliegen bestimmter objektiv nachvollziehbarer Voraussetzungen geknüpft sei. Im Extremfall könne die Antragsgegnerin einzelne Bieter aus einer aussichtsreichen Wettbewerbsposition „hinausprüfen“, während die Ersatzgestellungszeiten anderer Bieter, aus welchen Gründen auch immer, als realisierbar erachtet würden. Aus diesen Gründen sei eine gesetzeskonforme, objektiv nachvollziehbare, plausible Bestbieterermittlung auf Grundlage der Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen nur dann möglich, wenn alle angegebenen Ersatzgestellungszeiten mittels Überprüfungsfahrt nachgeprüft worden wären. Dies habe die Antragsgegnerin unterlassen, weshalb eine objektiv nachvollziehbare Zuschlagsentscheidung von vornherein unmöglich sei. Die Zuschlagsentscheidung sei daher schon allein aus diesem Grund für nichtig zu erklären.

Zur behaupteten Änderung des Streckenverlaufs bringt die Antragstellerin vor, dass dieses Vorbringen der Antragsgegnerin nicht nachvollziehbar sei und sich darüber hinaus auf unsubstantiierte Behauptungen stütze. Ebenso sei das Vorbringen der Teilnahmeberechtigten dazu nicht nachvollziehbar. Inwiefern die Antragstellerin durch die Überprüfungsfahrten ihre Angaben im Angebot nachträglich geändert haben solle, sei von der Antragsgegnerin sowie von der Teilnahmeberechtigten unbegründet geblieben. Den Ausschreibungsunterlagen sei an keiner Stelle zu entnehmen, dass die Streckenverläufe in den Überprüfungsfahrten zum Angebotsinhalt werden würden. Die Überprüfungsfahrten dienten der Überprüfung und der Bewertung der Angebote, nicht aber einer Abänderung/Spezifizierung der Angebotsinhalte der Antragstellerin. Die Antragstellerin habe auch zu keinem Zeitpunkt, weder ausdrücklich noch konkludent, eine Erklärung abgegeben, ihre Angaben im Angebot abzuändern.

Nach der Rechtsauffassung der Antragsgegnerin sowie der Teilnahmeberechtigten bestünde überdies nach Ablauf der Angebotsfrist kein Raum für etwaige Nachreichungen oder Aufklärungen durch Bieter. Dies widerspreche der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, wonach Nachbesserungen von Angeboten (nur) dann unzulässig seien, wenn durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern (wenn auch nur mittelbar) materiell verbessert würde. Durch diese Judikatur würden die Grenzen der Angebotsänderung abgesteckt werden. Eine ausschreibungswidrige Verbesserung der Wettbewerbsstellung sei aber im gegenständlichen Fall ausgeschlossen, weil die Antragsgegnerin die Zugrundelegung der Ergebnisse der Überprüfungsfahrt (die logischerweise nach Ablauf der Angebotsfrist stattfinden) bestandfest als Bewertungsgrundlage festgelegt habe.

Schließlich unterlasse die Antragsgegnerin jegliche Begründung, was die für den gegenständlichen Fall entscheidungsrelevante „Konsequenz“ der behaupteten Angebotsänderung sei.

Zur behaupteten mangelnden Verpflichtung zur Berücksichtigung der Überprüfungsfahrten werde vorgebracht, dass es sich hierbei nur um Schutzbehauptungen der Antragsgegnerin handeln könne. Zum einen sei in den Ausschreibungsunterlagen nicht die Möglichkeit solcher „nicht bewertungsrelevanter“ Fahrten festgelegt worden. Warum die Antragstellerin für Fahrten mit dem Zweck, Datenmaterial für die Antragsgegnerin zu sammeln, unentgeltlich Fahrgerät und Personal zur Verfügung stellen sollte, sei ebenso nicht nachvollziehbar. Das vergaberechtswidrige Willkürelement zu Gunsten der Antragsgegnerin betreffend die Bewertung des Zuschlagskriteriums Ersatzgestaltung würde damit auf der Hand liegen, da es nämlich immer im Ermessen der Antragsgegnerin liegen würde, eine Überprüfungsfahrt im Nachhinein als „nicht bewertungsrelevant“ einzustufen und so oft Überprüfungsfahrten durchzuführen, bis das Ergebnis den Vorstellungen der Antragsgegnerin entspreche. Dass auf dieser Grundlage eine objektiv nachvollziehbare, dem Grundsatz der Gleichbehandlung entsprechende Bestbieterermittlung ausgeschlossen sei, sei evident. Auch im verkehrstechnischen Gutachten der D. GmbH vom 21.7.2015 werde festgehalten, dass die Fahrten der Überprüfung der von den Bietern angegebenen Fahrzeiten dienen. Gleichermäßen enthalte der Auszug aus der Niederschrift über die Angebotsprüfung betreffend die Antragstellerin eine in diese Richtung deutende Ausführung.

Zu den behaupteten Angebotsmängeln werde vorgebracht, dass sich dieses Vorbringen im Wesentlichen auf Mutmaßungen und unsubstantiierte Behauptungen der Antragsgegnerin beschränke. Die Antragstellerin könne nur vermuten, welche Angebotsmängel die Antragsgegnerin behaupte und inwiefern diese im nachprüfungsgegenständlichen Fall entscheidungsrelevant sein könnten, zumal die Antragsgegnerin nicht ausführe, ob und bejahendenfalls inwiefern die Antragslegitimation der Antragstellerin „gefährdet“ sei.

Zur Verfügbarkeit von Bussen zu Betriebsbeginn werde ausgeführt, dass eine Begründung für diese Annahme oder ein entsprechendes Beweisanbot für das Vorbringen der Antragsgegnerin nicht vorliege, weshalb der Behauptung gleichermaßen nur allgemein entgegengetreten werden könne. Festgehalten werde, dass die Antragstellerin sämtliche Vorkehrungen getroffen habe, damit das zugesagte Fahrzeugalter zum Betriebsstart eingehalten werde. Offenbar war und ist dies für die Antragsgegnerin auch nachvollziehbar, wurden doch von Seiten der Auftraggeberin keine diesbezüglichen Aufklärungen oder dergleichen verlangt. Zum Vorbringen der Teilnahmeberechtigten in diesem Punkt werde ausgeführt, dass dieses verfehlt sei, weil etwaige Fahrzeugkapazitäten oder dergleichen in den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen an keiner Stelle als Eignungsanforderung festgelegt worden seien.

Gemäß § 70 Abs. 1 Z 4 BVergG 2006 habe der Auftraggeber festzulegen, mit welchen Nachweisen Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre technische Leistungsfähigkeit zu belegen haben. Unter Hinweis auf einschlägige Judikatur werde festgehalten, dass ein entsprechender Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit durch das Verfügen über „Neubusse“ zu keinem Zeitpunkt gefordert und daher von der Antragstellerin weder im Vergabeverfahren noch im Rahmen des gegenständlichen Nachverfahrens zu erbringen gewesen sei. Gemäß Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2006 habe der Auftraggeber festzulegen, mit welchen Nachweisen Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre technische Leistungsfähigkeit zu belegen haben. Unter Hinweis auf einschlägige Judikatur werde festgehalten, dass ein entsprechender Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit durch das Verfügen über „Neubusse“ zu keinem Zeitpunkt gefordert und daher von der Antragstellerin weder im Vergabeverfahren noch im Rahmen des gegenständlichen Nachverfahrens zu erbringen gewesen sei.

Zur verspäteten Vorlage von Nutzungsberechtigungen werde ausgeführt, dass der Nachweis von

Nutzungsberechtigungen für Busabstellplätze in den Ausschreibungsunterlagen nicht verlangt gewesen sei. Aus diesem Grund habe hinsichtlich der Nutzungsberechtigungen der Busabstellplätze zu keinem Zeitpunkt ein Mangel betreffend das Angebot der Antragstellerin vorliegen können. Die Antragsgegnerin wäre von vornherein nicht berechtigt gewesen, die Antragstellerin zur Vorlage der entsprechenden Nachweise aufzufordern. Die von der Antragsgegnerin gewählte Diktion (z.B. „nachgereichte Nutzungsberechtigungen“ etc.) solle suggerieren, dass die Antragstellerin ein unvollständiges Angebot abgegeben habe. Die Vorlage der entsprechenden Nachweise sei aber von Anfang an nicht verlangt gewesen.

