



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38730
Telefax: (43 01) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-123/066/32462/2014-48
O. GmbH

Wien, 13.05.2015

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Mag^a Schreiner-Hasberger als Vorsitzende und die Richter Mag Fischer und Dr Schweiger über den Antrag der **O. GmbH**, vertreten durch RAe, auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung der **V. GmbH**, vertreten durch RAe, vom 15.10.2014 im Vergabeverfahren „**Buskonzept Linienverkehr S./Los 1**“ unter Beziehung der mitbeteiligten Partei **N. GmbH**, vertreten durch RA, nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 06.03.2015 erkannt:

1. Der Antrag der O. GmbH, die Zuschlagsentscheidung der V. GmbH im Vergabeverfahren „Buskonzept Linienverkehr S.“ vom 15.10.2014 zu Los 1, wonach beabsichtigt ist, in Los 1 den Zuschlag der N. GmbH, ..., zu erteilen, für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
2. Die Anträge der O. GmbH, der V. GmbH aufzutragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühren für den Antrag auf Nachprüfung in der Höhe von € 9 600,-- und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Höhe von € 6 000,-- zu ersetzen, werden abgewiesen.
3. Gegen dieses Erkenntnis ist nach § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

Rechtsgrundlagen: §§ 2 Abs 4, 7 Abs 2 Z 2, 15, 16 Abs 1, 20 Abs 1, 22 Abs 2, 23 Abs 1 und 24 Abs 1, 26 WVRG 2014; §§ 1 und 2 Abs 2 und 4 WVPVO; §§ 2 Z 16 lit a sublit aa, 19 Abs 1, 76 und 123 BVergG; §§ 32 Abs 1, 33 Abs 2 AVG; Art 133 Abs 4 B-VG; § 25a Abs 1 VwGG.

Begründung

I. Vorbemerkung

1. Die Antragsgegnerin (AG = V. Gesellschaft mbH) führte ein offenes Verfahren nach den Bestimmungen des Oberschwellenbereichs (OSB) zur Vergabe von Personenbeförderungsdienstleistungen im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Kraftfahrlinienverkehrs im M. unter der Bezeichnung „Buskonzept Linienverkehr S. Lose 1 bis 4“ durch. Los 1 betrifft den Kraftfahrlinienverkehr im Bereich A.. Das Vergabeverfahren wurde im ABI ... bekannt gemacht. Zuschlagskriterien waren (in vorgegebener Gewichtung) Preis, Abgasnormen, Busalter und Ersatzgestellung, nach denen das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt werden sollte. In diesem Verfahren teilte die AG am 15.10.2014 mit, den Zuschlag zu Los 1 der N. GmbH erteilen zu wollen.

II. Vorbringen

Antragstellerin

2. Die Antragstellerin (ASt = O. GmbH) beantragte (ON1, 17ff; ON20, 8f),
 - I.1 das Verwaltungsgericht Wien (= VwG Wien) möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Zuschlagsentscheidung der AG im Vergabeverfahren „Buskonzept Linienverkehr S.“ vom 15.10.2014 zu Los 1 für nichtig erklären;
 - I.2 das Verwaltungsgericht Wien möge der AG auftragen, der ASt die Pauschalgebühr von € 9 600,-- für diesen Antrag auf Nachprüfung zu ersetzen;

- I.3 Akteneinsicht nach Vorlage des Vergabeaktes, insbesondere in die in ON20, 8f konkret bezeichneten Aktenstücke;
- II.1 das Verwaltungsgericht Wien möge der AG bis zur rechtskräftigen Entscheidung des VwG Wien im Nachprüfungsverfahren untersagen, das gesamte Vergabeverfahren fortzusetzen;
- II.2 in eventu der AG bis zur rechtskräftigen Entscheidung des VwG Wien im Nachprüfungsverfahren die Erteilung des Zuschlags in Los 1 untersagen;
- II.3 das Verwaltungsgericht Wien möge der AG auftragen, der ASt die Pauschalgebühr von € 6 000,-- für diesen Antrag auf einstweilige Verfügung zu ersetzen.
3. Dazu brachte die ASt in ihrem Antrag vom 27.10.2014 (ON1) vor:
4. Die ASt habe ein Interesse am Vertragsabschluss, weil sie im ausgeschriebenen Leistungssektor seit Jahren tätig sei und ein Angebot gelegt habe.
5. Bei Vertragsabschluss mit einem anderen Unternehmen drohe der ASt großer finanzieller und sonstiger Schaden. Dieser bestehe im Verlust der Chance auf Abschluss des Vertrages, dem entgangenen Gewinn, den bisher angelaufenen frustrierten Kosten für Studium der Ausschreibungsunterlagen und Angebotserstellung, den durch die rechtswidrige Zuschlagserteilung verursachten Beratungskosten und dem Verlust eines Referenzprojektes.
6. Die ASt sei in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, insb in ihrem Recht auf (ON1, 6)
- (1) Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren,
 - (2) ausschreibungs- und vergaberechtskonforme Angebotsbewertung,
 - (3) vergaberechtskonforme Bestbieterermittlung und vergaberechtskonforme Zuschlagserteilung,
 - (4) Ausscheiden von Angeboten bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen und
 - (5) Transparenz der Nachprüfbarkeit der Zuschlagsentscheidung verletzt.

7. Die angefochtene Entscheidung sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, weil bei Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen dem Angebot der ASt der Zuschlag erteilt hätte werden müssen (ON1, 6).
8. Zur *Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung* brachte die ASt insb vor,
 - die Bewertung der Ersatzgestellungszeiten sei rechtswidrig (ON1, 7ff);
 - der mitbeteiligten Partei (= mbP) fehle die Eignung (ON1, 15).
9. Zur *rechtswidrigen Bewertung der Ersatzgestellungszeiten* führte die ASt insb aus:
10. Nach 3.7 der Ausschreibungsunterlage werde das Angebot im Subzuschlagskriterium Ersatzgestellung auf Grundlage der zugesicherten Ersatzgestellungszeiten bewertet. Auch in der neuen Zuschlagsentscheidung habe das Angebot der ASt nur 110 statt der möglichen (und bei vergaberechtskonformer Vorgehensweise zuzusprechenden) 150 Punkte erhalten, obwohl ausschließlich Ersatzgestellungszeiten unter 20 Minuten angeboten worden seien.
11. Die AG habe den Vorgaben, die sich aus dem Erkenntnis zum ersten Nachprüfungsverfahren ergäben (VGW-123/066/27276/2014-53), nicht Genüge getan, weil:
12. Prüfschritt 2 („Bus-Aufschlag“) und Prüfschritt 3 („Probefahrt“) seien nicht nachvollziehbar: Die AG gebe zwar bei den Linien 1.2/1.3 und 1.8 an, die Überprüfung durch die Verkehrsplaner der AG mit einem elektronischen Routenplaner und einem Zeitaufschlag von 2 Minuten hätte zum Ergebnis, dass die angegebene Fahrtzeit nicht plausibel sei. Nach dem Erkenntnis VGW-123/066/27276/2014-53 müsse die Entscheidung der AG, bei welcher Ersatzgestellungsstrecke welcher Bus-Aufschlag hinzugerechnet wird, sachgerecht und nachvollziehbar dokumentiert sein. Für die ASt sei nicht ersichtlich, warum der Zeitaufschlag gerade bei diesen beiden Linien gewählt und nach welchen Kriterien er konkret berechnet wurde. Die AG habe bei der zweiten Angebotsprüfung offenbar dieselben Aufschläge hinzugerechnet. Daher sei davon auszugehen, dass auch hier nicht nachvollziehbar sei,

- für welche Ersatzgestellungsstrecken und mit welcher Begründung die Prüfungsschritte 2 und 3 durchgeführt oder nicht durchgeführt wurden,
- welcher Bus-Aufschlag bei welcher Ersatzgestellungsstrecke zur google maps-Zeit hinzugerechnet wurde und
- wie diese Bus-Aufschläge konkret berechnet wurden.

Deshalb sei davon auszugehen, dass die AG bei der mbP zu geringe/keine Aufschläge verteilt und dadurch Probefahrten zu deren Angebot verhindert habe, die zu einer schlechteren Bewertung geführt hätten.

13. Die Prüfungsergebnisse seien unplausibel und die Prüfung der Ersatzgestellungszeiten der ASt rechtswidrig:

- Die ASt habe für die Linien 1.2 und 1.3 eine Ersatzgestellungszeit von 19 Minuten (Ersatzgestellungsroute HS L. Schmiede) zugesichert. Die AG habe aufgrund des von ihr vergebenen Bus-Aufschlags von 2 Minuten die angebotene Fahrzeit für nicht plausibel gehalten und am 04.09.2014 von einem Sachverständigen Probefahrten durchführen lassen. Dabei habe sich eine [Ersatzgestellungs]Zeit von insgesamt [20] Min 23 Sek ergeben (Fahrt 2 des Gutachtens). Im verkehrstechnischen Gutachten vom 22.09.2014 sei jedoch nicht erwähnt worden, dass der Bus 1,227 km bzw 86 sek hinter einem PKW mit Anhänger und somit lediglich mit 51,36 km/h statt der erlaubten 80 km/h fahren musste. Allein daraus ergebe sich ein Zeitverlust von 30,8 sek. Die AG habe die Verkehrsbehinderungen nicht berücksichtigt. Auf der Strecke sei – unter Einhaltung der StVO – die Ersatzgestellungszeit von unter 20 Minuten tatsächlich leicht erreichbar (./4).
- Die ASt habe für die Linie 1.8 eine Ersatzgestellungszeit [unter 20] Min (Ersatzgestellungsroute HS Od./A. H.) zugesichert. Die AG habe diese Zeit für nicht plausibel gehalten. Die Probefahrt am 04.09.2014 (Fahrt 4 des Gutachtens) habe eine [Ersatzgestellungs]Zeit von [20] Min 33 Sek ergeben. Dabei habe der Bus wegen eines Mopeds 1,208 km bzw 89 Sek nur 48,86 km/h statt der erlaubten 80 km/h fahren können. Überholen sei wegen einer Sperrlinie nicht möglich gewesen. Allein daraus ergebe sich ein Zeitverlust von 34,6 Sek. Diese Fahrt sei entgegen der Fahrtrichtung des Ersatzgestellungskonzepts

von der HS Od./A. H. zum Ersatzgestellungsstandort durchgeführt worden. Ob die teilnehmenden Mitarbeiter der ASt dieser Fahrtrichtung zustimmten, sei unerheblich, weil diese nur als Zeugen bzw Lenker fungiert hätten und daher nicht rechtsverbindliche Erklärungen für die ASt abgeben hätten können. Selbst eine rechtswirksam für die ASt abgegebene Zustimmung könnte diesen Mangel nicht heilen – hätte sich aus der Probefahrt eine [Ersatzgestellungs]Zeit unter [20] und in der Folge der Zuschlag für die ASt ergeben, hätte die mbP zu Recht die nicht vergaberechtskonforme Überprüfung moniert. Wäre die Fahrt in der richtigen Richtung durchgeführt worden, hätte sich (mangels Moped) eine [Ersatzgestellungs]Zeit unter [20] Min ergeben.

- Die Nichtberücksichtigung der Verkehrsbehinderungen in den Fahrten 2 und 4 widerspräche der Festlegung in 1.14 der 1. Fragebeantwortung zu 3.7.1 der Ausschreibungsunterlagen. Es sei auch zu berücksichtigen, dass der Sachverständige bei Fahrt 3 zu Recht 90 Sek wegen einer Baustelle abgezogen habe.
 - Hinzu komme, dass am 04.09.2014 in A. wie jeden Donnerstag Markttag gewesen sei, was zu unüblich dichten Verkehrsverhältnissen führe (./6).
14. Die Bewertung der Ersatzgestellungszeiten der mbP sei zu hoch bzw unplausibel:
- Die Probefahrten zum Angebot der mbP wären erst am 05.09.2014, einem Freitag, somit am verkehrsschwächsten Tag durchgeführt worden. Die AG habe insofern mit zweierlei Maß gemessen. Während die Probefahrten zur mbP ebenfalls am 04.09.2014 durchgeführt worden, wäre die [20]-Minuten-Marke überschritten worden. Das gelte insbesondere für die Linie 1.5 (... – W. Ortsmitte), bei der sich schon aus Prüfungsschritt 1 eine Fahrzeit von 19 Min ergeben habe.
 - Die AG habe bei zu wenig Ersatzgestellungsstrecken der mbP Probefahrten durchgeführt.
 - Aufgrund ihrer Marktkenntnis und der Lage der Unternehmensstandorte der mbP auf den Linien 1.2 und 1.3 bzw 1.8 gehe die ASt davon aus, dass zahlreiche Haltestellen nicht innerhalb der erforderlichen 20

Minuten erreicht werden können. Das Angebot der mbP hätte daher schlechter bewertet werden müssen.

15. Zur mangelnden Eignung der mbP führte die ASt insb aus:
16. In 2.3.1 der Ausschreibungsunterlagen werde festgelegt, dass der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auch durch ein anderes Unternehmen (verbunden oder Dritter) erbracht werden könne. In diesem Fall müsse durch Patronatserklärung (./5 des jeweiligen Loses) belegt werden, dass der Bieter über die beigestellte technische Leistungsfähigkeit verfügt und der Auftraggeber wirtschaftlich und rechtlich so gestellt wird, als ob die technische Leistungsfähigkeit beim Bieter selbst vorliegen würde. Handle es sich um einen notwendigen Subunternehmer, habe dieser bereits mit dem Angebot die Subunternehmererklärungen nach ./3 des jeweiligen Loses abzugeben.
17. Die mbP habe nur P. GmbH als Subunternehmer namhaft gemacht, die aber offenbar nicht in die Ersatzstellung eingebunden sei. Ohne die Ressourcen ihrer Gesellschafter erfülle die mbP die Eignungskriterien der Ausschreibung nicht. Die Gesellschafter der mbP (K. GmbH, F. GmbH) seien lediglich als sonstige Dritte bekannt gegeben worden, sodass die AG das Angebot ausscheiden hätte müssen.
18. In ihrer Stellungnahme vom 20.11.2014 (ON20) brachte die ASt ergänzend vor:
19. Es sei nicht ersichtlich, warum der Zeitaufschlag gerade bei den Linien 1.2/1.3 und 1.8 gewählt wurde und nach welchen Kriterien der Zeitaufschlag konkret berechnet wurde. Die Festlegung der Bus-Aufschläge auf Basis langjähriger Erfahrungswerte sei nicht zulässig, wenn die langjährigen Erfahrungswerte nicht sachgerecht und nachvollziehbar angewendet würden. Insofern vermöge allein die Tatsache, dass die AG ein Gutachten für die Bestimmung der Bus-Aufschläge eingeholt habe, noch nicht nachzuweisen, dass den Vorgaben des Erkenntnisses VGW-123/066/27276/2014-53 entsprochen wurde.
20. Es sei davon auszugehen, dass eine erzwungene Geschwindigkeitsreduktion in vergleichbarer Größenordnung bei den Probefahrten der mbP dazu geführt hätte, dass die [20]-Minuten-Grenze

überschritten worden wäre und das Angebot der mbP an die zweite Stelle zu reihen gewesen wäre.

21. Verzögerungen, die durch eine Baustelle verursacht werden, seien Verkehrsbeeinträchtigungen durch ein Moped und einen PKW mit Anhänger gleich zu halten, weil es auch hier zu einer nicht geringfügigen Reduktion der Fahrtgeschwindigkeit komme. Deshalb hätten auch die bei den Probefahrten auf den Ersatzgestellungsrouten der ASt durch ein Moped und einen PKW mit Anhänger verursachten Verzögerungen zu einem Abzug von der ermittelten Fahrzeit führen müssen.
22. Die von der mbP vorgelegten Verkehrszählungen seien va deshalb nicht relevant, weil
 - Donnerstag, der 11.06.2009 ein Feiertag gewesen sei,
 - in den anderen angeführten Wochen die Differenz zwischen den am Donnerstag und Freitag gezählten Fahrzeugen nur geringfügig sei und
 - die Zählpunkte nicht auf den für die Probefahrten relevanten Strecken lägen.
23. Der Termin für die Probefahrt sei nicht – wie von der AG behauptet – von der ASt ausgesucht, sondern von der AG kurzfristig vorgegeben und von der ASt akzeptiert worden (ON20, 5).
24. Nach § 122 BVergG seien unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen. Verschiedene Aussagen im Gutachten stellten die Unbefangenheit des Sachverständigen infrage (ON20, 5).
25. Das Angebot der mbP sei auszuschneiden, weil die mbP nicht die erforderliche Eignung besitze. Die Gesellschafter der mbP (K. GmbH, F. GmbH) hätten lediglich eine Patronatserklärung abgegeben. Das bedeute, dass sie lediglich die erforderlichen Arbeitskräfte und Busse bereitstellen. Die Überlassung von Arbeitskräften sei jedoch ein reglementiertes Gewerbe (§ 94 Z 72 GewO). Die Gesellschafter der mbP hätten keine entsprechende Gewerbeberechtigung. Deshalb dürften sie nicht zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit herangezogen werden. Da die Eignung der mbP somit nicht gegeben sei, sei ihr Angebot nach § 129 Abs 1 Z 2 BVergG auszuschneiden.

26. In ihrer Stellungnahme vom 05.03.2015 (ON43) brachte die ASt ergänzend vor:
27. Bei Motorfahrrädern und Anhängern könne keinesfalls von „üblichen“ Verkehrsteilnehmern gesprochen werden, weil insgesamt *„der Anteil der zugelassenen Motorfahrräder gerade einmal 4,6 % und jener der Kraftfahrzeuge mit Anhänger 10 %“* betrage (ON43, 2). Außerdem sei die durchschnittliche jährliche Fahrleistung dieser Fahrzeuge wesentlich geringer (Zulassungsanteil Motorfahrräder 1996: 7,3 %; Anteil an der Gesamtfahrleistung 1,1 %).
28. Die AG treffe die Pflicht, bei Prüfung der Angebote alle Bieter gleich zu behandeln und die Zuschlagskriterien objektiv und nicht diskriminierend einheitlich auf alle Bieter anzuwenden. Die durchgeführten Überprüfungsfahrten könnten diesen Voraussetzungen nicht gerecht werden, weil im Hinblick auf den geringen Anteil der zugelassenen Motorfahrräder und Kraftfahrzeuge mit Anhänger und deren geringe Gesamtfahrleistung nicht von einem durchschnittlichen oder üblichen Verkehrsaufkommen gesprochen werden könne (ON43, 9).
29. Die AG habe für jede zu prüfende Strecke nur eine einzige Überprüfung vorgenommen, obwohl (ON43, 9)
 - kein übliches Verkehrsaufkommen vorgelegen sei,
 - die von der ASt mit Sachverständigen durchgeführten Probefahrten die Plausibilität der angebotenen Ersatzgestellungszeiten nachweisen konnten und
 - die ASt der AG die zeitlichen Auswirkungen der Behinderungen bereits am 17.09.2014 mitgeteilt hatte.
30. In den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen finde sich keine Präzisierung, ob für jede Strecke nur eine oder mehrere Überprüfungsfahrten erfolgen sollen. Bei einer einzigen Überprüfung könne das Ergebnis nicht objektiv sein, weil der Zufall über das Ergebnis entscheide. Erst bei mehreren Fahrten könne auch von durchschnittlichem oder üblichem Verkehrsaufkommen gesprochen werden.
31. Die dem Gutachten ./32-NPV zugrunde liegenden Rohdaten seien nicht kohärent, weil die Zeiten teilweise auf ganze Minuten gerundet worden

sein und teilweise nicht (ON43, 4). Die Methodik, mit der das Gutachten ./32-NPV untersuche, ob ein statistischer Zusammenhang zwischen den unterschiedlichen Straßentypen und der Abweichung der gefahrenen Zeit von der Zeit nach google maps vorliege, sei nicht nachvollziehbar (ON43, 4ff). Das Ergebnis des Gutachtens ./32-NPV, 2 Minuten seien ein plausibler Näherungswert für den Bus-Aufschlag, sei daher nicht plausibel (ON43, 7f).

