

TE Lvwg Erkenntnis 2014/9/23 VGW-123/074/28992/2014

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.09.2014

Entscheidungsdatum

23.09.2014

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2006 §2

BVergG 2006 §187

BVergG 2006 §228

BVergG 2006 §230

BVergG 2006 §231

BVergG 2006 §245

BVergG 2006 §246

BVergG 2006 §248

BVergG 2006 §337

BVergG 2006 §341

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 § 187 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 228 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 228 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 230 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 231 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 245 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 245 gültig von 01.02.2006 bis 11.07.2013
1. BVergG 2006 § 246 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 248 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 248 gültig von 12.07.2013 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 248 gültig von 01.02.2006 bis 11.07.2013
1. BVergG 2006 § 337 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 337 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 337 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 341 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 341 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 341 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 341 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 341 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Dr. Oppel als Vorsitzenden, die Richterinnen Mag. Mandl und die Richterin Dr. Lettner über den Antrag der G., vertreten durch Rechtsanwalt, auf Nichtigerklärung betreffend Vergabeverfahren "Betrieb der A. ..." der L., vertreten durch Rechtsanwälte,

zu Recht erkannt:

I. Der Antrag, die Ausschreibung der Antragsgegnerin betreffend „Betrieb A. ...“ im Gesamten für nichtig zu erklären, wird abgewiesen. römisch eins. Der Antrag, die Ausschreibung der Antragsgegnerin betreffend „Betrieb A. ...“ im Gesamten für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

II. Dem Eventualantrag wird insofern stattgegeben, als folgende Festlegungen in der Ausschreibung für nichtig erklärt werden: römisch zwei. Dem Eventualantrag wird insofern stattgegeben, als folgende Festlegungen in der Ausschreibung für nichtig erklärt werden:

in Punkt 1.2.3 der WSTW 9310 Teil 1 nachfolgende Anforderung: „Eignungskriterium und Nachweis: Schriftliche Erklärung, dass keines der zum Einsatz kommenden Fahrzeuge älter als Baujahr 2012 sein wird“ und

in Punkt 3. der WSTW 9310 Teil 2: der letzte Satz.

Im Übrigen wird der Eventualantrag abgewiesen.

III. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von € 1.125,-- binnen 14 Tagen zu erstatten. römisch drei. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von € 1.125,-- binnen 14 Tagen zu erstatten.

IV. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig. römisch vier. 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, 11, 13, 15, 16 Abs. 1, 20, 23, 24, 25, 26 WVRG 2014; §§ 1 Abs. 1, 2 Z 16 lit a sublit. aa, 2 Z 20 lit c und d, 163, 164, 165, 187, 230, 231, 235, 236, 245f, 337, 341 BVergG 2006
Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, 2, Absatz 4, 7, Absatz 2, 11, 13, 15, 16, Absatz eins, 20, 23, 24, 25, 26, WVRG 2014; Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a., 2 Ziffer 20, Litera c und d, 163, 164, 165, 187, 230, 231, 235, 236, 245f, 337, 341 BVergG 2006

Entscheidungsgründe

Die L. (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages

im Unterschwellenbereich, nämlich zum Betrieb von A. auf bestimmten Strecken, gegenständlich „Betrieb der A. ...“, nach den vergaberechtlichen Bestimmungen für Sektorenauftraggeber. Der Zuschlag soll dem Angebot mit dem niedrigsten Gesamtpreis erteilt werden. Die Angebotsfrist endete am 14.8.2014, 10 Uhr.

Gegen diese Ausschreibung richtet sich der am 4.8.2014 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 4 WVRG 2014) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Ausschreibung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Gegen diese Ausschreibung richtet sich der am 4.8.2014 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2014) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Ausschreibung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz.

Begründend bringt die Antragstellerin zur Rechtswidrigkeit der Ausschreibungsbestimmungen vor, dass die Auftraggeberin ihrer Ausschreibung die WSTW 9310 Teil 1 und WSTW 9310 Teil 2, je Ausgabe 2.4.2014, zugrunde gelegt habe. Im Einzelnen werden von der Antragstellerin folgende Punkte angefochten:

I. Punkt 1.2.3 der WSTW 9310 Teil 1 römisch eins. Punkt 1.2.3 der WSTW 9310 Teil 1:

Eignungskriterium und Nachweis

Schriftliche Erklärung, dass keines der zum Einsatz kommenden Kraftfahrzeuge älter als Baujahr 2012 sein wird.

Nach Ansicht der Antragstellerin werde damit festgelegt, dass die zum Einsatz kommenden Fahrzeuge nicht älter als rund 2,5 Jahre sein dürfen, was entgegen § 231 BVergG 2006 sei, da die Auftraggeberin Eignungsnachweise nur soweit festlegen könne, wie es durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt sei. Eignungsnachweise müssten den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter entsprechen (§ 187) und dürften nicht diskriminierend sein. Die Festlegung der Auftraggeberin sei sachlich nicht gerechtfertigt. Auch setze die Auftraggeberin oft Busse ein, die älter seien als Baujahr 2012. Nach Ansicht der Antragstellerin werde damit festgelegt, dass die zum Einsatz kommenden Fahrzeuge nicht älter als rund 2,5 Jahre sein dürfen, was entgegen Paragraph 231, BVergG 2006 sei, da die Auftraggeberin Eignungsnachweise nur soweit festlegen könne, wie es durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt sei. Eignungsnachweise müssten den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter entsprechen (Paragraph 187,) und dürften nicht diskriminierend sein. Die Festlegung der Auftraggeberin sei sachlich nicht gerechtfertigt. Auch setze die Auftraggeberin oft Busse ein, die älter seien als Baujahr 2012.

II. Punkt 1.9.4 der WSTW 9310 Teil 2 römisch zwei. Punkt 1.9.4 der WSTW 9310 Teil 2:

Für den Fall, dass kein Angebot mit dem niedrigsten Preis ermittelt werden kann, weil Angebote mit ident niedrigstem Gesamtpreis einlangen, entscheidet das Los. Die Auslosung findet unter Teilnahme der betroffenen Bieter statt.

Diese Festlegung sei nach Ansicht der Antragstellerin sachlich nicht gerechtfertigt. Die Auftraggeberin hätte es ohne weiteres in der Hand, sachliche Kriterien für solche Fälle zu formulieren, beispielsweise Anzahl von Referenzaufträgen, Alter der zum Einsatz gelangenden Busse und Ähnliches.

III. Punkt 3 der WSTW 9310 Teil 2 römisch drei. Punkt 3 der WSTW 9310 Teil 2:

Die Ausschreibung kann widerrufen werden, wenn dafür sachliche Gründe sprechen. Sachliche Gründe, die einen Widerruf rechtfertigen, sind jedenfalls eine wesentliche Änderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen (z.B. eine massive Einschränkung der aus derzeitiger Sicht vorliegenden Mittel), Versagung bzw. verspätete Erlangung der für die ausgeschriebenen Arbeiten erforderlichen behördlichen Genehmigung(en), nachträgliche Unmöglichkeit der Umsetzung der ausgeschriebenen Leistung (z.B. Nichtvorliegen der erforderlichen sachenrechtlichen bzw. schuldrechtlichen Rechte der L.); zu teure Angebote (das billigste Angebot übersteigt die interne Kostenschätzung erheblich) und eine berechtigte Beschwerde eines Bieters, die eine Neuausschreibung erforderlich macht. Ansprüche der Bieter (Bietergemeinschaften) auf Kosten-/Schadenersatz im Zusammenhang mit dem Widerruf des vorliegenden Vergabeverfahrens sind ausgeschlossen.

Aus Sicht der Antragstellerin widerspreche dieser Punkt § 337 BVergG 2006 Aus Sicht der Antragstellerin widerspreche dieser Punkt Paragraph 337, BVergG 2006.

Die beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Beschluss vom 8.8.2014 erlassen.

Mit Stellungnahme vom 12.8.2014 trat die Antragsgegnerin dem Vorbringen im Antrag der Antragstellerin entgegen

und brachte zum ersten Punkt vor, dass es sich gegenständlich um Kleinbusse mit acht Sitzplätzen (exkl. Fahrerplatz) handle. Mit dem Fahrzeugalter solle ein Qualitätsstandard bei den A. gewährleistet sein, der an einem objektiven und nachprüfbar Kriterium gemessen werden könne. Wert gelegt werde auf ein angenehmes und qualitativ angemessenes Erscheinungsbild; es sollen keine abgenutzten oder als und verbraucht wirkenden Fahrzeuge verwendet werden; die Qualität der A. sei wichtig für die Fahrgastzufriedenheit und werfe, wie Linienbusse auch, ein bestimmtes Licht auf die Antragsgegnerin. Auch bei den vorangegangenen Ausschreibungen sei ein zwei bis drei Jahre zurückliegendes Baujahr vorgegeben worden, weshalb bei einer Laufzeit von ein bis zwei Jahren keine KFZ, die älter als fünf Jahre seien, unterwegs wären. Gegenständlich sei eine Vertragslaufzeit bis 2016 beabsichtigt. Das Baujahr sei ein verlässlicher Kennwert und ausreichender Indikator für die Unverbrauchtheit bzw den Abnutzungsgrad des PKW. Ein Abstellen auf den Kilometerstand komme wegen der leichten Manipulierbarkeit nicht in Betracht. Nur „in gutem Zustand“ sei mangels Bewertbarkeit und Durchsetzbarkeit keine Alternative gewesen. Das Abstellen auf das Baujahr sei auch in der Vertragsabwicklung leicht überprüfbar und durchsetzbar.

Das Mail der Antragstellerin an die Antragsgegnerin vom 30.7.14 mit dem Vorschlag, Busse aus dem Baujahr 2008 einzusetzen, sei nicht akzeptabel, da damit acht bis neun Jahre alte Fahrzeuge zum Einsatz kommen dürften, was nicht der gewünschten Qualität entspreche. Die Antragstellerin halte die Anforderung für unsachlich, da sie selbst über keine Fahrzeuge mit Baujahr 2012 verfüge; die Sachlichkeit eines Muss-Kriteriums könne sich jedoch nicht an Vor- oder Nachteilen einzelner Bieter orientieren.

Zum Argument der Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin ältere Busse einsetze, als sie hier verlange, verweist die Antragsgegnerin darauf, dass der Fuhrpark der Antragsgegnerin keine achtsitzigen PKW aufweise, die im A. eingesetzt werden könnten. Im Fall von Omnibussen wiederum sei die Situation nicht vergleichbar (FS-Klasse D). Acht-Sitzer-Busse (FS-Klasse B) hätten eine andere Bauart, andere technische Voraussetzungen und Belastbarkeit sowie einen anderen Kaufpreis. Ein Omnibus im Wert von Euro 200.000,00 werde nicht nach fünf Jahren ausrangiert. Die Vorgabe der Antragsgegnerin sei auch im Sinn der europarechtlichen Judikatur (EuGH Concordia Bus) nicht diskriminierend. Es werde auch kein Bieter deswegen vom Wettbewerb ausgeschlossen, da jedes Unternehmen solche Fahrzeuge kaufen oder leasen könne. Ein Auftraggeber könne bis zur Grenze des § 19 BVergG 2006 sachlich gerechtfertigte Muss-Kriterien formulieren, diese Grenze sei nicht verletzt. Diese Anforderung lasse der Antragsgegnerin auch bei der Überprüfung keinen Ermessensspielraum. Zum Argument der Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin ältere Busse einsetze, als sie hier verlange, verweist die Antragsgegnerin darauf, dass der Fuhrpark der Antragsgegnerin keine achtsitzigen PKW aufweise, die im A. eingesetzt werden könnten. Im Fall von Omnibussen wiederum sei die Situation nicht vergleichbar (FS-Klasse D). Acht-Sitzer-Busse (FS-Klasse B) hätten eine andere Bauart, andere technische Voraussetzungen und Belastbarkeit sowie einen anderen Kaufpreis. Ein Omnibus im Wert von Euro 200.000,00 werde nicht nach fünf Jahren ausrangiert. Die Vorgabe der Antragsgegnerin sei auch im Sinn der europarechtlichen Judikatur (EuGH Concordia Bus) nicht diskriminierend. Es werde auch kein Bieter deswegen vom Wettbewerb ausgeschlossen, da jedes Unternehmen solche Fahrzeuge kaufen oder leasen könne. Ein Auftraggeber könne bis zur Grenze des Paragraph 19, BVergG 2006 sachlich gerechtfertigte Muss-Kriterien formulieren, diese Grenze sei nicht verletzt. Diese Anforderung lasse der Antragsgegnerin auch bei der Überprüfung keinen Ermessensspielraum.

