



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-123/077/34442/2014-42
S.

Wien, 22.1.2015

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner als Vorsitzende und den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.^a Mandl über den Antrag der S., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung und Instandhaltung von Niederflurstraßenbahnen für die L." der L. KG, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, nach öffentlicher mündlicher Verhandlung durch Verkündung

zu Recht e r k a n n t:

1. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 1.12.2014 wird abgewiesen.
2. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.
3. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Rechtsgrundlagen: §§ 1, 2 Abs. 4, 7 Abs. 2, 11, 13, 15, 20, 23, 24, 25, 26 WVRG 2014, §§ 17, 37 AVG, §§ 1 Abs. 1 Z 2, 2 Z 16 lit. a sublit. dd, 163, 165, 169, 187 Abs. 1, 228, 255 Abs. 1, 257, 258, 267, 269, 271 und 272 BVergG 2006.

Entscheidungsgründe

Die Antragsgegnerin führt als Sektorenauftraggeberin ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrages. Auftragsgegenstand ist der Abschluss eines Rahmenvertrags über die Lieferung von 119 bis maximal 156 Niederflurstraßenfahrzeugen und deren Instandhaltung für die Dauer von 24 Jahren ab Übernahme des jeweiligen Straßenfahrzeuges.

Die Antragstellerin und die präsumtive Zuschlagsempfängerin beteiligten sich am Vergabeverfahren, wurden in die zweite Stufe des Verfahrens zugelassen und gaben jeweils ein Last and Best Offer ab.

Die Antragsgegnerin erließ am 1.12.2014 eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung brachte die Antragstellerin am 11.12.2014 und damit rechtzeitig einen Nachprüfungsantrag ein. In diesem stellte sie die Anträge, das Verwaltungsgericht möge eine mündliche Verhandlung anberaumen, alle Teile des Angebotes der Antragstellerin gegenüber Mitbietern vertraulich behandeln und von einer allfälligen Akteneinsicht ausnehmen, die Zuschlagsentscheidung vom 1.12.2014 für nichtig erklären sowie die Antragsgegnerin zum Ersatz der Pauschalgebühren verhalten.

Außerdem beantragte die Antragstellerin, der Antragsgegnerin mittels einstweiliger Verfügung die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu untersagen. Die beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Beschluss vom 15.12.2014, VGW-V/077/34443/2014, erlassen und der Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlags untersagt.

I. 1. In ihrem Nachprüfungsantrag brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor:

Einstiegshöhe:

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe laut Zuschlagsentscheidung eine Einstiegshöhe von 215 mm angeboten. Da die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch eine maximale Rampenneigung in Querrichtung von 6,9 % angeboten habe, sei eine solche Einstiegshöhe wegen des von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Fahrzeugkonzeptes mit Fahrwerken technisch nicht machbar. Allein auf Grund der Vorgaben zur Rampenneigung und zur Gestaltung von Rollstuhlplätzen müsse die tatsächliche Einstiegshöhe bei den von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Fahrzeugen zumindest 228 mm über der Schienenoberkante (SOK) liegen.

Im Detail würden sich über § 32b Eisenbahngesetz, welcher auf den Stand der Technik verweist, und sinngemäß anzuwendenden technischen Normen wie der ÖNORM B1600, Vorgaben an die Stellplätze für Rollstühle ergeben. Insbesondere müssten diese Stellplätze eben sein und eine bestimmte Größe sowie einen bestimmten Wendekreis aufweisen. Aus fahrzeugtechnischen Gründen würden die Fahrzeuge der präsumtiven Zuschlagsempfängerin über dem Drehgestell eine Höhe von zumindest 355 mm aufweisen. Diese Höhe könne zu den Rollstuhlplätzen über eine Längsrampe mit maximal 7 % Neigung auf 300 mm verringert werden, weshalb diese Stellplätze daher mindestens 300 mm über SOK liegen müssten. Von den Rollstuhlplätzen zum Einstieg könne bei einer Rampenneigung von maximal 6,9 % bei der für die Rampen zur Verfügung stehenden Länge maximal ein weiterer Höhenunterschied von 54 mm überwunden werden. Der Rollstuhlwendekreis dürfe eine Neigung von maximal 3 % aufweisen, was einem Höhenunterschied von maximal 18 mm entsprechen würde. Somit könnte über den Wendekreis und die Rampe ein Höhenunterschied von insgesamt maximal 72 mm (54 mm zuzüglich 18 mm) überwunden werden. Daraus errechne sich, dass die Einstiegshöhe zumindest bei 228 mm liegen müsse.

Bei einer Einstiegshöhe von 228 mm anstatt 215 mm hätten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für das Zuschlagskriterium der Einstiegshöhe jedoch lediglich 4 anstatt 8 Punkte vergeben werden dürfen, wodurch das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hinter dem Angebot der Antragstellerin liegen würde.

Eisenbahnrechtliche Genehmigungsfähigkeit:

Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgesehene Rampenneigung von 6,9 % entspreche nicht mehr dem Stand der Technik für Barrierefreiheit. Dieser liege bei einer Neigung von 6 %. Mangels Einhaltung des Standes der Technik für Barrierefreiheit seien die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Straßenbahnen eisenbahnrechtlich nicht genehmigungsfähig.

Im Detail würden die ÖNORM B 1600:2013 im Punkt 3.3.3.2, die Mitteilung 7011 der VDV im Teil 2, Punkt 2.2, der Leitfaden „Barrierefreies Wien“ sowie der Leitfaden für barrierefreien öffentlichen Verkehr des BMVIT, Position 2.7, eine Rampenneigung von maximal 6 % vorsehen. Es müsse daher auch für Straßenbahnen gelten, dass eine Rampenneigung von mehr als 6 % nicht zulässig sei.

Konsequenzen:

Aus den bisherigen Ausführungen folge, dass einerseits das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin weniger Punkte zu bekommen habe als jenes der Antragstellerin, andererseits die Nichteinhaltung des Standes der Technik für Barrierefreiheit über § 32b Eisenbahngesetz zur Unmöglichkeit der Bauartengenehmigung und damit zur Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin führen müsse.

Mindestkriterien für Wendekreis und Stellplatz von Rollstuhlfahrern:

Die Computersimulation der Antragstellerin für das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angegebene Fahrzeug hätte ergeben, dass die Mindestabmessungen für Rollstuhlstellplätze nur dann eingehalten werden können, wenn der Rollstuhlplatz einen beträchtlichen Teil der Längs- oder Querrampe umfasse. In jedem Fall würden bei Positionierung des Rollstuhls quer zur Fahrtrichtung zwei von vier Rädern des Rollstuhls auf der Querrampe stehen. Von einem waagrechten Stellplatz könne somit keine Rede sein. Zusätzlich müsse ein Rollstuhlfahrer zum Rangieren die Längsrampe bzw. den

Verschnittbereich zwischen Längs- und Querrampe befahren. Die Verschnitte würden eine Höhe von bis zu 37 mm erreichen. Diese Hindernisse müssten die Rollstuhlfahrer zusätzlich überqueren.

Daraus folge, dass die angebotenen Straßenbahnen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Mindestvorgaben für Rollstuhlstandplätze samt Wendekreis gemäß Stand der Technik nicht erfülle. Somit könne ihnen auch keine Bauartgenehmigung gemäß Eisenbahngesetz erteilt werden und sie könnten nicht in Betrieb genommen werden. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei auch aus diesem Grund ausschreibungswidrig und auszuschneiden.