32. Ein unzutreffender Bus-Aufschlag könne das Vergabeverfahren erheblich beeinflussen, weil die Höhe des Bus-Aufschlags darüber entscheide, ob eine Probefahrt durchgeführt wird. Für ein objektives und dem Gleichbehandlungsgebot entsprechendes Vergabeverfahren sei es notwendig, dass die AG den Bus-Aufschlag sachgerecht und nachvollziehbar ermittle. Das Gutachten ./32-NPV belege nicht, dass die AG die Bus-Aufschläge sachgerecht und nachvollziehbar berechnet hätte. Das Gutachten zeige vielmehr, dass es lebensfremd wäre, unabhängig von der Streckenlänge und Streckenzusammensetzung einen pauschalen Bus-Aufschlag von 2 Minuten zu vergeben (ON43, 8).
33. Die mbP verfüge nur über 13 Busse und wahrscheinlich insgesamt etwa 17 Lenker. Sie habe sich daher zum Nachweis ihrer Eignung auf die Leistungsfähigkeit ihrer Gesellschafter berufen. Nach § 76 BVergG müsse der Bieter, der sich zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten anderer Unternehmen stützen will, den Nachweis erbringen, dass ihm für den Auftrag die bei anderen Unternehmen im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Nach 2.3.1 der Ausschreibungsbestimmungen müsse der Bieter durch eine Patronatserklärung belegen, dass er über die Mittel des Dritten verfüge und der Auftraggeber wirtschaftlich und rechtlich so gestellt wird, als ob die technische Leistungsfähigkeit beim Bieter selbst vorliegen würde. Diese Forderung könne durch die Gesellschafter der mbP nicht erfüllt werden, weil sie nicht berechtigt seien, der mbP ihre eigenen Arbeitskräfte zur Verfügung zu stellen (ON43, 8f).
34. Dass die mbP am 15.06.2014 (mehrere Monate nach Ende der Angebotsfrist) einen Kaufvertrag über Busse unterfertigt habe und derzeit Aufnahmeverfahren führe, um weitere Arbeitskräfte einzustellen, sei unerheblich, weil Busse und Lenker im Mittel der letzten drei Jahre

verlangt waren und die behaupteten Änderungen lange nach der Angebotsöffnung erfolgten (ON43, 10).

35. Auch wenn Personalüberlasser keine Subunternehmer sein sollten, bestünde die Pflicht zur Bekanntgabe, sofern diese zur Darstellung der eigenen Leistungsfähigkeit benötigt werden (ON43, 10f).
36. Nach § 123 BVergG müsse der Auftraggeber bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw – bei Weitergabe von Leistungen – der namhaft gemachten Subunternehmer prüfen. Dies müsse auch für den Fall gelten, dass ein eignungsrelevanter Dritter namhaft gemacht wird, der eine beim Bieter fehlende Eignung substituieren muss (ON43, 11).
37. Die – der mbP fehlende – technische Leistungsfähigkeit könne nur durch eine Ausstattungsverpflichtung mit entsprechenden technischen Mitteln substituiert werden; fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hingegen ausschließlich mit entsprechenden wirtschaftlichen Mitteln. Andernfalls könnten Unternehmen ohne nennenswerte Mitarbeiter und Referenzen durch Vorlage der Patronatserklärung einer Bank fehlende Personalausstattung und Referenzen substituieren. Das wäre absurd. Beim von der AG geforderten Eignungskriterium der Personalausstattung gehe es darum, dass der Bieter eine entsprechende Grundausrüstung an Personal habe und sich allenfalls nur noch ergänzend am Arbeitsmarkt nach weiterem Personal sehen müsse (ON43, 11f).
38. Personalüberlassung sei im konkreten Fall kein Nebenrecht (ON43, 12).
39. Die ASt beantragte *Einsicht* in den Vergabeakt der AG, insb in bestimmte bezeichnete Dokumente (ON1, 16; ON20, 9). Die Einsicht sei unbedingt erforderlich, weil nur so die Plausibilität des Angebots der mbP geprüft werden könne. Außerdem sei nicht ersichtlich, inwiefern Ersatzgestellungsstandorte einem besonderen Geheimhaltungsbedürfnis unterliegen, zumal diese öffentlich zugänglich sein müssten. Die beantragte Akteneinsicht sei für den effektiven Rechtsschutz zwingend erforderlich und es stünden keine Geheimhaltungsinteressen entgegen. Aus der Rsp des VwGH zur Zusammenschaltung im Telekomsektor (VwGH 2003/03/0157) ergebe sich, dass die Interessenabwägung zu Gunsten der Antragstellerin ausgehen und das Verwaltungsgericht

Beweismittel, aus denen sich Feststellungen ergeben, auf die es seine Entscheidung stützen will, den Parteien uneingeschränkt zugänglich machen muss müsse (ON20, 7f).

Antragsgegnerin

40. Die AG beantragte, die Anträge auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung und Ersatz der Pauschalgebühr zurück- in eventu abzuweisen. Dazu brachte sie in ihrer Stellungnahme vom 05.11.2014 (ON11) insb vor:
41. Die AG habe die sich aus dem Erkenntnis VGW-123/066/27276/2014-53 ergebenden Vorgaben in der fortgesetzten Angebotsprüfung umgesetzt. Sie habe die zugesicherten Ersatzgestellungszeiten und -konzepte (einschließlich Vorbereitungszeiten; ./29a-NPV; ./29b-NPV; ./31a-NPV; ./31b-NPV; ./38-NPV) der mbP und der ASt nochmals geprüft. Insbesondere habe sie ein Gutachten für die Bestimmung der Bus-Aufschläge eingeholt (./32-NPV). Auf dessen Grundlage seien jene kritischen Strecken neu festgelegt worden, die anschließend von einem Sachverständigen mit Probefahrten neuerlich überprüft wurden (./34-NPV).
42. Die AG habe die zugesicherten Ersatzgestellungszeiten in drei Schritten geprüft (ON11, 14f):
 - Schritt 1: Prüfung aller zugesicherten Ersatzgestellungszeiten mit dem elektronischen Routenplaner Google Maps.
 - Schritt 2: neue Festlegung jener kritischen Strecken, die durch Probefahrten zu überprüfen waren, durch ein Gutachten.
 - Schritt 3: Probefahrten mit Bussen, die den Vorgaben der Ausschreibung entsprechen, und einem Sachverständigen auf jenen Ersatzgestellungsstrecken, die nach Schritt 1 und 2 bewertungsrelevant sein könnten, und zwar im mit Festlegung 1.14 der ersten Fragebeantwortung (= FAW1) vorgesehenen Zeitfenster.
43. Um größtmögliche Transparenz sicherzustellen, wäre der ASt und der mbP die Möglichkeit gegeben worden (ON11, 15),
 - den Termin für die Probefahrt zu bestimmen und

– Fahrzeuge und Lenker auszuwählen und zur Verfügung zu stellen.

ASt und mbP hätten von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Die Probefahrten seien daher jeweils zu den von der AG bzw der mbP gewünschten Terminen und mit den zur Verfügung gestellten Fahrzeugen und Lenkern durchgeführt worden.

44. Außerdem sei ein neuer Sachverständiger für die Probefahrten herangezogen worden, um allfällige Zweifel an der Unvoreingenommenheit auszuschließen.
45. Die Ergebnisse der neuerlichen gemeinsamen Überprüfungsfahrten hätten die bisherigen Prüfungen bestätigt. Die Ersatzstellungszeiten der AG auf den Linien 1.2 und 1.3 (HS L. Schmiede) und 1.8 (Od./A. H.) lägen bei StVO-konformer Fahrweise über 20 Min. Die Ersatzstellungszeiten der mbP lägen durchgehend unter 20 Min. Nach 1.14 der FAW1 seien der Angebotsbewertung die Ergebnisse der Probefahrten zugrunde zu legen.
46. Die Ergebnisse der Probefahrten vom 04.09.2014 könnten nicht so umgedeutet werden, dass die im Angebot der ASt zugesicherten Ersatzstellungszeiten realisierbar seien. Die Ersatzstellungszeiten müssten bei durchschnittlichem Verkehrsaufkommen in der Nebenverkehrszeit Montag bis Freitag (9.00-15.00) durchführbar sein. Im Gutachten von Ing Sch. (./34-NPV) sei daher Zeit abgezogen worden, wenn auf bestimmten Streckenabschnitten eine Geschwindigkeitsbeschränkung wegen einer vorübergehenden Baustelle vorgeschrieben war. Hingegen wurde keine Zeit abgezogen, wenn auf bestimmten Streckenabschnitten die erlaubte Höchstgeschwindigkeit wegen eines langsameren Verkehrsteilnehmers vor dem Bus nicht gefahren werden konnte.
47. Der Sachverständige habe festgestellt, dass bei sämtlichen Probefahrten ein durchschnittliches Verkehrsaufkommen herrschte, das für das festgelegte Zeitfenster als Regelfall anzusehen ist.
48. Ebenfalls habe der Sachverständige festgestellt, dass eine Probefahrt in entgegengesetzter Fahrtrichtung keine Änderung der Fahrzeit bewirke. Im Übrigen habe die ASt dieser Fahrt ausdrücklich zugestimmt. Diese Probefahrt hätte aber deshalb keinen Einfluss auf die Angebotsbewertung,

weil auch die Strecke VS A. – L. Schmiede nicht innerhalb von 20 Min realisierbar sei.

49. Der AG könne nicht zugemutet werden, so viele Probefahrten durchzuführen, bis sich allenfalls die zugesicherte Ersatzstellungszeit ergebe. Die AG habe – ihren Festlegungen entsprechend – zur Überprüfung der Ersatzstellungszeiten ein Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen eingeholt. Dieses sei der Angebotsprüfung zugrunde zu legen. Ein anderes Vorgehen verstieße gegen den Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz.
50. Für die verbundenen Unternehmen F. GmbH und K. GmbH sei eine Patronatserklärung (. /5 des Angebots . /13b-NPV) vorgelegt worden, weil sich die mbP zum Nachweis der Leistungsfähigkeit gemäß 2.3.1 und 2.4.1 der Ausschreibungsunterlagen auf diese stütze. Die Angebotsprüfung habe ergeben, dass die mbP zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung geeignet ist.
51. Die AG beantragte, die im übermittelten Aktenverzeichnis (ON6) rot unterstrichenen Dokumente von der Akteneinsicht auszunehmen, ebenso in ihren Schriftsätzen enthaltene Angaben zum Ersatzstellungskonzept der mbP (vgl ON11, 5). Davon betroffen ist auch die von der ASt beantragte Einsicht in die Ersatzstellungszeiten und -standorte der mbP. Die für die Bewertung maßgeblichen Ersatzstellungszeiten der mbP ergäben sich unmittelbar aus der Zuschlagsentscheidung . /40c-NPV, weitere Informationen seien für effektiven Rechtsschutz nicht erforderlich. Ersatzstellungskonzepte seien klassische Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse iS § 9 WVRG und § 21 VwGVG (ON6).

Mitbeteiligte Partei

52. Die mitbeteiligte Partei (= mbP = N. GmbH) beantragte die Zurück- in eventu die Abweisung des Antrags auf Nichtigerklärung vom 27.10.2014 und brachte in ihren begründeten Einwendungen vom 07.11.2014 (ON14) insb vor:
53. Wenn die Antragstellerin die Korrektur der bei den Probefahrten erzielten Ergebnisse um jene Zeiten fordere, die das Prüffahrzeug infolge normalen

Verkehrsflusses nicht mit Höchstgeschwindigkeit fahren konnte, so liege dem zu Grunde, dass sie die Strecke durchgängig mit der erlaubten Höchstgeschwindigkeit zurücklegen wolle. Dies offenbar ohne Rücksicht auf die Verkehrslage und andere Sicherheitsaspekte. Die AG habe jedoch festgelegt, dass die Überprüfung der Ersatzstellungszeiten unter Zugrundelegung üblicher Verkehrsbedingungen zu erfolgen habe (FAW1, 1.14). Die AG habe sich bei der Angebotsbewertung an die Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen gehalten.

54. Die Probefahrten seien ohne Verkehrsstau erfolgt. Verzögerungen durch ein – schneller als 30 km/h fahrendes – Moped und einen PKW mit Anhänger seien kein Verkehrsstau.
55. Der Donnerstag, der zugleich Markttag in A. sei (es handle sich um einen Wochenmarkt mit einigen wenigen, wöchentlich gleichen Ausstellern für Grundnahrungsmittel), verursache kein besonderes Verkehrsaufkommen. Das bestätigten auch die vom Amt der ... Landesregierung durchgeführten Verkehrszählungen an zwei Zählpunkten in A.. Vielmehr sei der Freitag, an dem die Probefahrten auf den Ersatzgestellungsstrecken der mbP durchgeführt wurden, der verkehrsreichste Wochentag.
56. Die Berücksichtigung der von der ASt vorgelegten Stellungnahmen eines Privatgutachters
 - widerspräche den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen und
 - verletzte die mbP im Recht auf Gleichbehandlung im Vergabeverfahren.
57. Die AG habe am 05.09.2014 auf Ersatzgestellungsstrecken der mbP Probefahrten durchgeführt. Dabei hätten sich jeweils Ersatzstellungszeiten von unter 20 Minuten ergeben.
58. In ihrer Stellungnahme vom 22.12.2014 (ON24) brachte die mbP ergänzend vor:
59. Bei den Probefahrten auf den Ersatzgestellungsstrecken der ASt hätten übliche Verkehrsverhältnisse geherrscht. In Österreich seien fast 300 000 Motorfahräder und mehr als 700 000 Anhänger zugelassen. Motorfahräder und Anhänger seien keine unüblichen Verkehrsbeeinträchtigungen. Wenn während einer Probefahrt auf einer Ersatzgestellungsstrecke eines von fast 300 000 zugelassenen

Motorfahrrädern und einer von mehr als 700 000 zugelassenen Anhängern fahre, bedeute das keine unüblichen Verkehrsverhältnisse.

60. Demgegenüber träten Baustellen fallweise auf und bestünden nur vorübergehend, nicht jedoch über den gesamten Leistungszeitraum. Bestehe eine Baustelle im Zeitpunkt der Probefahrt, sei anzunehmen, dass sie bald abgeschlossen werde und dementspr Ersatzgestellungsfahrten ohne Behinderung durchführbar seien.
61. Die Beeinträchtigung durch eine Baustelle sei daher bei der Probefahrt zu berücksichtigen, jene durch ein Motorfahrrad oder einen Anhänger nicht.
62. Sofern die ASt vorbringe, ihre Ersatzgestellungsstrecke unterliege jeden Donnerstag einem erhöhten Verkehrsaufkommen, sei Ihr entgegenzuhalten: Im Auftragsfall seien Ersatzgestellungszeiten an jedem Wochentag einzuhalten. Die Vertragsbedingungen sähen keine Ausnahmen für bestimmte Wochentage vor. Dementsprechend müssten die zugesicherten Ersatzgestellungszeiten auch am Donnerstag eingehalten werden.
63. Zu ihrer Eignung bringt die mbP insb vor:
64. Die mbP benötige zur Leistungserbringung weder Busse noch Arbeitskräfte ihrer Gesellschafter. Die mbP habe schon zum Zeitpunkt der Angebotslegung mehr eigene Busse, Dienstnehmer und Buslenker als gleichzeitig erforderlich seien. Darüber hinaus hätten sowohl die mbP als auch die Subunternehmerin P. GmbH bereits weitere Busse gekauft, die in Kürze zur Verfügung stünden. Derzeit würden auch weitere Arbeitskräfte eingestellt (ON24, 4).
65. Die mbP würde ihre Leistungen daher ohne Zuhilfenahme von Ressourcen ihrer Gesellschafter erbringen (ON24, 4).
66. Bloße Personalbereitstellungsleistungen seien nicht mehr als Subunternehmerleistungen zu qualifizieren (UVS OÖ 19.03.2012, VwSen-550588/15/Wim/BRE/TK), denn in ihren aktuellen Fassungen sähen die ÖNORMEN B 2050 und B 2110 keine Gleichstellung von Personalbereitstellern und Subunternehmern mehr vor. Die gegenteilige Auffassung beziehe sich auf – im Hinblick auf die Neufassung der ÖNORMEN – veraltete Rsp (ON24, 4f).