Zum Vorbringen der mitbeteiligten Partei zu diesem Punkt sei festzuhalten, dass die Antragsgegnerin keine solchen Eignungsanforderungen in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt habe, weshalb eine entsprechende Aufforderung zur Vorlage von Nutzungsberechtigungen und ein Ausscheiden wegen mangelnder technischer Leistungsfähigkeit vergaberechtlich schlicht unzulässig wäre.

Zur mangelhaften Nennung von Subunternehmen werde ausgeführt, dass richtig sei, dass die Antragstellerin einen Subunternehmer für den Leistungsteil „Linien ...“ namhaft gemacht habe. Richtig sei auch, dass die Antragstellerin für die Linie ... für einen bestimmten Ersatzbusstandort keine auf sie lautende Nutzungsberechtigung vorgelegt habe. Nach den bestandfesten Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen sei eine diesbezügliche Nachweisführung jedoch nicht gefordert gewesen. Die Antragsgegnerin schließe daraus, ohne eine entsprechende Aufklärung von Seiten der Antragstellerin verlangt zu haben, dass dieser Subunternehmer die Ersatzgestaltung für die Linie ... durchführen würde. Die Antragsgegnerin unterstelle damit dem Angebot der Antragstellerin einen ausschreibungswidrigen Inhalt, der keinerlei Grundlage in den Angaben der Antragstellerin habe. Die Antragsgegnerin stütze sich in diesem Zusammenhang wiederum ausschließlich auf Mutmaßungen.

Tatsächlich werde die Ersatzgestaltung für die Linie ... von der Antragstellerin durchgeführt, weshalb das diesbezügliche Vorbringen der Antragsgegnerin und auch der Teilnehmereberechtigten ins Leere gehe. Eine fehlende Bekanntgabe von Subunternehmen liege im gegenständlichen Fall daher nicht vor. Die bloße Zurverfügungstellung von Busabstellflächen sei – wie die Antragsgegnerin richtig ausführe – im Übrigen keine Subunternehmerleistung.

Mit Schriftsatz der Teilnehmereberechtigten vom 20.10.2015 wiederholte diese ihre Standpunkte und führte rechtlich dazu weiter aus.

Mit Replik der Antragstellerin vom 21.10.2015 entgegnete diese den Rechtsausführungen der Teilnehmereberechtigten.

Am 22.10.2015 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, welche folgenden Verlauf hatte:

Zu Beginn verwies der TNBV auf das bisherige Vorbringen und führte weiter aus, dass die Nachweispflicht der Fahrzeuge auch im Leistungsvertrag enthalten sei und ein eignungsrelevanter Nachweis gefordert sei. Verwiesen werde auf VwGH 2006/04/0056. Zum Prüfschema: In den Entscheidungen Valentin I und II seien Probefahrten vorbehalten, dieser Vorbehalt sei aber nicht ausgeführt bzw. determiniert worden. Das intern festgelegte Prüfschema sei als ausreichend angesehen worden. Zur Änderung des Streckenverlaufs: Ein solcher könne keine Berücksichtigung finden. Zu Beginn verwies der TNBV auf das bisherige Vorbringen und führte weiter aus, dass die Nachweispflicht der Fahrzeuge auch im Leistungsvertrag enthalten sei und ein eignungsrelevanter Nachweis gefordert sei. Verwiesen werde auf VwGH 2006/04/0056. Zum Prüfschema: In den Entscheidungen Valentin römisch eins und römisch zwei seien Probefahrten vorbehalten, dieser Vorbehalt sei aber nicht ausgeführt bzw. determiniert worden. Das intern festgelegte Prüfschema sei als ausreichend angesehen worden. Zur Änderung des Streckenverlaufs: Ein solcher könne keine Berücksichtigung finden.

Der ASTV entgegnete, dass die VwGH-Entscheidung nicht einschlägig sei und gab zum Streckenverlauf an, dass dieser nicht Angebotsinhalt sei.

Der AGV verwies zu den Ausführungen der TNB und der AST auf die Ausschreibungsunterlagen. Vorgelegt wurde ein Protokoll einer Verhandlungsrunde vom 23.03.2015 betreffend Vergabeverfahren „Linienverkehr Ostbahnshuttle Los 1 bis 4“, in welchem die AST Bewerberin gewesen sei. Insbesondere wurde auf den Punkt 2.13, Seite 11, des Protokolls verwiesen (Beilage ./1).

Der Projektleiter der AG führte zum Vorgehen bei Angebotsprüfung aus, dass zuerst die in Beilage 16 angebotenen Zeiten geprüft, sodann mit Google Maps die Strecke zeitlich gemessen und drittens eine Überprüfungsfahrt angesetzt

worden sei, wenn eine „kritische“ Zeit herausgekommen sei, was insbesondere der Fall gewesen wäre, wenn die nächsthöhere Kategorie erreicht worden sei. Zur „längsten“ Ersatzgestellungszeit wurde angegeben, dass diese in zeitlicher Hinsicht herangezogen worden sei und zwar aus der Beilage 16. Alle Ersatzgestellungszeiten aus der Beilage 16 seien mit Google Maps überprüft worden.

Der AGV verwies auf das Prüfprotokoll zum Angebot der AST, Beilage 15 im Vergabeakt (Excel-Tabelle), zu Linie ... und 286 und den dort angegebenen Zeiten.

Der AGV führte zur Überprüfungsfahrt weiter aus, dass wie in der Ausschreibung vorgegangen worden sei und der Sachverständige die StVO-konforme Fahrweise zu überprüfen gehabt hätte. Im Wesentlichen seien die Überprüfungsfahrten mit einem Geschwindigkeitsmessgerät überwacht und mittels Video gefilmt worden, um die StVO-konforme Vorgangsweise zu überprüfen. Im Los 1 hätten zwei Überprüfungsfahrten stattgefunden. Diese beiden Überprüfungsfahrten hätten auch zur Sammlung statistischen Datenmaterials im Zusammenhang mit der Gewinnung von Zeiten für Busaufschläge gedient.

Auf Vorhalt des Gutachtens der ... wurde ausgeführt, dass diese Daten zur Evaluierung für künftige Vergabeverfahren herangezogen würden. Dass im Zuge dieser Überprüfungsfahrt Datenmaterial für dieses Gutachten gesammelt würde, sei dem Bieter nicht ausdrücklich mitgeteilt worden; dies sei als selbstverständlich erachtet worden.

Die TNB und der TNBV verließen um 9:52 Uhr den Verhandlungssaal, da Details aus dem Angebot der AST erörtert wurden. Die Protokollierung dieses Teils fand auf Beiblatt 1 statt. Die TNB und der TNBV betraten den Verhandlungssaal wieder um 10:26 Uhr.

Der AGV führte zur Bestimmung der Ausschreibungsunterlagen auf Seite 40, 2. Absatz von oben, aus - wie in seinem Schriftsatz.

Aus Frage aus dem Senat, wie nach Ansicht der AG eine BVergG-konforme Auslegung dieser Ausschreibungsbestimmung gemeint sei, insbesondere auf den zustande kommenden Vertragsinhalt im Falle einer abweichenden und gegebenenfalls auch zeitlich längeren Ersatzgestellungsfahrt und im Hinblick auf die Pönalebestimmungen, führte der AGV aus, dass unter anderem eine StVO-konforme Fahrweise wesentlich sei. Es müsse ausgeschlossen werden, dass sich ein Bieter durch eine nicht StVO-konforme Fahrweise verbessern könne. Außerdem sei es der Sphäre des Bieters zuzuordnen, wie er seine Ersatzgestellungszeiten anbiete. Es sei daher ausgeschlossen, dass er sich durch eine raschere Ersatzgestellungszeit nachträglich verbessern könne. Verschlechtern könne er sich jedoch schon, wenn er nämlich gegen die StVO verstoße, dann würde das Prüfergebnis der Angebotsbewertung zugrunde gelegt werden. Es sei nach Meinung des AGV's nicht BVergG-konform, eine bessere Zeit der Ersatzgestellungsfahrt, die so nicht angeboten worden sei, der Bewertung des Angebotes zugrunde zu legen.

Auf Vorhalt des Prüfprotokolls und der Formulierung im vorletzten Satz gab der AGV an, dass sich dies aus Standardformulierungen ergebe. Ein Widerspruch mit der Ausschreibung werde zugegeben.