Würde man die Wendekreise eben und entsprechend großflächiger ausführen, so könnten die Querneigungen erst näher zur Ausstiegskante ansetzen. Durch die verringerte Entfernung zur Einstiegskante könne bei der maximal zulässigen Neigung von 7 % nur ein kleinerer Höhenunterschied bewältigt werden. Dies würde eine größere Einstiegshöhe ergeben, sodass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um 1,5 bis 3,0 Punkte schlechter und damit hinter dem Angebot der Antragstellerin zu werten wäre.

Verschneidungen:

Die Computersimulation der Antragstellerin für das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Fahrzeug habe ergeben, dass die entstehenden Verschneidungen nicht nur kleinräumig auftreten, sondern mehr als die Hälfte der Fahrzeugbreite einnehmen würden. Die Verschneidungshöhe, die im unmittelbaren Laufweg des Fahrgastes auf der Längsrampe liege und somit eine Stolperstelle darstelle, betrage bis zu 37 mm.

Durch die Überlappung des Wendekreises mit der Einstiegsrampe ergebe sich außerdem eine Verkürzung der Querrampe um ca. 220 mm. Dadurch sinke die maximal überwindbare Höhe und die Einstiegshöhe steige um weitere 15 mm auf 241 mm. Bei einer Einstiegshöhe von über 240 mm sei das Fahrzeug keine 100 % Niederflurstraßenbahn und das Angebot auszuschneiden. Wenn die

Einstiegshöhe gerade noch unter 240 mm liegen sollte, sei das Angebot zwar nicht auszuschließen, es komme dann aber zum Bietersturz.

Die Verschneidungen würden überdies ein normkonformes Umkehren mit einem Rollstuhl unmöglich machen, weil die Rollstuhlfahrer beim Umkehren (Aussteigen) nicht nur die Neigung der Querrampe bewältigen müssten, sondern auch noch die 4 cm hohe Stufe überfahren müssten (bis zu 37 mm Verschneidung). Gemäß Punkt 3.3.1 der ÖNORM B1600, auf welche der Leitfaden „Barrierefreies Wien“ verweise, seien Schwellen und Niveauunterschiede zu vermeiden. Lediglich Punkt 5.1.3 zu Eingangstoren und der genannte Leitfaden würden eine Höhe von maximal 2 cm zulassen.

Radsatzlast:

Aus der angefochtenen Zuschlagsentscheidung gehe hervor, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihre Radsatzlast mit 10.958 kg auffallend knapp an der Bewertungsgrenze von 11.000 kg angeboten habe.

Aus Medienberichten sei bekannt, dass sie ein Fahrzeug mit 34 m Länge angeboten habe. Aus der Zuschlagsentscheidung ergebe sich, dass sie eine Fahrgastkapazität von nur 211 Fahrgästen angegeben habe. Das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Fahrzeug fasse jedoch deutlich mehr Fahrgäste.

Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Straßenbahn entspreche am ehesten dem vom belgischen Regional-Personenverkehrsunternehmen D. verwendeten Flexityzug. Dieser habe laut öffentlich zugänglichen Informationen ein Leergewicht von 41.300 kg. Dem sei ein Mehrgewicht von ca. 1.800 kg für die zusätzliche Länge und von ca. 150 kg für die größere Breite sowie bei 3/3-Beladung 23.110 kg für die Fahrgäste hinzuzuzählen, was insgesamt 66.360 kg ergebe. Aufgeteilt auf sechs Achsen ergebe sich rechnerisch gemittelt eine Achslast von 11.600 kg. Dies würde zu einer Punktereduktion im Kriterium Radsatzlast führen.

Frontscheibe:

Die präsumentive Zuschlagsempfängerin betreibe spätestens seit der Zuschlagsentscheidung intensive Medienarbeit. Aus der publizierten Abbildung sei erkennbar, dass die Frontscheibe des von der präsumentiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Fahrzeuges eine doppelte Krümmung aufweise. Eine dreidimensional gekrümmte Frontscheibe sei jedoch gemäß Punkt 4.4 des Lastenheftes, Seite 19, nicht zugelassen. Das Angebot der präsumentiven Zuschlagsempfängerin sei daher ausschreibungswidrig.

Fenstermontage:

Gemäß Punkt 5.5, Seite 40, Absatz 4 des Lastenheftes dürften die Fenster sowohl im Fahrgastraum als auch im Bereich des Fahrerplatzes bzw. im Heck nicht eingeklebt sein, sondern müssten mittels eines Gummikedersystems eingebaut sein. Dadurch müsse sichergestellt sein, dass ein notwendig gewordener Scheibentausch in kurzer Zeit und ohne zusätzliche Arbeitsschritte und Wartezeiten bis zur Inbetriebnahme des Fahrzeuges durchführbar sei. Der Scheibentausch müsse von der Fahrzeugaußenseite her durchführbar sein.

Die veröffentlichte Abbildung des Fahrzeuges zeige jedoch eine Frontscheibe ohne den im Lastenheft verlangten Gummikeder. Daher sei das angebotene Fahrzeug ausschreibungswidrig.

Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit:

Die präsumentive Zuschlagsempfängerin sei eine Bietergemeinschaft, bei der wenigstens ein Mitglied durch einen Gewinnabführungsvertrag so eng an ihre Konzernmutter gebunden sei, dass zur Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit deren Bonität heranzuziehen sei. Diese Konzernmutter – B., Inc. – befinde sich jedoch in einem deutlich schlechteren wirtschaftlichen Zustand als von der Auftraggeberin zugelassen.

Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge würden notwendigerweise auch zu einer Verlustübernahmeverpflichtung führen. Auf diese Weise verbundene

Unternehmen würden notwendigerweise dasselbe Rating haben, weil ihr Gesamtvermögen denselben Haftungsfonds speise.

Bodenfreiheit:

Die Antragsgegnerin habe vorgegeben, dass die anzubietenden Straßenbahnen bei maximaler Durchfederung und voll abgenützten Rädern einen vertikalen Mindestabstand (Bodenfreiheit) von lediglich 20 mm über SOK einzuhalten haben. Fahrzeuge mit einer so geringen Bodenfreiheit seien jedoch für die praktische Verwendung im Wiener Straßennetz nicht geeignet, weil sie regelmäßig mit Bodenunebenheiten kollidieren würden.

Zum einen hätten Schienen im Wiener Netz selbst eine Verschleißtoleranz von 14 bis 25 mm, wobei die Antragsgegnerin von einer Schienenabnutzung von 20 mm ausgehe. Bei einer Bodenfreiheit von nur 20 mm und einem Schienenverschleiß von 20 mm oder mehr würde keine Bodenfreiheit verbleiben.

Dazu komme, dass laut Beilage 3.48 zum Lastenheft (Ermittlung der Bodenfreiheit), Seite 3 oben, nur eine 2/3-Beladung anstelle von einer richtigerweise anzusetzenden 3/3-Beladung erlaubt zu sein scheine, obwohl das Lastenheft der Beilage vorgehe. Gemäß Punkt 4.6 Lastannahmen, des Lastenheftes, Seite 22, sei jedoch für die Auslegung der Höchstlast eine Auslegungsmasse mit außergewöhnlicher Zuladung (3/3-Last) zu beachten.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe die maximale Durchfederung vermutlich mit einer 2/3-Beladung gerechnet. Gemeint könne nur die Berechnung mit einer 3/3-Beladung sein. Die Antragstellerin habe die maximale Durchfederung mit einer 3/3-Beladung berechnet.

Dieser Berechnungsunterschied würde unter der Annahme gleicher Federsteifigkeit wie bei den Fahrzeugen der Antragstellerin eine Differenz von 16 mm ergeben. Würde diese zusätzliche Absenkung von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin durch am Drehgestell montierte Beilagen kompensiert, stiege im Gegenzug die Einstiegshöhe um 16 mm. Das wiederum hätte zur

Konsequenz, dass die Bewertung der Einstiegshöhe zu korrigieren sei, was zu einem Bietersturz führe.