67. Außerdem seien Personalbereitsteller keine Subunternehmer, sondern Hilfsunternehmen, weil das fremde Personal in den Betrieb des Auftragnehmers eingegliedert würde, so dass der Auftragnehmer die Kontrolle über die Erbringung der Leistung behalte und nicht an Dritte auslagere (*Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG, § 83 Rz13; UVS OÖ 19.03.2012, VwSen-550588/15/Wim/BRE/TK; ON24, 5*).
68. Im Ergebnis seien Personalbereitsteller nunmehr keine Subunternehmer (BVA 04.10.2013, N/0088-BVA/10/2013-40), sondern bloße Hilfsunternehmen,
- die im Angebot nicht als Subunternehmer genannt werden müssten (BVA 04.10.2013, N/0088-BVA/10/2013-40) und
 - deren Befugnis und Leistungsfähigkeit einer Überprüfung durch den Auftraggeber entzogen seien (BVA 09.08.2011, N/0055-BVA/14/2001-31).
69. Mit ihren Patronatserklärungen garantierten die Gesellschafter eine entsprechende Ausstattung der mbP „für den Fall der Zuschlagserteilung“ (letzter Absatz der Beilage ./5). Mit dieser Garantie ersetze die Leistungsfähigkeit der Gesellschafter die Leistungsfähigkeit der mbP (ON24, 6).
70. Die mbP werde gar keine Arbeitskräfte und Busse ihrer Gesellschafter zur Leistungserbringung in Anspruch nehmen. Das sei auch nicht erforderlich, weil sie selbst bereits bzw. „für den Fall der Zuschlagserteilung“ über entsprechende Mittel verfüge/verfügen werde. Dafür garantierten die Gesellschafter der mbP. Es sei jedenfalls unzulässig, ohne eindeutigen Beweis zu unterstellen, dass diese Ausstattungsgarantie in rechtswidriger Weise umgesetzt werde. Dies umso mehr, als die Umsetzung ohne jeden Rechtsbruch möglich sei und bereits durchgeführt worden wäre. Die Patronatserklärungen enthielten nichts, das auf eine gewerbsmäßige Arbeitskräfteüberlassung hindeuten würde. Sie enthielten nur eine Ausstattungsverpflichtung (ON24, 6f).
71. Darüber hinaus werde die mbP im Zuschlagsfall weitere Arbeitnehmer anstellen. Das sei innerhalb weniger Tage möglich. Die mbP sei auch

deshalb nicht auf eine Überlassung von ihren Gesellschaftern angewiesen (ON24, 8f).

72. Sollte die allenfalls erforderliche Aufnahme neuer Arbeitskräfte kurzfristig nicht realisierbar sein, würden die Gesellschafter iSd abgegebenen Patronatserklärung die Verfügbarkeit der erforderlichen Arbeitskräfte gewährleisten. Dazu wäre keine Gewerbeberechtigung für Arbeitskräfteüberlassung nach § 94 Z 72 GewO erforderlich, weil jeder Gewerbetreibende berechtigt sei, in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen (§ 32 Abs 1 Z 1 GewO). Hinsichtlich der Geringfügigkeit sei auf den prozentuellen Anteil der strittigen Leistungen an der Auftragssumme abzustellen (VwGH 05.11.2010, 2007/04/0210). Weil die mbP über ausreichend viele Arbeitskräfte verfüge, würde eine Überlassung, wenn überhaupt, lediglich für einzelne Arbeitskräfte stunden- oder tageweise, jedenfalls sehr kurz erfolgen. Der Wert der Leistung läge also bei wenigen 100 Euro, demgegenüber die Vergabesumme im Los 1 bei € 10 096 596,56. Die Rsp sehe selbst Anteile von 6,43 % der Auftragssumme als geringfügig iSd § 32 Abs 1 Z 1 GewO an (VwGH 24.02.2010, 2006/04/0148). Eine allfällige kurzfristige Überlassung von Arbeitskräften an die mbP wäre den Gesellschaftern als Nebenleistung iSd § 32 Abs 1 Z 1 GewO ohne gesonderte Gewerbeberechtigung erlaubt. Im Übrigen würde eine allfällige kurzfristige Überlassung von Mitarbeitern nicht regelmäßig iSd § 1 Abs 2 GewO, sondern lediglich einmalig, aushilfsweise und kurzzeitig erfolgen; auch deshalb sei keine Gewerbeberechtigung erforderlich (ON24, 9f).
73. Die mbP beantragte, einige bestimmt bezeichnete Dokumente *von der Akteneinsicht durch die ASt auszunehmen*, weil diese Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse enthielten. Dazu brachte Sie insb vor (ON14, 10ff):
- Das Ersatzgestellungskonzept der mbP sei Ergebnis langer und aufwändiger Arbeiten und werde bei all ihren Aufträgen eingesetzt. Würde es den Mitbewerbern bekannt werden, würden diese es selbst benützen und außerdem versuchen, der mbP die Ersatzgestellungsstandorte zu entziehen.
 - Die von der ASt geforderte Akteneinsicht sei zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der betroffenen Zuschlagsentscheidung nicht

erforderlich. Die ASt wolle Zugang zu zentralen Betriebsgeheimnissen der mbP, um sich so einen unlauteren Wettbewerbsvorteil zu verschaffen.

- Das Geheimhaltungsinteresse der mbP überwiege das Offenlegungsinteresse der ASt.
- Die Verpflichtung der AG zur Vertraulichkeitswahrung der im Vergabeverfahren übergebenen Unterlagen sei weiterhin aufrecht. Die Vergabekontrollbehörde habe der AG die Einhaltung dieser Verpflichtung zu ermöglichen.

Öffentliche mündliche Verhandlung

74. Am 06.03.2015 führte das Gericht eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der die ASt und ihr Vertreter (AStV), die AG und ihr Vertreter (AGV) und die mbP durch ihren Vertreter (mbPV) teilnahmen (ON32).
75. Das Gericht vernahm in der mündlichen Verhandlung Zeugen zu
- ON44 (Verfasser des Gutachtens ./32-NPV zu den Bus-Aufschlägen),
 - ON45 (Verfasser des verkehrstechnischen Gutachtens ./34-NPV zu den durchgeführten Probefahrten) und
 - ON47 (Mitarbeiterin der mbP).
76. Die ASt brachte insb vor:
- Ohne die Berechnung des zu ON45 vernommenen Zeugen (Verfasser des verkehrstechnischen Gutachtens ./34-NPV zu den durchgeführten Probefahrten) in Händen zu halten, könne sie nicht nachvollziehen, ob diese Berechnungen richtig seien oder nicht.
 - Für die Verfügbarkeit der Mitarbeiter im Wege der Arbeitskräfteüberlassung, sei deren Zustimmung erforderlich.
 - Mangels Nachweises der Zustimmung der Arbeitnehmer vor Ende der Angebotsfrist, habe die TNB deren Verfügbarkeit nicht nachweisen können; dazu wurde auf VwGH 2009/04/0230 verwiesen.
 - Die Berufung auf § 135 Abs 2 GewO ermögliche nur eine vorübergehende Überlassung. Demgegenüber müsse nach den

Ausschreibungsunterlagen, bewirkt werden, dass der Auftraggeber so gestellt sei, als würde die Eignung beim Bieter selbst vorliegen.

77. Die mbP brachte insb vor,
- Die Zustimmung der Arbeitnehmer ergebe sich aus der Aussage der zu ON47 vernommenen Zeugin, dass die Arbeitnehmer zur mbP wechseln wollen. Bei Berufung auf Gesellschafter zum Nachweis der Eignung sei die Abgabe einer Solidarhaftung oder einer Patronatserklärung ausreichend.
 - Es müsse Teilorganisationen von Unternehmen möglich sein, sich auf die Eignung und Ressourcen der verbundenen Unternehmen zu berufen, das gelte auch ausdrücklich für Sach- und Personalmittel (BVA vom 6.11.1998 F-2/97).
 - Die Personalausstattung stehe während der gesamten Vertragsdauer zur Verfügung. Einzelne Mitarbeiter könnten für bis zu 6 Monate pro Jahr überlassen werden. Bei einer Mitarbeiteranzahl von 175 stünden auf diesem Weg immer ausreichend Mitarbeiter zur Verfügung, ohne die 6 Monate zu überschreiten.
78. Die ASt hielt den Antrag auf ein Gutachten zum Nachweis dafür, dass auf den Strecken 2 und 4 (so bezeichnet in ./34-NPV) die [Ersatzstellungszeit von 20 Min] möglich sei, aufrecht.
79. Weitere Beweisanträge wurden nicht gestellt.
80. Verlesen wurde auch der Akt VGW-123/066/27276/2014, dessen Gegenstand der erste Nachprüfungsantrag der ASt war.

III. Feststellungen:

1 V. Gesellschaft m.b.H. (AG)

81. Die AG ist eine GmbH mit Sitz in Wien. Gesellschafter sind die Länder Wien (44 %), Niederösterreich (44 %) und Burgenland (12 %).
82. Geschäftsgegenstand sind Planung und Organisation des öffentlichen Verkehrs in der Ostregion mit 25 972 km² und knapp 2,8 Mio Einwohnern.

Die AG koordiniert den öffentlichen Verkehr von mehr als 40 Verkehrsunternehmen auf über 900 Bus- und Bahnlinien mit ca 11 500 Haltestellen und über 979 Mio Fahrgästen (Daten für 2012). Gemeinsam mit Partnerunternehmen entwickelt sie ein einheitliches Tarifangebot für Bus und Bahn. In diesem Zusammenhang bestellt und beauftragt sie im Rahmen öffentlicher Ausschreibungen die entsprechenden Busverbindungen (VGW-123/066/27276/2014, ./a = www.v...at/.../).

2 O. GmbH (ASt)

83. Die ASt ist eine GmbH mit Sitz in Wien. Sie ist Teil der O.-Gruppe (gerichtsnotorisch) und bietet Personenbeförderungsdienstleistungen mit Autobussen, ua im Linienverkehr, an (VGW-123/066/27276/2014, ./β = [www.... /](http://www..../)).

3 N. GmbH (mbP)

84. Die mbP ist eine GmbH mit Sitz in P.(<http://www.N..at/>). Sie bietet Personenbeförderungsdienstleistungen mit Autobussen im Linienverkehr an. Die Geschäftsanteile werden zu jeweils 50 % von
- F. GmbH (...), ... und
 - K. GmbH (...), ... gehalten.

4 Ausschreibung

85. Am 19.12.2013 wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter ABl ... die Vergabe von Personenbeförderungsdienstleistungen im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Kraftfahrlinienverkehrs im M. unter der Bezeichnung „Buskonzept Linienverkehr S. Lose 1 bis 4“ bekannt gemacht (./1-NPV).
86. Die AG führte ein offenes Verfahren nach den Bestimmungen für den OSB (./2-NPV, Ausschreibungsunterlage, S18).

87. Die Dienstleistungen sollten ab 01.09.2014 erbracht werden (./2-NPV, Ausschreibungsunterlage, Anlage ./1 Leistungsvereinbarung, S5f; ON11, 6).
88. Los 1 betrifft Kraftfahrlinienverkehr im Bereich A. (./2-NPV, Ausschreibungsunterlage, S16). Es umfasst folgende Linien:

Tab1: Los 1 – Linien

Fahrplan 1.1	A. – Vi. – Ko. – Ne.
Fahrplan 1.2	A. – Z. – L. – St. – A.
Fahrplan 1.3	Schülerverkehr Ar.
Fahrplan 1.4	A. – Z. – Ö. – Ma. – A.
Fahrplan 1.5	A. – Od. – W. – Sg. – T. – S.
Fahrplan 1.6	Se. – A.
Fahrplan 1.7	Kr. – As.
Fahrplan 1.8	Schülerverkehr As.

Quelle: ./2-NPV, Ausschreibungsunterlage, Anlage ./1 Leistungsvereinbarung, Anhang ./1

89. Angebote konnten nach zweimaliger Verlängerung der Frist schließlich bis spätestens 27.02.2014, 10.00 Uhr abgegeben werden (./10-NPV; ./5-NPV).
90. Alternativ- und Abänderungsangebote waren nicht zulässig (./2-NPV, Ausschreibungsunterlage, S18).
91. Die Vergabe erfolgte nach dem Bestbieterprinzip. Das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot sollte anhand der in Tab2 wiedergegebenen gewichteten Zuschlagskriterien ermittelt werden, wobei die in jeder Kategorie vergebenen Punkte summiert wurden. Bei gleicher Punktezahl sollte jenes Angebot den Zuschlag erhalten, das im Zuschlagskriterium „Angebotspreis“ die meisten Punkte erreichte (./2-NPV / Ausschreibungsunterlage, S37f).

Tab2: Zuschlagskriterien

Zuschlagskriterien		erreichbare Punkte / Los 1
Gesamtangebotspreis		1 000
Qual	Abgasnormen	330
	Busalter	220
	Ersatzgestellung	150
Summe		1 700

Quelle: ./2-NPV/Ausschreibungsunterlage, S37f

92. Die Ausschreibungsunterlage enthält ua folg Bestimmungen (./2-NPV):

„2.3 Technische Leistungsfähigkeit

Der Auftraggeber wird nur solche Bieter zur Angebotsabgabe eingeladen, die technisch leistungsfähig sind. Der Auftraggeber prüft das Vorliegen der technischen Leistungsfähigkeit anhand des Nachweises der Bieter über:

- *die Personalausstattung (**Punkt 2.3.2**) und*
- *Fuhrparkausstattung (**Punkt 2.3.3**) und*
- *die in der Vergangenheit erbrachten Leistungen Referenzen (Unternehmensreferenzen [**Punkt 2.3.4**].*

Die technische Leistungsfähigkeit muss spätestens zum Ende der Angebotsfrist erfüllt sein.

2.3.1 Bietergemeinschaft, verbundene Unternehmen, Subunternehmer und sonstige Dritte

Zum Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit kann sich eine Bietergemeinschaft auf die Kapazitäten ihrer Mitglieder stützen.

Der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters kann durch den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eines anderen Unternehmens (entweder durch ein mit dem Bieter verbundenes Unternehmen oder durch einen Dritten) erbracht werden.

In diesem Fall muss der Bieter mit dem Angebot durch Vorlage einer Patronatserklärung (Beilage ./5 des jeweiligen Loses) des verbundenen Unternehmens bzw des Dritten belegen, dass er im Falle der Auftragserteilung über die vom mit ihm verbundenen Unternehmen bzw über die vom Dritten beigestellte technische Leistungsfähigkeit (und somit über die erforderlichen Mittel des verbundenen Unternehmens oder des Dritten) verfügt und der Auftraggeber durch den Verweis des Bieters auf das mit ihm verbundene Unternehmen bzw auf den Dritten wirtschaftlich und rechtlich so gestellt wird, als ob die technische Leistungsfähigkeit beim Bieter selbst vorliegen würde. Das mit dem Bieter verbundene Unternehmen bzw der Dritte muss daher selbst zumindest über die technische Leistungsfähigkeit verfügen, die dem Bieter fehlt.

Dies ist durch die (unten angeführten) vom Bieter verlangten Unterlagen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit zu belegen.

*Für den Fall, dass es sich beim Dritten um einen Subunternehmer handelt und der Bieter diesen für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit benötigt („notwendiger Subunternehmer“), hat dieser bereits mit dem Angebot die in der **Beilage ./3** des jeweiligen Loses beigeschlossene Subunternehmererklärungen abzugeben.*

2.3.2 Personalausstattung

Es ist gemäß **Beilage ./9** der Nachweis

- **des jährlichen Mittels der Mitarbeiter/innen im allgemeinen,**
- **und der Mitarbeiter/innen, die befugt sind, einen Autobus zu lenken (Buslenker/innen),**

in den letzten drei Kalenderjahren (2011 bis 2013), gerechnet ab dem Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist.

sowie der Nachweis,

- **dass ein/e Mitarbeiter/in die Befähigung zum/r Verkehrsleiter/in zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung hat (Beilage ./9a),**

zu erbringen.

Als **Mindestanforderung** wird festgelegt, dass der Bieter den Nachweis über folgende Anzahl an Mitarbeitern zu erbringen hat:

Los	Bezeichnung	durchschnittliche Anzahl Mitarbeiter (einschließlich Buslenker)	durchschnittliche Anzahl Buslenker
Los 1	Bereich A.	35	33
Los 2	[...]	23	21
Los 3	[...]	26	24
Los 4	[...]	35	33
und			
mindestens ein Mitarbeiter mit Befähigungsnachweis nach § 10 Abs 1 KfIG (Verkehrsleiter) mit mindestens 3 Jahren Berufserfahrung als Verkehrsleiter			

Die Anforderungen werden je Los einzelnen betrachtet. Es erfolgt keine Aufsummierung der Anforderungen an die Fuhrparkausstattung [offensichtlich gemeint: Personalausstattung] über die Lose, für die sich der Bieter bewirkt.

Beispiel: Bewirbt sich ein Bieter um das Los 2, hat er 23 Mitarbeiter, hiervon 21 mit Lenkerberechtigung für Busse vorzuweisen. Bewirbt sich dieser Bieter weiters um die Lose 3 und 4, so hat er insgesamt mindestens 35 Mitarbeiter, hiervon 33 mit Lenkerberechtigung für Busse zu erreichen nachzuweisen d.h: er hat die jeweils höchsten Anforderungen des Loses, um das er sich bewirkt, zu erfüllen. Zudem muss ein Mitarbeiter mit Befähigungsnachweis nach § 10 Abs 1 KfIG vorhanden sein.

Der Bieter hat seine Mitarbeiteranzahl in der dafür vorgesehenen **Beilage ./9** für das jeweilige Los anzugeben.

[...]

Als Mitarbeiter/innen in diesem Sinne gelten: Geschäftsführer, Mitarbeiter von namhaft gemachten Subunternehmern sowie Dienstnehmer/innen, freie Dienstnehmer/innen und im Rahmen der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen auf Werkvertragsbasis beschäftigte Personen mit einer jeweiligen Gesamtvertragslaufzeit von zumindest sechs Monaten.

[...]

2.3.3 Fuhrparkausstattung

Es ist gemäß **Beilage ./10** der Nachweis des jährlichen Mittels des Fuhrparks (Standardlinienbus geeignet für den Kraftfahrlinienregionalverkehr) in den letzten drei Kalenderjahren (2011 bis 2013, gerechnet ab dem Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist) zu erbringen.

Der Auftraggeber versteht unter einem für den Kraftfahrlinienregionalverkehr geeigneten Standardlinienbus Fahrzeuge:

[...]

Als Mindestanforderung wird festgelegt, dass der Bieter den Nachweis über folgende Anzahl an Fahrzeugen zu erbringen hat:

Los	Bezeichnung	Mindestanzahl Standardlinienbusse
Los 1	Bereich A.	22
Los 2	[...]	14
Los 3	[...]	16
Los 4	[...]	22

Die Anforderungen werden je Los einzelnen betrachtet. Es erfolgt keine Aufsummierung der Anforderungen an die Fuhrparkausstattung über die Lose, für die sich der Bieter bewirbt.

Beispiel: Bewirbt sich ein Bieter um das Los 2, hat er 14 Standardlinienbusse, vorzuweisen. Bewirbt sich dieser Bieter weiters um die Lose 3 und 4, so hat er insgesamt mindestens 22 Standardlinienbusse zu erreichen und nachzuweisen d.h: er hat die jeweils höchsten Anforderungen des Loses, um dass er sich bewirbt zu erfüllen.

Der Bieter hat die Anzahl der Standardlinienbusse in der dafür vorgesehenen **Beilage ./10** für das jeweilige Los anzugeben.

[...]