Zu den im Schriftsatz der AG angeführten Angebotsmängel im Angebot der AST, welche im Vergabeverfahren auf Grund der vorliegenden Ergebnisse bisher nicht weiter verfolgt worden seien, wurde zum Busalter ausgeführt: Die AG ginge davon aus, dass die Lieferzeit nicht eingehalten werden könne. Auf Vorhalt der Zuschlagsentscheidung, in welcher das Busalter bereits bewertet worden sei, wurde ausgeführt: Weil die AST nur Zweitgereichte wäre, sei eine tiefergehende Prüfung nicht durchgeführt worden. Die Lieferzeiten für fabriksneue Busse seien der AG bekannt. Im Fuhrparkmanagementkonzept hätte die AST neue Busse angeboten.

Der TNBV und der ASTV verwiesen auf ihre Schriftsätze. ASTV verwies zusätzlich auf Anlage 3 (Zulassungszeit) der Ausschreibungsunterlagen.

Zum Subunternehmer und zum Thema Nutzungsberechtigung verwies die AG auf ihre Schriftsätze sowie auf den Vergabeakt.

Der ASTV brachte in seinem Schlusswort vor, dass nach seiner Ansicht der Wortlaut der Ausschreibung betreffend die Bewertung der Überprüfungsfahrten eindeutig sei, sodass für eine Auslegung im Sinne einer BVergG-konformen Auslegung, wie von der AG behauptet, mangels Vorliegens von Zweifeln kein Raum bleibe. Würden tatsächlich Zweifel bestehen, so hätte die Auslegung zunächst gemäß § 915 ABGB und damit zu Lasten der AG zu erfolgen. Dies sei jedoch eine Rechtsfrage. Der ASTV brachte in seinem Schlusswort vor, dass nach seiner Ansicht der Wortlaut der Ausschreibung betreffend die Bewertung der Überprüfungsfahrten eindeutig sei, sodass für eine Auslegung im Sinne

einer BVergG-konformen Auslegung, wie von der AG behauptet, mangels Vorliegens von Zweifeln kein Raum bleibe. Würden tatsächlich Zweifel bestehen, so hätte die Auslegung zunächst gemäß Paragraph 915, ABGB und damit zu Lasten der AG zu erfolgen. Dies sei jedoch eine Rechtsfrage.

Der AGV hielt seinen Standpunkt vollinhaltlich aufrecht und verwies ergänzend auf den Beschluss des VwGH vom 18.03.2015, Zahl Ra 2015/04/0017, betreffend die Auslegung von Ausschreibungsunterlagen bei Vorliegen von Zweifeln (insbesondere Punkt 3 - Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen).

Der TNBV führte in seinem Schlusswort aus, dass er die Rechtsansicht vertrete, dass für die Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen nicht der Wortlaut des einzelnen Satzes heranzuziehen sei, sondern der objektive Erklärungswert im systematischen Zusammenhang der gesamten Ausschreibung. Außerdem könne die Unklarheitenregelung des § 915 ABGB bei mehrpersonalen vorvertraglichen Schuldverhältnissen nicht zur Anwendung kommen. Der TNBV führte in seinem Schlusswort aus, dass er die Rechtsansicht vertrete, dass für die Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen nicht der Wortlaut des einzelnen Satzes heranzuziehen sei, sondern der objektive Erklärungswert im systematischen Zusammenhang der gesamten Ausschreibung. Außerdem könne die Unklarheitenregelung des Paragraph 915, ABGB bei mehrpersonalen vorvertraglichen Schuldverhältnissen nicht zur Anwendung kommen.

Im Beiblatt 1 wurde die unter Ausschluss der Teilnahmeberechtigten zum Angebotsinhalt, zum Streckenverlauf, zur Überprüfungsfahrt sowie zur Angebotsprüfung der Antragstellerin durchgeführte Erörterung detailliert festgehalten.

Das Verwaltungsgericht hat erwogen:

Das Verwaltungsgericht Wien trifft anhand der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden, sowie den Ergebnissen der durchgeführten mündlichen Verhandlung vom 22.10.2015 folgende entscheidungswesentliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt ein Vergabeverfahren betreffend „Linienverkehr ... Lose 1 bis 3“ als offenes Verfahren und unter Zugrundelegung des Bestbieterprinzips. Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich. Die Ausschreibung wurde am 29.4.2015 europaweit im Supplement S zum Amtsblatt der EU bekannt gemacht und das Ende der Angebotsfrist wurde mit 9.6.2015, 12 Uhr festgelegt. Die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Hinsichtlich des verfahrensgegenständlichen Loses 1 sind vier Angebote eingelangt. Am 28.7.2015 wurde die Zuschlagsentscheidung zugunsten der C. GmbH mitgeteilt. Mit Nichtigkeitsantrag vom 6.8.2015 focht die Antragstellerin diese Zuschlagsentscheidung hinsichtlich Los 1 an.

Die Zuschlagsentscheidung vom 28.7.2015 hatte hinsichtlich der Zuschlagsfrist folgenden Wortlaut:

„(...)“

1.

Los 1

1.1.

Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung

B. teilt mit, dass im Los 1 beabsichtigt ist, nach Ablauf der Stillhaltefrist am 10.08.2015 der C. GmbH (...) den Zuschlag zu erteilen. (...)“

In weiterer Folge wird unter Punkt 1.2. begründet, warum das Angebot der Antragstellerin bei der Zuschlagsentscheidung nicht berücksichtigt wurde. Hierzu wurde auf die mit Punkten bewerteten Zuschlagskriterien (Gesamtpunkteanzahl Preis und Qualität) und Subzuschlagskriterien (Abgasnormen, Busalter, Ersatzgestaltung) verwiesen und wurde das Ergebnis der Bewertung des Angebotes der Teilnahmeberechtigten gegenübergestellt.

Die gegenständliche Ausschreibung enthält auf Seite 38, Punkt 5.2.4 zur Ersatzgestaltung und unter Punkt 5.2.4.1 zur Ersatzgestellungszeit folgende Festlegungen:

„5.2.4 Ersatzgestaltung

In diesem Qualitätskriterium wird das Angebot auf Grundlage der zugesicherten Ersatzgestellungszeit(en) bewertet. Darüber hinaus ist dem Angebot ein schriftliches Ersatzgestellungskonzept als Beilage ./.18 des jeweiligen Loses beizulegen.

5.2.4.1 Ersatzgestellungszeit

Als Ersatzgestellungszeit wird die gesamte Zeitspanne zwischen dem Eintritt des Ersatzgestellungsfalls bis zum Eintreffen des Ersatzfahrzeuges (und eines allfälligen Ersatzlenkers) an der nächstgelegenen Haltestelle bewertet („Bruttozeit“).

Bewertet wird jeweils die Ersatzgestellungszeit für die vom Standort des Ersatzfahrzeuges am weitesten entfernte Haltestelle einer Linie. Innerhalb eines Loses wird jeweils die „längste“ Ersatzgestellungszeit für die Bewertung herangezogen.

Die Ersatzgestellungszeit ist nicht als reine Fahrzeit zwischen dem Standort des Ersatzfahrzeuges und dem Vorfallesort („Nettozeit“) zu verstehen. Vorbereitungszeiten für die Inbetriebnahme des Fahrzeuges, die Verständigung des Lenkers usw. sind in die angegebene Ersatzgestellungszeit mit einzuberechnen.

Der Auftraggeber geht auf Grund seiner Erfahrung von einer Vorbereitungszeit (von der Meldung des Fahrzeugausfalls bis zur Abfahrt des Ersatzfahrzeuges) von mindestens 10 Minuten aus. Sollte ein Bieter einen geringeren Wert angeben, so ist die kürzere Vorbereitungszeit im Ersatzgestellungskonzept detailliert und nachvollziehbar darzustellen.

Als Mindestanforderung müssen während der Vertragslaufzeit die in Punkt 8 der Leistungsvereinbarung (Anlage .1) festgelegten maximalen Ersatzgestellungszeiten sichergestellt sein. Der Bieter hat die Möglichkeit, diese Mindestanforderung zu unterschreiten. Ein Überschreiten der maximalen Ersatzgestellungszeiten führt zum Ausscheiden des Angebots. Abhängig von der zugesicherten Ersatzgestellungszeit werden die in den nachstehenden Tabellen festgelegten Punkte vergeben:

Los 1

Ersatzgestellungszeit in Minuten erreichbare Punkte

ab 45:00	Ausscheiden!
ab 30:00 bis weniger als 45:00	100
ab 15:00 bis weniger als 30:00	200
weniger als 15:00	300

Die zugesicherten Ersatzgestellungszeiten sind im Eingabeformular Ersatzgestellung (Beilage .16 des jeweiligen Loses) anzugeben. Darin sind für jede Haltestelle der (konkrete) Standort des Ersatzgestellungsbusses und die Ersatzgestellungszeit anzugeben. Angebote mit einer nicht vollständig oder nicht nachvollziehbar ausgefüllten Beilage .16 können ausgeschieden werden.