Zum Punkt 1.9.4 der WSTW 9310 Teil 2 soll nach Ansicht der Antragsgegnerin mit dem Losentscheid verhindert werden, dass das Verfahren im Falle der Gleichpreisigkeit widerrufen werden müsse. Die Antragsgegnerin stütze sich dabei auch auf VwGH 28.3.2008, 2005/04/0013, in welchem die Zulässigkeit des Losentscheids im Auswahlmodus (..) bejaht worden sei, weil im konkreten Fall eine Auswahl der drei Bieter nach Qualitäts- oder Preiskriterien nicht möglich gewesen sei. Dies sei hier auch gegeben, weil eine Auswahl nach dem Preis bei Gleichpreisigkeit nicht möglich sei und nach der Qualität nicht differenziert werden könne, weil im Billigstbieterprinzip ausgeschlossen sei. Der Losentscheid sei die einzig zulässige Methode, sich für den Fall der Gleichpreisigkeit abzusichern und einen Widerruf zu verhindern. Ein Qualitäts- oder Eignungskriterium als Auswahlkriterium bei Gleichpreisigkeit vorzusehen, wie von der AST vorgeschlagen, wäre im Billigstbieterverfahren ein Verstoß gegen das Zuschlagsprinzip und daher unzulässig (VKS-10236/10). Schon aufgrund der strikten Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien sei es unzulässig, bei Gleichpreisigkeit auf ein „Mehr an Eignung“ abzustellen.

Zum Punkt 3 der WSTW 9310 Teil 2 meint die Antragsgegnerin, nur aus sachlichen Gründen zu widerrufen, sei gesetzeskonform. Eine Schadenersatzklage nach dem BVergG sei daher ausgeschlossen. § 341 Abs. 2 Z 5 BVergG 2006 lasse eine Schadenersatzklage nur zu, wenn zuvor festgestellt worden sei, dass der Widerruf rechtswidrig war. Ein

Widerruf aus sachlichen Gründen könne jedoch per se nicht rechtswidrig sein. Auch eine Schadenersatzklage nach § 341 Abs. 3 BVergG komme nicht in Betracht. Jeder denkbar qualifizierte Verstoß gegen Vergaberecht könne im Rahmen des offenen Verfahrens durch Bekämpfung der Ausschreibung oder einer sonstigen gesondert anfechtbaren Entscheidung bekämpft werden. Es bleibe kein Anwendungsbereich für einen möglichen Schadenersatzanspruch, die Antragstellerin sei nicht beschwert. Somit sei die Voraussetzung, dass die behauptete Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sei, nicht erfüllt. Zum Punkt 3 der WSTW 9310 Teil 2 meint die Antragsgegnerin, nur aus sachlichen Gründen zu widerrufen, sei gesetzeskonform. Eine Schadenersatzklage nach dem BVergG sei daher ausgeschlossen. Paragraph 341, Absatz 2, Ziffer 5, BVergG 2006 lasse eine Schadenersatzklage nur zu, wenn zuvor festgestellt worden sei, dass der Widerruf rechtswidrig war. Ein Widerruf aus sachlichen Gründen könne jedoch per se nicht rechtswidrig sein. Auch eine Schadenersatzklage nach Paragraph 341, Absatz 3, BVergG komme nicht in Betracht. Jeder denkbar qualifizierte Verstoß gegen Vergaberecht könne im Rahmen des offenen Verfahrens durch Bekämpfung der Ausschreibung oder einer sonstigen gesondert anfechtbaren Entscheidung bekämpft werden. Es bleibe kein Anwendungsbereich für einen möglichen Schadenersatzanspruch, die Antragstellerin sei nicht beschwert. Somit sei die Voraussetzung, dass die behauptete Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sei, nicht erfüllt.

Mit Stellungnahme vom 21.08.2014 führte die Antragstellerin zum Vorbringen der Antragsgegnerin aus, dass das gesamte Vergabewesen von der Grundwertung durchdrungen sei, dass Auftraggeberhandlungen prinzipiell nicht undifferenziert erfolgen dürften sowie Verhältnismäßigkeit und Sachlichkeit zu wahren sei. Die genannten Grundwertungen trafen insbesondere auch auf Eignungskriterien sowie auf die Leistungsbeschreibung zu. Angemerkt werde, dass es sich bei der rechtswidrigen Vorgabe gemäß Punkt 1.2.3.1. der WSTW 9310 Teil 1, Ausgabe 02.04.2014, nicht um eine Eignungsanforderung, sondern um einen Teil der Leistungsbeschreibung handle. Auswirkungen habe dies insofern, als zwei Ebenen diesen Grundwertungen entsprechen müssen, nämlich einerseits die vom Auftraggeber definierte Zielvorgabe und andererseits die Vorgabe der Mittel, mit denen das Ziel erreicht werden solle. Deutlich werde dies etwa bei den Vorschriften bezüglich technischer Spezifikationen zur „produktspezifischen“ Ausschreibung, wo zwingend jedenfalls auch eine gleichwertige Lösung durch den Bieter möglich sein müsse. Aus den allgemeinen Erfordernissen neutraler Leistungsbeschreibung gemäß § 246 Abs. 1 BVergG werde auch die für den Auftraggeber einschränkende Vorgabe abgeleitet, dass er bei Verwendung technischer Spezifikationen gehalten sei, den Wettbewerb nur soweit einzuschränken, als dies aus dem Auftragsgegenstand heraus gerechtfertigt sei. Mit Stellungnahme vom 21.08.2014 führte die Antragstellerin zum Vorbringen der Antragsgegnerin aus, dass das gesamte Vergabewesen von der Grundwertung durchdrungen sei, dass Auftraggeberhandlungen prinzipiell nicht undifferenziert erfolgen dürften sowie Verhältnismäßigkeit und Sachlichkeit zu wahren sei. Die genannten Grundwertungen trafen insbesondere auch auf Eignungskriterien sowie auf die Leistungsbeschreibung zu. Angemerkt werde, dass es sich bei der rechtswidrigen Vorgabe gemäß Punkt 1.2.3.1. der WSTW 9310 Teil 1, Ausgabe 02.04.2014, nicht um eine Eignungsanforderung, sondern um einen Teil der Leistungsbeschreibung handle. Auswirkungen habe dies insofern, als zwei Ebenen diesen Grundwertungen entsprechen müssen, nämlich einerseits die vom Auftraggeber definierte Zielvorgabe und andererseits die Vorgabe der Mittel, mit denen das Ziel erreicht werden solle. Deutlich werde dies etwa bei den Vorschriften bezüglich technischer Spezifikationen zur „produktspezifischen“ Ausschreibung, wo zwingend jedenfalls auch eine gleichwertige Lösung durch den Bieter möglich sein müsse. Aus den allgemeinen Erfordernissen neutraler Leistungsbeschreibung gemäß Paragraph 246, Absatz eins, BVergG werde auch die für den Auftraggeber einschränkende Vorgabe abgeleitet, dass er bei Verwendung technischer Spezifikationen gehalten sei, den Wettbewerb nur soweit einzuschränken, als dies aus dem Auftragsgegenstand heraus gerechtfertigt sei.

Die Vorgabe der Auftraggeberin, dass „keines der zum Einsatz kommenden Kraftfahrzeuge älter als Baujahr 2012“ zu sein habe, widerspreche ganz eindeutig den Grundsätzen und ausdrücklichen Vorschriften des Vergaberechts. Sowohl das gewünschte Ziel als auch die dafür definierte Anforderung seien überschießend und nicht einmal geeignet, das von der Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme erläuterte Ziel zu erreichen. So entspreche nach den Darlegungen der Auftraggeberin ein völlig abgenütztes oder devastiertes Fahrzeug, das aber das Baujahr 2013 aufweise, den Anforderungen der Ausschreibung (wenn gleich es das im Nachprüfungsverfahren dargestellte Ziel völlig verfehle). Nach den Darlegungen der Auftraggeberin erfülle ein bisher nicht im Einsatz befundenes oder sonst „garagengepflegtes“ Fahrzeug, das aber das Baujahr 2011 aufweise, nicht die Anforderungen der Ausschreibung (wenn gleich ist das im Nachprüfungsverfahren dargestellte Ziel vollkommen erfüllt). Ebenso wenig entsprechen ein innen völlig neu hergerichtetes Fahrzeug, das aber als Baujahr 2011 hat, nicht den Anforderungen der Ausschreibung

(wenngleich es das im Nachprüfungsverfahren dargestellte Ziel vollständig erfüllt). Ganz allgemein sei nicht ersichtlich, welche konkreten Vorteile ein Fahrzeug, das im Jänner 2012 gebaut worden sei, gegenüber einem Fahrzeug, das im Dezember 2011 gebaut worden sei, aufweisen solle. Damit sei eindeutig, dass das Baujahr weder ein verlässlicher noch ein ausreichender Indikator für das dargestellte Ziel sei. So mag zwar zutreffen, dass das Baujahr „objektiv messbar“ und „leicht überprüfbar“ ist, doch ändere dies nichts daran, dass es den dargelegten rechtlichen Anforderungen, die an die Leistungsbeschreibung gestellt seien, eben mehrfach widerspreche.

Auch schon der hinter der Altersanforderung stehende Wunsch der Qualitätsanforderung im Sinne von „Neufahrzeugen“ sei zu weitgehend und damit rechtswidrig. Im wirtschaftlichen Kontext seien die Kosten für den Einsatz der Fahrzeuge den Möglichkeiten gegenüber zu stellen, dafür entlohnt zu werden. Konkret sei daher auf den geschätzten Auftragswert im Verhältnis zu den Beschaffungskosten einzugehen, wobei diese Werte ganz grob wie folgt genannt werden können: deutlich über € 50.000,-- Anschaffungskosten für das Fahrzeug, wobei zu berücksichtigen sei, dass dieses spezifische Voraussetzungen erfüllen müsse, bspw. Barrierefreiheit etc. Insofern sei ein Vergleich des Fahrzeugalters von Omnibussen (das bei der Auftraggeberin auch über 10 Jahre liegen könne) und A.-Fahrzeugen sehr wohl zutreffend.