2.4 Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

Der Auftraggeber wird nur Angebote jener Bieter bei der Angebotsbewertung berücksichtigen, die finanziell und wirtschaftlich leistungsfähig sind.

2.4.1 Bietergemeinschaft, verbundene Unternehmen, Subunternehmer und sonstige Dritte

Zum Nachweis ihrer finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit kann sich eine Bietergemeinschaft auf die Kapazitäten ihrer Mitglieder stützen.

Der Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters kann durch den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eines anderen Unternehmens (entweder durch ein mit dem Bieter verbundenes Unternehmen oder durch einen Dritten) erbracht werden.

*In diesem Fall muss der Bieter mit dem Angebot durch Vorlage einer Patronatserklärung des verbundenen Unternehmens bzw des Dritten (**Beilage ./5**) belegen, dass er im Falle der Auftragserteilung über die vom mit ihm verbundenen Unternehmen bzw. über die vom Dritten beigestellte finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (und somit über die erforderlichen Mittel des verbundenen Unternehmens oder des Dritten) verfügt und der Auftraggeber durch den Verweis des Bieters auf das mit ihm verbundene Unternehmen bzw. auf den Dritten wirtschaftlich und rechtlich so gestellt wird, als ob die technische Leistungsfähigkeit beim Bieter selbst vorliegen würde. Das mit dem Bieter verbundene Unternehmen bzw. der Dritte muss daher selbst zumindest über die technische Leistungsfähigkeit verfügen, die dem Bieter fehlt. Dies ist durch die vom Bieter verlangten Unterlagen zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu belegen.*

*Für den Fall, dass es sich beim Dritten um einen Subunternehmer handelt und der Bieter diesen für den Nachweis der finanziellen bzw. wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit benötigt („zwingend erforderlicher Subunternehmer“), hat dieser gegenüber dem Auftraggeber seine solidarische Haftung mit dem Bieter im Auftragsfall zu erklären (**Beilage ./3**). Weiters sind in diesem Fall für den Subunternehmer alle Nachweise zu erbringen, die auch der Bieter selbst für den Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu erbringen hat.*

[...]

3.7 Ersatzgestaltung

In diesem Qualitätskriterium wird das Angebot auf Grundlage der zugesicherten Ersatzgestellungszeit(en) bewertet. Darüber hinaus ist dem Angebot ein schriftliches **Ersatzgestellungskonzept** als **Beilage ./15 des jeweiligen Loses** beizulegen.

3.7.1 Ersatzgestellungszeit

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

Bewertet wird jeweils die Ersatzgestellungszeit für den vom **Standort** des Ersatzfahrzeugs am **weitesten entfernte[n] Punkt einer Linie**. **Innerhalb eines Loses wird jeweils die „längste“ Ersatzgestellungszeit für die Bewertung herangezogen.**

Die Ersatzgestellungszeit ist **nicht als reine Fahrzeit** zwischen dem Standort des Ersatzfahrzeugs und dem Vorfalldort („Nettozeit“) zu verstehen. Vorbereitungszeiten für die Inbetriebnahme des Fahrzeugs, die Verständigung des Lenkers usw. sind in die angegebene Ersatzgestellungszeit mit einzuberechnen. Der Auftraggeber geht aufgrund seiner Erfahrung von einer **Vorbereitungszeit** (von der Meldung des Fahrzeugausfalls bis zur Abfahrt des Ersatzfahrzeugs) von mindestens **15 Minuten** aus. Sollte ein Bieter einen geringeren Wert angeben, so ist die kürzere Vorbereitungszeit im Ersatzgestellungskonzept detailliert und nachvollziehbar darzustellen.

Als **Mindestanforderung** müssen während der Vertragslaufzeit die in **Punkt 19.1** der Leistungsvereinbarung (**Anlage ./1**) festgelegten, **maximalen Ersatzgestellungszeiten** sichergestellt sein. Der Bieter hat die Möglichkeit, diese Mindestanforderung zu **unterschreiten**. Ein **Überschreiten** der maximalen Ersatzgestellungszeiten führt zum **Ausscheiden** des Bieters. Abhängig von der **zugesicherten Ersatzgestellungszeit** werden die in den nachstehenden Tabellen festgelegten Punkte vergeben:

Los 1	
Ersatzgestellungszeit in Minuten	erreichbare Punkte
ab 45:00	Ausscheiden!
ab 40:00 bis weniger als 45:00	40
ab 30:00 bis weniger als 40:00	80
ab 20:00 bis weniger als 30:00	110
weniger als 20:00	150

[...]

Die zugesicherten Ersatzgestellungszeiten sind im **Eingabeformular Ersatzgestellung (Beilage ./16 des jeweiligen Loses)** anzugeben (**Muss-Kriterien**). Sowohl die Angabe des konkreten Ersatzgestellungsstandortes wie auch der Ersatzgestellungszeit sind Muss-Angaben, die gemeinsam Bewertungsgrundlage für das Zuschlagskriterium „Ersatzgestellung“ sind. Angebote ohne vom Bieter vollständig ausgefüllte[s] Eingabeformular Ersatzgestellung werden ausgeschieden.

Die angegebene Ersatzgestellungszeit ist durch (digitale oder analoge) Tachographenblätter nachzuweisen. Die Tachographenblätter sind dem Angebot als Beilage ./17 des jeweiligen Loses beizulegen. Der Auftraggeber behält sich ausdrücklich die Kontrolle der angegebenen Ersatzgestellungszeit vor.

[...]

3.7.2 Ersatzgestellungskonzept

Der künftige Auftragnehmer ist verpflichtet, bei Ausfall eines Fahrzeugs aufgrund eines technischen Gebrechens, Unfalls oder sonstiger Umstände umgehend ein Ersatzfahrzeug zum Einsatz zu bringen (so genannte „**Ersatzgestellung**“ gemäß **Punkt 8** der Leistungsvereinbarung [**Anlage ./1**]).

Der Bieter hat daher das bei der Leistungserbringung zum Einsatz kommende Ersatzgestellungskonzept in einem schriftlichen Konzept darzustellen. Die Darstellung des Ersatzgestellungskonzeptes hat sich ausschließlich auf den vom Standort des Ersatzfahrzeugs aus gesehen am weitesten entfernten Punkt einer Linie als Ersatzgestellungsort zu beziehen. Dabei ist auf folgende Aspekte jedenfalls Bedacht zu nehmen (**Mindestinhalte**):

- Beschreibung der organisatorischen und technischen **Maßnahmen** und **innerbetrieblichen Abläufe** (insbesondere unter Bedachtnahme auf folgende Punkte: Meldungsablauf einschließlich der Dienstzeiten des Disponenten; Zustand der Ersatzfahrzeuge; Verfügbarkeit der Fahrer der Ersatzfahrzeuge; Verständigung der Betriebsleitung, Entscheidung der Betriebsleitung; Information und Beauftragung des Fahrers des Ersatzbusses; Weg[-zeiten] zum Ersatzbus und Inbetriebnahme des Ersatzfahrzeugs);
- Beschreibung der **Abläufe** im Hinblick auf die angegebene **Vorbereitungszeit**;

- Angabe des(r) konkreten **Standorts(e) des(r) Ersatzfahrzeugs(e)** unter Angabe einer exakten Adresse;
- Vorlage einer **grafischen Darstellung** des Standorts der Ersatzfahrzeuge (Luftbild oder Kartenausschnitt samt Verortung durch Pfeil, Kreuz oder Kreis);
- im Falle der **Unterschreitung** der angenommenen Vorbereitungszeit: **detaillierte Begründung** der Unterschreitung.

Das schriftliche Konzept muss alle angeführten Aspekte (Mindestinhalte) enthalten. Die schriftliche Darstellung kann zur Veranschaulichung durch Visualisierungen ergänzt werden. Im Auftragsfall wird das schriftliche Konzept – nach einer allenfalls erforderlichen Überarbeitung – Bestandteil der Leistungsvereinbarung (als Anhang).

Die Vorlage eines schlüssigen Konzepts, dass alle Mindestinhalte abdeckt, ist zwingende Voraussetzung für die Auftragsvergabe (MUSS-Kriterium). Angebote ohne Konzept werden ausgeschieden.

Das schriftliche **Ersatzgestellungskonzept** ist dem Angebot als **Beilage ./15 des jeweiligen Loses** beizulegen. [...]"

[Hervorhebungen im Original]

93. Die Leistungsvereinbarung enthält ua folgende Bestimmungen (./2-NPV Ausschreibungsunterlagen, Anlage ./1 Leistungsvereinbarung):

„3 Leistungen des Auftragnehmers

Der AN hat auf den vertragsgegenständlichen Kraftfahrlinien [...] die öffentliche Personenbeförderung unter Einhaltung aller gesetzlichen und behördlichen Vorschriften [...] durchzuführen. Er ist verpflichtet, die Beförderungsleistungen vertragsgemäß, insbesondere entsprechend den in dieser Leistungsvereinbarung enthaltenen Qualitätsanforderungen (Pünktlichkeit, Anschlusssicherung, Fahrzeugzustand, Fahrgastinformation,..) zu erbringen.

[...]

Der AN bestätigt, alle in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Muss-Kriterien sowie die von ihm im Rahmen seines Angebots zugesicherten Leistungsmerkmale (insbesondere Zuschlagskriterium „Qualität“) einzuhalten.

[...]

8 Ersatzgestellung

Bei Ausfall eines Fahrzeugs aufgrund eines technischen Gebrechens, Unfalls oder sonstiger Umstände – auch wenn diese nicht vom AN zu vertreten sind – ist umgehend ein Ersatzfahrzeug (**Anhang ./2 der Anlage ./1,**) zum Einsatz zu bringen (siehe auch unten **Punkt 19.1**), dessen Einsatz unter Angabe des Grundes des Fahrzeugausfalls und der voraussichtlichen Einsatzdauer des Ersatzfahrzeugs umgehend schriftlich (E-Mail ausreichend) V. mitzuteilen ist. Beim Einsatz dieses Ersatzfahrzeugs muss ein ordnungsgemäßer Verkauf von Fahrausweisen gemäß den gültigen Tarifbestimmungen des V.[.] gewährleistet sein.

[...]

19 Vertragsstrafen

[...]

19.1 Vertragsstrafen bei mangelhafter Ersatzgestaltung

Der AN hat in den in **Punkt 8** Ersatzgestaltung bezeichneten Fällen durch geeignete organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass unverzüglich die entsprechenden Schritte zur ehestmöglichen Durchführung einer Ersatzgestaltung eingeleitet werden.

Kann nicht binnen längstens

- weniger als 45 Min. Los 1
- [...]

ab Eintritt eines Ersatzgestellungsfallendes wegen Ausfalls eines Fahrzeugs aufgrund eines technischen Gebrechens, Unfalls oder sonstiger Umstände, auch wenn diese vom AN nicht zu vertreten sind, ein adäquates (siehe **Punkt 7**) Ersatzfahrzeug am Vorfallsort bereitgestellt werden, so ist V. zur Geltendmachung einer Pönalzahlung in Höhe von **EUR 500,--** je Fahrzeug und Vorfall berechtigt. Für die Berechnung dieser Zeitspanne ist die Fahrplanzeit an jener Haltestelle des betroffenen Kurses maßgeblich, welche vom Ort des Geschehens aus fahrplanmäßig als nächste anzufahren gewesen wäre.

Eine Pönalzahlung in Höhe von **EUR 200,--** je Fahrzeug und Vorfall wird fällig, wenn die Ersatzgestaltung zwar binnen der genannten maximalen Zeitspanne, aber in einer die in **Punkt 3.6** der Ausschreibungsunterlage (Qualitätskriterium Ersatzgestaltung) vom AN verbindlich zugesicherte Dauer überschreitenden Zeit erfolgt.

Der AN hat die Ersatzgestaltung so vorzunehmen, dass die Mitnahme der am jeweiligen Vorfallsort wartenden Fahrgäste durch das Ersatzfahrzeug gewährleistet ist.

19.2 Vertragsstrafen bei von den Ausstattungsvorgaben des Anhanges ./2 der Anlagen ./1 „Busvorgaben“ der Ausschreibungsunterlage abweichendem Fahrzeugeinsatz oder sonst mangelhafter Fahrzeuge

*Wird vom AN, ohne zuvor diesbezüglich das Einvernehmen mit V. hergestellt zu haben, ein Fahrzeug [...] eingesetzt, das den Vorgaben des **Anhanges ./2 der Anlage ./1**, „Busvorgaben“ der Ausschreibungsunterlage und den in seinem Angebot vom AN zugesicherten Ausstattungsmerkmalen nicht entspricht, oder sind Ausstattungselemente nicht funktionstüchtig oder mangelhaft, so ist V. zur Verrechnung nachstehender Pönalzahlungen je Einsatztag eines solchen Fahrzeuges berechtigt:*

- [...]
- **EUR 500,--** je Fahrzeug und Tag für Abweichungen bei:
 - [...]
 - Mangelhafter Ersatzgestaltung ≥ 45 Min. Los 1
 - [...]"

94. Aufgrund entsprechender Fragen übermittelte die AG den Interessenten mehrere „Fragebeantwortungen“ (FAW). Außerdem traf sie in diesem Rahmen ergänzende Festlegungen und übermittelte die jeweils aufgezählten geänderten Dokumente:

- FAW1 vom 04.02.2014 (./6-NPV) – s sogleich;
- FAW2 vom 10.02.2014 (./7-NPV) – insb geänderte Leistungsvereinbarung Anlage ./1;
- FAW3 vom 14.02.2014 (./8-NPV) – insb geänderter Fahrplan 1.8 und geänderte Seiten 1-12 der Ausschreibungsunterlage;
- FAW4 vom 19.02.2014 (./9-NPV);
- FAW5 vom 21.02.2014 (./11-NPV) – insb geänderter Fahrplan (Anhang ./1 der Anlage ./1).

95. Im – mit der FAW1 vom 04.02.2014 (./6-NPV) übermittelten – „Eingabeformular Ersatzgestellung“ ist vorgesehen, dass zu den angebotenen Ersatzgestellungszeiten für jede Haltestelle einer Linie jeweils

- der Standort des Ersatzfahrzeugs und
- die Vorbereitungszeit,
- die Fahrzeit und
- die gesamte Ersatzgestellungszeit (= Vorbereitungszeit + Fahrzeit)

angegeben wird. Weitere Angaben sind nicht vorgesehen (./6-NPV, ./16 zur Ausschreibungsunterlage).

96. Mit der FAW1 vom 04.02.2014 teilte die AG den Bietern ua mit (./6-NPV, S 7 von 41):

„[...]

Darüber hinaus werden ergänzende Festlegungen getroffen und als Anlage zu dieser Fragenbeantwortung folgende geänderte Dokumente übersandt:

- [...]
- *Geänderte[s] Eingabeformular Ersatzgestellung (Beilage ./16);*

Die nachfolgenden Fragebeantwortungen, sonstigen Festlegung[en] und mit der 1. Fragenbeantwortung geänderten Dokumente (Anlagen und Beilagen) sind von den Bietern bzw. Bietergemeinschaften bei der Erstellung der Angebote zwingend zu berücksichtigen. Alle übrigen Beilagen und Anlagen der Ausschreibungsunterlagen gelten unverändert bzw. im Sinne dieser 1. Fragenbeantwortung.

[...]

1.14. Zu Punkt 3.7.1 der Ausschreibungsunterlage

Es könnten je nach Verkehrslage unterschiedliche Zeiten benötigt werden. Kann hier der jeweils geringste Wert (ohne Stau) angegeben werden?

Antwort: *Es sind von allen Bietern die Werte in der **Nebenverkehrszeit Montag bis Freitag (9:00 – 15:00), wenn Werktag** anzugeben. Der AG behält sich eine **Prüfung in diesem Zeitfenster (Mo-Fr) durch einen unabhängigen SV vor und die Zeiten werden gegebenenfalls der Angebotsbewertung zu Grunde gelegt.***“

5 Angebot der ASt

97. Die ASt legte das Angebot ./13c-NPV. Feststellungen zum Angebot der ASt werden im Zusammenhang mit der Angebotsprüfung durch die AG getroffen.

6 Angebot der mbP

98. Die mbP legte das Angebot ./13b-NPV und legte ua folg Dokumente vor:
- Patronatserklärung der K., mit der diese sich gegenüber der AG verpflichtet, uneingeschränkt dafür Sorge zu tragen, dass die mbP im Fall der Zuschlagserteilung (ua) im Los 1 finanziell bzw wirtschaftlich / technisch so ausgestattet wird, dass sie stets in der Lage ist, alle daraus erwachsenden Verpflichtungen vollständig und pünktlich zu erfüllen (Beilage ./5);
 - Patronatserklärung der F., mit der diese sich gegenüber der AG verpflichtet, uneingeschränkt dafür Sorge zu tragen, dass die mbP im Fall der Zuschlagserteilung (ua) im Los 1 finanziell bzw wirtschaftlich / technisch so ausgestattet wird, dass sie stets in der Lage ist, alle daraus erwachsenden Verpflichtungen vollständig und pünktlich zu erfüllen (Beilage ./5);
 - Erklärung über die Personalausstattung/Verkehrsleiter (Beilage ./9);
daraus ergibt sich insb, dass
 - die mbP selbst im jährlichen Mittel 2011-2013 jeweils weniger als 35 Mitarbeiter beschäftigte, von denen jeweils weniger als 33 befugt waren, einen Autobus zu lenken,
 - das mit der mbP verbundene Unternehmen F. im jährlichen Mittel 2011-2013 jeweils deutlich mehr als 35 Mitarbeiter beschäftigte, von denen jeweils deutlich mehr als 33 befugt waren, einen Autobus zu lenken, und
 - das mit der mbP verbundene Unternehmen K. im jährlichen Mittel 2011-2013 jeweils deutlich mehr als 35 Mitarbeiter beschäftigte,

von denen jeweils deutlich mehr als 33 befugt waren, einen Autobus zu lenken.

- Erklärung über die Fuhrparkausstattung (Beilage ./10); daraus ergibt sich insb, dass die mbP, K. und F. 2011-2013 jeweils über deutlich mehr als 22 für den Kraftfahrlinienregionalverkehr geeignete Standardlinienbusse verfügten.

99. Weitere Feststellungen zum Angebot der mbP werden im Zusammenhang mit der Angebotsprüfung durch die AG getroffen.

7 Angebotsprüfung – Ersatzgestellung

100. Die ASt brachte – wie schon im vorausgegangenen Verfahren VGW-123/066/27276/2014 – vor, ihr Angebot und jenes der mbP seien im Zuschlagskriterium Ersatzgestellung falsch bewertet worden. Daher ist zu untersuchen, wie die AG bei Prüfung und Bewertung der beiden Angebote im Kriterium Ersatzgestellung vorgegangen ist.