Widerruf:

Gehe man davon aus, dass der Widerspruch zwischen der Beilage 3.48 (2/3-Beladung) und dem Lastenheft (3/3-Beladung) nicht aufgelöst werden könne, weil diese Klärung zu geänderten Angeboten führen hätte können, so müsse das Vergabeverfahren insgesamt wegen Vorliegens eines zwingenden Widerrufsgrundes widerrufen und die Zuschlagsentscheidung aus diesem Grund für nichtig erklärt werden.

2. Die Antragsgegnerin brachte dazu mit Schriftsatz vom 22.12.2014 im Wesentlichen Folgendes vor:

Grundsätzliches:

Im Zuge des Verhandlungsverfahrens seien in zahlreichen Einzelverhandlungen die technischen Details bzw. die technische Ausgestaltung der zu liefernden Straßenbahnen sowie die Bedingungen der Instandhaltung und allgemeine vertragliche Themen erörtert worden. Die Ausschreibungsunterlagen seien entsprechend diesen Verhandlungen laufend adaptiert und den beiden Bietern Gelegenheit gegeben worden, zu diesen Adaptierungen Stellung zu nehmen. Grundlage für die Last and Best Offers (LBO) seien daher die LBO-Ausschreibungsunterlagen in der Fassung vom 15.10.2014 gewesen. Sämtliche Feststellungen der Antragsgegnerin in den Verfahrensunterlagen, insbesondere auch die LBO-Ausschreibungsunterlagen, seien bestandsfest.

Die anzubietenden Straßenbahnen seien nach Zuschlagserteilung vom Auftragnehmer erst entsprechend den technischen Vorgaben herzustellen, wobei in der Feinplanungsphase nach Zuschlagserteilung die Fahrzeugfunktionen zwischen der Auftragnehmerin und der Auftraggeberin abzustimmen seien. Dementsprechend hätten die Bieter in ihren Angeboten zusichern müssen, die in den Ausschreibungsunterlagen geforderten technischen Vorgaben erfüllen zu können. Besonders wichtige Eigenschaften, insbesondere auch solche, die im

Rahmen der Angebotsbewertung zur Ermittlung des Bestbieters herangezogen werden, würden als zugesicherte Eigenschaften gelten und seien durch Pönalen abgesichert. Davon, dass die Erfüllung der gemachten Vorgaben möglich sei, habe sich die Antragsgegnerin im Zuge des Verhandlungsverfahrens überzeugen können.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe nicht das angeboten, was die Antragstellerin in ihrem Antrag behaupte. Außerdem unterstelle die Antragstellerin den LBO-Ausschreibungsunterlagen Inhalte, welche diese nicht hätten, und lasse bestandsfest gewordene Vorgaben außer Betracht.

Einstiegshöhe:

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe in ihrem LBO eine Einstiegshöhe von 215 mm und eine maximale Rampenneigung in Längsrichtung von 6,9 % angeboten und zugesichert. Dem LBO seien maßstabgetreu und nachvollziehbar Angaben zur Einstiegshöhe angeschlossen gewesen.

Stellplätze und Wendekreise für Rollstühle:

Für die Antragstellerin sei mit dem Verweis auf den „Stand der Technik“ nichts zu gewinnen. Der gemäß § 32b Eisenbahngesetz (EisbG) für die Bauartgenehmigung heranzuziehende Stand der Technik sei nämlich ident mit dem in § 9b EisbG definierten Stand der Technik und sei mit der hinsichtlich des Standes der Technik auf Grundlage des § 19 Abs. 4 EisbG erlassenen Straßenbahnverordnung (StrabVO) konkretisiert worden.

Liege ein spezifisches, allgemein anerkanntes Regelwerk für die barrierefreie Ausgestaltung von Straßenbahnen oder diesen vergleichbaren Schienenfahrzeugen vor, so verbiete sich von vornherein die Heranziehung technischer Empfehlungen oder Regelwerke, welche sich etwa rein auf Gebäude oder Wohnungen beziehen. Die von der Antragstellerin zum Stand der Technik angeführten Regelwerke seien für die Barrierefreiheit der zu liefernden Straßenbahnen nicht heranzuziehen.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe in ihrem LBO Rollstuhlstellplätze samt Wendekreis mit dem in ihrem Schriftsatz als vertraulich gekennzeichneten Ausmaß und der als vertraulich bezeichneten Beschaffenheit angeboten. Diese Rollstuhlplätze seien ausreichend dimensioniert und ausschreibungskonform.

Zudem greife die Antragstellerin bei ihrer „schematischen Darstellung“ mehrfach auf falsche Annahmen zurück, zum Beispiel auf eine falsche Ausgangshöhe von 355 mm über SOK und falsche Abstands- und Höhenangaben bei der Darstellung des Fahrzeugquerschnittes, was zu dem von der Antragstellerin gewünschten Ergebnis führe.

Eisenbahnrechtliche Genehmigungsfähigkeit:

Dass eine Rampenneigung von mehr als 6 % nicht dem Stand der Technik entsprechen würde und deshalb eisenbahnrechtlich nicht genehmigungsfähig sei, sei unzutreffend.

Zunächst sei festzuhalten, dass in den LBO-Ausschreibungsunterlagen eine eventuelle Rampenneigung in Längs- und Querrichtung von bis zu 7 % bestandsfest geworden sei. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe eine Rampenneigung von 6,9 % angeboten und verbindlich zugesichert.

Die Rampenneigung sei von der StrabVO nicht umfasst. Aus den allgemein anerkannten Regeln der Technik lasse sich nicht ableiten, dass die maximale Rampenneigung 6 % nicht übersteigen dürfe. Die von der Antragstellerin hierzu herangezogenen Quellen seien nicht relevant. Die von der Antragstellerin hinsichtlich des Raumbedarfs für Rollstuhlplätze und Rollstuhlwendekreise herangezogene Entscheidung der EU-Kommission vom 21.12.2007, TSI PRM, 2008/164/EG sehe je nach Länge der Rampe eine zulässige Neigung von 8 % (bei Rampenlängen über 1 m) bis zu 18 % (je kürzer die Rampenlänge, desto höher könne die Neigung sein) vor. Auch seien in Österreich in mehreren Städten (z.B. Innsbruck, Linz und Gmunden) Straßenbahnen mit einer Rampenneigung von sogar mehr als 7 % im Einsatz und daher offensichtlich auch eisenbahnrechtlich genehmigt.

Mindestkriterien für Stellplätze und Wendekreise:

Der von der Antragstellerin dem Punkt 4.3 des LBO-Lastenheftes unterstellte Inhalt sei falsch. Das Lastenheft enthalte keine Vorgaben zur Mindestgröße eines Rollstuhlstellplatzes. Die von der Antragstellerin dafür als Beleg zitierten Quellen seien nicht nur irrelevant, sondern ließen auch gar keine einheitliche Ableitung einer bestimmten Mindestgröße eines Rollstuhlstellplatzes zu.

Lediglich hinsichtlich des Rollstuhl-Wendekreises würden die unterschiedlichen, von der Antragstellerin zitierten technischen Regeln – unabhängig von der Frage, ob sie auf Straßenbahnen überhaupt anwendbar seien – einen Mindest-Wendekreis von 1500 mm vorsehen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe einen Wendekreis mit den als vertraulich gekennzeichneten Abmessungen und der als vertraulich bezeichneten Beschaffenheit angeboten.

Verschneidungen:

Die Antragstellerin gehe von falschen Annahmen aus.