Die angegebene Ersatzgestellungszeit ist durch Bekanntgabe des(r) konkreten Streckenverlaufs (Streckenverläufe) und (digitale oder analoge) Tachografenblättern für diese Strecke(n) nachzuweisen. Der (die) konkrete(n) Streckenverlauf (Streckenverläufe) ist (sind) im Ersatzgestellungskonzept nachvollziehbar darzustellen (zB mittels Ausdruck eines elektronischen Routenplaners, auf dem der Streckenverlauf ersichtlich gemacht ist). Die Tachografenblätter sind dem Angebot als Beilage .17 beizulegen.

Die angegebenen Ersatzgestellungszeiten werden nur dann bewertet, wenn sie bei StVO-konformer Fahrweise realisierbar sind. Der Auftraggeber behält sich daher eine Kontrolle der angegebenen Ersatzgestellungszeiten – insbesondere durch gemeinsame Überprüfungsfahrten mit einem unabhängigen (vom Auftraggeber bestellten) Sachverständigen – vor. Die Angebotsbewertung erfolgt in diesem Fall auf Grundlage der Ergebnisse der Überprüfungsfahrten. Allfällige Überprüfungsfahrten erfolgen in der Nebenverkehrszeit (Montag bis Freitag, wenn Werktag, zwischen 9:00 Uhr und 15:00 Uhr). Der Bieter kann an den Überprüfungsfahrten teilnehmen, und muss einen Bus und einen Lenker für die Überprüfungsfahrten zur Verfügung stellen. Bei den Überprüfungsfahrten müssen Busse eingesetzt werden, die den Mindestanforderungen der Ausschreibungsunterlage entsprechen.“

Der Vergabeakt enthält insgesamt drei Fragebeantwortungen. Die zweite und dritte Fragebeantwortung enthalten je Klarstellungen zur Ersatzgestellung. In der zweiten Fragebeantwortung wird auf Frage eines Bieters zur Beilage 16 geantwortet, dass bei der Überprüfungsfahrt der vom Ersatzgestellungsort nächstgelegene Steig der jeweiligen Haltestelle angefahren werden könne. In der dritten Fragebeantwortung wird vom Auftraggeber klargestellt, dass im

Rahmen des Zuschlagskriteriums „Ersatzgestaltung“ ausschließlich die (direkte) Fahrzeit vom Standort des Ersatzfahrzeugs bis zur am weitesten entfernten Haltestelle einer Linie bewertet werde; allfällige Wendemanöver würden nicht eingerechnet werden.

Die Antragstellerin legte ein Angebot für Los 1 und Los 3 und gab in Beilage 16 ihres Angebotes die Ersatzgestellungszeiten für die angebotenen Lose vollständig an.

Die Antragsgegnerin prüfte das Angebot der Antragstellerin hinsichtlich der Ersatzgestellungszeiten in drei Prüfschritten. Als erstes stellte sie die im Angebot der Antragstellerin angegebenen Ersatzgestellungszeiten den mit Google Maps errechneten Zeiten gegenüber und hielt diese Daten in einer Excel-Tabelle fest (Beilage 15 im Vergabeakt). Als zweiter Schritt wurde geprüft, ob kritische Zeiten angegeben wurden. Dabei wurde davon ausgegangen, dass bei Annäherung der angegebenen Ersatzgestellungszeit an die nächsthöhere Kategorie eine „kritische Zeit“ vorliegt. Dies war nach Ansicht der Antragsgegnerin im Angebot der Antragstellerin bei zwei angegebenen Zeiten bzw. Strecken der Fall. Diese zwei Strecken sind in Beilage 15 im Vergabeakt bei Linie ... und Linie ... markant hervorgehoben. Es handelt sich um die jeweils zeitlich längste Ersatzgestellungszeit bei diesen zwei Linien. Die von der Antragstellerin angegebene Zeit für die Linie ... war in der Kategorie „ab 15:00 bis weniger als 30:00“ Minuten, für die Linie ... in die Kategorie „ab 30:00 bis weniger als 45:00“ Minuten einzuordnen. Die von der Antragsgegnerin mittels Google maps samt Busaufschlag von zwei Minuten errechnete Zeit lag für beide Linien jeweils in der Kategorie „ab 30:00 bis weniger als 45:00“ Minuten. Diese Ersatzgestellungszeiten wurden sodann zur Testung durch eine Überprüfungsfahrt vorgesehen. Dem Vergabeakt war nicht zu entnehmen, ob die Überprüfungsfahrten von der Antragsgegnerin als bewertungsrelevant oder nicht bewertungsrelevant angesehen wurden.

Die Überprüfungsfahrt fand am 7.7.2015 unter Beiziehung der in der Ausschreibung unter Punkt 5.2.4.1, letzter Absatz, vorgesehenen Personen und den dort bezeichneten Bedingungen statt. Das Ergebnis wurde im verkehrstechnischen Gutachten vom 21.7.2015 (Beilage 21 im Vergabeakt) festgehalten. Im Zuge der Überprüfungsfahrten zum Angebot der Antragstellerin wurde auch statistisches Datenmaterial zur Evaluierung des Gutachtens zur Berechnung von Busaufschlägen gesammelt. Dies wurde der Antragstellerin vorab nicht mitgeteilt. Die bei der Befahrung sich ergebenden Zeiten lagen bei den Linien ... in der Kategorie „ab 15:00 bis weniger als 30:00“ Minuten. Damit steht fest, dass die Überprüfungsfahrt auf der Strecke der Linie ... in einer Zeit gefahren wurde, welche keine Änderung der Kategorie im Vergleich zur angegebenen Zeit brachte, während die Befahrung auf Linie ... eine Einordnung in eine andere Kategorie ergab.

Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot (Beilagen 17 und 18) die angegebene Ersatzgestellungszeit durch Bekanntgabe des konkreten Streckenverlaufs und Vorlage von Tachografenblättern nachgewiesen. Ein Entlangfahren auf der Linie war nach Angabe der Antragsgegnerin bei einer Ersatzgestellungsfahrt nicht erforderlich. Bei der Überprüfungsfahrt am 7.7.2015 fuhr die Antragstellerin nicht entlang der Buslinienstrecke, sondern wählte eine kürzere Route. Dieser Umstand wurde der Antragstellerin im Vergabeverfahren nicht vorgehalten. In der mündlichen Verhandlung wurde eine von der Antragsgegnerin erstellte grafische Gegenüberstellung der „Strecke laut Bieter“ unter Zugrundelegung der Angaben aus dem Angebot der Antragstellerin zur „Tachoscheibe vom 31.5.2015-Nr. 3“ (Beilage 17) und „Übersichtskarte mit der tatsächlich gefahrenen Strecke“ vorgelegt. Aus der Übertragung der Tachoscheibe in eine Aufstellung im Angebot der Antragstellerin ergeben sich Haltestellen, Uhrzeit und Fahrzeiten und ist in den Anmerkungen der Ersatzbusstellplatz örtlich bezeichnet. Die auf dieser Strecke angeführten Punkte ist die Antragstellerin bei ihrer Überprüfungsfahrt nicht angefahren. Die Antragsgegnerin gab in der mündlichen Verhandlung an, dass eine StVO-konforme Fahrweise wesentlich gewesen sei, da ausgeschlossen werden sollte, dass Bieter sich durch eine nicht StVO-konforme Fahrweise verbessern könnten und es sei der Sphäre der Bieter zuzuordnen, wie sie ihre Ersatzgestellungszeit anbieten. Aus dem verkehrstechnischen Gutachten (Beilage 21 im Vergabeakt) ergibt sich bezüglich der Antragstellerin kein Hinweis, dass der Lenker der Antragstellerin bei der Überprüfungsfahrt nicht StVO-konform gefahren wäre.

An die Bieter wurden im Zuge des Vergabeverfahrens Aufklärungsersuchen gerichtet, die nicht die Ersatzgestellungszeiten betrafen. Dem Vergabeakt ist zu entnehmen, dass die Antragstellerin diesem Ersuchen unter anderem hinsichtlich Nutzungsberechtigungen und Ersatzgestellungsstandorten am 30.6.2015 entsprochen hat.