7.1 Vorbereitungszeit

101. Die AG ging in der Ausschreibungsunterlage von mindestens 15 Min Vorbereitungszeit aus (s ./2-NPV Ausschreibungsunterlage 3.7.1, Seite 46 von 50). Diese Dauer ergab sich aus den notwendigen Vorbereitungshandlungen, insbesondere aus der Zeit, die erforderlich ist, um das Ersatzfahrzeug betriebstauglich zu machen und zu prüfen (zB Druckluftaufbau bei den Bremsen). Werden die Ersatzfahrzeuge schon bei Betriebsbeginn betriebsbereit gemacht und dann während der Betriebsdauer bereitgehalten, können wesentlich kürzere Vorbereitungszeiten erzielt werden (VGW-123/066/27276/2014, ON41, 2 und ON42, 1f).
102. Die ASt und die mbP boten für alle Ersatzgestellungsstrecken *sehr viel* kürzere Vorbereitungszeiten an (./13b-NPV, Beilage ./16 für Los 1; ./13c-NPV, Beilage ./16-1).

103. In der im Anschluss an das Verfahren VGW-123/066/27276/2014 fortgesetzten Angebotsprüfung erteilten ASt und mbP auf entspr Aufforderung der AG ausführlich Auskunft zum Zustandekommen dieser Vorbereitungszeiten, insb zu konkreten Vorgehensweisen bei (./31a-NPV; ./31b-NPV)
- Alarmierung des Lenkers des Ersatzfahrzeuges bei Fahrzeugausfall;
 - Dienstzeiten der für die Ersatzgestellung eingesetzten Disponenten;
 - Dauer von Alarmierung bis Abfahrt des Ersatzfahrzeuges;
 - Wegzeit des Lenkers zum Ersatzfahrzeug;
 - Dauer der Inbetriebnahme des Ersatzfahrzeuges;
 - Uhrzeit, ab der an den Ersatzgestellungsstandorten abfahrtsbereite Ersatzbusse und Lenker zur Verfügung stehen;
 - Transport der Ersatzfahrzeuge und Lenker zu den Ersatzgestellungsstandorten;
 - Zahl der für die Ersatzgestellung eingesetzten Fahrzeuge und Wechsel der Fahrzeuge während der Betriebszeit;
 - Zahl der für die Ersatzgestellung eingesetzten Lenker und Wechsel der Lenker während der Betriebszeit;
 - Aufenthalt der Lenker der Ersatzfahrzeuge;
 - Sicherstellung der ständigen Verfügbarkeit/Einsatzbereitschaft der Lenker und Ruhepausen sowie Übernahme der Bereitschaft in Pausenzeiten.

7.2 Prüfung der Fahrzeit – Google Maps, Bus-Aufschlag und Probefahrten

104. Die AG ging bei der Prüfung der angebotenen Ersatzgestellungszeiten neuerlich nach einem dreistufigen Prüfungsschema vor. Dabei wurde – im Vergleich zum vorangegangenen Verfahren – in Schritt 2 modifiziert, woraus sich auch Auswirkungen für den neu durchgeführten Schritt 3 ergaben (./39-NPV):

105. Die Fahrzeit wurde zunächst mit dem im Internet jedermann frei zugänglichen elektronischen Routenplaner Google Maps geprüft (./39-NPV; VGW-123/066/27276/2014, ON41 und ON42; Schritt 1).
106. Dieser Routenplaner legt seinen Berechnungen die Annahme zu Grunde, dass mit einem normalen Pkw gefahren wird (VGW-123/066/27276/2014, ./δ = <https://maps.google.at>; ./25-NPV, S1). Vor diesem Hintergrund holte die AG in der im Anschluss an das Verfahren VGW-123/066/27276/2014 fortgesetzten Angebotsprüfung eine gutachterliche Stellungnahme zur Frage ein, ob ein [Bus-Aufschlag/] *„Zuschlag von 2 Minuten bei einer Fahrzeit zwischen 15 und 20 Minuten auf das jeweilige Routingergebnis von Google für die „Nettofahrzeiten“ als Näherung für eine plausible Busfahrzeit allgemein als Richtwert in unseren Prüfverfahren verwendet werden kann und ob dieser Wert aufgrund der allgemeinen Verteilung der Haltestellen und des Straßennetzes in den unterschiedlichen Ausprägungen in der gesamten Ostregion (ausgenommen Wien) angewendet werden kann“* (./32-NPV; ./39-NPV).
107. Die gutachterliche Stellungnahme kam insb zu folgenden Schlussfolgerungen (./32-NPV, S13):
- Die gestellte Frage (s soeben) sei zu bejahen.
 - Bei einer Fahrzeit von 15 Minuten gemäß Google-Routing Pkw ergebe sich (unabhängig von den betroffenen Straßenkategorien) ein Zuschlag von 2,16 Min, bei Außerachtlassung extrem abweichender Datensätze 1,87 Min.
 - Für 20 Minuten liege dieser Wert bei 3,37 bzw 3,35 Min.
 - Diese Werte könnten statistisch nach oben oder unten abweichen.
108. Vor diesem Hintergrund ging wurde dem mit Google Maps ermittelten Ergebnis für alle angebotenen Ersatzgestellungsstrecken ein Aufschlag von 2 Min hinzugerechnet, der den Unterschied zwischen der Fahrt mit dem Pkw (wovon Google Maps ausgeht) und dem Bus abbilden sollte (./39-NPV; Bus-Aufschlag; Schritt 2).
109. Ergab sich innerhalb einer Linie aus Vorbereitungszeit, Fahrzeit laut Google Maps und Bus-Aufschlag eine Ersatzgestellungszeit von insgesamt zumindest 20 Minuten, wurde eine Probefahrt mit einem Sachverständigen

durchgeführt. Ergaben sich innerhalb einer Linie mehrere Ersatzgestellungsstrecken mit einer Ersatzgestellungszeit von zumindest 20 Minuten, so wurde die Probefahrt zumindest auf jener Strecke durchgeführt, für die die längste Ersatzgestellungszeit errechnet worden war (./39-NPV; Schritt 3).

110. Im vorgelegten Vergabeakt ist dieser Vorgang zusammen mit den Ergebnissen der durchgeführten Probefahrten in ./39-NPV dokumentiert.

7.3 Probefahrten

111. Am 04.09.2014 und am 05.09.2014 wurden schließlich unter Aufsicht eines allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für Verkehrssicherheit, Autoreparatur und Havarieschäden Probefahrten auf jenen Ersatzgestellungsstrecken durchgeführt, die nach der eben beschriebenen Methode in Schritt 1 und 2 ausgewählt worden waren (./39-NPV; ./34-NPV). Dabei wurden jeweils Fahrzeuge verwendet, die den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen (./2-NPV, Anlage ./1 Leistungsvereinbarung, Anhang ./2 Busvorgaben inkl Übergangsregelung) entsprachen (./34-NPV, S4 und S16). Der Sachverständige überwachte, ob die Bestimmungen der StVO eingehalten wurden (./34-NPV, S5 und S16).
112. Bei *allen* durchgeführten Probefahrten wurde die zuvor aus Google Maps und dem Bus-Aufschlag errechnete Ersatzgestellungszeit deutlich unterboten (./39-NPV).
113. Die Ergebnisse wurden in den Aktenstücken ./34-NPV, ./39-NPV und in den mit ON42 übergebenen Videoaufzeichnungen dokumentiert.

7.3.1 Probefahrten – Ersatzgestellungsrouten der ASt am 04.09.2013

114. Im Gutachten ./34-NPV wurde für alle Probefahrten
- (zumindest) gute Sicht,
 - trockene aktive Fahrbahn und

- durchschnittliches Verkehrsaufkommen, das für das vorgegebene Zeitfenster (Montag bis Freitag 9.00-15.00) als Regelfall anzusehen ist, festgestellt.
115. *Fahrt 1* – Linie 1.4 nach Haltestelle (HS) Z. Hu. und (ohne Halt weiter) nach HS Z. En. (./34-NPV, S6ff):
- Die Probefahrt ergab für die beiden betroffenen Ersatzgestellungsrouten eine Ersatzgestellungszeit von weniger als 20 Min.
 - Der Sachverständige stellte keine Verstöße gegen die StVO fest.
 - Der Sachverständige stellte eine flotte Fahrweise und stärkere Betriebsbremsungen fest.
116. *Fahrt 2* – Linie 1.2 und 1.3 nach HS L. Schmiede (./34-NPV, S10f):
- Die Probefahrt ergab eine Ersatzgestellungszeit von mehr als 20 Min.
 - Der Sachverständige stellte keine Verstöße gegen die StVO fest.
 - Der Sachverständige stellte eine sehr flotte (grenzwertige) Fahrweise fest.
 - Über eine Distanz von 1,227 km musste aufgrund eines Pkw mit Anhänger mit auf 51,36 km/h reduzierter Geschwindigkeit statt mit der erlaubten Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h gefahren werden (ON1, 10f und ./5).
 - Der Pkw mit Anhänger wurde schließlich überholt, während er unmittelbar vor einer Unterführung nach rechts auf eine andere Straße abbog. Dabei wurde – unmittelbar vor der Unterführung – auf die Gegenfahrbahn gewechselt. Die Sicht auf den Gegenverkehr war bei diesem Manöver durch die Unterführung und zusätzlich durch die unmittelbar nach der Unterführung befindliche Rechtskurve eingeschränkt (ON14 – DVD mit Aufzeichnung der Probefahrten, Fahrt 2 bei Abspielzeit 5:40).
117. *Fahrt 3* – Linie 1.8 nach HS Od. bei A. Ra. (./34-NPV, S12f):
- Die Probefahrt ergab eine Ersatzgestellungszeit von weniger als 20 Min, dies unter Berücksichtigung einer Zeitkorrektur von 90 Sek wegen

einer 1,2 km langen Baustelle mit Geschwindigkeitsbeschränkung auf 30 km/h.

- Der Sachverständige stellte keine Verstöße gegen die StVO fest.
- Der Sachverständige stellte eine flotte Fahrweise fest.

118. *Fahrt 4* – Linie 1.8 von HS Od. bei A. H., entgegen der eigentlichen Fahrtrichtung (./34-NPV, S14f):

- Die Probefahrt ergab eine Ersatzgestellungszeit von mehr als 20 Min.
- Der Sachverständige stellte keine Verstöße gegen die StVO fest.
- Der Sachverständige stellte sehr flotte/grenzwertige Fahrweise fest.
- Der Sachverständige stellte fest, die geänderte Fahrtrichtung hätte aufgrund gleicher Topografie der Strecke keine Änderung der Fahrzeit bewirkt.
- Über eine Distanz von 1,208 km musste aufgrund eines Mopeds mit auf 48,86 km/h reduzierter Geschwindigkeit statt mit der erlaubten Höchstgeschwindigkeit (80 km/h) gefahren werden (ON1, 11f und ./5).

7.3.2 Ergebnisse der Probefahrten – Ersatzgestellungsrouten der mbP

119. Für alle Probefahrten wurden

- (zumindest) gute Sicht,
- trockene aktive Fahrbahn (eine Ausnahme: Fahrt 1) und
- durchschnittliches Verkehrsaufkommen, das für das vorgegebene Zeitfenster (Montag bis Freitag 9.00-15.00) als Regelfall anzusehen ist, festgestellt.

120. *Fahrt 1* Linie 1.1 nach HS RI. (./34-NPV, S17f):

- Die Probefahrt ergab eine Ersatzgestellungszeit von weniger als 20 Min.
- Der Sachverständige stellte keine Verstöße gegen die StVO fest.
- Der Sachverständige stellte eine kontrollierte und für die Strecke angemessene Fahrweise fest.

121. *Fahrt 2* – Linie 1.5 von HS W. Si.; entgegen der eigentlichen Fahrtrichtung (./34-NPV, S17ff):
- Die Probefahrt ergab eine Ersatzgestellungszeit von weniger als 20 Min.
 - Der Sachverständige stellte keine Verstöße gegen die StVO fest.
 - Der Sachverständige stellte eine kontrollierte und für die Strecke angemessene Fahrweise fest.
 - Der Sachverständige stellte fest, die geänderte Fahrtrichtung hätte aufgrund gleicher Topografie der Strecke keine Änderung der Fahrzeit bewirkt.
122. *Fahrt 3* – Linie 1.5 von HS W. Ortsmitte; entgegen der eigentlichen Fahrtrichtung (./34-NPV, S22f):
- Die Probefahrt ergab eine Ersatzgestellungszeit von weniger als 20 Min.
 - Der Sachverständige stellte keine Verstöße gegen die StVO fest.
 - Der Sachverständige stellte eine kontrollierte und für die Strecke angemessene Fahrweise fest.
 - Der Sachverständige stellte fest, die geänderte Fahrtrichtung hätte aufgrund gleicher Topografie der Strecke keine Änderung der Fahrzeit bewirkt.
123. *Fahrt 4* – Linie 1.8 von HS As. Eg. Güterweg; entgegen der eigentlichen Fahrtrichtung (./34-NPV, S24f):
- Die Probefahrt ergab eine Ersatzgestellungszeit von weniger als 20 Min, dies auch ohne Berücksichtigung einer Zeitkorrektur von 90 Sek wegen einer 1,2 km langen Baustelle mit 30 km/h-Beschränkung.
 - Der Sachverständige stellte keine Verstöße gegen die StVO fest.
 - Der Sachverständige stellte eine kontrollierte und für die Strecke angemessene Fahrweise fest.
 - Der Sachverständige stellte fest, die geänderte Fahrtrichtung hätte aufgrund gleicher Topografie der Strecke keine Änderung der Fahrzeit bewirkt.
124. *Fahrt 5* – Linie 1.8 nach HS As. Abzw Ne. (./34-NPV, S26f):

- Die Probefahrt ergab eine Ersatzgestellungszeit von weniger als 20 Min, dies auch ohne Berücksichtigung einer Zeitkorrektur von 90 Sek wegen einer 1,2 km langen Baustelle mit 30 km/h-Beschränkung.
- Der Sachverständige stellte keine Verstöße gegen die StVO fest.
- Der Sachverständige stellte eine kontrollierte und für die Strecke angemessene Fahrweise fest.

8 Wesentliche Schritte des Vergabeverfahrens

125. Die Angebotsöffnung erfolgte am 27.02.2014, 10.45 (./12-NPV).
126. Auf entsprechende Aufklärungsersuchen der AG vom 15.04.2014 (./14-NPV) machten ua die ASt und die mbP die Nachreichungen ./17-NPV.
127. Mit Schreiben vom 16.05.2014 teilte die AG mit, sie beabsichtige, den Zuschlag in Los 1 der mbP erteilen (./19-NPV).
128. Mit Schreiben vom 19.05.2014 ersuchte die ASt um (./20-NPV) Rücknahme der Zuschlagsentscheidung zu Los 1, Übermittlung weiterführender Dokumentationen zur Prüfung und Bewertung durch die AG und Bekanntgabe der Standorte der mbP in Los 1.
129. Mit Schreiben vom 21.05.2014 nahm die AG die Zuschlagsentscheidung zu Los 1 vom 19.05.2014 zurück, um die Angebotsprüfung fortzusetzen (./21-NPV).
130. Mit Schreiben vom 26.05.2014 ersuchte die AG die ASt um umfangreiche Informationen zur Ersatzgestellung (./22-NPV). Am 28.05.2014 übermittelte die ASt dazu die Nachreichung vom selben Tag (./24-NPV; ./23-NPV).
131. Am 12.06.2014 teilte die AG der ASt per Fax mit, sie beabsichtige den Zuschlag zu Los 1 der mbP zu erteilen. Die Vergabesumme betrage € 10 096 596,56 exkl USt.
132. Dagegen richtete sich der Nachprüfungsantrag der ASt vom 23.06.2014.
133. Mit dem Erkenntnis VGW-123/066/27276/2014-53 vom 29.08.2014 erklärte das Verwaltungsgericht Wien (VwG Wien) die mit Schreiben vom 12.06.2014 mitgeteilte, auf die mbP lautende Zuschlagsentscheidung der

AG im Vergabeverfahren „Buskonzept Linienverkehr S./Los 1“ mit einer Vergabesumme von € 10 096 596,56 (exkl USt) für nichtig.

134. Die AG setzte daraufhin die Angebotsprüfung fort:

- Die AG forderte die ASt und die mbP zu weiteren Aufklärungen auf. Dementsprechend übermittelten die ASt und die mbP weitere Aufklärungen zu ./31 und ./38.
- Die AG holte eine gutachterliche Stellungnahme zur Frage ein, *„ob ein Zuschlag von 2 Minuten bei einer Fahrzeit zwischen 15 und 20 Minuten auf das jeweilige Ergebnis von Google für die „Nettofahrzeiten“ als Näherung für eine plausible Busfahrzeit allgemein als Richtwert in unserem Prüfverfahren verwendet werden kann ob dieser Wert aufgrund der allgemeinen Verteilung der Haltestellen und des Straßennetzes in den unterschiedlichen Ausprägungen in der gesamten Ostregion (ausgenommen Wien) angewendet werden kann.“* (./32-NPV)
- Die ASt brachte umfassend zu den durchgeführten Probefahrten und den dabei aufgetretenen Verzögerungen vor (./33-NPV).
- Am 04.09.2014 und 05.09.2014 wurden Probefahrten auf ausgewählten Ersatzgestellungsrouten der ASt und der mbP durchgeführt (./34-NPV).
- Die fortgesetzte Prüfung der Angebote wurde insb in ./39-NPV dokumentiert.

135. Am 15.10.2014 teilte die AG der ASt per Fax mit, sie beabsichtige den Zuschlag zu Los 1 der mbP zu erteilen. Die Vergabesumme betrage € 10 096 596,56 exkl USt. Aus dieser Mitteilung ergibt sich insb, dass die Angebote der ASt und der mbP sehr knapp beieinander liegen (./40-NPV, Registerblatt „Postbus“): Würde im Zuschlagskriterium Ersatzgestellung

- entweder das Angebot der ASt die nächsthöhere Bewertung erhalten
- oder das Angebot der mbP die nächstniedrigere Bewertung erhalten, so erhielte die ASt statt der mbP den Zuschlag.

136. Am 27.10.2014 brachte die ASt die verfahrenseinleitenden Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zu Los 1 vom 15.10.2014 und einstweilige Verfügung (= EV) beim VwG Wien ein (ON1, 1). Für diesen

Antrag entrichtete sie am selben Tag € 15 600,-- Pauschalgebühr (ON1, ./7).

9 *Einstweilige Verfügung*

137. Das VwG Wien untersagte mit EV vom 03.11.2014 die Zuschlagserteilung bis zur Beendigung des Nachprüfungsverfahrens (VGW-123/V/066/32463/2014-1).