Radsatzlast:

Für die Berechnung der Radsatzlasten sei gemäß Punkt 2.3 des Lastenheftes der LBO-Ausschreibungsunterlagen die EN 15663 heranzuziehen. Aus Verschleißgründen dürfe eine maximale Last von 12 t pro Radpaar nicht überschritten werden. Ein Überschreiten führe zum Ausscheiden. Geringere Radsatzlasten führten als Sub-Zuschlagskriterium in der Bewertungsmatrix „Technik/Betrieb“ zu einer besseren Bewertung.

Der von der Antragstellerin bemühte Vergleich mit dem Flexity-Zug für D. sei irrelevant. Es handle sich dabei um ein von der Antragstellerin beliebig ausgewähltes Fahrzeug (der präsumtiven Zuschlagsempfängerin) in Belgien. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe für das gegenständliche Angebot die Radsatzlasten ausschreibungskonform auf Basis der EN 15663 und unter Berücksichtigung der geforderten außergewöhnlichen Zuladung berechnet. Die Berechnung sei nachvollziehbar und plausibel.

Frontscheibe:

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe ausschreibungskonform angeboten, wobei sie die näheren Details als Geschäfts- und Betriebsgeheimnis kennzeichnete.

Fenstermontage:

Es treffe zu, dass die Fenster nicht eingeklebt sein dürfen, sondern mittels eines Gummikedersystems eingebaut sein müssen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe jedoch ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt.

Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit:

Es seien ausschließlich die KSV-Ratings der beiden BIEGE-Mitglieder, die als präsumtive Zuschlagsempfängerin angeboten habe, relevant, und diese seien mit 320 bzw. 200 jeweils ausreichend. Die Behauptung der Antragstellerin, wonach durch einen Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag verbundene Unternehmen notwendigerweise dasselbe Rating hätten, sei schlicht unrichtig.

Bodenfreiheit:

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe die Bodenfreiheit korrekt berechnet. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei der Berechnung der Bodenfreiheit eine 2/3-Beladung und nicht eine 3/3-Beladung zu Grunde zu legen. Dies sei in Beilage 3.48 explizit vorgegeben. Die unter Punkt 4.6 des Lastenheftes getroffenen Festlegungen und Vorgaben würden sich auf die Festigkeit des Wagenkastens bzw. der Gesamtstruktur beziehen, nicht aber auf die Berechnung der Bodenfreiheit.

Das Vorbringen der Antragstellerin, Fahrzeuge mit einer Bodenfreiheit von 20 mm über SOK seien für die praktische Verwendung im Wiener Streckennetz nicht

geeignet, würde die Antragsgegnerin verwundern, zumal die Antragstellerin diese Festlegung nicht beanstandet habe. Die Festlegung sei bestandsfest.

3. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin brachte mit Schriftsatz vom 22.12.2014 im Wesentlichen vor:

Grundsätzliches:

Der gegenständliche Auftrag würde zivilrechtlich betrachtet keinen Liefer- oder Kaufvertrag, sondern einen Werkvertrag darstellen. Das Vorbringen der Antragstellerin, die präsumtive Zuschlagsempfängerin würde ihr Angebot nicht realisieren können, würde daher ins Leere gehen. Relevant sei nur, dass sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin verpflichtet habe, die Straßenbahnen lastenheftkonform herzustellen und dabei – genau wie die Antragstellerin – auf eigenes wirtschaftliches Risiko noch bestimmte Eigenschaften gemäß § 922 ABGB zugesichert habe.

Darüber hinaus ignoriere die Antragstellerin die Existenz des bestandskräftigen Lastenheftes und versuche dafür, ihre Argumente auf tatsächlich irrelevante Regelungsbereiche – z.B. vermeintliche Vorgaben an Stellplätze und Wendekreise für Rollstühle sowie maximale Rampenneigungen – zu stützen. Die entsprechenden Vorgaben seien jedoch durch die Ausschreibung abschließend (weil bestandsfest) festgelegt.

Darüber hinaus würde die Antragstellerin ihren Schlussfolgerungen falsche Annahmen zu Grunde legen.

Einstiegshöhe:

Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Einstiegshöhe sei von der Antragsgegnerin überprüft und für plausibel befunden worden. Darüber hinaus sei die Einstiegshöhe auch von zwei externen Sachverständigen der Antragsgegnerin überprüft und für nachvollziehbar befunden worden.

Die Berechnungen der Antragstellerin würden auf falschen Annahmen beruhen. Insbesondere sei das von der Antragstellerin herangezogene B.-Flexity-Fahrzeug mit dem angebotenen Fahrzeug nicht vergleichbar. Die Einstiegshöhe sei mit richtigen Maßen und ohne falsche Annahmen sehr wohl erreichbar.

Rampenneigung:

Die Vorgaben zur Rampenneigung seien bestandsfest und würden von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erfüllt.

Da ein Werkvertrag und nicht ein Kaufvertrag vorliege, komme der „garantierten“ ausschreibungskonformen Leistungserbringung besondere Bedeutung zu. Aus diesem Grunde hätten die geforderten Eigenschaften im Sinne des § 922 ABGB auch ausdrücklich zugesichert werden müssen. Das Risiko der eisenbahnrechtlichen Genehmigungsfähigkeit trage der Bieter.

Die von der Antragstellerin vorgebrachten Normen, die insbesondere nur eine Neigung bis zu 6 % zuließen, würden dem Lastenheft widersprechen. Außerdem seien die von der Antragstellerin vorgebrachten „Quellen“ nicht anwendbar. Die angebotenen Rampenneigungen seien zulässig.

Ein Stand der Technik, der eine Neigung von 6 % vorgebe, existiere nicht. Der Stand der Technik nach dem EisbG – insbesondere im Rahmen der Bauartgenehmigung (§ 32b EisbG), auf den sich die Antragstellerin beziehe – habe als Regelungszweck die Sicherheit und die Ordnung des Betriebs der Eisenbahn bzw. deren betriebs- und verkehrstechnische Sicherung. Es gehe also dort nicht um die Barrierefreiheit oder die Behindertengerechtigkeit. Weiters sei zu betonen, dass als Quellen zur Ermittlung des Standes der Technik zunächst Vorschriften heranzuziehen seien, die als Rechtsvorschriften verbindlich seien (Catharin/Gürtlich, Eisenbahngesetz, 446). Keine der von der Antragstellerin genannten Quellen erfülle die Qualität einer (nationalen) verbindlichen Rechtsvorschrift. Sämtliche Anforderungen an den Bau und Betrieb von Straßenbahnen würden abschließend und gesamthaft durch die StrabVO geregelt (Catharin/Gürtlich, Eisenbahngesetz, 447). Somit ergebe sich auch aus diesem Grund keinerlei Grundlage für Ableitungen aus diversen anderen (vermeintlich anwendbaren) „Quellen“.

Weiters gebe es etliche Normen und Bestimmungen, die eine höhere Rampenneigung als 6 % zulassen. Die auf die Richtlinien 2001/16/EG und 96/48/EG gestützte Entscheidung der Europäischen Kommission über die technische Spezifikation für die Interoperabilität bezüglich „eingeschränkt mobiler Personen“ im konventionellen transeuropäischen Eisenbahnsystem und im transeuropäischen Hochgeschwindigkeitsbahnsystem, 2008/164/EG, lasse in Punkt 4.2.2.9 („Höhenänderungen“) je nach Länge der Rampe Neigungen von 8 % bis 18 % zu. Die Richtlinie 2001/85/EG lasse Neigungen von 8 % bis 12,5 % zu.