Im Prüfprotokoll betreffend das Angebot der Antragstellerin wurde zu den Referenzen, zum Fuhrpark und zur Ersatzgestaltung seitens der Auftraggeberin festgehalten (Aktenvermerk Planung vom 27.7.2015, Beilage 15 im

Vergabeakt), dass ausschreibungskonform angeboten worden sei. Die Preisprüfung erfolgte in einem eigenen Protokoll (Beilage 17). Zum Angebot der Teilnehmereberechtigten existieren ebenso ein Prüfprotokoll vom 27.7.2015 und ein Preisprüfprotokoll.

In der Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 14.8.2015 wurden Angebotsmängel im Angebot der Antragstellerin hinsichtlich Busalter, Subunternehmer und Nutzungsberechtigung aufgelistet und angeführt, dass diese Mängel nicht verfolgt worden seien, da das Angebot der Antragstellerin für eine Zuschlagserteilung nicht in Frage gekommen sei.

Dem Vergabeakt ist hinsichtlich dieser Mängel zu entnehmen, dass betreffend des Punktes „Fuhrpark“ im Prüfprotokoll zum Angebot der Antragstellerin und zum Unterpunkt „Eingabeformular Busalter“, „Fuhrparkmanagement-Konzept“ und „Zulassungsscheine in Kopie“ keine Beanstandung durch den Auftraggeber angemerkt ist. Die Antragsgegnerin hat diesen Punkt im Vergabeverfahren nicht hinterfragt und der Antragstellerin nicht vorgehalten.

Hinsichtlich des Punktes „Ersatzgestaltung“ wird im Prüfprotokoll zum Angebot der Antragstellerin zum Unterpunkt „Eingabeformular Ersatzgestaltung (Ersatzgestellungszeiten)“, „Tachografenblätter“ und „Ersatzgestellungskonzept“ ebenso keine Beanstandung durch den Auftraggeber festgehalten.

Zum Punkt „Nutzungsberechtigungen“ ist dem Vergabeakt zu entnehmen, dass die Antragstellerin dazu zur Aufklärung aufgefordert wurde. Die Antragstellerin kam diesem Ersuchen fristgerecht nach.

Festgestellt wird, dass die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin nicht vollständig geprüft hat und die im Nichtigerklärungsverfahren vorgebrachten etwaigen Mängel bezüglich Busalter und Subunternehmer der Antragstellerin im Vergabeverfahren nicht vorgehalten wurden.

Im „Aktenvermerk Ersatzgestaltung Los 1“ vom 8.7.2015 (Beilage 15 im Vergabeakt) werden die Prüfschritte des Auftraggebers zuerst dargestellt und abschließend festgehalten, dass „die sich aufgrund dieser Befahrungen ergebenden Zeiten laut Gutachten dann zur Punktebewertung herangezogen“ wurden; weiters wird auf das verkehrstechnische Gutachten vom 21.7.2015 zu den Überprüfungsfahrten am 7.7.2015 verwiesen. Dem Aktenvermerk vom 8.7.2015 ist zu entnehmen, dass zwei Überprüfungsfahrten aus dem verkehrstechnischen Gutachten über die Überprüfungsfahrten vom 7.7.2015 der Angebotsbewertung der Antragstellerin zugrunde gelegt wurden:

Auf der Linie ... wurde für die Ersatzgestellungsstrecke H* - E* von der Antragstellerin als Fahrzeit plus Vorbereitungszeit eine Zeit von unter 30 Minuten angegeben. Laut Google Maps und dem Bus-Aufschlag von zwei Minuten waren 25 Minuten zu veranschlagen. Das Ergebnis der Befahrung waren 15 Minuten 24 Sekunden, woraus sich eine Bruttozeit (Fahrzeit inklusive Vorbereitungszeit) von 25 Minuten 24 Sekunden ergibt. Als Schlussergebnis wird im Aktenvermerk vom 8.7.2015 festgehalten „KEINE Änderung der Bepunktung“.

Auf der Linie ... wurde für die Ersatzgestellungsstrecke E* - S* von der Antragstellerin als Fahrzeit plus Vorbereitungszeit eine Zeit von unter 35 Minuten angegeben. Laut Google Maps und dem Bus-Aufschlag von zwei Minuten waren 25 Minuten zu veranschlagen. Das Ergebnis der Befahrung waren 13 Minuten 37 Sekunden, woraus sich eine Bruttozeit (Fahrzeit inklusive Vorbereitungszeit) von 23 Minuten 37 Sekunden ergibt. Als Schlussergebnis wird im Aktenvermerk vom 8.7.2015 festgehalten „KEINE Änderung der Bepunktung“.

Im Angebot der Teilnehmereberechtigten wurde eine Ersatzgestellungsstrecke im Prüfprotokoll (Aktenvermerk vom 26.6.2015) herangezogen. Es handelt sich um die Strecke H* - T* auf der Linie Der Bieter hatte für diese Strecke unter 20 Minuten angegeben, laut Google Maps samt Busaufschlag wurde eine Fahrzeit von 17 Minuten errechnet, das Ergebnis der Befahrung waren 20 Minuten 59 Sekunden (Fahrzeit inklusive Vorbereitungszeit). Als Schlussergebnis wird im Aktenvermerk vom 26.6.2015 festgehalten „KEINE Änderung der Bepunktung (200 Punkte)“.

Festgestellt wird daher, dass die Angebotsbewertung entgegen der Festlegung in der Ausschreibung nicht auf Grundlage der Ergebnisse der Überprüfungsfahrten erfolgte.

Das verkehrstechnische Gutachten im Vergabeakt nennt als Betreff auf Seite 1 „Vergabeverfahren „... Lose 1 bis 3“ Überprüfung der StVO-Konformität der im Vergabeverfahren zugesicherten Ersatzgestellungszeiten durch gemeinsame Überprüfungsfahrten“. Auftraggeberin des Gutachtens ist die Antragsgegnerin. Gutachtensauftrag war, „konkret zu überprüfen, ob die im Vergabeverfahren (...) angebotenen Ersatzgestellungszeiten unter Einhaltung der StVO realisierbar sind. Im Rahmen der Gutachtenserstattung sind Überprüfungsfahrten mit ausschreibungskonformen

Fahrzeugen im Zeitfenster „Montag bis Freitag (9:00 bis 15:00 Uhr) wenn Werktag „ durchzuführen (bzw. zu beobachten). Die Überprüfungsfahrten sind daher insbesondere unter Berücksichtigung der Streckenverläufe und topographischen Verhältnisse sowie des konkreten Fahrverhaltens des jeweiligen Buslenkers zu befunden. Auf der Grundlage der Überprüfungsfahrten ist die StVO-Konformität der angebotenen Ersatzgestellungszeiten (Fahrzeiten) zu bewerten.“ (Seite 4 des verkehrstechnischen Gutachtens). Die Fahrzeuge und Lenker für die Überprüfungsfahrten wurden von den Bietern zur Verfügung gestellt.

Im verkehrstechnischen Gutachten vom 21.7.2015 wurden hinsichtlich der präsumtiven Zuschlagsempfängerin insgesamt acht Überprüfungsfahrten begutachtet (Seite 9 bis 32 des verkehrstechnischen Gutachtens, Beilage 21) und grafisch die tatsächlich gefahrene Strecke dargestellt. Hinsichtlich der Antragstellerin wurden vier Überprüfungsfahrten, darunter auch die beiden oben angegebenen, begutachtet (Seite 54 bis 68 des verkehrstechnischen Gutachtens, Beilage 21) und die tatsächlich gefahrene Strecke grafisch dargestellt.

Unter „AUFGABE“ wird im Gutachten vor jeder Überprüfungsfahrtenstaffel festgehalten: „Durchführung bzw. Beobachtung einer Überprüfungsfahrt mit einem unbesetzten Standardlinienbus unter besonderer Beobachtung des Buslenkers und Kontrolle, ob die Fahrt unter Einhaltung der StVO ohne Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer durchgeführt wird.“ sowie: „Die Fahrten dienen der Überprüfung der von den Bietern angegebenen Fahrzeiten.“

Festgestellt wird daher, dass das verkehrstechnische Gutachten zur Überprüfung eingeholt wurde, ob die angebotenen Ersatzgestellungszeiten unter Einhaltung der StVO realisierbar sind, wobei die Überprüfungsfahrten insbesondere unter Berücksichtigung der Streckenverläufe und topographischen Verhältnisse sowie des konkreten Fahrverhaltens des jeweiligen Buslenkers zu befunden waren. Auf der Grundlage der Überprüfungsfahrten war die StVO-Konformität der angebotenen Ersatzgestellungszeiten (Fahrzeiten) zu bewerten. Im verkehrstechnischen Gutachten wurden keinerlei Beanstandungen festgehalten und wurde zusammenfassend die Einhaltung der StVO-Konformität festgestellt.