Weiters übersehe die Auftraggeberin, dass es zumindest zu wesentlichen Fahrzeugteilen für das von ihr angestrebte Ziel ohnedies eine generelle Norm gäbe. So regle die „Betriebsordnung für den nichtlinienmäßigen Personenverkehr“ („BO 1994“) in § 17 Abs. 2: „die für die Benutzung durch die Fahrgäste bestimmten Einrichtungen (insbesondere Sitze, Kleiderhaken, Gepäckträger) müssen sich in einwandfreiem Zustand befinden, die Verglasung darf keine wesentlichen oder sichtbaren Schäden aufweisen. Die Omnibusse müssen unter Berücksichtigung der Witterungsverhältnisse innen und außen sauber sein.“ Vergleichbares regle auch § 2 Abs. 2 der Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung. Hervorzuheben sei in diesem Zusammenhang, dass der von der Auftraggeberin angestrebte Qualitätsstandard, den sie mit „im guten Zustand“ beschreibt, durch „Gesetz“ sogar noch erhöht werde, in dem ein einwandfreier Zustand gefordert werde. Darüber hinaus werde damit eine Qualitätsvorgabe getroffen, deren Verletzung sogar unter (Verwaltungs-)Strafe gestellt werde, wobei diesbezüglich das Bestimmtheitsgebot des Art. 18 Abs. 1 B-VG zu beachten sei. Da beide Ordnungsgeber auf Bundes- und Landesebene die Vorgabe eines „einwandfreien Zustandes“ als „besonders genau und determiniert“, „unmissverständlich und klar erkennbar“ ansehen, sei nicht ersichtlich, wieso die Vorgabe eines einwandfreien Zustandes für eine vertragliche Gebarung zwischen Auftraggeberin und künftigen Auftragnehmer nicht ausreichend sein sollte. Weiters übersehe die Auftraggeberin, dass es zumindest zu wesentlichen Fahrzeugteilen für das von ihr angestrebte Ziel ohnedies eine generelle Norm gäbe. So regle die „Betriebsordnung für den nichtlinienmäßigen Personenverkehr“ („BO 1994“) in Paragraph 17, Absatz 2: „die für die Benutzung durch die Fahrgäste bestimmten Einrichtungen (insbesondere Sitze, Kleiderhaken, Gepäckträger) müssen sich in einwandfreiem Zustand befinden, die Verglasung darf keine wesentlichen oder sichtbaren Schäden aufweisen. Die Omnibusse müssen unter Berücksichtigung der Witterungsverhältnisse innen und außen sauber sein.“ Vergleichbares regle auch Paragraph 2, Absatz 2, der Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung. Hervorzuheben sei in diesem Zusammenhang, dass der von der Auftraggeberin angestrebte Qualitätsstandard, den sie mit „im guten Zustand“ beschreibt, durch „Gesetz“ sogar noch erhöht werde, in dem ein einwandfreier Zustand gefordert werde. Darüber hinaus werde damit eine Qualitätsvorgabe getroffen, deren Verletzung sogar unter (Verwaltungs-)Strafe gestellt werde, wobei diesbezüglich das Bestimmtheitsgebot des Artikel 18, Absatz eins, B-VG zu beachten sei. Da beide Ordnungsgeber auf Bundes- und Landesebene die Vorgabe eines „einwandfreien Zustandes“ als „besonders genau und determiniert“, „unmissverständlich und klar erkennbar“ ansehen, sei nicht ersichtlich, wieso die Vorgabe eines einwandfreien Zustandes für eine vertragliche Gebarung zwischen Auftraggeberin und künftigen Auftragnehmer nicht ausreichend sein sollte.

Wenn es von der Auftraggeberin gewünscht wäre, böten die Verordnungsnormen auch geeignete Ansatzpunkte, um die gewünschten Anforderungen ergänzend zu regeln. Dies auch vor dem Hintergrund, dass dann, wenn es allgemein normative Regelungen gäbe, jeder Auftraggeber im Sinne des oben angeführten verpflichtenden Verhältnismäßigkeits- und Sachlichkeitsgebots verpflichtet sei, sich daran zu orientieren. Dies entspreche auch dem Grundgedanken, dass bei der Festlegung technischer Spezifikationen generelle Normen herangezogen werden. Abschließend sei hervorzuheben, dass die BO 1994 sowie die korrespondierende Wiener Verordnung den „einwandfreien Zustand“ nicht mit einem gewissen Baujahr der Fahrzeuge verknüpfe.

Hinsichtlich der Unzulässigkeit der Losentscheidung bei Gleichpreisigkeit genüge der Verweis auf die Entscheidung des

VKS Wien vom 24.11.2010, VKS-10236/10. Gegenständlich liege genau ein solcher Fall vor. Die Auftraggeberin habe das Billigstbieterprinzip gewählt. Für die Zuschlagsentscheidung soll aber – wenn gleich nur bei Preisgleichheit – als weiteres Zuschlagskriterium das Los herangezogen werden. Dies sei im Rahmen des gewählten Zuschlagsprinzips aber unzulässig. Die zitierte VwGH-Judikatur sei hingegen nicht einschlägig, weil dort der Aspekt des Zuschlagsprinzips nicht Thema gewesen sei.

Zur Rechtswidrigkeit des Ausschlusses von Schadenersatz nach Widerruf sei Ausgangspunkt, dass § 337 BVerG Schadenersatzansprüche gegenüber dem Auftraggeber vorsehe. Ein (wie es hier von der Auftraggeberin beabsichtigt ist) völliger Ausschluss dieses Schadenersatzes sei auch zwischen Unternehmern unzulässig. Weiters vermenge die Auftraggeberin die materiellen Anspruchsvoraussetzungen und die prozessualen Zulässigkeitsvoraussetzungen, die jeweils getrennt voneinander zu beurteilen seien, sodass sich die Rechtswidrigkeit der Festlegung schon aus der Verletzung des materiellen Rechtes ergeben könne. Zur Rechtswidrigkeit des Ausschlusses von Schadenersatz nach Widerruf sei Ausgangspunkt, dass Paragraph 337, BVerG Schadenersatzansprüche gegenüber dem Auftraggeber vorsehe. Ein (wie es hier von der Auftraggeberin beabsichtigt ist) völliger Ausschluss dieses Schadenersatzes sei auch zwischen Unternehmern unzulässig. Weiters vermenge die Auftraggeberin die materiellen Anspruchsvoraussetzungen und die prozessualen Zulässigkeitsvoraussetzungen, die jeweils getrennt voneinander zu beurteilen seien, sodass sich die Rechtswidrigkeit der Festlegung schon aus der Verletzung des materiellen Rechtes ergeben könne.

Wenngleich der Auftraggeberin beizupflichten sei, dass aus Sicht der prozessualen Zulässigkeit der „Anwendungsbereich“ für Schadenersatzansprüche nach Widerruf eng sei, verblieben dennoch gewisse Anspruchsmöglichkeiten selbst nach Widerruf infolge sachlicher Gründe. Zu diesen Situationen sei hervorzuheben, dass dies aus prozessualer Sicht dann sein könne, wenn der Widerruf (wie im Unterschwellenbereich zulässig) unmittelbar erklärt werde oder bei Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung ein Nachprüfungsantrag die Widerrufserklärung nicht verhindern konnte. Inhaltlich sei Schadenersatz bspw. denkbar bei Wegfall der budgetären Deckung oder infolge nicht oder zu spät erlangter behördlicher Genehmigungen, was von der Auftraggeberin sogar ausdrücklich als sachliche Gründe angeführt würde. Dementsprechend treffe es auch nicht zu, dass „jeder erdenkliche hinreichend qualifizierte Verstoß gegen das Vergaberecht“ durch die Bekämpfung der Ausschreibung oder einer sonstigen gesondert anfechtbaren Entscheidung bekämpft werden könne. Die relevierte Ausschreibungsbestimmung sei daher im Hinblick auf den völligen Ausschluss von Schadenersatzansprüchen klar rechtswidrig.

Mit Schriftsatz vom 19.9.2014 replizierte die Antragsgegnerin unter Nennung europarechtlicher und nationaler vergaberechtlicher Judikatur zur Vorgabe des Fahrzeugalters in der Ausschreibung und brachte vor, dass die Auftraggeberin in der Leistungsbeschreibung ihren konkreten und individuellen Bedarf vorgeben könne, solange die Festlegung nicht diskriminierend sei. Auch könne die vergebende Stelle Spezifikationen festlegen, die eine Neuwertigkeit der eingesetzten Fahrzeuge verlangen, wenn ihr dies notwendig erscheine. Das für die A. vorgegebene Fahrzeugalter solle nicht nur das angemessene und qualitativ anspruchsvolle optische Erscheinungsbild der A., sondern auch den geforderten technischen Standard gewährleisten. Die Sachlichkeit dieser Vorgabe sei ihm Hinblick auf die Unternehmensphilosophie der Antragsgegnerin nicht in Frage zu stellen. Die Auftraggeberin tätigte in den vergangenen Jahren enorme Investitionen, um ihrer Vorreiterrolle in den Bereichen Qualität, Sicherheit und Umweltbewusstsein gerecht zu werden und Schadstoffemissionen entsprechend der „clean car“-Richtlinie (RL 2009/33/EG), die mit der Novelle 2012 ins BVerG übernommen wurde, zu reduzieren. Zur Zeit modernisiere die Auftraggeberin ihre Busflotte und setze hier auf Umweltfreundlichkeit, Komfortgewinn und geräuscharmes Fahren der Fahrzeuge. Alle neuen Busse müssten die EU-Abgasnorm EURO VI, die die Emissionen der Fahrzeuge auf ein Minimum reduziert, erfüllen. Der Erfolg dieser Bemühungen zeige sich in der Beschwerdestatistik der Auftraggeberin, aus welcher hervorgehe, dass die Beschwerden betreffend die Fahrzeuge rückläufig seien. Die Vorgabe „Baujahr 2012“ sei in Hinblick auf die geltenden Abgasnormen für PKW und die zwingende Einhaltung der Emissionswerte sachlich gerechtfertigt. Mit Baujahr 2012 werde sichergestellt, dass die PKW dem derzeit höchsten geltenden Standard „EURO V“ gemäß Verordnung (EG) Nr. 715/2007 entsprechen. Das Fahrzeugalter sei auch in Anbetracht der starken Beanspruchung von besonderer Bedeutung: A.-Fahrzeuge werden von den Betreibern häufig rund um die Uhr sieben Tage die Woche eingesetzt, da sie neben ihrer Funktion als Anruf-Sammel-Taxis auch als Fahrzeuge für den Schülertransport, Fahrtendienst, Flughafentransfer verwendet würden. In der Regel betrage die Nutzungs- und Abschreibungsdauer für A. daher nur vier bis fünf Jahre. Das Baujahr 2012 gewährleiste in Anbetracht dieser Beanspruchung auch eine höhere Ausfallsicherheit für die Antragsgegnerin. Mit Schriftsatz vom 19.9.2014 replizierte

die Antragsgegnerin unter Nennung europarechtlicher und nationaler vergaberechtlicher Judikatur zur Vorgabe des Fahrzeugalters in der Ausschreibung und brachte vor, dass die Auftraggeberin in der Leistungsbeschreibung ihren konkreten und individuellen Bedarf vorgeben könne, solange die Festlegung nicht diskriminierend sei. Auch könne die vergebende Stelle Spezifikationen festlegen, die eine Neuwertigkeit der eingesetzten Fahrzeuge verlangen, wenn ihr dies notwendig erscheine. Das für die A. vorgegebene Fahrzeugalter solle nicht nur das angemessene und qualitativ anspruchsvolle optische Erscheinungsbild der A., sondern auch den geforderten technischen Standard gewährleisten. Die Sachlichkeit dieser Vorgabe sei ihm Hinblick auf die Unternehmensphilosophie der Antragsgegnerin nicht in Frage zu stellen. Die Auftraggeberin tätigte in den vergangenen Jahren enorme Investitionen, um ihrer Vorreiterrolle in den Bereichen Qualität, Sicherheit und Umweltbewusstsein gerecht zu werden und Schadstoffemissionen entsprechend der „clean car“-Richtlinie (RL 2009/33/EG), die mit der Novelle 2012 ins BVergG übernommen wurde, zu reduzieren. Zur Zeit modernisiere die Auftraggeberin ihre Busflotte und setze hier auf Umweltfreundlichkeit, Komfortgewinn und geräuscharmes Fahren der Fahrzeuge. Alle neuen Busse müssten die EU-Abgasnorm EURO römisch sechs, die die Emissionen der Fahrzeuge auf ein Minimum reduziert, erfüllen. Der Erfolg dieser Bemühungen zeige sich in der Beschwerdestatistik der Auftraggeberin, aus welcher hervorgehe, dass die Beschwerden betreffend die Fahrzeuge rückläufig seien. Die Vorgabe „Baujahr 2012“ sei in Hinblick auf die geltenden Abgasnormen für PKW und die zwingende Einhaltung der Emissionswerte sachlich gerechtfertigt. Mit Baujahr 2012 werde sichergestellt, dass die PKW dem derzeit höchsten geltenden Standard „EURO V“ gemäß Verordnung (EG) Nr. 715 aus 2007, entsprechen. Das Fahrzeugalter sei auch in Anbetracht der starken Beanspruchung von besonderer Bedeutung: A.-Fahrzeuge werden von den Betreibern häufig rund um die Uhr sieben Tage die Woche eingesetzt, da sie neben ihrer Funktion als Anruf-Sammel-Taxis auch als Fahrzeuge für den Schülertransport, Fahrtendienst, Flughafentransfer verwendet würden. In der Regel betrage die Nutzungs- und Abschreibungsdauer für A. daher nur vier bis fünf Jahre. Das Baujahr 2012 gewährleiste in Anbetracht dieser Beanspruchung auch eine höhere Ausfallsicherheit für die Antragsgegnerin.