Die Fahrzeuge der präsumentiven Zuschlagsempfängerin seien weltweit tausendfach in Betrieb. Diesem Einsatz sei selbstverständlich jeweils eine eisenbahnrechtliche Genehmigung nach den jeweiligen nationalen Vorschriften vorausgegangen. Konkret seien für Österreich die Straßenbahnen in Linz und Innsbruck zu nennen, welche sogar Rampenneigungen von bis zu 14 % aufweisen würden.

Stellplätze und Wendekreise für Rollstühle:

Die von der Antragstellerin vorgebrachten Anforderungen im Zusammenhang mit Rollstühlen, insbesondere an die Stellplätze und Wendekreise, würden sich im Lastenheft nicht finden. Maßgeblich seien alleine die Anforderungen gemäß Lastenheft. Daher seien die von der Antragstellerin vorgebrachten Anforderungen nicht relevant.

Darüber hinaus würde die Antragstellerin auf unterschiedlichste Größen und Maße verweisen, seien die von der Antragstellerin angeführten Quellen nicht anwendbar und ziele die Antragstellerin mit ihrer Sorge um die Rollstuhlstellplätze und um die Behindertengerechtigkeit in Wahrheit auf die Einstiegshöhe ab. Tatsächlich würde das von der präsumentiven Zuschlagsempfängerin angebotene Fahrzeug über einen klar besseren Wendekreis als der von der Antragstellerin angebotene „U.“ verfügen.

Verschneidungen:

Gemäß ausdrücklicher und auch bestandsfester Festlegung im Lastenheft (Seite 17, Punkt 4.1) würden Verschneidungen in Abstimmung zwischen Auftraggeberin und Auftragnehmerin in der Feinplanungsphase nach Zuschlagserteilung behandelt. Dies füge sich in das Gesamtbild der gegenständlichen Leistungserfüllung mittels eines Werklieferungsvertrages einschließlich einer Phase der Feinabstimmung zur Klärung von Details.

Zudem sei es völlig unzutreffend, dass mehr als die Hälfte des Fahrzeuges der präsuntiven Zuschlagsempfängerin mit gefährlichen Verschneidungen bedeckt sei. Die Flächen mit Verschneidungen seien äußerst gering. Überdies würden die Kanten verschliffen und seien damit für den Fahrgast kaum wahrnehmbar.

Radsatzlast:

Die präsuntive Zuschlagsempfängerin habe im Hinblick auf die Pönalisierung sogar einen konservativen Bewertungsansatz gewählt. Andernfalls hätte sie eine deutlich niedrigere Radsatzlast anbieten können. Der von der Antragstellerin angestellte Vergleich mit den Flexityzügen für D. sei unrichtig, weil die Flexityzüge für D. völlig andere Leistungs- und Konfigurationsmerkmale aufweisen würden als die von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin der Antragsgegnerin angebotenen Fahrzeuge.

Frontscheibe:

Die Antragstellerin würde ihr diesbezügliches Vorbringen auf eine keinesfalls detailgetreue Abbildung in einem Printmedium stützen. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin habe ausschreibungskonform angeboten.

Fenstermontage:

Auch hier stütze sich die Antragstellerin auf eine keinesfalls detailgetreue Abbildung in einem Printmedium. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin habe ausschreibungskonform angeboten.

Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit:

Laut der bestandsfesten Eignungsanforderungen werde das Eignungskriterium „Rating“ erfüllt, wenn der Bewerber über ein KSV-Rating von nicht höher als 400 verfüge. Bei Bietergemeinschaften werde das nach dem Gesamtumsatz des letzten abgelaufenen Geschäftsjahres gewichtete arithmetische Mittel der Ratings aller Mitglieder der Bietergemeinschaft herangezogen. Beide Mitglieder der Bietergemeinschaft würden alleine „bei Weitem“ über das erforderliche Rating verfügen und damit die gegenständliche Eignungsanforderung erfüllen.

Ein Gewinnabführungsvertrag gegenüber der B. Inc. bestehe nicht. Außerdem würde B. Inc. über ein KSV-Rating von 250 verfügen.

Nur der Vollständigkeit halber werde angemerkt, dass eine etwaige Verlusttragung der Muttergesellschaft lediglich eine Erweiterung des Haftungsfonds und damit ein Vorteil für die Auftraggeberin wäre. Eine Gewinnabführung sei überhaupt ohne Relevanz. Ob ein erzielter Bilanzgewinn jährlich an eine Muttergesellschaft abzuführen sei oder sonst auf Grund rein gesetzlicher Bestimmungen jährlich zur Gänze ausgeschüttet werde, mache für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im Sinne des BVergG keinerlei Unterschied. Ebenso fehle jegliche Relevanz für das KSV-Rating.

Bodenfreiheit:

Die Vorgabe von 20 mm Bodenfreiheit durch die Antragsgegnerin sei bestandsfest. Würde es zutreffen, dass 20 mm Bodenfreiheit für das Wiener Streckennetz ungeeignet sei, so hätte die Antragstellerin die Antragsgegnerin auf diesen vermeintlichen Umstand zeitgerecht hinweisen müssen und hätte durch das Unterlassen eines solchen Hinweises vorvertragliche Schutz- und Sorgfaltspflichten verletzt. Das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin sei daher präkludiert.

Der von der Antragstellerin argumentierte Widerspruch hinsichtlich einer erforderlichen 2/3- bzw. 3/3-Beladung des Fahrzeuges würde nicht bestehen.

Der Begriff der „maximalen Durchfederung“ beziehe sich nicht auf die Beladung. Die „maximale Durchfederung“ subsumiere Effekte wie beispielsweise das Wanken, das Einfedern im Bremsfall und das Durchbiegen des Wagenkastens, welche jeweils auf ihr Maximum bezogen auf den jeweiligen Beladungsfall anzuwenden seien. Auch hier habe die Antragstellerin ausreichend Zeit gehabt, einen angeblichen Widerspruch in den Ausschreibungsunterlagen mittels eines Hinweises an die Antragsgegnerin oder durch eine Bieteranfrage aufzulösen. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin habe die Bodenfreiheit ihres Fahrzeuges mittels detaillierter Berechnung mit dem Angebot nachgewiesen.

4. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin gab zu dem ihr übermittelten Schriftsatz der Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 5.1.2015 im Wesentlichen folgende Stellungnahme ab:

Sie bekräftigte zunächst, dass ihrer Ansicht nach das Vorbringen der Antragstellerin unrichtig sei und zur Gänze bestritten werde. Sodann ging sie im Einzelnen auf das Vorbringen der Antragsgegnerin ein, pflichtete diesem in vielen Punkten bei und führte aus, dass die Antragsgegnerin eine gewissenhafte und detaillierte Prüfung durchgeführt und das Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin zu Recht als ausschreibungskonform beurteilt und zutreffend bewertet habe.