Im Angebot der Antragstellerin ist unter Beilage 18 das Ersatzgestellungskonzept ausgeführt. Es beinhaltet die organisatorischen und technischen Maßnahmen und innerbetrieblichen Abläufe zur Ersatzgestaltung bei der Antragstellerin. Diesem Konzept angeschlossen ist eine Bestätigung der Antragstellerin, dass bei den dort aufgezählten Standorten zumindest mündliche Nutzungsvereinbarungen mit den Eigentümern getroffen worden sind. Eine bestimmte Ersatzgestellungsstrecke war dem Ersatzgestellungskonzept nicht zu entnehmen.

In Beilage 17 zum Angebot der Antragstellerin wurden Tachografenblätter samt deren Übertragung je in eine Aufstellung vorgelegt, aus welchen ein Streckenverlauf erkennbar ist. Die Antragstellerin hat damit wie in der Ausschreibung gefordert, für die angegebene Ersatzgestellungszeit den konkreten Streckenverlauf in ihrem Angebot bekannt gegeben.

Maßgebliche Rechtsvorschriften:

Gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVerGG 2006 ist im offenen Verfahren die Zuschlagsentscheidung eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVerGG 2006 ist im offenen Verfahren die Zuschlagsentscheidung eine gesondert anfechtbare Entscheidung.

Gemäß § 19 Abs. 1 BVerGG 2006 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVerGG 2006 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 123 BVerGG 2006 erfolgt die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien. Gemäß Abs. 2 Z 1 ist bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, im Einzelnen zu prüfen, ob den in § 19 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde. Gemäß Paragraph 123, BVerGG 2006 erfolgt die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in

der Ausschreibung festgelegten Kriterien. Gemäß Absatz 2, Ziffer eins, ist bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, im Einzelnen zu prüfen, ob den in Paragraph 19, Absatz eins, angeführten Grundsätzen entsprochen wurde.

Gemäß § 131 Abs. 1 BVergG 2006 hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132 Abs. 1, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntmachung dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würde. Gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG 2006 hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132, Absatz eins,, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntmachung dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würde.

Gemäß § 132 Abs. 1 BVergG 2006 darf der Auftraggeber den Zuschlag bei sonstiger Nichtigkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist erteilen. Die Stillhaltefrist beginnt mit der Absendung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung. Sie beträgt bei einer Übermittlung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax zehn Tage, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg 15 Tage. (...) Gemäß Paragraph 132, Absatz eins, BVergG 2006 darf der Auftraggeber den Zuschlag bei sonstiger Nichtigkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist erteilen. Die Stillhaltefrist beginnt mit der Absendung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung. Sie beträgt bei einer Übermittlung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax zehn Tage, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg 15 Tage. (...)

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 28.7.2015 ist der Antragstellerin am selben Tag im Faxwege zugegangen. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigkeitsverfahrens ist am 7.8.2015 im Verwaltungsgericht Wien eingelangt und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2014). Die Entrichtung der Pauschalgebühr ist nachgewiesen, der Antrag richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung, entspricht den formalen Voraussetzungen des § 23 WVRG 2014 und enthält insbesondere Angaben zu Schaden und Interesse. Die beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Beschluss vom 12.8.2015, VGW-123/V/74/9171/2015, antragsgemäß erlassen. Die Antragstellerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinn des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 und führt das gegenständliche Vergabeverfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip. Das Vergabeverfahren ist im klassischen Bereich ausgeschrieben, die Ausschreibung ist bestandfest. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 28.7.2015 ist der Antragstellerin am selben Tag im Faxwege zugegangen. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigkeitsverfahrens ist am 7.8.2015 im Verwaltungsgericht Wien eingelangt und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2014). Die Entrichtung der Pauschalgebühr ist nachgewiesen, der Antrag richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung, entspricht den formalen Voraussetzungen des Paragraph 23, WVRG 2014 und enthält insbesondere Angaben zu Schaden und Interesse. Die beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Beschluss vom 12.8.2015, VGW-123/V/74/9171/2015, antragsgemäß erlassen. Die Antragstellerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinn des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 und führt das gegenständliche Vergabeverfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip. Das Vergabeverfahren ist im klassischen Bereich ausgeschrieben, die Ausschreibung ist bestandfest.

Zu den seitens der Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren vorgebrachten Mängel im Angebot der Antragstellerin

Die Antragsgegnerin brachte in ihrer Stellungnahme vom 14.8.2015 vor, dass das Angebot der Antragstellerin Mängel aufweise, die jedoch im Vergabeverfahren angesichts der Zweitplatzierung der Antragstellerin nicht weiter verfolgt worden seien. Es handle sich dabei um Mängel hinsichtlich „Busalter“, „Subunternehmer“ und „Nutzungsberechtigung“. Dem Prüfprotokoll zum Angebot der Antragstellerin im Vergabeakt (Aktenvermerk vom 8.7.2015, Beilage 15 im Vergabeakt) ist kein Hinweis auf einen Mangel im Angebot der Antragstellerin zu entnehmen; insbesondere wird hinsichtlich der dort gelisteten Themen „Referenzen“, „Fuhrpark“ und „Ersatzgestaltung“ kein Angebotsmangel erwähnt.

Im Prüfprotokoll vom 8.7.2015 wird unter dem Punkt „Fuhrpark“ zum Unterpunkt „Eingabeformular Busalter“, „Fuhrparkmanagement-Konzept“ und „Zulassungsscheine in Kopie“ die Ausschreibungskonformität dokumentiert. Wenn die Antragsgegnerin daher in ihrer Stellungnahme vom 14.8.2015 „vermutet“, dass die Antragstellerin die in ihrem Fuhrparkmanagement-Konzept angeführten neuen Busse nicht bereitstellen können und die „Subunternehmererklärung“ im Angebot der Antragstellerin mangelhaft sei, so hat die Antragsgegnerin die Angebotsprüfung offensichtlich noch nicht beendet.

Einzig zum Thema der „Nutzungsberechtigungen“ hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin um Aufklärung ersucht, welcher diese am 30.6.2015 nachgekommen ist.

Die Antragsgegnerin hat gemäß § 129 Abs. 1 BVergG 2006 vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung Angebote auszuschneiden. Die Antragsgegnerin hat gemäß Paragraph 129, Absatz eins, BVergG 2006 vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung Angebote auszuschneiden.

Die Vergabekontrollbehörden haben bei Prüfung der Zulässigkeit des Antrags im Sinne der Officialmaxime und des Grundsatzes der materiellen Wahrheit einen von ihnen erkannten Ausschlussgrund aufzugreifen, wenn dieser Grund vom Auftraggeber nicht herangezogen wurde (Heid Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage, Seite 678). Im vorliegenden Fall hat die Antragsgegnerin die Mängel im Rahmen des Nichtigerklärungsverfahrens geltend gemacht, jedoch war aus dem Vergabeakt ersichtlich, dass etwa das nunmehr als Mangel bezeichnete „Busalter“ von der Antragsgegnerin im Zuge der Angebotsprüfung nicht beanstandet und laut angefochtener Zuschlagsentscheidung bereits bewertet worden ist.

Die Antragslegitimation der Antragstellerin war demnach gegenständlich zu bejahen, da aus dem Vergabeakt in Zusammenschau mit dem Vorbringen der Antragsgegnerin im Nichtigerklärungsverfahren widersprechende Ergebnisse betreffend das Angebot der Antragstellerin und dessen Prüfung vorlagen, welche den Schluss brachten, dass die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin noch nicht zu Ende geprüft hat.

Zur Änderung im Streckenverlauf bei der Überprüfungsfahrt

Die Antragsgegnerin hat im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht, dass die Antragstellerin bei der Überprüfungsfahrt von ihrer Ersatzgestellungsroute abgewichen sei, somit eine Änderung des Angebots nach Angebotsöffnung vorliege und sie demnach auszuschneiden sei.