Die Auftraggeberin könne die Leistung entweder funktional ausschreiben und dem Bieter überlassen, wie er die geforderte Qualität erreichen wird, oder konstruktiv beschreiben und Merkmale festsetzen, die ihrer Meinung nach die von ihr angestrebten Ziele bestmöglich beschreiben und erreichen. Dabei trage die Auftraggeberin das Risiko, dass eine Vorgabe zwar formal erfüllt, das Ziel aber dennoch nicht 100%ig erreicht werde. Dieses Risiko könne bei vielen Indikatoren eintreten, mache aber eine Anforderung an den Leistungsgegenstand deswegen nicht rechtswidrig. So könnten zB Emissionsgrenzen aus Umweltschutzgründen vorgegeben werden. Ein angebotenes Produkt könne die vorgegebenen Werte einhalten und dennoch eine Energiebilanz aufweisen, die dem Umweltschutz abträglich ist und die Ziele der Auftraggeberin unterlaufe. Dennoch nennen §§ 80 und 237 BVergG 2006 explizit Emissionswerte als zulässige technische Spezifikationen. Die Auftraggeberin könne die Leistung entweder funktional ausschreiben und dem Bieter überlassen, wie er die geforderte Qualität erreichen wird, oder konstruktiv beschreiben und Merkmale festsetzen, die ihrer Meinung nach die von ihr angestrebten Ziele bestmöglich beschreiben und erreichen. Dabei trage die Auftraggeberin das Risiko, dass eine Vorgabe zwar formal erfüllt, das Ziel aber dennoch nicht 100%ig erreicht werde. Dieses Risiko könne bei vielen Indikatoren eintreten, mache aber eine Anforderung an den Leistungsgegenstand deswegen nicht rechtswidrig. So könnten zB Emissionsgrenzen aus Umweltschutzgründen vorgegeben werden. Ein angebotenes Produkt könne die vorgegebenen Werte einhalten und dennoch eine Energiebilanz aufweisen, die dem Umweltschutz abträglich ist und die Ziele der Auftraggeberin unterlaufe. Dennoch nennen Paragraphen 80 und 237 BVergG 2006 explizit Emissionswerte als zulässige technische Spezifikationen.

Zur Festlegung in der Ausschreibung betreffend Losentscheid bei Gleichpreisigkeit werde auf vergaberechtliche Literatur zu diesem Thema verwiesen und ausgeführt, dass die Auftraggeberin es für unbillig und wirtschaftlich unvertretbar halte, wenn ein gesamtes Vergabeverfahren bei Gleichpreisigkeit mangels entsprechender Regelung widerrufen und neu durchgeführt werden müsste. Der Losentscheid sei definitiv kein auf das Angebot bezogenes Zuschlagskriterium iSd gesetzlichen Definition und stehe daher auch dem Billigstbieterprinzip nicht entgegen.

Am 23.9.2014 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, in welcher die Antragstellerin zur Altersvorgabe in der Ausschreibung ergänzend ausführte, dass die technischen Vorgaben und Anforderungen bezüglich der Abgasnormen mit dem Kriterium des Baujahres nicht erreicht werden könnten, und legte dazu einen Ausdruck aus Wikipedia zur Abgasnorm vor, aus welcher ersichtlich sei, dass das Jahr 2012 kein relevanter Stichpunkt sei. Darüber hinaus werde von der Antragsgegnerin nicht spezifiziert, auf welchen Motortyp sich diese Abgasnorm beziehe. Weiters sei diese Vorgabe auch unterschiedlich zu werten, da in einem Verfahren die

Vertragslaufzeit nur bis Ende 2015 vorgesehen sei. Entscheidend für die Antragstellerin sei, dass die Vorgabe der Antragsgegnerin rechtskonform zu sein habe und könne die Antragstellerin Fahrzeuge „nicht älter als Baujahr 2012“ anbieten. Antragsgegnervertreter verwies auf seine Schriftsätze und brachte vor, dass bezüglich eines bestimmten Motortyps keine Festlegung getroffen worden sei und die Antragstellerin nicht beschwert sein könne, wenn sie – wie angegeben – die Fahrzeuge mit dieser Anforderung anbieten könnte. Zur Einordnung der Altersvorgabe als Eignungskriterium wurde durch den Antragsgegnervertreter erläutert, dass die vom Bieter verlangte „schriftliche Erklärung“ von diesem selbst auszustellen sei, eine Eigenerklärung im Sinn des § 231 Abs. 2 BVergG 2006 darstelle und auf Verlangen Nachweise vom Bieter verlangt würden, wie zB Zulassungsschein, Kauf- oder Leasingvertrag, Vorvertrag. Solche Nachweismöglichkeiten seien auftraggeberseitig bereits bei früheren Ausschreibungen mehrfach diskutiert worden. Antragstellervertreter führte hiezu aus, dass diese Anforderung kein Eignungskriterium sein könne, da es auftragsbezogen sei und hinsichtlich des Zeitpunktes des Vorliegens der Eignung die Angebotsfrist zu kurz bemessen sei, um eventuelle Umbauten oder Neuanschaffungen zu ermöglichen. Die Antragstellerin sei derzeit im Betrieb der Anruf-Sammel-Taxis der Antragsgegnerin eingesetzt. Am 23.9.2014 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, in welcher die Antragstellerin zur Altersvorgabe in der Ausschreibung ergänzend ausführte, dass die technischen Vorgaben und Anforderungen bezüglich der Abgasnormen mit dem Kriterium des Baujahres nicht erreicht werden könnten, und legte dazu einen Ausdruck aus Wikipedia zur Abgasnorm vor, aus welcher ersichtlich sei, dass das Jahr 2012 kein relevanter Stichpunkt sei. Darüber hinaus werde von der Antragsgegnerin nicht spezifiziert, auf welchen Motortyp sich diese Abgasnorm beziehe. Weiters sei diese Vorgabe auch unterschiedlich zu werten, da in einem Verfahren die Vertragslaufzeit nur bis Ende 2015 vorgesehen sei. Entscheidend für die Antragstellerin sei, dass die Vorgabe der Antragsgegnerin rechtskonform zu sein habe und könne die Antragstellerin Fahrzeuge „nicht älter als Baujahr 2012“ anbieten. Antragsgegnervertreter verwies auf seine Schriftsätze und brachte vor, dass bezüglich eines bestimmten Motortyps keine Festlegung getroffen worden sei und die Antragstellerin nicht beschwert sein könne, wenn sie – wie angegeben – die Fahrzeuge mit dieser Anforderung anbieten könnte. Zur Einordnung der Altersvorgabe als Eignungskriterium wurde durch den Antragsgegnervertreter erläutert, dass die vom Bieter verlangte „schriftliche Erklärung“ von diesem selbst auszustellen sei, eine Eigenerklärung im Sinn des Paragraph 231, Absatz 2, BVergG 2006 darstelle und auf Verlangen Nachweise vom Bieter verlangt würden, wie zB Zulassungsschein, Kauf- oder Leasingvertrag, Vorvertrag. Solche Nachweismöglichkeiten seien auftraggeberseitig bereits bei früheren Ausschreibungen mehrfach diskutiert worden. Antragstellervertreter führte hiezu aus, dass diese Anforderung kein Eignungskriterium sein könne, da es auftragsbezogen sei und hinsichtlich des Zeitpunktes des Vorliegens der Eignung die Angebotsfrist zu kurz bemessen sei, um eventuelle Umbauten oder Neuanschaffungen zu ermöglichen. Die Antragstellerin sei derzeit im Betrieb der Anruf-Sammel-Taxis der Antragsgegnerin eingesetzt.

Zur Anfechtung der Losentscheidung bei Gleichpreisigkeit gab Antragsgegnervertreter an, das Billigstbieterprinzip gewählt zu haben, weil die Leistung ausreichend beschrieben sei und keine weiteren Qualitätsmerkmale erforderlich waren. Im gegenständlichen Fall bleibe bei Gleichpreisigkeit nur der Widerruf und eine Neuausschreibung. Fälle von Gleichpreisigkeit seien bei der Antragsgegnerin bis dato nicht vorgekommen. Auch der Antragstellervertreter hält den Eintritt einer Gleichpreisigkeit im gegenständlichen Verfahren für unwahrscheinlich. Zur Abwicklung der Losentscheidung führt der Antragsgegnervertreter aus, dass in Anwesenheit der betroffenen Bieter ein Bieter gezogen werden würde.

Betreffend den dritten Punkt der Anfechtung verwiesen die Parteienvertreter auf ihre Schriftsätze und führte Antragsgegnervertreter lediglich auf Frage aus dem Senat aus, dass die Aufzählung der Widerrufsgründe nicht abschließend sei.

Das Verwaltungsgericht hat erwogen:

Sachverhalt; Beweismwürdigung:

Nach Einsicht in den Vergabeakt, der im Verfahren gewechselten Schriftsätze, die der Gegenseite jeweils mit der Gelegenheit zur Äußerung zugestellt wurden, den als unbedenklich anzusehenden Urkunden und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung steht nachfolgender Sachverhalt fest:

Die Antragsgegnerin ist Sektorenauftraggeberin und führt ein Vergabeverfahren nach den vergaberechtlichen Bestimmungen für Sektorenauftraggeber zum Betrieb von Anrufsammeltaxis in Wien, gegenständlich „Betrieb der A.

...“, als offenes Verfahren und Dienstleistungsauftrag im Unterschwellenbereich. Der Zuschlag soll dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden (Billigstbieterprinzip). Die Ausführung dieser Dienstleistung soll mittels Kleinbussen mit acht Sitzplätzen (exklusive Fahrerplatz) erfolgen. Die Fahrzeuge müssen behindertengerecht sein. Wesentlich für die Auftraggeberin bei Leistungserbringung sind ein angenehmes und qualitativ angemessenes Erscheinungsbild, da die A., wie auch die Linienbusse, ein bestimmtes Licht auf die Antragsgegnerin werfen, sowie die Fahrgastzufriedenheit. Ebenso ist der Antragsgegnerin die Erreichung und Einhaltung geltender Abgasnormen wichtig.

Die Antragsgegnerin hat in die Ausschreibung unter Punkt 1.2.3 der WSTW 9310 Teil 1 (Seite 5) folgende Festlegung aufgenommen:

„1.2.3 technische Leistungsfähigkeit

Keine besonderen Anforderungen, sofern in der öffentlichen Bekanntmachung oder in der Ausschreibung keine anders lautenden Festlegungen getroffen sind

Als anders lautende Festlegung wird getroffen:

Der Bieter hat folgende Nachweise zu erbringen und nachstehende Eignungskriterien zu erfüllen:

1.) Eignungskriterium und Nachweis:

Schriftliche Erklärung, dass keines der zum Einsatz kommenden Fahrzeuge älter als Baujahr 2012 sein wird.“

Die Antragsgegnerin legte zum Beweis dafür, dass das festgelegte Qualitätskriterium in dieser konkreten Formulierung ausgestaltet wurde, weil es überprüfbar und durchsetzbar sein soll, im Nachprüfungsverfahren den mit einem vertraglich verpflichteten Betreiber einer A. Route geführten Mailverkehr vor. In diesem wird der dort genannte Betreiber zur Einhaltung des festgelegten Qualitätsstandards aufgefordert. Der Senat sah darin die zum Ausdruck gebrachte Intention der Antragsgegnerin, mit dieser Anforderung ein im Erfüllungsstadium des Auftrages durchsetzbares Kriterium schaffen zu wollen.

Den in der mündlichen Verhandlung seitens des Antragstellervertreeters gemachten Ausführungen, dass das Nichterfüllen eines Eignungskriteriums den Bieter bereits an der erfolgreichen Teilnahme am Vergabeverfahren hindere, während eine Leistungsanforderung (erst) ein Thema der Vertragsabwicklung ist, war daher zu folgen, da aufgrund der in den Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung getätigten Angaben der Antragsgegnerin an der Intention der Antragsgegnerin, mit der gewählten Formulierung eine Bestimmung für die (spätere) Auftrags Erfüllung festlegen zu wollen, kein Zweifel übrig blieb.