5. Die Antragstellerin replizierte mit Schriftsatz vom 8.1.2015 auf die beiden Schriftsätze der Antragsgegnerin und der präsuntiven Zuschlagsempfängerin jeweils vom 22.12.2014 im Wesentlichen Folgendes:

Allgemeines:

Nach Ansicht der präsuntiven Zuschlagsempfängerin handle es sich zivilrechtlich beim ausgeschriebenen Auftrag um einen Werkvertrag. Deshalb könne eine Leistungsanforderung verändert werden. Dem sei entgegenzuhalten, dass es dahingestellt bleiben könne, ob der ausgeschriebene Vertrag ein Kaufvertrag (Lieferauftrag) mit Wartungsaspekten (Dienstleistungsvertrag) oder ein Werkvertrag sei, weil bei jeder Vertragsform die bedungenen und die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften der Ware bzw. des Werkes verbindlich seien. Die

präsumtive Zuschlagsempfängerin nehme in Anspruch, jeden Vertragsaspekt (allenfalls auch einvernehmlich) ändern zu dürfen. Das würde aber bedeuten, dass in einem Vergabeverfahren lediglich der zivile Vertragstypus eines Werkvertrages gewählt werden müsste, damit keine Ausschreibungswidrigkeit mehr eine Rolle spielen würde. Das sei auf Grund der zugesicherten Eigenschaften des konkreten Vertrages zivilrechtlich unrichtig. Es sei aber auch vergaberechtlich unrichtig. In vergaberechtlicher Hinsicht würde es sich im Stadium der Vertragserfüllung um unzulässige Vertragsänderungen handeln, weil Mindestanforderungen und Werte, die Zuschlagskriterien darstellen, geändert würden. Wenn jedoch ein Auftraggeber schon in seiner Angebotsunterlage Mindestanforderungen aufnehme, gebe er dadurch zu verstehen, dass er erst gar nicht gewillt sei, Angebote zu akzeptieren, die diese Anforderungen nicht erfüllen. Angebote, die Musskriterien nicht erfüllen oder Zuschlagskriterien nicht einhalten können, seien jedenfalls auszuschneiden.

Wenn sich ein Auftraggeber wie im konkreten Fall bestimmte Eigenschaften oder Werte ausdrücklich zusichern lasse und die Einhaltung dieser Werte mit einer Pönale besichere, bedeute das, dass Angebote, welche eine nachträgliche Änderung eines dieser Werte voraussetzen oder benötigen, von vornherein nicht annehmbar seien. Beabsichtige ein Auftraggeber, einem solchen Angebot trotzdem den Zuschlag zu erteilen, so verletze er seine eigenen präkludierten Angebotsunterlagen und privilegiere den Bieter dieses Angebotes gegenüber allen anderen Bietern.

Insbesondere dürften während der Detailplanung nur mehr jene Parameter, die weder Mindestkriterien noch zugesicherte Eigenschaften darstellen, präzisiert werden.

Zu den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften gehörte bei Werkverträgen – auch wenn dies anders als in Punkt 3.1 des Rahmenvertrages nicht ausdrücklich verlangt sei – die Einhaltung des Standes der Technik.

Die Absicherung der zugesagten Eigenschaften durch Pönale würde nichts daran ändern, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die zugesagten Eigenschaften erfüllen müsse. Die Pönale räume der präsumtiven

Zuschlagsempfängerin nicht das Recht ein, sich von der Erfüllung der Zusage „freikaufen“ zu können.

Schließlich betonte die Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin und die präsumtive Zuschlagsempfängerin in ihren Schriftsätzen Angaben geschwärzt hätten, welche unmöglich ein Geschäfts- und Betriebsgeheimnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sein könnten, wie insbesondere die konkreten Innenmaße der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Straßenbahn. Diese Innenmaße könnten, sobald die erste Straßenbahn geliefert sei, von jedem Fahrgast vermessen werden, und es könne ein Geschäfts- und Betriebsgeheimnis lediglich darin liegen, wie die präsumtive Zuschlagsempfängerin technisch zu diesen Innenmaßen gelange.

Einstiegshöhe:

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe für die von ihr angebotene Einstiegshöhe 6,0 gewichtete Punkte verliehen bekommen. Tatsächlich hätten ihr für die Einstiegshöhe nur 3,0 gewichtete Punkte verliehen werden dürfen, was zum Bietersturz geführt hätte. Grund sei, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zugesagte Einstiegshöhe technisch nicht machbar sei. Zum Beweis schließe die Antragstellerin ein von ihr eingeholtes privates Sachverständigengutachten an.

Allgemein anerkannte Regeln der Technik hinsichtlich Barrierefreiheit:

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin müsse – wie alle Bieter – jedenfalls die allgemein anerkannten Regeln der Technik einhalten. Dazu sei in den Ausschreibungsunterlagen in den vertraglichen Bestimmungen unter Punkt 4.4.2 festgehalten, dass der Auftragnehmer die Leistung vertragsmäßig zu erbringen und dabei außer den gesetzlichen Bestimmungen (insbesondere Arbeitnehmerschutzbestimmungen) alle sonstigen Rechtsnormen, behördliche Anordnungen sowie die allgemein anerkannten Regeln der Technik einzuhalten habe.

Unrichtig sei, dass sich bei der Ermittlung des Standes der Technik im Sinne des EisbG das Rekurrenieren auf andere öffentlich-rechtliche Normen wie GewO, ASchG oder WRG verbieten würde. Dass Barrierefreiheit für öffentliche Straßenbahnen zwingend erforderlich sei, auch wenn das in der StrabVO nicht ausdrücklich angeordnet sei, ergebe sich aus dem Diskriminierungsverbot des § 4 BGStG, das gemäß dessen § 2 auf den Bereich des Eisenbahnrechts anzuwenden sei. Es bleibe also dabei: Da die StrabVO dazu schweige, wie Rollstuhlplätze und Rampen in Straßenbahnen auszugestalten sind, gelte nicht nichts, sondern es gelte gemäß § 32a Abs. 4 EisbG der Stand der Technik im Sinne des § 9b EisbG.

Alle Argumente der Auftraggeberin (und der präsumentiven Zuschlagsempfängerin), bestimmte Quellen seien schlicht deswegen unbeachtlich, weil sie sich nicht ausdrücklich oder unmittelbar auf Straßenbahnen beziehen, sondern auf andere Arten von Fahrzeugen oder auf Bauwerke, würden die Bedeutung des § 9b EisbG verkennen und dessen eindeutigen Wortlaut missachten.

So betreffe die ÖNORM B 1600 zwar explizit nur Gebäude. Für mobilitätseingeschränkte Personen sei ein Gefälle von 6 % jedoch immer gleich schwer zu überwinden, unabhängig davon, wo es sich befinde. Deshalb würden Behindertenorganisationen und einschlägig spezialisierte Experten die B 1600 auch für Rampen in Verkehrsmitteln und nicht nur in Gebäuden heranziehen. Darüber hinaus habe auch die Auftraggeberin die ÖNORM mittels Punkt 3.1.5 des Rahmenvertrages grundsätzlich für anwendbar erklärt, zumal dort festgelegt worden sei, dass alle relevanten, im ÖNORMEN-Verzeichnis genannten Normen und Richtlinien technischen Inhaltes, die DIN 31051 sowie alle übrigen in Betracht kommenden DIN (in dieser Reihenfolge) gelten würden. Da die ÖNORM B 1600 im ÖNORMEN-Verzeichnis genannt ist und Rampenneigungen zur Herstellung von Barrierefreiheit regle, wäre für deren behauptete Unanwendbarkeit zu begründen, warum diese nicht relevant sein sollte.

Weiters führte die Antragstellerin aus, warum ihrer Ansicht nach auch die DIN 18040-1, der Leitfaden „Barrierefreies Wien“, die Mitteilung 7011 der VDV, Teil 2 Betrieb nach BOStrab, der Leitfaden für barrierefreien Öffentlichen Verkehr des BMVIT und das von der Schweizer Fachstelle Behinderte und öffentliche Verkehre

herausgegebene Merkblatt Rollstuhlplätze in Bus und Tram für die gegenständliche Ausschreibung anwendbar wären.

Die angeführten technischen Normen und Richtlinien würden jeweils eine Neigung der Rampen von maximal 6 % als Stand der Technik vorsehen bzw. empfehlen.