Die Antragsgegnerin hat in der mündlichen Verhandlung angegeben, dass ein Entlangfahren der Buslinienstrecke bei der Ersatzgestellungsfahrt nicht gefordert gewesen ist. In Anbetracht der Definition eines Ersatzgestellungsfalles erschiene eine solche Anforderung auch nicht plausibel, da im Ersatzgestellungsfall eine rasche Ersatzgestellung eines Ersatzbusses hauptsächliches Ziel sein muss.

Die Antragsgegnerin hat weiters in ihrer Ausschreibung festgelegt, dass die in Beilage 16 im Angebot angegebenen Ersatzgestellungszeiten und die Ersatzgestellungszeiten, welche bei der Überprüfungsfahrt gefahren werden, differieren können und jene Ersatzgestellungszeit bewertet werden würde, die bei der Überprüfungsfahrt gefahren werde.

In der Ausschreibung wird auf Seite 40 festgehalten, dass die angegebene Ersatzgestellungszeit durch Bekanntgabe des Streckenverlaufs und (digitale oder analoge) Tachografenblätter nachzuweisen und im Ersatzgestellungskonzept darzustellen ist. Die Antragstellerin hat die geforderten Tachografenblätter ihrem Angebot beigelegt und den Streckenverlauf mittels Übertragung in eine Aufstellung ersichtlich gemacht. Sie ist damit bei Angebotslegung ausschreibungskonform vorgegangen. Bei der Überprüfungsfahrt ist die Antragstellerin die in der Aufstellung genannten Punkte nicht angefahren.

Wie oben ausgeführt, war eine StVO-konforme Fahrweise für die Auftraggeberin wesentlich, weshalb Überprüfungsfahrten durchgeführt und die Ergebnisse im verkehrstechnischen Gutachten festgehalten wurden. Auf Seite 4 des verkehrstechnischen Gutachtens wird zum Gutachtensauftrag festgehalten, dass konkret zu überprüfen war, ob die angebotenen Ersatzgestellungszeiten unter Einhaltung der StVO realisierbar sind, insbesondere unter Berücksichtigung der Streckenverläufe und topographischen Verhältnisse sowie des konkreten Fahrverhaltens des jeweiligen Buslenkers. In der gutachterlichen Zusammenfassung wurde festgehalten, dass die StVO-Konformität eingehalten wurde und keinerlei Unregelmäßigkeiten festgestellt wurden.

Im Ergebnis behielt sich die Auftraggeberin demnach vor, die von den Bietern angegebenen Ersatzgestellungszeiten, welche durch Bekanntgabe des konkreten Streckenverlaufs und Tachografenblätter nachzuweisen und im Ersatzgestellungskonzept darzustellen waren, durch eine sachverständig begleitete, gemeinsame Überprüfungsfahrt auf ihre StVO-konforme Realisierbarkeit zu kontrollieren.

Die Antragsgegnerin hat in ihrem Schriftsatz und in der mündlichen Verhandlung ihre Vorgangsweise bei Prüfung der Ersatzgestellungszeiten in drei Schritten dargestellt. Diese drei Schritte sind in der Ausschreibung nicht festgelegt, sie sind aus dem Prüfprotokoll herauszulesen (Aktenvermerk vom 8.7.2015, Beilage 15 im Vergabeakt).

Wenn die Antragsgegnerin nun gleichzeitig mit der Bekanntgabe der Änderung des Streckenverlaufes bei der Überprüfungsfahrt in ihrer Stellungnahme vom 14.8.2015 vorbringt, dass die Überprüfungsfahrten nach den ersten beiden Schritten nicht bewertungsrelevant gewesen wären, d.h. nicht erforderlich gewesen wären, und diese erfolgt seien, um statistisches Datenmaterial für die fortlaufende Evaluierung des Gutachtens „Bus-Aufschläge“ zu erhalten, worüber die Antragstellerin jedoch nicht informiert worden sei, erscheint der nun erhobene Vorwurf einer nachträglichen Angebotsänderung nicht konsistent und unschlüssig. Der im Nichtigerklärungsverfahren erstmals herangezogene Ausscheidensgrund der Streckenänderung bei der Überprüfungsfahrt, die jedoch nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin gar nicht bewertungsrelevant gewesen sein soll, war daher nicht geeignet, die Antragslegitimation der Antragstellerin gegenständlich zu verneinen.

Zur Angebotsbewertung im Angebot der Antragstellerin

Zur Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen hat der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen, dass diese nach dem objektiven Erklärungswert "für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter" bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen sind (Hinweis E vom 1. Juli 2010, 2006/04/0139, mwN). Lässt sich der Inhalt eines Begriffes aus dem allgemeinen Sprachgebrauch bzw. unter Heranziehung der gesamten Ausschreibungsunterlagen nicht eindeutig ermitteln, so kann auch für die Klärung, welche Bedeutung eine Ausschreibungsbestimmung für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter hat, die Beiziehung eines Sachverständigen erforderlich sein (VwGH 2010/04/0066 vom 12.9.2013).

Im vorliegenden Fall war der Passus der Ausschreibung zu Punkt 5.2.4.1 (Seite 40 der Ausschreibung) gegenständlich. Dieser Absatz lautet auszugsweise:

„Die angegebenen Ersatzgestellungszeiten werden nur dann bewertet, wenn sie bei StVO-konformer Fahrweise realisierbar sind. Der Auftraggeber behält sich daher eine Kontrolle der angegebenen Ersatzgestellungszeiten – insbesondere durch gemeinsame Überprüfungsfahrten mit einem unabhängigen (vom Auftraggeber bestellten) Sachverständigen – vor. Die Angebotsbewertung erfolgt in diesem Fall auf Grundlage der Ergebnisse der Überprüfungsfahrten. Allfällige Überprüfungsfahrten erfolgen in der Nebenverkehrszeit (...)“

Die Antragsgegnerin hat sich in ihrer Ausschreibung vorbehalten, die StVO-konforme Fahrweise durch Überprüfungsfahrten, welche von einem unabhängigen und vom Auftraggeber bestellten Sachverständigen begleitet werden, zu kontrollieren. Die Ergebnisse dieser Überprüfungsfahrten wurden in einem verkehrstechnischen Gutachten festgehalten. Die Möglichkeit, dass bei der Überprüfungsfahrt eine andere als die vom Bieter angegebene Ersatzgestellungszeit gefahren wird, wurde insofern eingeräumt, als die Ergebnisse der Überprüfungsfahrt zur Angebotsbewertung herangezogen werden sollen. Eine Abänderung der vom Bieter angegebenen Ersatzgestellungszeit durch die Überprüfungsfahrt war demnach möglich. In der Ausschreibung wurde nicht zwischen einer zeitlich längeren oder kürzeren Überprüfungsfahrt unterschieden. Wesentlich war eine StVO-konforme Fahrweise.

Die Ausschreibung legte zur Angebotsbewertung auf Seite 39 fest, dass die Ersatzgestellungszeit für jedes Los – je erreichter Kategorie – entweder zum Ausscheiden führte oder mit 100, 200 oder 300 Punkten zu bewerten war.

Beim Passus der Überprüfungsfahrten auf Seite 40 wurde zur Angebotsbewertung festgelegt, dass die Angebotsbewertung „in diesem Fall“ auf Grundlage der Ergebnisse der Überprüfungsfahrten erfolge. Die Antragsgegnerin hat demnach nach Ansicht des Senates für die Angebotsbewertung nach ihrer eigenen Festlegung jene Bepunktung heranzuziehen, welche die bei der Überprüfungsfahrt erreichte Ersatzgestellungszeit-Kategorie vorsieht. Die Antragsgegnerin hat in der mündlichen Verhandlung hierzu einen Widerspruch im Prüfvermerk vom

8.7.2015 (Beilage 15 im Vergabeakt) zugestanden, da dort zuerst - wie in der Ausschreibung - festgehalten wird, dass die sich aufgrund dieser Befahrungen ergebenden Zeiten laut Gutachten dann zur Punktbewertung herangezogen würden. Im Ergebnis erfolgte aber keine Berücksichtigung bzw. Änderung bei der Bepunktung.

Die Bedeutung des Satzes „Die Angebotsbewertung erfolgt in diesem Fall auf Grundlage der Ergebnisse der Überprüfungsfahrten“ erschließt sich nach Ansicht des Senates aus dem allgemeinen Sprachgebrauch. Aus dem Wortsinn und der erkennbaren Absicht des Auftraggebers ergibt sich aus dieser Bestimmung ein bestimmter Bewertungsmodus, den die Antragsgegnerin einzuhalten hat, da sie an die von ihr gestellten Bedingungen gebunden ist. Der objektive Erklärungswert des oben angeführten Satzes ist insoweit eindeutig.