IV. Beweiswürdigung:

138. Diese Feststellungen gründen sich auf die jeweils angeführten, im Ergebnis unwidersprochenen Beweismittel. Da das tatsächliche Vorbringen der Parteien und die vorliegenden Beweisergebnisse in ihren wesentlichen Punkten übereinstimmen, konnten sie den Feststellungen zugrunde gelegt werden. Nicht übereinstimmend war das Vorbringen der Parteien im Hinblick auf die Interpretation mehrerer Sachverhaltselemente und die Notwendigkeit weiterer Feststellungen. Auf diese unterschiedlichen Auffassungen ist in der rechtlichen Beurteilung (V.) Bedacht zu nehmen.

139. Es liegen keine Beweisergebnisse vor, die den Feststellungen widersprechen oder Anlass geben zu vermuten, eine weitere Beweisaufnahme hätte zu anderen Beweisergebnissen geführt. Auch das von der ASt beantragte Sachverständigengutachten aus dem Bereich des Verkehrs und der Fahrzeugtechnik, mit dem die Plausibilität der Ersatzstellungszeiten der ASt und der mbP durch entsprechende Probefahrten überprüft wurde, war im Hinblick auf die in der rechtlichen Beurteilung (V.) erörterten eindeutigen Ergebnisse zu den durchgeführten Probefahrten nicht erforderlich.

140. Soweit die Ergebnisse des vorangegangenen Verfahrens VWG-123/066/27276/2014 in der MV verlesen wurden (ON32, 2), kann der erkennende Senat sich auch auf diese stützen.

V. Rechtliche Beurteilung:

141. Die maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen sehen vor:

142. WVRG 2014:

§ 2 (4) Das Verwaltungsgericht Wien entscheidet in Nichtigerklärungsverfahren und Feststellungsverfahren durch Senate. Entscheidungen über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen und gesonderte Entscheidungen über den Gebührenersatz in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren sowie Entscheidungen über Zeuginnen- oder Zeugen- und Sachverständigengebühren erfolgen durch Einzelrichterinnen oder Einzelrichter.

[...]

§ 7 (2) Bis zur Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung ist das Verwaltungsgericht Wien zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

[...]

2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (§ 24) geltend gemachten Beschwerdepunkte.

[...]

§ 15 (1) Für Anträge gemäß den §§ 20 Abs. 1, 28 und 33 Abs. 1 und 2 hat die Antragstellerin oder der Antragsteller jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten.

[...]

(3) Für Anträge gemäß § 28 beträgt die Gebühr die Hälfte des ausgewiesenen Gebührensatzes.

(4) Hat dieselbe Antragstellerin oder derselbe Antragsteller das Verwaltungsgericht Wien im selben Vergabeverfahren bereits einmal mit einem Antrag auf Nichtigerklärung oder auf Feststellung befasst, so beträgt die Gebühr jedes folgenden Antrages auf Nichtigerklärung oder auf Feststellung 80 Prozent des festgesetzten Gebührensatzes.

(5) Bezieht sich der Antrag lediglich auf die Vergabe eines Loses, dessen geschätzter Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert gemäß den §§ 12 oder 180 BVergG 2006 nicht erreicht, so ist lediglich die Pauschalgebühr für das dem Los entsprechende Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich (§ 12 Abs 3 oder § 180 Abs 3 BVergG 2006) zu entrichten. Dies gilt auch für die Vergabe von Losen im Vergabeverfahren nach dem BVergGVS 2012.

[...]

§ 16 (1) Die oder der vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin oder Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 15 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber. Die

Antragstellerin oder der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 15 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber, wenn sie oder er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt (§ 21) wird.

[...]

§ 20 (1) Eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, kann die Nichtigklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (§ 2 Z 16 lit. a BVergG 2006) der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr oder ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Dem Antrag auf Nichtigklärung kommt keine aufschiebende Wirkung für das betreffende Verfahren zur Vergabe von Aufträgen zu. Nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen (§ 2 Z 16 lit. b BVergG 2006) können nur gemeinsam mit der ihnen jeweils nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung angefochten werden. Dies gilt in gleicher Weise für Nichtigklärungsverfahren betreffend die Vergabe von Aufträgen nach dem BVergGVS 2012.

[...]

§ 22 (2) Parteien des Nichtigklärungsverfahrens sind ferner jene Unternehmerinnen oder Unternehmer, die durch die von der Antragstellerin oder vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können (mitbeteiligte Parteien); insbesondere ist im Falle der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung die für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieterin oder der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter Partei des Nichtigklärungsverfahrens

[...]

§ 23 (1) Ein Antrag gemäß § 20 Abs. 1 hat jedenfalls zu enthalten;

1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens und der angefochtenen Entscheidung
2. die genaue Bezeichnung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers und der Antragstellerin oder des Antragstellers, jeweils einschließlich deren Faxnummer oder elektronischer Adresse,
3. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes einschließlich des Interesses am Vertragsabschluss,
4. Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für die Antragstellerin oder den Antragsteller,
5. die bestimmte Bezeichnung des Rechts, in dem sich die Antragstellerin oder der Antragsteller als verletzt erachtet,
6. die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt,
7. einen Antrag auf Nichtigklärung der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung,

8. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde, und

9. im Fall eines Antrags auf Nichtigkeitklärung einer Zuschlagsentscheidung, die Zuschlagsempfängerin oder den Zuschlagsempfänger mit Anschrift und – so weit vorhanden – Faxnummer oder elektronischer Adresse.

[...]

§ 24 (1) Anträge auf Nichtigkeitklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung sind bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung.

[...]

§ 26 (1) Das Verwaltungsgericht Wien hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung einer Auftraggeberin oder eines Auftraggebers als nichtig zu erklären, wenn

1. die Entscheidung oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung die Antragstellerin oder den Antragsteller in dem geltend gemachten Recht verletzt und
2. für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

143. Wiener Vergabe-Pauschalgebührenverordnung – WVPVO:

§ 1 Für die Anträge gemäß §§ 20 Abs. 1 und 33 Abs. 1 und 2 des WVRG 2007 hat die Antragstellerin oder der Antragsteller nach Maßgabe der Bestimmungen dieser Verordnung sowie der Bestimmungen des WVRG 2007 jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten:

[...]

Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Oberschwellenbereich 2 000 €

§ 2 (2) Wenn der geschätzte Auftragswert bzw. der Auftragswert den Schwellenwert (§§ 12 Abs. 1 und 2 und 180 Abs. 1 und 2 BVergG 2006 und § 10 Abs. 1 BVergGVS 2012) um mehr als das 20fache übersteigt, so beträgt die zu entrichtende Pauschalgebühr das 6fache der jeweils gemäß § 1 festgesetzten Gebühr.

[...]

(4) Bezieht sich der Antrag lediglich auf die Vergabe eines Loses, so richtet sich die Höhe der Pauschalgebühr gemäß den Abs. 1 und 2 nach dem geschätzten Auftragswert bzw. dem Auftragswert des Loses.

144. BVergG:

§ 2 Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

16. Entscheidung ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren.

a) Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen:

aa) im offenen Verfahren: die Ausschreibung; sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;

[...]

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

[...]

§ 76 Zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis kann sich ein Unternehmer für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass

ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

[...]

§ 123 (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

(2) Bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, ist im Einzelnen zu prüfen,

1. ob den in § 19 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;
2. nach Maßgabe des § 70 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. – bei der Weitergabe von Leistungen – der namhaft gemachten Subunternehmer;
3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist;
4. die Angemessenheit der Preise;
5. ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

145. AVG:

§ 32 (1) Bei der Berechnung von Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, wird der Tag nicht mitgerechnet, in den der Zeitpunkt oder das Ereignis fällt, wonach sich der Anfang der Frist richten soll.

[...]

§ 33 (2) Fällt das Ende einer Frist auf einen Samstag, Sonntag, gesetzlichen Feiertag, Karfreitag oder 24. Dezember, so ist der nächste Tag, der nicht einer der vorgenannten Tage ist, als letzter Tag der Frist anzusehen.

146. B-VG:

Art 133 (4) Gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Hat das Erkenntnis nur eine geringe Geldstrafe zum Gegenstand, kann durch Bundesgesetz vorgesehen werden, dass die Revision unzulässig ist.

147. VwGG:

§ 25a (1) Das Verwaltungsgericht hat im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

10 Zuständigkeit und gesondert anfechtbare Entscheidung

148. Die Zuständigkeit des VwG Wien gründet sich auf §§ 7 Abs 2 Z 2 WVRG 2014, die Senatsbesetzung auf § 2 Abs 4 WVRG 2014.
149. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung (§ 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG).

11 Rechtzeitigkeit, Pauschalgebühren und Inhaltserfordernisse

150. Der Antrag wurde am 27.10.2014 eingebracht, also am zwölften Tag nach der am 15.10.2014 per Fax erfolgten Mitteilung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung. Er war dennoch rechtzeitig, weil der zehnte und elfte Tag, 25. und 26.10.2014, ein Samstag und ein Sonntag waren, sodass die Frist erst am nächsten Arbeitstag, also am 27.10.2014 endete (§ 24 Abs 1 WVRG 2014 iVm §§ 32 Abs 1 und 33 Abs 2 AVG).
151. Die Anträge betreffen ein Los eines Dienstleistungsauftrags. Im Hinblick auf die dem betroffenen Los zuzuordnende Vergabesumme von € 10 096 596,56 exkl USt ist eine erhöhte Pauschalgebühr vorzuschreiben (§ 2 Abs 1, 2 und 4 WVPVO). Allerdings hatte die ASt das Verwaltungsgericht Wien schon einmal mit einem Antrag auf Nichtigerklärung in diesem Vergabeverfahren befasst (VGW-123/066/27276/2014), sodass die Gebühr für den aktuellen Antrag auf Nichtigerklärung 80 % des festgesetzten Gebührensatzes beträgt (§ 15 Abs 4 WVRG 2014). Für die von der ASt gestellten Anträge war daher eine erhöhte Pauschalgebühr von € 15 600,-- zu entrichten (§ 15 Abs 1 WVRG 2014), nämlich
- € 9 600,-- für den Antrag auf Nichtigerklärung (§§ 1 letzter Gebührensatz iVm 2 Abs 2 WVPVO und § 15 Abs 4 WVRG 2014) und
 - € 6 000,-- für den Antrag auf einstweilige Verfügung (§ 15 Abs 3 WVRG 2014; die für den Antrag auf einstweilige Verfügung zu

entrichtende Pauschalgebühr ist nicht 80 % herabzusetzen – § 15 Abs 4 WVRG 2014 – arg „beträgt die Gebühr jedes folgenden Antrags auf Nichtigklärung oder auf Feststellung“ e contrario).

152. Der Antrag entsprach den Erfordernissen nach §§ 23 Abs 1 WVRG 2014. Die ASt hat auch die behauptete Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung und den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt.

12 Antragslegitimation

153. § 20 Abs 1 WVRG 2014 legt grundlegende Voraussetzungen der Antragslegitimation fest: jeder Unternehmer kann die Nichtigklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen deren Rechtswidrigkeit beantragen, sofern
- er ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG unterliegenden Vertrages behauptet und
 - ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.
154. Beide Voraussetzungen sind darauf gerichtet, den Zweck des Nachprüfungsverfahrens sicherzustellen. Dieser liegt in der Durchsetzung subjektiver Rechte der Bewerber und Bieter, nicht aber in der Kontrolle der objektive Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens (vgl zum im wesentlichen inhaltsgleichen § 320 Abs 1 BVergG *Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht*³ [2010] Rz1770).
155. Das Interesse am Vertragsabschluss ist vom ASt plausibel darzulegen. Unzulässig sind nur jene Anträge, die offenkundig ohne subjektiv-vergaberechtlichen Bezug des ASt zu einem Vergabeverfahren gestellt werden, dh bei denen dem ASt aus der Vergabeentscheidung keinesfalls ein Schaden erwachsen kann. Ein Interesse am Vertragsabschluss ist dann gegeben, wenn sich ein Unternehmer an einem Vergabeverfahren beteiligt hat oder beteiligen will (vgl zum im Wesentlichen inhaltsgleichen § 320 Abs 1 BVergG *Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht*³ [2010] Rz1773f).

156. Das Interesse der ASt, den Auftrag zu erhalten, ergibt sich eindeutig schon aus ihrer Geschäftstätigkeit im Bereich der auch hier ausgeschriebenen Personenbeförderungsdienstleistungen und ihrer Teilnahme am Vergabeverfahren.
157. Ähnliches gilt für die zweite Voraussetzung der Antragslegitimation, den eingetretenen oder drohenden Schaden. Der Begriff des Schadens ist weit auszulegen und nicht auf reine Vermögensschäden beschränkt. Er erfasst alle Nachteile, die aus der Beeinträchtigung der Möglichkeit resultieren, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten. In diesem Sinne gelten zB die Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren, der durch den Verlust des Auftrags entgehende Gewinn und der mögliche Verlust eines wichtigen Referenzprojektes als relevanter Schaden (vgl zum im Wesentlichen inhaltsgleichen § 320 Abs 1 BVergG *Walther/Hauck in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz1783).
158. Es ist offensichtlich, dass der ASt gerade solche Schäden drohen, wenn sie im Vergabeverfahren nicht zum Zug kommen sollte.
159. Aus diesen Gründen geht der erkennende Senat davon aus, dass die Antragslegitimation der ASt besteht.

13 Parteistellung der mbP

160. Die Parteistellung der mbP ergibt sich aus § 22 Abs 2 WVRG 2014.

14 Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

161. Die ASt beantragte – wie schon im vorangegangenen Verfahren VGW-123/066/27276/2014 – Akteneinsicht insb auch in jene Aktenstücke, die die Ersatzstellungszeiten der mbP betreffen (ON1, 17ff; ON20, 8f).
162. Die mbP beantragte, jene Aktenbestandteile von der Akteneinsicht durch die ASt auszunehmen, die das Angebot der mbP betreffen und/oder die Informationen zu den Ersatzstellungsstandorten, -strecken und -fahrzeiten der mbP enthalten (ON14, 16).

163. Zunächst ist festzuhalten, dass die Angebote der Bieter gegenüber den Mitbewerbern grundsätzlich vertraulich zu behandeln sind.
164. Im Ergebnis bestehen unterschiedliche Auffassungen darüber, ob die Ersatzgestellungsstandorte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind und deren Kenntnis für wirksamen Rechtsschutz notwendig ist.
165. Die Höchstgerichte haben dazu insb folgende Grundsätze festgelegt:
- Die Nachprüfungsinstanz muss die Vertraulichkeit und das Recht auf Wahrung der Geschäftsgeheimnisse im Hinblick auf den Inhalt der ihr von den Verfahrensbeteiligten, ua vom öffentlichen Auftraggeber, übergebenen Unterlagen gewährleisten, wobei sie Kenntnis von solchen Angaben haben und diese berücksichtigen darf. Es ist Sache der Nachprüfungsinstanz zu entscheiden, inwieweit und nach welchen Modalitäten die Vertraulichkeit und die Geheimhaltung dieser Angaben im Hinblick auf die Erfordernisse eines wirksamen Rechtsschutzes und der Wahrung der Verteidigungsrechte der Beteiligten zu gewährleisten sind, damit in dem Rechtsstreit insgesamt das Recht auf ein faires Verfahren beachtet wird (EuGH 14.2.2008, C-450/06, Rn35, 47ff, 55).
 - Bei der Abwägung nach § 17 Abs 3 AVG ist im Einzelfall zu beurteilen, inwieweit ein überwiegendes Interesse besteht, einem Bieter bestimmte Informationen vorzuenthalten, wobei gleichzeitig die effektive Rechtsverfolgung sichergestellt werden muss. In diesem Zusammenhang ist es Aufgabe der Nachprüfungsbehörde, jene Tatsachen festzustellen, die Voraussetzung der Abwägung der jeweiligen Interessen in der anschließenden rechtlichen Beurteilung sind (VwGH 9.4.2013, 2011/04/0207, 2.5.1 und 2.5.4).
166. Vor diesem Hintergrund waren schon im vorangegangenen Verfahren VGW-123/066/27276/2014 jedenfalls die Interessen
- der mbP am Schutz ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie ihrer Position im Wettbewerb,
 - der ASt an der Entwicklung ihrer Position im Wettbewerb und dem wirksamen Rechtsschutz, sowie jene
 - der Allgemeinheit an funktionierendem Wettbewerb und funktionierendem Rechtsschutz

abzuwägen. Das dazu schon im vorangegangenen Verfahren VGW-123/066/27276/2014 Ermittelte und Erwogene gilt unverändert:

167. Im konkreten Vergabeverfahren ist die Zuschlagserteilung davon abhängig, wie viele Punkte die ASt und die mbP im Zuschlagskriterium Ersatzgestellung erhalten. Für einen Bietersturz ist dabei schon ausreichend, wenn entgegen der aktuellen Bewertung der AG entweder die ASt doch die höchstmögliche Punktzahl erreicht oder die mbP doch nicht die höchstmögliche Punktzahl erreicht. Logischerweise wird die zu erreichende Punktzahl im Ergebnis durch den zur Verfügung stehenden Ersatzgestellungsstandort determiniert. Mit anderen Worten: die Ersatzgestellungsstandorte sind entscheidend für die Zuschlagserteilung.
168. Die Differenzierung im Wettbewerb zwischen der ASt und der mbP erfolgt also gerade durch die ihnen zur Verfügung stehenden Ersatzgestellungsstandorte. Wären den Mitbewerbern alle Ersatzgestellungsstandorte bekannt, so wäre die Möglichkeit der Differenzierung und damit der Wettbewerb zumindest stark beeinträchtigt.
169. In diesem und allfälligen zukünftigen Vergabeverfahren ist die Wettbewerbsposition der mbP von ihrem Vorteil bei den zur Verfügung stehenden Ersatzgestellungsstandorten abhängig. Diesen Vorteil hat sie durch eigene Leistung erzielt. Es wäre nicht sachgerecht, die vorteilhafte Wettbewerbsposition, die sich die mbP durch eigene Leistung bei den zur Verfügung stehenden Ersatzgestellungsstandorten geschaffen hat, durch Offenlegung ihrer Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse im Rahmen eines Vergabeverfahrens zunichte zu machen, ohne dass das zwingend erforderlich wäre, um wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten.
170. Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen ist nicht nur als allgemeiner Grundsatz anerkannt (EuGH 14.2.2008, C-450/06, Rn49mwN), sondern läuft im konkreten Zusammenhang auch parallel zum Interesse der Allgemeinheit an funktionierendem Wettbewerb.
171. Im konkreten Zusammenhang ist das Interesse der ASt an wirksamem Rechtsschutz gar nicht beeinträchtigt, wenn sie die Ersatzgestellungsstandorte der mbP nicht kennt. Das aktuelle Verfahren beweist, dass es der ASt auch ohne dieses Wissen möglich war, einen alle formellen und inhaltlichen Voraussetzungen erfüllenden

Nachprüfungsantrag einzubringen und mit diesem die Ersatzgestellung zum wesentlichen Verfahrensgegenstand zu machen.