Die von der Auftraggeberin angeführte TSI-PRM 2008/164/EG würde zwar Neigungen bis zu 18 % erlauben, dies jedoch nur für Außenrampen, die in diesen Fällen nur mit fremder Hilfe bewältigt werden könnten. Außerdem liege der Regelungszweck und damit der Schwerpunkt dieses Dokumentes auf der Vereinheitlichung der bei seiner Erlassung schon bzw. noch in Verwendung stehenden Eisenbahnen – ohne Straßenbahnen. Deshalb trage es zum Stand der Technik für Straßenbahnen und für das Jahr 2014 kaum etwas bei. Außerdem würden in Österreich insoweit strengere Anforderungen gelten, als gemäß § 6 BGStG und der Mitteilung barrierefreies Wien mobilitätseingeschränkte Personen ohne fremde Hilfe nutzen können müssen. Nur wenn die Herstellung der Barrierefreiheit mit unverhältnismäßigen Belastungen verbunden wäre, könnte anderes gelten. Davon könne jedoch bei der Vermeidung einer Rampenneigung von mehr als 6 % (wie auch bei der Vermeidung von großräumigen Verschneidungen und bei ausreichend dimensionierten Rollstuhlstellplätzen und Rollstuhlmanövrierflächen) keine Rede sein, zumal das Fahrzeug der Antragstellerin seit vielen Jahren Barrierefreiheit biete. Deshalb sei eine Neigung von 18 % hier unzulässig.

Eisenbahnrechtliche Genehmigungsfähigkeit

Eine ausdrücklich zugesagte Eigenschaft – wie etwa eine Rampenneigung in Längsrichtung von 6,9 % - welche dem eisenbahnrechtlichen Stand der Technik widerspricht, würde bewirken, dass das Fahrzeug nicht genehmigungsfähig sei und nicht eingesetzt werden könne. Vergaberechtlich würde das bedeuten, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin eine Zulassung nur erhalte, wenn sie Parameter des Fahrzeuges ändere. Den Zuschlag auf ein Angebot zu erteilen, bei welchem schon vor Zuschlagserteilung klar sei, dass es nur in Verbindung mit einer vergaberechtlich unzulässigen Vertragsänderung umsetzbar sei, mache die

entsprechende Zuschlagsentscheidung nichtig. Werde der Vertrag – um die eisenbahnrechtliche Bauartgenehmigung zu erhalten – nur hinsichtlich eines dieser Parameter geändert, so könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Zuschlag einem anderen Bieter zu erteilen gewesen wäre, weshalb es sich um eine wesentliche und damit unzulässige Vertragsänderung handle.

Im konkreten Fall führe eine auch nur minimal höhere Einstiegshöhe des Fahrzeuges der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu einem sicheren Bietersturz. Sollte die Einstiegshöhe anstatt 215 mm 217 mm aufweisen, müsste das Angebot mit 4,5 anstelle von 6,0 gewichteten Punkten bewertet werden, was zu einem Bietersturz führen würde.

Dem Vorbringen, dass eine Rampenneigung von weniger als 7,0 % präkludiert sei, sei entgegen zu halten, dass eine derartige Präklusion die eisenbahnrechtlichen Rahmenbedingungen nicht ändere. Denn die LBO-Unterlage überlasse es dem Bieter, wie weit unter 7 % er seine maximale Rampenneigung ansetze. Eine präkludierte Vorgabe in einem Lastenheft mache die dem EisbG widersprechende Rampenneigung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht gesetzeskonform.

Außerdem hätte auch das Lastenheft für Innsbruck eine dem Stand der Technik entsprechende Rampenneigung von maximal 6 % erlaubt. Auch die Lastenhefte für Graz – sowohl in der Ausschreibung des Jahres 2006 als auch bereits in der Ausschreibung des Jahres 1996 – hätten keine höhere Rampenneigung als 6 % vorgesehen. Das Beispiel des Fahrzeuges Linz-Pöstlingberg sei ungeeignet, weil es sich dabei um eine historische Strecke handle, welche die steilste Adhäsionsbahn Europas sei und daher untypische Anforderungen aufweise.

Der Stellungnahme der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei entgegenzuhalten, dass eine Festlegung im Lastenheft keinen Stand der Technik bildet. Es sei auch der Stand der Technik einzuhalten, was durch die Festlegung im Lastenheft nicht ausgeschlossen werde. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätte mit einer Rampenneigung von maximal 6 % den Stand der Technik nicht eingehalten.

Wendekreise und Stellplätze für Rollstühle:

Rollstuhlstellplätze hätten jeweils eine Bewegungsfläche von zumindest 1500 x 1500 mm und einen Wendekreis von zumindest 1500 mm aufzuweisen. Dies sei unter anderem aus Teil 2.2.2 der deutschen VDV-Mitteilung 7011 und Punkt 5.2.1 der ÖNORM B 1600 abzuleiten. Bei Einhaltung dieser Vorgaben sei im Fahrzeug der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die angebotene Einstiegshöhe nicht realisierbar.

Die Antragsgegnerin würde dadurch, dass sie die Maße der Wendekreise und Stellplätze in der nicht vertraulichen Version ihrer Stellungnahme als vermeintliches Geschäfts- und Betriebsgeheimnis geschwärzt habe, eine inhaltliche Diskussion verhindern.

Die Antragsgegnerin weise in ihrer Stellungnahme darauf hin, dass das Lastenheft keine Vorgaben zur Mindestgröße eines Rollstuhlstellplatzes enthalte. Dabei übersehe die Antragsgegnerin, dass es nicht nur für den Rollstuhlwendekreis, sondern auch für Rollstuhlstellplätze einen Stand der Technik gebe. In dem von der Antragstellerin nunmehr vorgelegten Gutachten weise der Sachverständige W. eine Mindestrollstuhlstellplatzgröße von 900 mm x 1300 mm und einen Mindestrollstuhlwendekreis mit einem Durchmesser von 1500 mm bzw. eine Rollstuhlbewegungsfläche mit den Abmessungen von 1500 mm x 1500 mm nach.

Verschneidungen:

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin argumentiere, dass die Verschneidungen ihres Fahrzeuges in der Feinplanungsphase geregelt würden. Dabei übersehe sie, dass bereits das Angebot keine Verschneidungen aufweisen dürfe, die mehr als kleinräumig seien. Es sei nicht ausreichend, sich später mit der Auftraggeberin irgendwie einigen zu wollen.

Außerdem würde das Problem der durch die Verschneidungen zu überwindenden Höhendifferenz durch Verschleifungen keinesfalls gelöst, da durch Verschleifungen der Verschneidungsbereich zwangsläufig großräumiger und

außerdem schlechter wahrnehmbar werde, wodurch die Stolpergefahr wegen der schlechteren Wahrnehmbarkeit sogar noch erhöht werde.

Offenbar habe die präsuntive Zuschlagsempfängerin noch kein schlüssiges Konzept, wie die Verschneidungen gelöst werden sollen, sondern verschiebe dieses Problem in die Zukunft. Sie sei scheinbar gar nicht sicher, wie das Fahrzeugkonzept letztlich aussehen werde, sonst könnte sie konkrete Angaben machen.

Radsatzlast:

Die Antragsgegnerin behaupte, dass der Vorwurf einer ausschreibungswidrigen Berechnung der Radsatzlast unzutreffend sei. Dabei lasse sie beiseite, dass jeder Bieter drei Layout-Varianten auszuarbeiten gehabt hätte. Es werde im Nachprüfungsverfahren zu überprüfen sein, ob die bewertete Radsatzlast tatsächlich auf alle angebotenen Layout-Varianten zutreffe.

Frontscheibe:

Ob die angebotene Frontscheibe ausschreibungswidrig doppelt gekrümmt ist, sei im Zuge des Nachprüfungsverfahrens zu prüfen.