Die Parteien des Nachprüfungsverfahrens stimmten in der mündlichen Verhandlung überein, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren der Fall der Gleichpreisigkeit unwahrscheinlich ist. Und obgleich es nach Kenntnisstand der Antragsgegnerin bisher keine Fälle von Gleichpreisigkeit und Billigstbieterprinzip bei der Antragsgegnerin gegeben hat, hat die Antragsgegnerin für den Fall, dass Angebote mit ident niedrigstem Gesamtpreis einlangen, folgende Regelung in ihrer Ausschreibung unter Punkt 1.9.4 der WSTW 9310 Teil 2 (Seite 6) vorgesehen:

„1.9 Prüfung der Angebote

(...)

1.9.4 Für den Fall, dass kein Angebot mit dem niedrigsten Preis ermittelt werden kann, weil Angebote mit ident niedrigstem Gesamtpreis einlangen, entscheidet das Los. Die Auslosung findet unter Teilnahme der betroffenen Bieter statt.“

In der mündlichen Verhandlung konkretisierte die Auftraggeberin zu diesem Punkt, dass der Zuschlag dann auf das mittels Los gezogene Angebot lauten soll.

Punkt 3 der WSTW 9310 Teil 2 (Seite 7) der Ausschreibung lautet:

„Die Ausschreibung kann widerrufen werden, wenn dafür sachliche Gründe sprechen. Sachliche Gründe, die einen Widerruf rechtfertigen, sind jedenfalls eine wesentliche Änderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen (z.B. eine massive Einschränkung der aus derzeitiger Sicht vorliegenden Mittel), Versagung bzw. verspätete Erlangung der für die ausgeschriebenen Arbeiten erforderlichen behördlichen Genehmigung(en), nachträgliche Unmöglichkeit der Umsetzung der ausgeschriebenen Leistung (z.B. Nichtvorliegen der erforderlichen sachenrechtlichen bzw. schuldrechtlichen Rechte der L.); zu teure Angebote (das billigste Angebot übersteigt die interne Kostenschätzung

erheblich) und eine berechtigte Beschwerde eines Bieters, die eine Neuausschreibung erforderlich macht. Ansprüche der Bieter (Bietergemeinschaften) auf Kosten-/Schadenersatz im Zusammenhang mit dem Widerruf des vorliegenden Vergabeverfahrens sind ausgeschlossen.“

Die Widerrufsgründe sind unstrittig nicht abschließend aufgezählt. Aus Sicht der Antragsgegnerin waren diese zunächst zwar sachlich gerechtfertigt, doch trat die Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 19.9.2014 und in der mündlichen Verhandlung der Anfechtung diesem Punkt im Nichtigkeitsantrag der Antragstellerin nicht mehr entgegen, womit für den Senat die Rechtswidrigkeit als gegeben angesehen wurde und sich ein weiteres Eingehen auf diesen Anfechtungspunkt hinsichtlich des Vorbringens in den Schriftsätzen erübrigt.

Gegen diese Bestimmungen der Ausschreibung richtete die Antragstellerin rechtzeitig ihren Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Nichtigkeitsklärung der Ausschreibung, in eventu im Antrag genannter Festlegungen in der Ausschreibung sowie Pauschalgebührenersatz. Die beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Beschluss vom 8.8.2014 erlassen.

Rechtliche Würdigung:

§ 2 Z 20 BVergG 2006 lautet auszugsweise: Paragraph 2, Ziffer 20, BVergG 2006 lautet auszugsweise:

Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

20.

Kriterien:

c)

Eignungskriterien sind die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, auf den Leistungsinhalt abgestimmten Mindestanforderungen an den Bewerber oder Bieter, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind.

d)

Zuschlagskriterien bzw. Zuschlagskriterium

aa) sind bei der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes die vom Auftraggeber im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien, nach welchen das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird, wie zB Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- bzw. Ausführungsfrist, oder

bb) ist bei der Wahl des Angebotes mit dem niedrigsten Preis der Preis.

§ 187 BVergG 2006 lautet auszugsweise: Paragraph 187, BVergG 2006 lautet auszugsweise:

(1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

(...)

(5) Im Vergabeverfahren ist nach Möglichkeit auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen. Dies kann insbesondere durch die Berücksichtigung ökologischer Aspekte bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen oder durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien mit ökologischem Bezug erfolgen.

(...)

§ 228 BVergG 2006 lautet auszugsweise: Paragraph 228, BVergG 2006 lautet auszugsweise:

(1) Sektorenauftraggeber haben für die Durchführung eines Vergabeverfahrens objektive Eignungskriterien festzulegen, die allen interessierten Unternehmen zugänglich sein müssen.

(2) Unternehmer, die die gemäß Abs. 1 festgelegten Eignungskriterien nicht erfüllen, sind vom Vergabeverfahren auszuschließen.(2) Unternehmer, die die gemäß Absatz eins, festgelegten Eignungskriterien nicht erfüllen, sind vom Vergabeverfahren auszuschließen.

§ 230 BVergG 2006 lautet auszugsweise:Paragraph 230, BVergG 2006 lautet auszugsweise:

Unbeschadet der Regelung des § 188 Abs. 1 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestensUnbeschadet der Regelung des Paragraph 188, Absatz eins, muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens

1.

beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung,
vorliegen.

§ 231 BVergG 2006 lautet auszugsweise:Paragraph 231, BVergG 2006 lautet auszugsweise:

(1) Der Sektorenauftraggeber hat festzulegen, mit welchen Nachweisen Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre

1.

berufliche Befugnis,

2.

berufliche Zuverlässigkeit,

3.

finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie

4.

technische Leistungsfähigkeit

zu belegen haben. Nachweise dürfen nur so weit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Dabei hat der Sektorenauftraggeber die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen.

(2) Bewerber oder Bieter können ihre Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch die Vorlage einer Erklärung belegen, dass sie die vom Sektorenauftraggeber verlangten Eignungskriterien erfüllen und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen können (Eigenerklärung). In einer solchen Erklärung sind die Befugnisse anzugeben, über die der Unternehmer konkret verfügt.

(...)

(4) Nach Maßgabe des Abs. 3 kann der Sektorenauftraggeber den Unternehmer auffordern, erforderliche Nachweise binnen einer angemessenen Frist vorzulegen bzw. vorgelegte Bescheinigungen binnen einer angemessenen Frist zu vervollständigen oder zu erläutern. Nachweise können auch in Kopie oder elektronisch vorgelegt werden.(4) Nach Maßgabe des Absatz 3, kann der Sektorenauftraggeber den Unternehmer auffordern, erforderliche Nachweise binnen einer angemessenen Frist vorzulegen bzw. vorgelegte Bescheinigungen binnen einer angemessenen Frist zu vervollständigen oder zu erläutern. Nachweise können auch in Kopie oder elektronisch vorgelegt werden.

(...)

§ 245 BVergG 2006 lautet auszugsweise:Paragraph 245, BVergG 2006 lautet auszugsweise:

(1) Die Beschreibung der Leistung kann wahlweise konstruktiv oder funktional erfolgen.

(...)

§ 246 BVergG 2006 lautet auszugsweise:Paragraph 246, BVergG 2006 lautet auszugsweise:

(1) Die Leistungen sind bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist. Eine konstruktive Leistungsbeschreibung hat technische Spezifikationen zu enthalten und ist erforderlichenfalls durch Pläne, Zeichnungen, Modelle, Proben, Muster und dergleichen zu ergänzen.

(2) Bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung haben die technischen Spezifikationen gemäß § 247 das Leistungsziel so hinreichend genau und neutral zu beschreiben, dass alle für die Erstellung des Angebotes maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennbar sind. Aus der Beschreibung der Leistung müssen sowohl der Zweck der fertigen Leistung als auch die an die Leistung gestellten Anforderungen in technischer, wirtschaftlicher, gestalterischer und funktionsbedingter Hinsicht soweit erkennbar sein, dass die Vergleichbarkeit der Angebote im Hinblick auf die vom Sektorenauftraggeber vorgegebenen Leistungs- oder Funktionsanforderungen gewährleistet ist. Leistungs- und Funktionsanforderungen müssen so ausreichend präzisiert werden, dass sie den Bewerbern und Bieter eine klare Vorstellung über den Auftragsgegenstand vermitteln und dem Sektorenauftraggeber die Vergabe des Auftrages ermöglichen. Eine funktionale Leistungsbeschreibung hat technische Spezifikationen zu enthalten sowie Pläne, Zeichnungen, Modelle, Proben, Muster und dergleichen, soweit diese beim Sektorenauftraggeber vorhanden sind.(2) Bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung haben die technischen Spezifikationen gemäß Paragraph 247, das Leistungsziel so hinreichend genau und neutral zu beschreiben, dass alle für die Erstellung des Angebotes maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennbar sind. Aus der Beschreibung der Leistung müssen sowohl der Zweck der fertigen Leistung als auch die an die Leistung gestellten Anforderungen in technischer, wirtschaftlicher, gestalterischer und funktionsbedingter Hinsicht soweit erkennbar sein, dass die Vergleichbarkeit der Angebote im Hinblick auf die vom Sektorenauftraggeber vorgegebenen Leistungs- oder Funktionsanforderungen gewährleistet ist. Leistungs- und Funktionsanforderungen müssen so ausreichend präzisiert werden, dass sie den Bewerbern und Bieter eine klare Vorstellung über den Auftragsgegenstand vermitteln und dem Sektorenauftraggeber die Vergabe des Auftrages ermöglichen. Eine funktionale Leistungsbeschreibung hat technische Spezifikationen zu enthalten sowie Pläne, Zeichnungen, Modelle, Proben, Muster und dergleichen, soweit diese beim Sektorenauftraggeber vorhanden sind.

(3) Die Leistung und die Aufgabenstellung darf nicht so umschrieben werden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen.

(4) In der Beschreibung der Leistung sind gegebenenfalls auch die Spezifikationen für die Lieferung von umweltgerechten Produkten oder für die Erbringung von Leistungen im Rahmen umweltgerechter Verfahren, soweit dies nach dem jeweiligen Stand der Technik und dem jeweils aktuellen Marktangebot möglich ist, anzugeben. Leistungs- und Funktionsanforderungen haben, soweit dies auf Grund der Aufgabenstellung möglich ist, Anforderungen an die Umweltgerechtigkeit der Leistung zu beinhalten.

(...)

(6) In der Beschreibung der Leistung und der Aufgabenstellung sind alle Umstände anzuführen (zB örtliche oder zeitliche Umstände oder besondere Anforderungen hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserbringung), die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebotes von Bedeutung sind. Dies gilt ebenso für besondere Erschwernisse oder Erleichterungen.

§ 248 BVergG 2006 lautet auszugsweise: Paragraph 248, BVergG 2006 lautet auszugsweise:

(1) Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich gelten für die Ausschreibung ausschließlich die Bestimmungen der Abs. 2 bis 11 sowie die Vorschriften, auf die in Abs. 2 bis 11 verwiesen wird.(1) Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich gelten für die Ausschreibung ausschließlich die Bestimmungen der Absatz 2 bis 11 sowie die Vorschriften, auf die in Absatz 2 bis 11 verwiesen wird.

(2) Die Leistungen müssen, sofern nicht ein Vergabeverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb zur Anwendung kommt, so rechtzeitig bekannt gemacht werden, dass die Vergabe nach den Verfahren dieses Bundesgesetzes ermöglicht wird.

(3) Die Ausschreibungsunterlagen haben technische Spezifikationen zu enthalten. In den Ausschreibungsunterlagen sollen, wenn möglich, technische Spezifikationen so festgelegt werden, dass den Zugangskriterien für Menschen mit Behinderung oder der Konzeption für alle Benutzer Rechnung getragen wird.

(4) Die Ausschreibungsunterlagen sind so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und – sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung erfolgt - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können.

(5) In den Ausschreibungsunterlagen oder im Aufruf zum Wettbewerb ist der Sektorenauftraggeber oder der Sektorenauftraggeber und die vergebende Stelle genau zu bezeichnen sowie anzugeben, dass die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für den Unterschwellenbereich und der dazu ergangenen Verordnungen erfolgt und welche Vergabekontrollbehörde für die Kontrolle dieses Vergabeverfahrens zuständig ist.