Eine solche Bindung ergibt sich aus dem in § 19 BVergG 2006 normierten Gleichbehandlungsgrundsatz, wonach alle Bieter darauf vertrauen können müssen, „dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält.“ (Heid Schiefer Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage, Seite 372). Eine solche Bindung ergibt sich aus dem in Paragraph 19, BVergG 2006 normierten Gleichbehandlungsgrundsatz, wonach alle Bieter darauf vertrauen können müssen, „dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält.“ (Heid Schiefer Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage, Seite 372).

Die Antragsgegnerin selbst führte diese Wortfolge aus dem Ausschreibungstext bei Angebotsprüfung im Prüfvermerk noch beinahe wörtlich an (Beilage 15 im Vergabeakt) und räumte in der mündlichen Verhandlung ein, dass es sich im Prüfvermerk um Standardformulierungen handle und hier ein Widerspruch vorliege. Ein Widerspruch zwischen einer Ausschreibungsbestimmung und dem Ergebnis der Angebotsprüfung, welcher sich in der Angebotsbewertung niederschlägt, kann jedoch nicht zu Lasten der Antragstellerin gehen. Dies widerspräche dem Grundsatz auf Gleichbehandlung und Transparenz, welcher alle Beteiligten an bestandfeste Ausschreibungsbestimmungen bindet.

Da die Antragsgegnerin bei Angebotsprüfung und Angebotsbewertung von diesen bestandfesten Ausschreibungsbedingungen abgewichen ist, war die Zuschlagsentscheidung vom 28.7.2015 nicht objektiv nachvollziehbar, weshalb sie nichtig zu erklären war.

Zur Angabe der Zuschlagsfrist in der Zuschlagsentscheidung vom 28.7.2015

Die Antragsgegnerin hat in ihrer Zuschlagsentscheidung vom 28.7.2015 mitgeteilt, dass „im Los 1 beabsichtigt ist, nach Ablauf der Stillhaltefrist am 10.08.2015 der C. GmbH (...) den Zuschlag zu erteilen.“

Die Antragstellerin bringt dazu in ihrem Nichtigerklärungsantrag vor, dass ein konkretes Ende der Stillhaltefrist mit dieser Formulierung nicht angegeben werde und überdies die Stillhaltefrist bei Berechnung nach § 56 BVergG 2006 am 7.8.2015 um 24:00 Uhr ende, weshalb das angegebene Datum jedenfalls nicht der gesetzlichen Stillhaltefrist des § 132 Abs. 1 BVergG 2006 entspreche. Die Antragstellerin bringt dazu in ihrem Nichtigerklärungsantrag vor, dass ein konkretes Ende der Stillhaltefrist mit dieser Formulierung nicht angegeben werde und überdies die Stillhaltefrist bei Berechnung nach Paragraph 56, BVergG 2006 am 7.8.2015 um 24:00 Uhr ende, weshalb das angegebene Datum jedenfalls nicht der gesetzlichen Stillhaltefrist des Paragraph 132, Absatz eins, BVergG 2006 entspreche.

Die Antragsgegnerin gab als Grund für die längere Stillhaltefrist an, dass die Antragsgegnerin die Zuschlagserteilung nicht unmittelbar nach Ablauf der (Mindest-)Stillhaltefrist am Samstag, 8.8.2015 vornehmen habe können, weshalb das Ende der Stillhaltefrist auf Montag, 10.8.2015, verlegt worden sei.

Bei der Stillhaltefrist handelt es sich um eine materiellrechtliche Frist, die von der verfahrensrechtlichen Anfechtungsfrist entkoppelt ist (S/A/F/T zu § 131 Rz 39). Bei der Stillhaltefrist handelt es sich um eine materiellrechtliche Frist, die von der verfahrensrechtlichen Anfechtungsfrist entkoppelt ist (S/A/F/T zu Paragraph 131, Rz 39).

Im vorliegenden Fall endete die zehntägige Anfechtungsfrist am 7.8.2015 und war somit kürzer als die in der Zuschlagsentscheidung angegebene Stillhaltefrist.

Gemäß § 23 Abs. 1 Z 4 WVRG 2014 hat ein Antrag auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (§ 20 Abs. 1 WVRG 2014) jedenfalls Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für die Antragstellerin zu enthalten. Gemäß Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer 4, WVRG 2014 hat ein Antrag auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2014) jedenfalls Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für die Antragstellerin zu enthalten.

Gemäß § 26 Abs. 1 WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene

gesondert anfechtbare Entscheidung einer Auftraggeberin für nichtig zu erklären, wenn die Entscheidung die Antragstellerin in dem geltend gemachten Recht verletzt und für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Gemäß Paragraph 26, Absatz eins, WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung einer Auftraggeberin für nichtig zu erklären, wenn die Entscheidung die Antragstellerin in dem geltend gemachten Recht verletzt und für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Ein Abgehen von der gesetzlichen (Mindest-)Stillhaltefrist begründet keinen Schaden im Sinn des § 20 Abs. 1 WVRG (S/A/F/T zu § 131 Rz 38). Ein Abgehen von der gesetzlichen (Mindest-)Stillhaltefrist begründet keinen Schaden im Sinn des Paragraph 20, Absatz eins, WVRG (S/A/F/T zu Paragraph 131, Rz 38).

Die Antragstellerin hat zwar in ihrem Nichtigerklärungsantrag Ausführungen zum behaupteten Schaden gemacht, jedoch kann einzig durch die Änderung der Zuschlagsfrist auf 8.8.2015 dieser Schaden (etwa Erlangung von Referenzprojekten) nicht verhindert werden.

Nach den Materialien (RV 1171 BlgNR XXII. GP, 85ff) soll durch § 131 BVergG 2006 gewährleistet werden, „dass ein nicht zum Zuge gekommener Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist die Informationen besitzt, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigt.“ Gemäß vergaberechtlicher Judikatur kommt es darauf an, ob es dem Bieter auch ohne Kenntnis zusätzlicher, detaillierter Begründungselemente unschwer möglich ist, gegen die Zuschlagsentscheidung einen begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen (VwGH 2011/04/0173 vom 9.4.2013; VwGH 2010/04/0066 vom 12.9.2013; BVA 19.12.2011, N/0110-BVA/09/2001-33). Nach den Materialien Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22. GP, 85ff) soll durch Paragraph 131, BVergG 2006 gewährleistet werden, „dass ein nicht zum Zuge gekommener Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist die Informationen besitzt, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigt.“ Gemäß vergaberechtlicher Judikatur kommt es darauf an, ob es dem Bieter auch ohne Kenntnis zusätzlicher, detaillierter Begründungselemente unschwer möglich ist, gegen die Zuschlagsentscheidung einen begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen (VwGH 2011/04/0173 vom 9.4.2013; VwGH 2010/04/0066 vom 12.9.2013; BVA 19.12.2011, N/0110-BVA/09/2001-33).

Die Antragstellerin war durch die Angabe einer längeren als der gesetzlichen Zuschlagsfrist in der Zuschlagsentscheidung vom 28.7.2015 nicht gehindert, den vorliegenden, begründeten Nichtigerklärungsantrag einzubringen. Eine Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens im Sinn des § 26 Abs. 1 WVRG 2014 war aus Sicht des Senates im gegenständlichen Fall nach den obigen Ausführungen daher nicht gegeben. Die Antragstellerin war durch die Angabe einer längeren als der gesetzlichen Zuschlagsfrist in der Zuschlagsentscheidung vom 28.7.2015 nicht gehindert, den vorliegenden, begründeten Nichtigerklärungsantrag einzubringen. Eine Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens im Sinn des Paragraph 26, Absatz eins, WVRG 2014 war aus Sicht des Senates im gegenständlichen Fall nach den obigen Ausführungen daher nicht gegeben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 16 Abs. 1 Satz 1 WVRG 2014; die dort genannten Voraussetzungen liegen gegenständlich vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 16, Absatz eins, Satz 1 WVRG 2014; die dort genannten Voraussetzungen liegen gegenständlich vor.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Stattgebung des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2015:VGW.123.074.9170.2015

Zuletzt aktualisiert am

02.08.2016

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at