172. Diese Erwägungen gelten sinngemäß für die angebotenen Vorbereitungszeiten, die sonstigen die Vorbereitungszeit betreffenden Angaben in den Ersatzgestellungskonzepten und die exakte Streckenführung. Diese Sachverhaltselemente sind daher vertraulich zu behandeln.

15 Eignung der mbP

173. Die bestandfeste Ausschreibung sieht in diesem Zusammenhang insb vor, dass
- die AG das Vorliegen der technischen Leistungsfähigkeit anhand des Nachweises der Bieter über die Personalausstattung und Fuhrparkausstattung prüft (2.3 Technische Leistungsfähigkeit);
 - die technische Leistungsfähigkeit spätestens zum Ende der Angebotsfrist erfüllt sein muss (2.3 Technische Leistungsfähigkeit);
 - der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters durch den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eines anderen Unternehmens (entweder durch ein mit dem Bieter verbundenes Unternehmen oder durch einen Dritten) erbracht werden kann und der Bieter in diesem Fall mit dem Angebot durch Vorlage einer Patronatserklärung (Beilage ./5 des jeweiligen Loses) des verbundenen Unternehmens bzw des Dritten belegen muss, dass er im Falle der Auftragserteilung über die vom mit ihm verbundenen Unternehmen bzw über die vom Dritten beigestellte technische Leistungsfähigkeit (und somit über die erforderlichen Mittel des verbundenen Unternehmens oder des Dritten) verfügt und der Auftraggeber durch den Verweis des Bieters auf das mit ihm verbundene Unternehmen bzw auf den Dritten wirtschaftlich und rechtlich so gestellt wird, als ob die technische Leistungsfähigkeit beim Bieter selbst vorliegen würde; das mit dem Bieter verbundene Unternehmen bzw der Dritte muss daher selbst zumindest über die technische Leistungsfähigkeit verfügen, die

dem Bieter fehlt (2.3.1 Bietergemeinschaft, verbundene Unternehmen, Subunternehmer und sonstige Dritte);

- mit Beilage ./9 der Nachweis des jährlichen Mittels der Mitarbeiter/innen im allgemeinen und der Buslenker/innen in den letzten drei Kalenderjahren (2011 bis 2013) zu erbringen ist (2.3.2 Personalausstattung);
- als Mindestanforderung für Los 1 der Nachweis über 35 Mitarbeiter insgesamt, davon 33 Buslenker zu erbringen ist und bei Angeboten für mehrere Lose keine Aufsummierung der Anforderungen an die Personalausstattung über die Lose erfolgt, wobei für Los 1 (und 4) die höchste Personalausstattung gefordert ist (2.3.2 Personalausstattung);
- mit Beilage ./10 der Nachweis des jährlichen Mittels des Fuhrparks (Standardlinienbus geeignet für den Kraftfahrlinienregionalverkehr) in den letzten drei Kalenderjahren (2011 bis 2013) zu erbringen ist (2.3.3 Fuhrparkausstattung);
- als Mindestanforderung für Los 1 der Nachweis über 22 Standardlinienbusse zu erbringen ist und bei Angeboten für mehrere Lose keine Aufsummierung der Anforderungen an die Fuhrparkausstattung über die Lose erfolgt, wobei für Los 1 (und 4) die höchste Fuhrparkausstattung gefordert ist (2.3.2 Fuhrparkausstattung).

174. Die mbP erfüllt alleine nicht die Mindestanforderungen an Personal- und Fuhrparkausstattung.

175. Nach § 76 BVergG können sich allerdings Unternehmer zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten anderer Unternehmer – ungeachtet des Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen – stützen. In diesem Fall muss der Bieter den Nachweis erbringen, dass ihm die für die Ausführung des Auftrags bei den anderen Unternehmen im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

176. Der nach § 76 BVergG vorgesehene Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit durch Zurückgreifen auf Kapazitäten Dritter ist zweistufig:

- Vorhandensein der erforderlichen Kapazitäten beim Dritten;

- Verfügbarkeit der erforderlichen Kapazitäten des Dritten für den Bieter.
177. ISd § 76 BVergG ist auch in Punkt 2.3.1 der bestandfesten Ausschreibungsbedingungen die Möglichkeit vorgesehen, sich auf die Leistungsfähigkeit anderer (ua verbundener) Unternehmen zu beziehen, sofern diese sich iSd der – als Teil der bestandfesten Ausschreibungsbedingungen von der AG vorgegebenen – Patronatserklärung Beilage ./5 gegenüber der AG verpflichteten.
178. Die verbundenen Unternehmen K. und F.
- verfügen über deutlich mehr als jene Personal- und Fuhrparkressourcen, die erforderlich sind, um die Differenz zwischen der bei der mbP selbst vorhandenen und der geforderten Personal- und Fuhrparkausstattung auszugleichen (Vorhandensein der erforderlichen Kapazitäten beim Dritten; Beilagen ./9 und ./10);
 - verpflichteten sich gegenüber der AG iSd von dieser bestandfest vorgegebenen Patronatserklärung, die mbP mit den bei ihnen im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Kapazitäten auszustatten (Verfügbarkeit der erforderlichen Kapazitäten des Dritten für den Bieter; Beilage ./5).
179. Weitere Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit sind weder nach § 76 BVergG noch nach den bestandfesten Ausschreibungsbedingungen gefordert.
180. Weil alle diesbezüglich in den bestandfesten Ausschreibungsbedingungen vorgesehenen Dokumente/Nachweise schon mit dem Angebot vorgelegt worden waren, war die Leistungsfähigkeit der mbP zum Ende der Angebotsfrist gegeben.
181. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten:
- Da die mbP gemeinsam mit den durch Patronatserklärung verpflichteten Muttergesellschaften über deutlich mehr als die erforderliche Mindestanzahl an Autobussen verfügt, sind – allenfalls nach Angebotsöffnung stattfindende – Beschaffungsvorgänge zum Nachweis der Leistungsfähigkeit der mbP gar nicht erforderlich. Durch die von der AG bestandfest vorgegebene Patronatserklärung Beilage ./5 ist auch die Verfügbarkeit der Ressourcen der Muttergesellschaften für

die mbP nachgewiesen. Daher dürfen diese Ressourcen der mbP für den Nachweis der Leistungsfähigkeit zugerechnet werden.

- Das gilt sinngemäß auch für das erforderliche Personal und – allenfalls nach Angebotsöffnung stattfindende – Rekrutierungsvorgänge.
182. Soweit die ASt vorbringt, nach § 123 Abs 2 Z 2 BVergG müsse der Auftraggeber auch die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit eignungsrelevanter Dritter prüfen (ON43, 11) ist ihr insb entgegenzuhalten: § 123 Abs 2 Z 2 BVergG sieht diese Prüfung (neben dem Bieter selbst) nur für den Subunternehmer bei Weitergabe von Leistungen vor, nicht aber für in anderer Form beteiligte Unternehmen. Dies deshalb, weil in diesen Fällen der Subunternehmer Teile der ausgeschriebenen Leistung erbringt. Demgegenüber sichern die durch Patronatserklärung verpflichteten Muttergesellschaften der mbP bloß die Leistungsfähigkeit. Sie erbringen aber keine Teile der ausgeschriebenen Leistung.
183. Insgesamt ergibt sich:
- Die mbP kann sich zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen, also auch auf jene ihrer Muttergesellschaften.
 - Der Nachweis, dass der mbP für die Ausführung des Auftrags die bei den Muttergesellschaft im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen, wurde durch die – von der AG in den bestandfesten Ausschreibungsbedingungen vorgesehenen – Patronatserklärungen erbracht (§ 76 BVergG).

16 Grundsätzliches zum Zuschlagskriterium Ersatzgestellung

184. Für die betroffenen Fahrgäste – und damit auch für die AG – ist relevant, wie lange es bei einem Gebrechen dauert bis ein Ersatzbus vor Ort ist. Daher ist die Ersatzgestellung auch jedenfalls ein sinnvolles und wichtiges Qualitätskriterium.

185. Dennoch führt dieses Zuschlagskriterium aus verschiedenen Gründen beinahe zwangsläufig zu Schwierigkeiten in der Ausschreibung, Bewertung und Nachprüfung. Denn:
- Es können nur die Haltestellen und die diesen jeweils zugeordneten Standorte der Ersatzbusse sowie die notwendige Vorbereitungszeit tatsächlich verbindlich festgelegt werden.
 - Nicht wirklich festgelegt werden können
 - die genaue Streckenführung
 - und Fahrzeit,weil sie – auch – von jeweils aktuellen, sich regelmäßig ändernden tatsächlichen Verkehrsbedingungen abhängig sind (zB Schneelage, Staubbildung, Unfälle, Baustellen, Umleitungen).
186. Es ist davon auszugehen, dass die AG auch aus diesem Grund in den Ausschreibungsbedingungen nicht gefordert hatte, für die Ersatzgestellung eine ganz bestimmte Streckenführung anzubieten.

17 Prüfung der Angebote durch die AG

187. Nach § 123 Abs 2 BVergG hat die AG bei Angeboten, die für den Zuschlag in Betracht kommen, ua im einzelnen zu prüfen, ob
- den in § 19 Abs 1 BVergG genannten Grundsätzen des Vergabeverfahrens entsprochen wurde (Z1) und
 - das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insb ob es formrichtig und vollständig (Z5).
188. Nach § 19 Abs 1 BVergG zählen zu den Grundsätzen des Vergabeverfahrens ua:
- freier und lauterer Wettbewerb;
 - Gleichbehandlung und Diskriminierungsverbot;
 - Transparenz.
189. Das Transparenzgebot wird aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung und dem Diskriminierungsverbot abgeleitet. Der Auftraggeber muss einen

angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherstellen, der [...] die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden (EuGH 7.12.2000, Rs C-324/98 – Teleaustria, Rn62; *Heid in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz325 mwN).

17.1 Vorbereitungszeit

190. Im vorangegangenen Vergabeverfahren war nicht nachvollziehbar dokumentiert worden, wie die AG zum Ergebnis gekommen war, dass die angebotene Vorbereitungszeit plausibel war. Eine entsprechende Prüfung und deren nachvollziehbare Dokumentation wären va deshalb notwendig gewesen, weil die angebotenen Vorbereitungszeiten wesentlich von jenen abwichen, die die AG selbst erwartet hatte. Damit war zum einen die Angebotsprüfung nicht abgeschlossen und zum anderen die angefochtene Entscheidung hinter den Erfordernissen des Transparenzgebots zurückgeblieben (§§ 123 Abs 2 Z 1 iVm 19 Abs 1 BVergG; VGW-123/066/27276/2014-53, Rz178ff).
191. Die AG holte diese Prüfung im fortgesetzten Vergabeverfahren nach und dokumentierte sie umfassend und nachvollziehbar (./31-NPV). In diesem Zusammenhang wurde kein Mangel behauptet.

17.2 Fahrzeiten

192. Die bestandfeste Ausschreibung macht zur Bewertung im Kriterium Ersatzgestellung insb folg Vorgaben:

„3.7.1 Ersatzgestellungszeit

[...]

*Bewertet wird jeweils die Ersatzgestellungszeit für den vom **Standort** des Ersatzfahrzeugs am **weitesten entfernte[n] Punkt einer Linie**. **Innerhalb eines Loses wird jeweils die „längste“ Ersatzgestellungszeit für die Bewertung herangezogen.***

[...]

[FAW1,] **1.14. Zu Punkt 3.7.1 der Ausschreibungsunterlage**

Es könnten je nach Verkehrslage unterschiedliche Zeiten benötigt werden. Kann hier der jeweils geringste Wert (ohne Stau) angegeben werden?

*Antwort: Es sind von allen Bietern die Werte in der **Nebenverkehrszeit Montag bis Freitag (9:00 – 15:00), wenn Werktag** anzugeben. Der AG behält sich eine **Prüfung in diesem Zeitfenster (Mo-Fr) durch einen unabhängigen SV vor und die Zeiten werden gegebenenfalls der Angebotsbewertung zu Grunde gelegt.**"*

193. Dementsprechend hat die AG
- die längste Ersatzstellungszeit im jeweiligen Los (hier Los 1) zu ermitteln und
 - *kann* dabei einen Sachverständigen heranziehen.
194. In Ermangelung näherer Bestimmungen über die Art und Weise der Ermittlung der längsten Ersatzstellungszeit (das Heranziehen eines Sachverständigen ist nach den Ausschreibungsbedingungen bloß fakultativ), ist die AG in diesem Zusammenhang relativ frei. Den durch die bestandfesten Ausschreibungsbedingungen relativ breit abgesteckten Rahmen hat die AG nicht verlassen. Zu prüfen ist, ob die AG sich bei der Ermittlung der längsten Fahrzeit im Los 1 an die Vorgaben des § 19 Abs 1 BVergG gehalten hat.
195. Vor diesem Hintergrund entschied sich die AG – neuerlich – für ein dreistufiges Prüfkonzept (Rz104ff):
- 1. Google Maps;
 - 2. „Bus-Aufschlag +2“ auf Basis des Gutachtens ./32-NPV;
 - 3. Überprüfungsfahrten mit einem Sachverständigen.

Die im vorangegangenen Verfahren in Schritt 2 von der AG selbst und jeweils individuell kalkulierten Bus-Aufschläge wurden nun durch einen für alle Ersatzstellungsrouten gleichen Bus-Aufschlag von jeweils 2 Min ersetzt.

17.2.1 Auswahl der Ersatzstellungsrouten für Probefahrten

196. Vorab ist festzuhalten, dass von der AG nicht zu verlangen ist, alle Ersatzstellungszeiten – für jeden Bieter mehr als 250 – von einem

Sachverständigen kontrollieren zu lassen. Vor diesem Hintergrund ist zunächst zu prüfen, ob die Auswahl jener Ersatzgestellungsrouten, auf denen schließlich die Probefahrten durchgeführt wurden, den Vorgaben des § 19 BVergG entsprach.

197. *Schritt 1*: Google Maps ist ein allgemein zugänglicher und gebräuchlicher Routenplaner (ua) für Pkw und unzweifelhaft geeignet, die angebotenen Ersatzgestellungszeiten in nachvollziehbarer und nicht diskriminierender Weise zu objektivieren.
198. (Der neue) *Schritt 2* ist die Reaktion der AG auf die im vorangegangenen Verfahren im (alten) Schritt 2 aufgetretenen Mängel. Wenn die AG auch in der fortgesetzten Angebotsprüfung Bus-Aufschläge hinzurechnen will, weil den mit Google Maps ermittelten Zeiten die Fahrt mit einem Pkw statt mit einem Bus zugrunde liegt, ist ihr das nach den Ausschreibungsbestimmungen und dem Erkenntnis VGW-123/066/27276/2014-53 weder zwingend aufgetragen noch verwehrt. Geht sie diesen Weg, hat sie allerdings die Vorgaben des § 19 BVergG einzuhalten und daher insb die Bieter gleich zu behandeln und die Bewertung auch in diesem Punkt nachvollziehbar zu dokumentieren.
199. Es steht außer Frage, dass Schritt 2 in der fortgesetzten Angebotsprüfung nachvollziehbar dokumentiert wurde, nämlich im Gutachten ./32-NPV und in den Prüfprotokollen ./39-NPV, denen das Gutachten ./32-NPV zugrunde gelegt wurde.
200. Im Hinblick auf die Pflicht zur Gleichbehandlung der Bieter stellt sich zunächst die Frage, ob die AG im Rahmen des § 19 BVergG überhaupt einen Durchschnittswert aufschlagen durfte, der nicht auf die individuellen Merkmale jeder Ersatzgestellungsrouten Bedacht nehmen kann, oder einen individuellen Bus-Aufschlag ermitteln hätte müssen.
201. Diese Frage ist zu bejahen, vor allem aufgrund folgender Überlegungen:
 - Im Los 1 waren von jedem Bieter insgesamt mehr als 250 Ersatzgestellungsrouten anzubieten. Es wäre unverhältnismäßig, von der AG zu fordern, für jede dieser Ersatzgestellungsrouten einen individuellen nachvollziehbaren Bus-Aufschlag zu errechnen.

- Um einen individuellen Bus-Aufschlag errechnen zu können, müssten die tatsächlichen Ersatzgestellungsrouten feststehen. Nur dann wäre es möglich, die jeweils individuellen Verhältnisse (Topografie, Fahrbahnbreite, Fahren auf halbe Sicht etc) sachgerecht zu berücksichtigen. Der ASt wurde schon im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren darin Recht gegeben, dass Ersatzgestellungsrouten im Einzelfall auch an geänderte Verhältnisse (zB Verkehrs- oder Straßenverhältnisse) angepasst werden müssen und schon deshalb ein konkreter Streckenverlauf für die Ersatzgestellung nicht angeboten werden musste (VGW-123/066/27276/2014-53, Rz159). Weil also die konkreten Ersatzgestellungsrouten nicht feststehen, ist es der AG im Ergebnis sogar *unmöglich*, individuelle Bus-Aufschläge zu errechnen.
 - Im Hinblick auf das entspr Vorbringen der ASt (ON43, 8) ist an dieser Stelle festzuhalten, dass sich aus dem vorangegangenen Erkenntnis VGW-123/066/27276/2014-53 nicht die Notwendigkeit ergibt, individuelle Bus-Aufschläge für jede angebotene Ersatzgestellungsrouten zu kalkulieren. Aus dem Erkenntnis ergibt sich in diesem Zusammenhang nur (VGW-123/066/27276/2014-53, Rz182ff), dass das dreistufige Prüfsystem grundsätzlich geeignet ist, eine Prüfung zu gewährleisten, die im vorangegangenen Verfahren individuell festgesetzten Bus-Aufschläge aber nicht nachvollziehbar ermittelt worden waren.
202. Sodann ist zu fragen, ob die AG den Bus-Aufschlag mit 2 Min festsetzen durfte, oder einen anderen Wert wählen hätte müssen. Tatsächlich enthält schon das Gutachten ./32-NPV Hinweise darauf, dass der Bus-Aufschlag evt mit 2,16 Min oder 1,87 Min festgesetzt hätte werden können, bei Fahrzeiten von 20 Min mit 3,37 Min oder 3,35 Min. Im konkreten Fall können die Gutachtensergebnisse für Fahrzeiten von 20 Min außer Betracht bleiben, weil sich aus Schritt 1 (Google Maps) nur für 5 Ersatzgestellungsrouten der mbP Fahrzeiten von 15 Min oder mehr ergaben und ohnehin auf all diesen Strecken auch Schritt 3 (Probefahrt mit dem Sachverständigen) durchgeführt wurde. Vor diesem Hintergrund kann nicht festgestellt werden, dass die mbP bei der Auswahl jener

Ersatzgestellungsrouten, für die auch Schritt 3 durchzuführen war, durch den mit 2 Min festgesetzten Bus-Aufschlag bevorzugt worden wäre.