(6) In die Ausschreibungsunterlagen sind die als erforderlich erachteten oder die auf Aufforderung durch den Sektorenauftraggeber nachzureichenden Nachweise gemäß § 231 aufzunehmen, soweit sie nicht bereits im Aufruf zum Wettbewerb angeführt waren.(6) In die Ausschreibungsunterlagen sind die als erforderlich erachteten oder die auf Aufforderung durch den Sektorenauftraggeber nachzureichenden Nachweise gemäß Paragraph 231, aufzunehmen, soweit sie nicht bereits im Aufruf zum Wettbewerb angeführt waren.

(7) Soll der Auftrag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden, so hat der Sektorenauftraggeber im Aufruf zum Wettbewerb, in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder zur Verhandlung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. Diese Angabe kann auch im Wege der Festlegung einer Marge, deren größte Bandbreite angemessen sein muss, erfolgen. Ist die Festlegung der Zuschlagskriterien im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung aus nachvollziehbaren Gründen nach Ansicht des Sektorenauftraggebers nicht möglich, so hat der Sektorenauftraggeber im Aufruf zum Wettbewerb, in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder zur Verhandlung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. Sofern keine Festlegung betreffend das Zuschlagsprinzip erfolgt, ist der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen.

(...)

(10) Für die Leistungsbeschreibung von Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich gelten die §§ 245 bis 247(10) Für die Leistungsbeschreibung von Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich gelten die Paragraphen 245 bis 247,

(11) Der Sektorenauftraggeber kann in den Ausschreibungsbestimmungen weitere, im Einklang mit den Grundsätzen des § 187 stehende Festlegungen treffen.(11) Der Sektorenauftraggeber kann in den Ausschreibungsbestimmungen weitere, im Einklang mit den Grundsätzen des Paragraph 187, stehende Festlegungen treffen.

(...)

§ 337 BVergG 2006 lautet:Paragraph 337, BVergG 2006 lautet:

(1) Bei hinreichend qualifiziertem Verstoß gegen dieses Bundesgesetz oder die auf Grund dieses Bundesgesetzes ergangenen Verordnungen durch Organe des Auftraggebers oder einer vergebenden Stelle hat ein übergangener Bewerber oder Bieter gegen den Auftraggeber, dem das Verhalten der Organe zuzurechnen ist, Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren.

(2) Kein Anspruch nach Abs. 1 besteht, wenn nach Zuschlagserteilung oder nach Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens durch die jeweils zuständige Vergabekontrollbehörde festgestellt worden ist, dass der übergangene Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte oder wenn der Geschädigte den Schaden durch Beantragung einer einstweiligen Verfügung sowie durch Stellen eines Nachprüfungsantrages hätte abwenden können.(2) Kein Anspruch nach Absatz eins, besteht, wenn nach Zuschlagserteilung oder nach Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens durch die jeweils zuständige Vergabekontrollbehörde festgestellt worden ist, dass der übergangene Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte oder wenn der Geschädigte den Schaden durch Beantragung einer einstweiligen Verfügung sowie durch Stellen eines Nachprüfungsantrages hätte abwenden können.

(3) Alternativ zu dem in Abs. 1 genannten Anspruch hat der übergangene Bieter, auf dessen Angebot der Zuschlag hätte erteilt werden müssen, bei hinreichend qualifiziertem Verstoß gegen dieses Bundesgesetz oder die auf Grund

dieses Bundesgesetzes ergangenen Verordnungen durch Organe des Auftraggebers oder einer vergebenden Stelle gegen den Auftraggeber, dem das Verhalten der Organe zuzurechnen ist, Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses.(3) Alternativ zu dem in Absatz eins, genannten Anspruch hat der übergangene Bieter, auf dessen Angebot der Zuschlag hätte erteilt werden müssen, bei hinreichend qualifiziertem Verstoß gegen dieses Bundesgesetz oder die auf Grund dieses Bundesgesetzes ergangenen Verordnungen durch Organe des Auftraggebers oder einer vergebenden Stelle gegen den Auftraggeber, dem das Verhalten der Organe zuzurechnen ist, Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses.

(4) Kein Anspruch nach Abs. 3 besteht, wenn nach Zuschlagserteilung oder nach Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens durch die jeweils zuständige Vergabekontrollbehörde festgestellt worden ist, dass der übergangene Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte oder wenn der Geschädigte den Schaden durch Beantragung einer einstweiligen Verfügung sowie durch Stellen eines Nachprüfungsantrages hätte abwenden können.(4) Kein Anspruch nach Absatz 3, besteht, wenn nach Zuschlagserteilung oder nach Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens durch die jeweils zuständige Vergabekontrollbehörde festgestellt worden ist, dass der übergangene Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte oder wenn der Geschädigte den Schaden durch Beantragung einer einstweiligen Verfügung sowie durch Stellen eines Nachprüfungsantrages hätte abwenden können.

§ 341 BVergG 2006 lautet auszugsweise: Paragraph 341, BVergG 2006 lautet auszugsweise:

(1) Zur Entscheidung über Ansprüche gemäß den §§ 337 bis 339 ist ohne Rücksicht auf den Streitwert in erster Instanz der mit der Ausübung der allgemeinen Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen betraute Gerichtshof ausschließlich zuständig, in dessen Sprengel der Auftraggeber seinen Sitz hat. Fehlt im Inland ein solcher Gerichtsstand, so ist das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien zuständig.(1) Zur Entscheidung über Ansprüche gemäß den Paragraphen 337 bis 339 ist ohne Rücksicht auf den Streitwert in erster Instanz der mit der Ausübung der allgemeinen Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen betraute Gerichtshof ausschließlich zuständig, in dessen Sprengel der Auftraggeber seinen Sitz hat. Fehlt im Inland ein solcher Gerichtsstand, so ist das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien zuständig.

(2) Eine Schadenersatzklage ist nur zulässig, wenn zuvor eine Feststellung der jeweils zuständigen Vergabekontrollbehörde erfolgt ist, dass

5.

die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, (...)

Dies gilt auch für die in § 337 Abs. 3 genannten Ansprüche sowie für Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb. Unbeschadet des Abs. 4 sind das ordentliche Gericht und die Parteien des Verfahrens vor einer Vergabekontrollbehörde an eine solche Feststellung gebunden.Dies gilt auch für die in Paragraph 337, Absatz 3, genannten Ansprüche sowie für Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb. Unbeschadet des Absatz 4, sind das ordentliche Gericht und die Parteien des Verfahrens vor einer Vergabekontrollbehörde an eine solche Feststellung gebunden.

(3) Abweichend von Abs. 2 ist eine Schadenersatzklage zulässig, wenn die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens zulässig war, aber vom Auftraggeber durch einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen andere Bestimmungen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht verursacht wurde. Eine derartige Schadenersatzklage ist unzulässig, sofern die behauptete Verursachung der Erklärung des Widerrufs in einem Verstoß besteht, der im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß den §§ 320 ff geltend gemacht hätte werden können.(3) Abweichend von Absatz 2, ist eine Schadenersatzklage zulässig, wenn die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens zulässig war, aber vom Auftraggeber durch einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen andere Bestimmungen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht verursacht wurde. Eine derartige

Schadenersatzklage ist unzulässig, sofern die behauptete Verursachung der Erklärung des Widerrufs in einem Verstoß besteht, der im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß den Paragraphen 320, ff geltend gemacht hätte werden können.

Rechtliche Würdigung:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine Sektorenauftraggeberin gemäß § 165 BVergG 2006, die ein Vergabeverfahren im offenen Verfahren als Dienstleistungsauftrag im Unterschwellenbereich führt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis lauten. Der rechtzeitig eingebrachte (§ 24 Abs. 4 WVRG 2014) Nichtigkeitsantrag richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Abs. 1 Z 16 lit a sublit aa BVergG 2006 und weist auch sonst die nach § 23 Abs. 1 WVRG 2014 erforderlichen Inhalte auf. Die Pauschalgebühren wurden entrichtet. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine Sektorenauftraggeberin gemäß Paragraph 165, BVergG 2006, die ein Vergabeverfahren im offenen Verfahren als Dienstleistungsauftrag im Unterschwellenbereich führt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis lauten. Der rechtzeitig eingebrachte (Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2014) Nichtigkeitsantrag richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006 und weist auch sonst die nach Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2014 erforderlichen Inhalte auf. Die Pauschalgebühren wurden entrichtet.

I. Zur Festlegung in der Ausschreibung in Punkt 1.2.3 der WSTW 9310 Teil 1 mit dem Wortlaut: „Eignungskriterium und Nachweis

„Eignungskriterium und Nachweis

Schriftliche Erklärung, dass keines der zum Einsatz kommenden Kraftfahrzeuge älter als Baujahr 2012 sein wird.“

Die Antragstellerin meint zunächst in ihrem Nichtigkeitsantrag, dass diese Altersvorgabe entgegen § 231 BVergG 2006 sei, da Eignungsnachweise nur soweit festgelegt werden dürften, als es durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sei, sowie diese den Grundsätzen des § 187 BVergG 2006 entsprechen müssten. Zudem handle es sich bei der Altersvorgabe um kein Eignungskriterium, sondern um eine Leistungsbeschreibung und werde aus dem allgemeinen Erfordernis einer neutralen Leistungsbeschreibung (§ 246 Abs. 1) die für Auftraggeber einschränkende Vorgabe abgeleitet, bei Verwendung technischer Spezifikationen, den Wettbewerb nur so weit einzuschränken, als dies aus dem Auftragsgegenstand heraus gerechtfertigt sei. Die Altersvorgabe widerspreche jedoch diesen Grundsätzen, sei überschießend und nicht geeignet, die von der Auftraggeberin erläuterten Ziele zu erreichen. Die Antragstellerin meint zunächst in ihrem Nichtigkeitsantrag, dass diese Altersvorgabe entgegen Paragraph 231, BVergG 2006 sei, da Eignungsnachweise nur soweit festgelegt werden dürften, als es durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sei, sowie diese den Grundsätzen des Paragraph 187, BVergG 2006 entsprechen müssten. Zudem handle es sich bei der Altersvorgabe um kein Eignungskriterium, sondern um eine Leistungsbeschreibung und werde aus dem allgemeinen Erfordernis einer neutralen Leistungsbeschreibung (Paragraph 246, Absatz eins,) die für Auftraggeber einschränkende Vorgabe abgeleitet, bei Verwendung technischer Spezifikationen, den Wettbewerb nur so weit einzuschränken, als dies aus dem Auftragsgegenstand heraus gerechtfertigt sei. Die Altersvorgabe widerspreche jedoch diesen Grundsätzen, sei überschießend und nicht geeignet, die von der Auftraggeberin erläuterten Ziele zu erreichen.

Zur Altersvorgabe nicht älter als Baujahr 2012:

Aus Sicht des Senates ist mit der konkret zu beurteilenden Festlegung, „Schriftliche Erklärung, dass keines der zum Einsatz kommenden Kraftfahrzeuge älter als Baujahr 2012 sein wird“, eine Mindestanforderung im Leistungsgegenstand geschaffen. Diese steht im Einklang mit den vergaberechtlichen Grundsätzen. Gemäß § 246 Abs. 4 BVergG 2006 haben Leistungs- und Funktionsanforderungen, soweit dies auf Grund der Aufgabenstellung möglich ist, Anforderungen an die Umweltgerechtigkeit der Leistung zu beinhalten. § 187 Abs. 5 BVergG 2006 normiert, dass im Vergabeverfahren nach Möglichkeit auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen ist. Die Antragsgegnerin argumentierte im Nachprüfungsverfahren zusammengefasst, dass sie bestrebt sei, Abgasnormen einzuhalten bzw. zu erreichen und ihrer Vorreiterrolle im Umweltbereich gerecht zu werden. Dem Einwand der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, dass mit der Vorgabe „nicht älter als Baujahr 2012“ diese technischen Ziele nicht erreicht werden könnten, wozu ein Auszug aus Wikipedia vom 23.9.2014 zur Abgasnorm und Euroklassen vorgelegt wurde, konnte nicht gefolgt werden. Der Auszug gibt in Tabellen wieder, ab wann welche Euro Normen gelten, zB „Emissionsgrenzwerte für PKW mit Ottomotor“ „Norm Euro 5“: Typprüfung: ab 1.9.2009 und Erstzulassung:

ab 1.1.2011 oder „Norm Euro 6“: Typprüfung: ab 1.9.2014 und Erstzulassung: ab 1.9.2015. Die Ausschreibung verlangt weder einen bestimmten Motortyp noch eine bestimmte Abgasnorm, sondern stellt auf ein bestimmtes Baujahr ab. Der Senat ging daher davon aus, dass mit der Anforderung, kein Fahrzeug älter als Baujahr 2012 einzusetzen, ein technischer Standard festgeschrieben werden sollte, den die Auftraggeberin bei Durchführung des Auftrages verlangt und mit welchem bestimmte technische Werte als Stand der Technik zu einem bestimmten Zeitpunkt, gegenständlich das Baujahr, einhergehen. Aus Sicht des Senates ist mit der konkret zu beurteilenden Festlegung, „Schriftliche Erklärung, dass keines der zum Einsatz kommenden Kraftfahrzeuge älter als Baujahr 2012 sein wird“, eine Mindestanforderung im Leistungsgegenstand geschaffen. Diese steht im Einklang mit den vergaberechtlichen Grundsätzen. Gemäß Paragraph 246, Absatz 4, BVergG 2006 haben Leistungs- und Funktionsanforderungen, soweit dies auf Grund der Aufgabenstellung möglich ist, Anforderungen an die Umweltgerechtigkeit der Leistung zu beinhalten. Paragraph 187, Absatz 5, BVergG 2006 normiert, dass im Vergabeverfahren nach Möglichkeit auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen ist. Die Antragsgegnerin argumentierte im Nachprüfungsverfahren zusammengefasst, dass sie bestrebt sei, Abgasnormen einzuhalten bzw. zu erreichen und ihrer Vorreiterrolle im Umweltbereich gerecht zu werden. Dem Einwand der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, dass mit der Vorgabe „nicht älter als Baujahr 2012“ diese technischen Ziele nicht erreicht werden könnten, wozu ein Auszug aus Wikipedia vom 23.9.2014 zur Abgasnorm und Euroklassen vorgelegt wurde, konnte nicht gefolgt werden. Der Auszug gibt in Tabellen wieder, ab wann welche Euro Normen gelten, zB „Emissionsgrenzwerte für PKW mit Ottomotor“ „Norm Euro 5“: Typprüfung: ab 1.9.2009 und Erstzulassung: ab 1.1.2011 oder „Norm Euro 6“: Typprüfung: ab 1.9.2014 und Erstzulassung: ab 1.9.2015. Die Ausschreibung verlangt weder einen bestimmten Motortyp noch eine bestimmte Abgasnorm, sondern stellt auf ein bestimmtes Baujahr ab. Der Senat ging daher davon aus, dass mit der Anforderung, kein Fahrzeug älter als Baujahr 2012 einzusetzen, ein technischer Standard festgeschrieben werden sollte, den die Auftraggeberin bei Durchführung des Auftrages verlangt und mit welchem bestimmte technische Werte als Stand der Technik zu einem bestimmten Zeitpunkt, gegenständlich das Baujahr, einhergehen.

Die im Nichtigerklärungsantrag vorgebrachte Ungleichbehandlung aller Bieter oder Wettbewerbsbeschränkung durch die Vorgabe eines bestimmten Baujahres in der Ausschreibung konnte vom Senat im Grundsatz aus folgenden Erwägungen ebenso nicht nachvollzogen werden. Der Auftraggeber ist bei Festlegung seines Leistungsgegenstandes grundsätzlich frei, soweit das Diskriminierungsverbot sowie die Grundsätze der Waren- und Dienstleistungsfreiheit beachtet werden. (Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, Rz 990) Auch ist es grundsätzlich Sache des Auftraggebers die Mindestanforderungen der Leistung, die er beschaffen will, festzulegen. (VwGH 20.12.2005, 2003/04/0149) Auch der EuGH erblickte in Rs Concordia Bus, C-513/99 vom 17.9.2002, keine Diskriminierung, wenn von der Auftraggeberin ausgeschriebene gasbetriebene Busse nur von einer sehr kleinen Zahl von Unternehmern geliefert werden konnten. Im Ergebnis lag daher in der Anforderung der Ausschreibung, dass kein Fahrzeug älter als Baujahr 2012 eingesetzt werde, unter der Voraussetzung, dass diese entweder als Eignungs- oder Leistungsanforderung ausgestaltet und diese Einordnung auch durchgehalten wird, keine vergaberechtlich bedenkliche Festlegung der Auftraggeberin. Außerdem gab die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung an, Fahrzeuge nicht älter als Baujahr 2012 anbieten zu können. Eine Wettbewerbsbeschränkung ist damit vorliegend nicht gegeben.

Zur Vermengung Eignungskriterium und Leistungsanforderung:

Der Senat sah hingegen in der konkreten Umsetzung dieser Anforderung, wonach eine „Schriftliche Erklärung, dass keines der zum Einsatz kommenden Kraftfahrzeuge älter als Baujahr 2012 sein wird“ vom Bieter verlangt wird, aus nachstehenden Erwägungen eine unzulässige Vermengung zwischen Eignungskriterium und Leistungsbeschreibung. Die Auftraggeberin gab in der mündlichen Verhandlung an, hiermit eine Eigenerklärung im Sinn des § 231 Abs. 2 BVergG 2006 festgelegt zu haben. § 231 Abs. 2 BVergG 2006 normiert, dass die Bieter durch „die Vorlage einer Erklärung belegen, dass sie die vom Sektorenauftraggeber verlangten Eignungskriterien erfüllen und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen können“. Nach § 231 Abs. 3 BVergG 2006 kann der Sektorenauftraggeber bei der Vergabe von Aufträgen die Vorlage bestimmter Nachweise von bestimmten Bewerbern oder Bietern verlangen, sofern dies nach Auffassung des Sektorenauftraggebers erforderlich ist. Gemäß § 248 Abs. 6 BVergG 2006 sind in die Ausschreibungsunterlagen die als erforderlich erachteten oder die auf Aufforderung durch den Sektorenauftraggeber nachzureichenden Nachweise gemäß § 231 aufzunehmen. Der Senat sah hingegen in der

konkreten Umsetzung dieser Anforderung, wonach eine „Schriftliche Erklärung, dass keines der zum Einsatz kommenden Kraftfahrzeuge älter als Baujahr 2012 sein wird“ vom Bieter verlangt wird, aus nachstehenden Erwägungen eine unzulässige Vermengung zwischen Eignungskriterium und Leistungsbeschreibung. Die Auftraggeberin gab in der mündlichen Verhandlung an, hiermit eine Eigenerklärung im Sinn des Paragraph 231, Absatz 2, BVergG 2006 festgelegt zu haben. Paragraph 231, Absatz 2, BVergG 2006 normiert, dass die Bieter durch „die Vorlage einer Erklärung belegen, dass sie die vom Sektorenauftraggeber verlangten Eignungskriterien erfüllen und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen können“. Nach Paragraph 231, Absatz 3, BVergG 2006 kann der Sektorenauftraggeber bei der Vergabe von Aufträgen die Vorlage bestimmter Nachweise von bestimmten Bewerbern oder Bietern verlangen, sofern dies nach Auffassung des Sektorenauftraggebers erforderlich ist. Gemäß Paragraph 248, Absatz 6, BVergG 2006 sind in die Ausschreibungsunterlagen die als erforderlich erachteten oder die auf Aufforderung durch den Sektorenauftraggeber nachzureichenden Nachweise gemäß Paragraph 231, aufzunehmen.

In der mündlichen Verhandlung nannte der Antragsgegnervertreter Nachweise, welche auf Verlangen vom Bieter als Beleg seiner Eignung vorzulegen sein würden, wie zB Zulassungsschein, Kauf- oder Leasingvertrag oder Vorvertrag. Eine solche Aufzählung erforderlicher und vorzulegender Nachweise findet sich entgegen der Bestimmung des § 248 Abs. 6 BVergG 2006 in der Ausschreibung nicht, weshalb die Festlegung dieser technischen Anforderung in der Ausschreibung als Eignungskriterium aus Sicht des Senates unvollständig und inkonsequent erscheint. In der mündlichen Verhandlung nannte der Antragsgegnervertreter Nachweise, welche auf Verlangen vom Bieter als Beleg seiner Eignung vorzulegen sein würden, wie zB Zulassungsschein, Kauf- oder Leasingvertrag oder Vorvertrag. Eine solche Aufzählung erforderlicher und vorzulegender Nachweise findet sich entgegen der Bestimmung des Paragraph 248, Absatz 6, BVergG 2006 in der Ausschreibung nicht, weshalb die Festlegung dieser technischen Anforderung in der Ausschreibung als Eignungskriterium aus Sicht des Senates unvollständig und inkonsequent erscheint.

Eignungskriterien betreffen die Prüfung bzw. die Auswahl der Bieter selbst und nicht deren Angebot (VwGH 26.6.2009, 2009/04/0024). Sie stellen ein Musskriterium im Vergabeverfahren dar, welches mit Zuschlagserteilung und Abschluss des Leistungsvertrages endet. Eignungskriterien sind nach der Legaldefinition des § 2 Z 20 lit c BVergG 2006 in Verbindung mit den Gesetzesmaterialien streng unternehmensbezogen, sie beziehen sich auf die grundsätzlichen Kenntnisse und Fähigkeiten der Bieter (sog subjektive Kriterien) und sind in die Vergangenheit gerichtet. Bei der Eignungsprüfung hat die Auftraggeberin die Leistungen und das Verhalten der Bieter bei bisherigen Auftragserfüllungen in der Vergangenheit zu prüfen (Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 1259). Die Eignung muss im offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Die Bieter können ihre Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit gemäß § 231 Abs. 2 BVergG 2006 durch Vorlage einer Erklärung belegen (Eigenerklärung). Stellt sich die Eigenerklärung im Verlauf des Vergabeverfahrens als gänzlich oder teilweise unrichtig heraus, so kann dies den Ausschluss des Unternehmens nach §§ 229 Abs. 1 Z 5 oder Z 7 BVergG 2006 nach sich ziehen. Stellt sich die Unrichtigkeit erst nach Zuschlagserteilung heraus, ist die Auftraggeberin zur Anfechtung des Vertrages grundsätzlich gemäß § 871 ABGB berechtigt. Eignungskriterien betreffen die Prüfung bzw. die Auswahl der Bieter selbst und nicht deren Angebot (VwGH 26.6.2009, 2009/04/0024). Sie stellen ein Musskriterium im Vergabeverfahren dar, welches mit Zuschlagserteilung und Abschluss des Leistungsvertrages endet. Eignungskriterien sind nach der Legaldefinition des Paragraph 2, Ziffer 20, Litera c, BVergG 2006 in Verbindung mit den Gesetzesmaterialien streng unternehmensbezogen, sie beziehen sich auf die grundsätzlichen Kenntnisse und Fähigkeiten der Bieter (sog subjektive Kriterien) und sind in die Vergangenheit gerichtet. Bei der Eignungsprüfung hat die Auftraggeberin die Leistungen und das Verhalten der Bieter bei bisherigen Auftragserfüllungen in der Vergangenheit zu prüfen (Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 1259). Die Eignung muss im offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Die Bieter können ihre Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 231, Absatz 2, BVergG 2006 durch Vorlage einer Erklärung belegen (Eigenerklärung). Stellt sich die Eigenerklärung im Verlauf des Vergabeverfahrens als gänzlich oder teilweise unrichtig heraus, so kann dies den Ausschluss des Unternehmens nach Paragraphen 229, Absatz eins, Ziffer 5, oder Ziffer 7, BVergG 2006 nach sich ziehen. Stellt sich die Unrichtigkeit erst nach Zuschlagserteilung heraus, ist die Auftraggeberin zur Anfechtung des Vertrages grundsätzlich gemäß Paragraph 871, ABGB berechtigt.