203. Zur Schlüssigkeit des Gutachtens ./32-NPV selbst ist festzuhalten: Im Rahmen der dem Gutachten zugrunde liegenden Aufgabenstellung und auf Grundlage der vorhandenen – und offengelegten – Rohdaten erwies sich das Gutachten als schlüssig. Den vorgebrachten Einwendungen ist insb entgegenzuhalten, dass das Gutachten nicht versucht, einen für alle Ersatzgestellungsrouten sachgerechten Bus-Aufschlag zu ermitteln. Es gibt lediglich Auskünfte über plausible Durchschnittswerte. Insgesamt erweist sich das Gutachten ./32-NPV als transparente und nicht diskriminierende Grundlage für die Auswahl der Schritt 3 zu unterziehenden Ersatzgestellungsrouten.
204. Abschließend ist festzuhalten, dass die aus Google Maps und dem Bus-Aufschlag errechneten Ersatzgestellungszeiten bei allen durchgeführten Probefahrten deutlich unterboten wurden. Dementsprechend ist nicht zu erwarten, dass sich aus Schritt 3 für eine Ersatzgestellungsrouten eine über 20 Min liegende Ersatzgestellungszeit ergeben würde, wenn die Ersatzgestellungszeit nach Schritt 1 und 2 unter 15 Min lag.
205. Daraus ergibt sich:
- Die Auswahl jener Ersatzgestellungsrouten, auf denen Probefahrten mit einem Sachverständigen (Schritt 3) durchgeführt wurden, wurde in nicht diskriminierender Weise vorgenommen und nachvollziehbar dokumentiert.
 - Aus § 19 BVergG ergab sich nicht die Notwendigkeit, zusätzliche Probefahrten durchzuführen.

17.2.2 Probefahrten (Schritt 3) an verschiedenen Tagen

206. Die Probefahrten auf den Ersatzgestellungsstrecken der ASt und der mbP wurden an unterschiedlichen Tagen, nämlich am Donnerstag, 04.09.2014 (ASt) und am Freitag, 05.09.2014 durchgeführt.
207. Die bestandfeste Ausschreibung sieht in diesem Zusammenhang vor,

- dass die Bieter bei den Ersatzstellungszeiten „*Werte in der Nebenverkehrszeit Montag bis Freitag (9:00 – 15:00), wenn Werktag anzugeben*“ hatten und „*eine Prüfung in diesem Zeitfenster (Mo-Fr) durch einen unabhängigen SV*“ vorbehalten wurde (FAW1, 1.14. Zu Punkt 3.7.1 der Ausschreibungsunterlage).
 - Nach den bestandfesten Ausschreibungsbedingungen kann die AG die angebotenen Ersatzstellungszeiten daher innerhalb des angegebenen Fensters prüfen und der Bewertung ein allenfalls vom Angebot abweichendes Ergebnis zugrunde legen.
 - Außerdem ergibt sich aus den bestandfesten Ausschreibungsbedingungen keine Verpflichtung der AG, Korrekturen für innerhalb des angegebenen Zeitfensters atypische Verkehrsbedingungen vorzunehmen.
208. Vor diesem Hintergrund kann sich eine iSd § 19 BVergG unrechtmäßige Ungleichbehandlung nur dann ergeben, wenn
- die *Verkehrsverhältnisse auf ein und derselben jeweils zu prüfenden Strecke innerhalb des maßgeblichen Zeitfensters so stark variieren*, dass einmal die für die Bewertung maßgebliche 20-Min-Grenze überschritten würde und einmal nicht, und
 - für die *AG mit ausreichender Sicherheit vorhersehbar* ist, zu welchem Zeitpunkt die variierenden Verkehrsverhältnisse welches Ergebnis verursachen würden, sodass sie in der Lage wäre, durch variierende Verkehrsverhältnisse entstehende Abweichungen in den Prüfungsergebnissen zu verhindern, und
 - die AG es unterlassen hätte, den *Zeitpunkt der Probefahrten danach zu bestimmen*.
209. Eine iSd § 19 BVergG unrechtmäßige Ungleichbehandlung kann aber nicht festgestellt werden. Insb ist festzuhalten:
- Der ASt ist zuzustimmen, wenn sie vorbringt, in den vorgelegten Verkehrszählungen (ON14, ./II und ./III) sei die Differenz zwischen den am Donnerstag und am Freitag gezählten Fahrzeugen nur geringfügig (ON20; Ausnahme: Verkehrszählung am Donnerstag, 11.06.2009, der ein Feiertag und insofern atypisch war). Schon daraus ergibt sich, dass

in der Durchführung der Probefahrten an einem Donnerstag (ASt) und einem Freitag (mbP) keine Ungleichbehandlung liegt.

- Dieses Ergebnis wird weiter bekräftigt, wenn man sich vor Augen hält:
 - Bei den betroffenen Ersatzgestellungsrouten handelt es sich um jeweils individuelle Strecken, die verschiedene Haltestellen mit wiederum unterschiedlichen Ersatzgestellungsstandorten verbinden.
 - Angesichts dieser geografischen Streuung der betroffenen Ersatzgestellungsrouten könnten selbst gleichzeitige Probefahrten nicht gewährleisten, dass nicht auf einer einzelnen betroffenen Strecke eine – ggf untypische – nachteilige Verkehrssituation vorliegt, die das Prüfungsergebnis negativ beeinflussen könnte.
 - Abgesehen davon stellte sich bei gleichzeitigen Probefahrten (ua) das Problem, dass unterschiedliche Sachverständige eingesetzt werden müssten, was wiederum zum Anlass genommen werden könnte, die Gleichbehandlung in Frage zu stellen.
- Tatsächlich ist es also der AG gar nicht möglich, bei den Probefahrten völlig gleiche Bedingungen herzustellen. Dass die AG ihr zu Gebote stehende Mittel, gleiche Bedingungen herzustellen, nicht einsetzte, konnte vor diesem Hintergrund nicht festgestellt werden.

210. Vor diesem Hintergrund ist auch nicht relevant, ob die AG oder die Bieter festlegten, an welchen Tagen die Probefahrten durchgeführt werden sollten.

17.2.3 Probefahrten (Schritt 3) – Ersatzgestellungsrouten der ASt

211. Zumindest eine Probefahrt auf den Ersatzgestellungsstrecken der ASt ergab eine Ersatzgestellungszeit von über 20 Min (Fahrt 2).

212. Die ASt brachte dazu im Wesentlichen vor, die auf dieser Fahrt eingetretene Verkehrsbehinderung durch einen langsam fahrenden Pkw mit Anhänger müsse – ähnlich wie das bei durch eine Baustelle verursachten Verzögerungen gemacht worden sei – durch eine entspr Zeitkorrektur berücksichtigt werden. Die Nichtberücksichtigung

widersprüche der Festlegung FAW1, 1.14 zu 3.7.1 der Ausschreibungsunterlagen.

213. Diesem Vorbringen ist nicht zu folgen, weil:

- Zunächst ist festzuhalten, dass sich auch aus der bestandfesten FAW1, 1.14 zu 3.7.1 der Ausschreibungsunterlage nicht ergibt, dass Probefahrten mit Stau nicht berücksichtigt werden dürfen. In dieser Festlegung hat die AG die entspr Frage der ASt („ohne Stau“) nämlich ohne jegliche Bezugnahme auf allfällige Staubildung mit dem bloßen Hinweis auf das Zeitfenster „Nebenverkehrszeit Montag bis Freitag (9:00 – 15:00), wenn Werktag“ beantwortet.
- Abgesehen davon liegt im gegebenen Fall (Behinderung durch einen langsam fahrenden Pkw mit Anhänger) weder ein Stau noch eine unübliche Verkehrsbehinderung vor. Für diese Beurteilung müssen auch die vorgebrachten Zulassungszahlen zu Anhängern und deren Kilometerleistung nicht erörtert werden. Es darf als notorisch betrachtet werden, dass auch Pkw mit Anhänger am Straßenverkehr teilnehmen und bei entspr beengten Straßenverhältnissen nicht jederzeit überholt werden können. Ebenso darf als notorisch betrachtet werden, dass nicht alle Verkehrsteilnehmer stets mit der jeweils erlaubten Höchstgeschwindigkeit unterwegs sind. Darin ist keine unübliche Verkehrssituation zu erkennen. Im betroffenen (teilweise) ländlichen Raum hätte auch die Verzögerung durch einen noch langsamer fahrenden Traktor wohl als Teil der üblichen Verkehrsverhältnisse zu gelten gehabt.
- Demgegenüber sind Baustellen keine *Verkehrsteilnehmer* und aus offensichtlichen Gründen anders zu betrachten. Verzögerungen durch langsam fahrende Verkehrsteilnehmer können als Teil der üblichen Verkehrsverhältnisse auf jeder Ersatzgestellungsroute zu jeder Zeit auftreten und sind dementsprechend zu berücksichtigen. Baustellen hingegen sind im Vorhinein bekannt und nur in der Zeit ihres Bestehens verkehrswirksam.
- Tatsächlich hätte bei Fahrt 2 mit etwas Glück die Verzögerung durch einen Pkw mit Anhänger ausbleiben können; es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Ergebnis in diesem Fall anders

gelautet hätte. Auf Grundlage der Ausschreibungsbestimmungen, die eben auf ein bestimmtes Zeitfenster abstellen, wäre es allerdings nicht zulässig, die Probefahrten so lange zu wiederholen, bis sich eine Fahrt ohne durch übliche Verkehrsbedingungen bewirkte Verzögerung ergibt.

- Der Vollständigkeit halber wird festgehalten, dass auch bei Durchsicht der mit ON42 übergebenen Videoaufzeichnungen der Probefahrten nicht der Eindruck unüblichen Verkehrsaufkommens entstehen kann.

214. Eine weitere Probefahrt auf den Ersatzgestellungsstrecken der ASt ergab eine Ersatzgestellungszeit von mehr als 20 Min (Fahrt 4). Diese Probefahrt wurde entgegen der im Ersatzgestellungsfall zu fahrenden Fahrtrichtung durchgeführt. Im konkreten Zusammenhang kann offen bleiben, ob diese Probefahrt der Angebotsbewertung zugrunde gelegt werden darf oder nicht, weil die Bewertung (nur) anhand der längsten Ersatzgestellungszeit eines Loses erfolgt und das über 20 Min liegende Ergebnis der Fahrt 2 jedenfalls zu berücksichtigen ist (s oben).

17.2.4 Probefahrten (Schritt 3) – Ersatzgestellungsrouen der mbP

215. Sämtliche Probefahrten auf den Ersatzgestellungsstrecken der mbP ergaben Ersatzgestellungszeiten unter 20 Min. Allerdings wurden die Fahrten 2, 3 und 4 entgegen der vorgesehenen Fahrtrichtung durchgeführt. Daher ist zu prüfen, ob diese Fahrten der Angebotsbewertung zugrunde gelegt werden können.

216. Die Feststellung des Gutachters, die geänderte Fahrtrichtung hätte aufgrund gleicher Topografie der Strecke keine Änderung der Fahrzeit bewirkt, ist in diesem Zusammenhang zwar nachvollziehbar (vgl entspr Kartenmaterial), aber nicht ausreichend. Denn die Topografie ist in diesem Zusammenhang nur *ein* maßgebliches Element. Bei entgegengesetzter Fahrtrichtung werden aus Rechts- Linksabbiegevorgänge, die durch den typisch vorrangberechtigten Gegenverkehr und von rechts kommenden Verkehr zu zeitlichen Verzögerungen führen können. Die betroffenen Fahrten waren daher anhand der dokumentierten Routenführung zu bewerten.

217. Zu Fahrt 2, Linie 1.5, HS W. Si., ergibt sich:

- Das Befahren in entgegengesetzter Fahrtrichtung ergab eine Ersatzgestellungszeit von insgesamt 16 Min 58 Sek.
- Die entgegengesetzte Fahrtrichtung ergab drei Links- und zwei Rechtsabbiegevorgänge (einschließlich Zufahrt zum Ersatzgestellungsstandort). Bei Befahren in der vorgesehenen Richtung dreht sich dieses Verhältnis zugunsten der – typisch einfacheren und schnelleren – Rechtsabbiegevorgänge um.
- Im Hinblick auf die vorhandene Zeitreserve von 3 Min 01 Sek und die Tatsache, dass das Befahren in der vorgesehenen Fahrtrichtung voraussichtlich verkehrstechnisch günstiger wäre, durfte diese Fahrt der Angebotsbewertung zugrunde gelegt werden.

218. Zu Fahrt 3, Linie 1.5, HS W. Ortsmitte, ergibt sich:

- Das Befahren in entgegengesetzter Fahrtrichtung ergab eine Ersatzgestellungszeit von insgesamt 17 Min 50 Sek.
- Die entgegengesetzte Fahrtrichtung ergab zwei Links- und einen Rechtsabbiegevorgang (einschließlich Zufahrt zum Ersatzgestellungsstandort). Bei Befahren in der vorgesehenen Richtung dreht sich dieses Verhältnis zugunsten der – typisch einfacheren und schnelleren – Rechtsabbiegevorgänge um.
- Im Hinblick auf die vorhandene Zeitreserve von 2 Min 09 Sek und die Tatsache, dass das Befahren in der vorgesehenen Fahrtrichtung voraussichtlich verkehrstechnisch günstiger wäre, durfte diese Fahrt der Angebotsbewertung zugrunde gelegt werden.

219. Zu Fahrt 4, Linie 1.8, HS As. Eg. Güterweg, ergibt sich:

- Das Befahren in entgegengesetzter Fahrtrichtung ergab eine Ersatzgestellungszeit von insgesamt 17 Min 00 Sek.
- Die entgegengesetzte Fahrtrichtung ergab vier Links- und zwei Rechtsabbiegevorgänge sowie einen Kreisverkehr (einschließlich Zufahrt zum Ersatzgestellungsstandort). Bei Befahren in der vorgesehenen Richtung dreht sich dieses Verhältnis zugunsten der – typisch einfacheren und schnelleren – Rechtsabbiegevorgänge um.

- Im Hinblick auf die vorhandene Zeitreserve von 2 Min 59 Sek und die Tatsache, dass das Befahren in der vorgesehenen Fahrtrichtung voraussichtlich verkehrstechnisch günstiger wäre, durfte diese Fahrt der Angebotsbewertung zugrunde gelegt werden.

17.2.5 Probefahrten (Schritt 3) – Neutralität des Gutachters

220. Die ASt bezweifelt auch die Neutralität des die Probefahrten beaufsichtigenden und bewertenden Sachverständigen. Dieser habe mit für das Gutachtensergebnis nicht relevanten Beschreibungen der Fahrweise der Lenker die von ihm selbst bestätigte StVO-Konformität in Zweifel ziehen wollen (ON20, 5).
221. Tatsächlich sind die näheren Beschreibungen der Fahrweise im konkreten Zusammenhang nicht relevant. Gefragt war allein, ob Übertretungen der StVO festzustellen waren. Eine Voreingenommenheit des Sachverständigen lässt sich aber aus diesen Beschreibungen nicht ableiten, denn diese Beschreibungen hielten den Sachverständigen nicht davon ab zu bestätigen, dass die StVO (auch) bei den Probefahrten der ASt eingehalten wurde (ON45, 1). Auch die AG stellte die vom Sachverständigen bestätigte StVO-Konformität nicht in Frage.
222. Der guten Ordnung halber wird an dieser Stelle festgehalten, dass die ASt in diesem Zusammenhang keineswegs benachteiligt, sondern uU sogar bevorzugt wurde. Denn
- die von ihr vorgelegten Tachografenblätter enthalten Hinweise auf – sehr geringfügige, aber doch begangene – Überschreitungen der höchsten zulässigen Geschwindigkeit (./33-NPV) und
 - die Durchsicht der Videoaufzeichnungen der Probefahrten ergab – jedenfalls für die nicht sachverständigen, aber regelmäßig am motorisierten Individualverkehr und am öffentlichen Personennahverkehr teilnehmenden Senatsmitglieder – durchaus Hinweise auf gelegentlich „grenzwertige“ Fahrweise (Überholen des Pkw mit Anhänger, während dieser unmittelbar vor einer Unterführung nach rechts auf eine andere Straße abbog; dabei wurde – unmittelbar vor der Unterführung – auf die Gegenfahrbahn gewechselt; die Sicht

auf den Gegenverkehr war bei diesem Manöver durch die Unterführung und zusätzlich durch die unmittelbar nach der Unterführung befindliche Rechtskurve eingeschränkt; ON42 – DVD mit Aufzeichnung der Probefahrten der ASt, Fahrt 2, Abspielzeit 5:40).

17.2.6 Beweisantrag der ASt auf Einholung eines Sachverständigengutachtens

223. Die ASt hatte die Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Bereich des Verkehrs und der Fahrzeugtechnik, mit dem die Plausibilität der Ersatzgestellungszeiten der ASt und der mbP durch entsprechende Probefahrten überprüft wird, beantragt.
224. Im Hinblick auf die eben erörterten eindeutigen Ergebnisse zu den durchgeführten Probefahrten ist der beantragte Sachverständigenbeweis nicht erforderlich.

18 Ergebnis

225. Im Ergebnis ist ausreichend nachvollziehbar, dass bei der Prüfung und Bewertung der Angebote der Grundsatz der Bietergleichbehandlung eingehalten wurde. Damit entspricht die angefochtene Entscheidung den Erfordernissen des Gleichbehandlungs- und des Transparenzgebots (§§ 123 Abs 2 Z 1 iVm 19 Abs 1 BVergG) und der Antrag auf Nichtigerklärung war abzuweisen.

19 Pauschalgebühren

226. Die Abweisung der Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren ergibt sich aus § 16 Abs 1 WVRG 2014.

20 Revision

227. Die in diesem Erkenntnis angesprochenen Rechtsfragen betreffen keine Rechtsfragen im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG, denen grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die vorliegende Rsp des VwGH ist nicht uneinheitlich. Die Entscheidung weicht nicht von der bisherigen Rsp des

VwGH ab. Es liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfragen vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis kann Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder außerordentliche Revision beim Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde/außerordentliche Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt/eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde/Revision ist eine Eingabegebühr von je € 240,-- zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Mag^a Schreiner-Hasberger