Leistungsanforderungen sind per se auftragsbezogen und haben neutral und hinreichend genau formuliert zu sein. Die Leistung kann gemäß § 245 Abs. 1 BVergG 2006 wahlweise funktional oder konstruktiv beschrieben werden.

Leistungsanforderungen sind in die Zukunft gerichtet, da sie die Erfüllung des erst zu vergebenden Auftrages determinieren. Leistungsanforderungen sind per se auftragsbezogen und haben neutral und hinreichend genau formuliert zu sein. Die Leistung kann gemäß Paragraph 245, Absatz eins, BVergG 2006 wahlweise funktional oder konstruktiv beschrieben werden. Leistungsanforderungen sind in die Zukunft gerichtet, da sie die Erfüllung des erst zu vergebenden Auftrages determinieren.

In der angefochtenen Bestimmung der Ausschreibung wird mittels einer formell als Eigenerklärung in der Ausschreibung festgelegten Anforderung zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit im Zeitpunkt der Angebotsöffnung eine schriftliche Erklärung vom Bieter (Eigenerklärung) verlangt. Diese schriftliche Erklärung ist jedoch inhaltlich als auftragsbezogene Verpflichtungserklärung für eine zum Zeitpunkt der Auftragserfüllung, somit in der Zukunft liegende Leistungsbereitschaft ausgestaltet. Die Auftraggeberin hat in den Ausschreibungsunterlagen jedoch streng zwischen unternehmensbezogenen und auftragsbezogenen Anforderungen zu unterscheiden. Da durch die formelle Einordnung als Eignungskriterium und inhaltliche Ausgestaltung als Leistungsanforderung ein Eignungskriterium und eine Leistungsanforderung vermengt wurden, war die Bestimmung als vergaberechtswidrig für nichtig zu erklären.

II. Zur Festlegung in der Ausschreibung in Punkt 1.9.4 der WSTW 9310 Teil 2 mit dem Wortlaut: „Für den Fall, dass kein Angebot mit dem niedrigsten Preis ermittelt werden kann, weil Angebote mit ident niedrigstem Gesamtpreis einlangen, entscheidet das Los. Die Auslosung findet unter Teilnahme der betroffenen Bieter statt.“

Die Sektorenauftraggeberin kann frei wählen, ob Billigst- oder Bestbieterprinzip zur Anwendung gelangen soll. An diese Festlegung ist die Auftraggeberin für die Dauer des Vergabeverfahrens gebunden. In der mündlichen Verhandlung hat der Antragsgegnervertreter für den Senat nachvollziehbar darlegen können, warum für gegenständlichen Leistungsgegenstand das Billigstbieterprinzip gewählt wurde. Gemäß § 271 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 ist unbeschadet anderer Rechtsvorschriften über die Vergütung bestimmter Dienstleistungen der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen. Unbestritten ist, dass die in den Schriftsätzen herangezogene Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 28.3.2008, 2005/04/0013) auf einen ganz konkreten Fall abstellt, welcher gegenständlich nicht vorliegt. Im gegenständlichen Fall ist ebenso unbestritten geblieben, dass der Losentscheid bei Gleichpreisigkeit bei Anwendung des Billigstbieterprinzips ein letztes Mittel darstellt, um das Vergabeverfahren nicht widerrufen und neu ausschreiben zu müssen. Die Sektorenauftraggeberin kann frei wählen, ob Billigst- oder Bestbieterprinzip zur Anwendung gelangen soll. An diese Festlegung ist die Auftraggeberin für die Dauer des Vergabeverfahrens gebunden. In der mündlichen Verhandlung hat der Antragsgegnervertreter für den Senat nachvollziehbar darlegen können, warum für gegenständlichen Leistungsgegenstand das Billigstbieterprinzip gewählt wurde. Gemäß Paragraph 271, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 ist unbeschadet anderer Rechtsvorschriften über die Vergütung bestimmter Dienstleistungen der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen. Unbestritten ist, dass die in den Schriftsätzen herangezogene Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 28.3.2008, 2005/04/0013) auf einen ganz konkreten Fall abstellt, welcher gegenständlich nicht vorliegt. Im gegenständlichen Fall ist ebenso unbestritten geblieben, dass der Losentscheid bei Gleichpreisigkeit bei Anwendung des Billigstbieterprinzips ein letztes Mittel darstellt, um das Vergabeverfahren nicht widerrufen und neu ausschreiben zu müssen.

Nicht gefolgt werden konnte der Argumentation der Antragstellerin, wonach die Losentscheidung ein Zuschlagskriterium darstelle. Gemäß § 2 Z 20 lit. d BVergG 2006 sind Zuschlagskriterien nicht diskriminierende und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien; und ist bei der Wahl des Angebotes mit dem niedrigsten Preis einziges Kriterium der Preis. Das Los bei Gleichpreisigkeit lässt keinen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand erkennen. Beim Billigstbieterprinzip ist einzig der Preis ausschlaggebend und sind keine weiteren Zuschlagskriterien zulässig. Darin erblickt der Senat auch den wesentlichen Unterschied zu der von der Antragstellerin als einschlägig erachteten Entscheidung des Vergabekontrollsenates Wien vom 4.11.2010, Zahl VKS – 10236/10, in welcher neben ein Zuschlagskriterium, nämlich das längere Zahlungsziel, als letztes Mittel die Losentscheidung getreten ist. Das dort zitierte Zuschlagskriterium des längeren Zahlungszieles wurde daher als im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehend angesehen, während im vorliegenden Fall beim Billigstbieterprinzip neben der Losentscheidung kein weiteres auftragsbezogenes Kriterium in der Ausschreibung genannt wurde. Damit schließt sich der Senat im vorliegenden Fall der in der vergaberechtlichen Literatur überwiegend zum Ausdruck gebrachten Rechtsansicht an, dass bei vergleichbaren Angeboten und Gleichpreisigkeit sowie gewähltem Billigstbieterprinzip der

Losentscheid vertretbar ist (vgl. Hackl in ZVB 2012/43; Wögerbauer in ZVB 2011/73). Nicht gefolgt werden konnte der Argumentation der Antragstellerin, wonach die Losentscheidung ein Zuschlagskriterium darstelle. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 20, Litera d, BVergG 2006 sind Zuschlagskriterien nicht diskriminierende und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien; und ist bei der Wahl des Angebotes mit dem niedrigsten Preis einziges Kriterium der Preis. Das Los bei Gleichpreisigkeit lässt keinen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand erkennen. Beim Billigstbieterprinzip ist einzig der Preis ausschlaggebend und sind keine weiteren Zuschlagskriterien zulässig. Darin erblickt der Senat auch den wesentlichen Unterschied zu der von der Antragstellerin als einschlägig erachteten Entscheidung des Vergabekontrollsenates Wien vom 4.11.2010, Zahl VKS – 10236/10, in welcher neben ein Zuschlagskriterium, nämlich das längere Zahlungsziel, als letztes Mittel die Losentscheidung getreten ist. Das dort zitierte Zuschlagskriterium des längeren Zahlungszieles wurde daher als im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehend angesehen, während im vorliegenden Fall beim Billigstbieterprinzip neben der Losentscheidung kein weiteres auftragsbezogenes Kriterium in der Ausschreibung genannt wurde. Damit schließt sich der Senat im vorliegenden Fall der in der vergaberechtlichen Literatur überwiegend zum Ausdruck gebrachten Rechtsansicht an, dass bei vergleichbaren Angeboten und Gleichpreisigkeit sowie gewähltem Billigstbieterprinzip der Losentscheid vertretbar ist (vergleiche Hackl in ZVB 2012/43; Wögerbauer in ZVB 2011/73).

Die Losentscheidung unter Teilnahme der betroffenen Bieter war als ausreichend transparent anzusehen, weil die betroffenen Bieter dem Losvorgang beiwohnen können und diesen unmittelbar beobachten können.

Die Entscheidung durch Los war entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin auch nicht als diskriminierend im Sinn einer Ungleichbehandlung der Bieter anzusehen, da dem Wesen der Losentscheidung der Zufall immanent ist.

Im Ergebnis war daher die beantragte Nichtigerklärung dieser Festlegung abzuweisen.

III. Zur Festlegung in der Ausschreibung in Punkt 3 der WSTW 9310Teil 2 mit dem Wortlaut römisch drei. Zur Festlegung in der Ausschreibung in Punkt 3 der WSTW 9310Teil 2 mit dem Wortlaut:

„Die Ausschreibung kann widerrufen werden, wenn dafür sachliche Gründe sprechen. Sachliche Gründe, die einen Widerruf rechtfertigen, sind jedenfalls eine wesentliche Änderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen (z.B. eine massive Einschränkung der aus derzeitiger Sicht vorliegenden Mittel), Versagung bzw. verspätete Erlangung der für die ausgeschriebenen Arbeiten erforderlichen behördlichen Genehmigung(en), nachträgliche Unmöglichkeit der Umsetzung der ausgeschriebenen Leistung (z.B. Nichtvorliegen der erforderlichen sachenrechtlichen bzw. schuldrechtlichen Rechte der L.); zu teure Angebote (das billigste Angebot übersteigt die interne Kostenschätzung erheblich) und eine berechtigte Beschwerde eines Bieters, die eine Neuausschreibung erforderlich macht. Ansprüche der Bieter (Bietergemeinschaften) auf Kosten-/Schadenersatz im Zusammenhang mit dem Widerruf des vorliegenden Vergabeverfahrens sind ausgeschlossen.“

Aus Sicht des Senates indizieren die angeführten Widerrufsgründe lediglich eine sachliche Rechtfertigung, welche im konkreten Anlassfall seitens der Vergabekontrollbehörde in einem Feststellungsverfahren zu prüfen wäre. Da § 337 Abs. 1 und Abs. 3 BVergG 2006 bei hinreichend qualifiziertem Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen einen Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren, alternativ den Ersatz des Erfüllungsinteresses vorsehen, steht die Festlegung des Ausschlusses von Kosten- und Schadenersatzansprüchen in der Ausschreibung der zitierten gesetzlichen Bestimmung entgegen, weshalb dem Standpunkt der Antragstellerin zu folgen und der letzte Satz dieses Punktes nichtig zu erklären war. Auf das weitere Vorbringen zu dieser Festlegung in den erstatteten Schriftsätzen war in Anbetracht des Zugestehens der Antragsgegnerin nicht weiter einzugehen. Aus Sicht des Senates indizieren die angeführten Widerrufsgründe lediglich eine sachliche Rechtfertigung, welche im konkreten Anlassfall seitens der Vergabekontrollbehörde in einem Feststellungsverfahren zu prüfen wäre. Da Paragraph 337, Absatz eins und Absatz 3, BVergG 2006 bei hinreichend qualifiziertem Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen einen Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren, alternativ den Ersatz des Erfüllungsinteresses vorsehen, steht die Festlegung des Ausschlusses von Kosten- und Schadenersatzansprüchen in der Ausschreibung der zitierten gesetzlichen Bestimmung entgegen, weshalb dem Standpunkt der Antragstellerin zu folgen und der letzte Satz dieses Punktes nichtig zu erklären war. Auf das weitere Vorbringen zu dieser Festlegung in den erstatteten Schriftsätzen war in Anbetracht des Zugestehens der Antragsgegnerin nicht weiter einzugehen.

Die seitens der Antragstellerin in ihren Schriftsätzen beantragten Beweise waren ob des in der mündlichen Verhandlung geklärten Sachverhaltes sowie der unbestrittenen Feststellungen nicht durchzuführen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 16 Abs. 1 WVRG 2014, wonach die auch nur teilweise obsiegende Antragstellerin Anspruch auf Ersatz der von ihr entrichteten Pauschalgebühren hat. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 16, Absatz eins, WVRG 2014, wonach die auch nur teilweise obsiegende Antragstellerin Anspruch auf Ersatz der von ihr entrichteten Pauschalgebühren hat.

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

Mindestanforderung im Leistungsgegenstand; Vermengung von Eignungskriterium und Leistungsanforderung; Billigstbieterprinzip; Bestbieterprinzip; Widerruf der Ausschreibung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2014:VGW.123.074.28992.2014

Zuletzt aktualisiert am

18.11.2014

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