Fenstermontage:

Ob die angebotene Fenstermontage ausschreibungswidrig ohne Gummikedersystem angeboten wurde, sei im Zuge des Nachprüfungsverfahrens zu prüfen.

Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit:

Dass die B. GmbH vom KSV 1870 gerated wurde, schließe nicht aus, dass dabei übersehen wurde, dass diese Gesellschaft mit einer anderen Gesellschaft über einen Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag so eng verbunden sei, dass dies die Bonität der erstgenannten Gesellschaft beeinflusse.

Zudem müsse die Eignung schon zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe durchgängig bis zur Zuschlagsentscheidung vorliegen. Die Nachreichung eines kürzlich eingeholten Ratings könne diesen für den Stichtag (Aufforderung zur Angebotsabgabe) erforderlichen Nachweis nicht ersetzen. Lag ein historisches KSV-Rating zum erforderlichen Stichtag nicht vor, hätte der geforderte Nachweis nicht als erbracht beurteilt werden dürfen. Selbst wenn man der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jetzt noch zugestehen würde, auf Ratings zu verweisen, die zum Stichtag bereits vorhanden waren (zB Moodys), wäre für sie daraus nichts zu gewinnen, da diese Ratings (umgerechnet) einem KSV-Rating von deutlich mehr als 400 entsprechen würden.

Bodenfreiheit:

Die in der Ausschreibung vorgegebene Bodenfreiheit und die Festlegungen zu deren Berechnung würden zwingend dazu führen, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Fahrzeuge über eine Einstiegshöhe von mehr als 216 mm verfügen müssten. Bereits aus diesem Grund hätte das Angebot der Antragstellerin als bestes Angebot ermittelt werden müssen.

Die Vorgabe einer Bodenfreiheit von 20 mm über SOK „*bei maximaler Durchfederung (...)*“ sei sprachlich, technisch und logisch eindeutig. Maximale Durchfederung könne nur bei maximaler Belastung (3/3-Belastung) erreicht werden. Dass in der Beilage 3.48 zum Lastenheft der LBO-Ausschreibungsunterlagen für die Berechnung der Bodenfreiheit eine Beladung von „*Sitzplätze 750 N, Stehplätze 3.000 N/m²*“ festgelegt sei, was einer 2/3-Fahrzeugbeladung vergleichbar sei, stelle insofern keinen unauflösbaren Widerspruch dar, als das Lastenheft gegenüber der Beilage 3.48 Vorrang genieße.

Offenbar hätte die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Bodenfreiheit im Sinne der Beilage 3.48 zum Lastenheft tatsächlich nur mit 2/3-Belastung kalkuliert. Hätte die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Bodenfreiheit richtigerweise hingegen mit 3/3-Belastung kalkuliert, so hätte sie, um die vorgeschriebene Bodenfreiheit sicherzustellen, die Verwendung zusätzlicher Beilagscheiben vorsehen müssen.

Dies hätte notwendigerweise zu einer größeren Einstiegshöhe als angeboten geführt, weil die Einstiegshöhe gemäß LBO-Unterlage bei leerem Fahrzeug mit unverschlissenen Rad zu messen war, die Bodenfreiheit hingegen bei maximaler Durchfederung (3/3-Beladung sowie maximaler Stoßdurchfederung).

Die Antragstellerin schloss ihrer Stellungnahme ein von ihr eingeholtes Privatgutachten des Dipl. Ing. W. vom 7.1.2015 zur angefochtenen Zuschlagsentscheidung an, dem zusammengefasst zu entnehmen war:

Zur Person des Gutachters:

Der Gutachter gab am Deckblatt seines Gutachtens an, über eigene Erfahrungen in Schienenverkehrsprojekten des konventionellen Eisenbahnverkehrs und des Öffentlichen Personennahverkehrs für Betreiber und Hersteller seit 1994 zu verfügen, im ON-Normungsgremium K31 Schienenverkehr aktiv mitgearbeitet zu haben bzw. mitzuarbeiten sowie als Schienenfahrzeugexperte in relevanten nationalen und internationalen Schienenverkehrs-Projekten eingebunden gewesen zu sein.

Zum Befund:

Der Sachverständige stellte zunächst die von ihm jeweils als einschlägig erachteten Vorgaben des Lastenheftes, die gemäß Zuschlagsentscheidung erfolgte Bewertung der beiden Angebote und rechtliche sowie technische Rahmenbedingungen dar (Seiten 4 bis 16 des Gutachtens).

Sodann legte er dar, dass die Themen Bodenfreiheit, Einstiegshöhe, Rampenneigungen, Behindertenflächen und Verschneidungen nicht voneinander unabhängig, sondern über die geometrischen sowie kinematischen Zusammenhänge der Konstruktion des Fahrzeuges verbunden seien. Die bisher realisierten Niederflurstraßenbahnen der präsumentiven Zuschlagsempfängerin würden Fußbodenhöhen im Fahrzeuginneren von 380 mm und mehr aufweisen. Die Einstiegshöhen würden auch jeweils über 300 mm liegen. Bei der

präsumtiven Zuschlagsempfängerin würde es noch keine technische Lösung für die von dieser zugesagten Einstiegshöhe von 215 mm geben.

Bei der vorgegebenen maximalen Fahrzeugbreite würde für die Querrampe eine maximale Länge von 780 mm verbleiben. Um eine Höhendifferenz von 85 mm zu überwinden, müsse die Querrampe jedoch 1.214 mm lang sein. In diesem Fall würde sich ein Teil der Rollstuhl-Manövrierfläche auf der Querrampe befinden.

Die zu überwindende Höhendifferenz sei daher nur durch Verschneidungen zwischen Querrampen und Längsrampen auflösbar, wodurch Kanten in Höhe von zumindest 30,75 mm entstehen würden, welche eine Gefährdung für Fahrgäste und Fahrpersonal darstellen würden. Eine Verschleifung dieser Verschneidungen würde zwar die Befahrbarkeit der Stufen durch Rollstuhlfahrer erleichtern, für sehbehinderte oder blinde Menschen wären jedoch klar gekennzeichnete und tastbare Kanten wesentlich für die Orientierung.

Technisch nachvollziehbar sei eine tatsächliche Einstiegshöhe von 227,4 mm. Für eine Einstiegshöhe von 215 mm müsse das Fahrzeug über eine innere Fahrzeugbreite von 2457 mm verfügen, was im Hinblick auf die gemäß Lastenheft maximal zulässige Außenbreite des Fahrzeuges mit 2435 mm nicht möglich sei.

Außerdem sei die Bodenfreiheit falsch berechnet. Die Vorgabe einer bestimmten Bodenfreiheit bei maximaler Durchfederung sei logisch dahingehend eindeutig, dass die maximale Einfederung der Primär- und Sekundärfederung nur bei einer maximalen Belastung (3/3-Belastung) erreicht werden könne. Der Befund zum Thema Bodenfreiheit ergebe, dass die gleichzeitige Forderung einer Bodenfreiheit von 20 mm, die Nichtberücksichtigung des vertikalen Schienenverschleißes, welche üblicherweise im Bereich von 16 bis 20 mm liege und die Berechnung von 2/3-Last anstatt 3/3-Last zu einem nicht betriebstauglichen Zustand führe.

Aus den dem Privatsachverständigen übergebenen Unterlagen sei nicht eindeutig ersichtlich, ob der vertikale Schienenverschleiß im LBO der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bzw. in den Ausschreibungsunterlagen berücksichtigt worden sei. Der vertikale Schienenverschleiß habe einen wesentlichen Grenzwert

bei 16 mm, jedoch sei eine Schiene bis zu einem Schienenverschleiß von 24 mm noch mit einer geringeren Geschwindigkeit befahrbar. Das gegenständliche Fahrzeug weise eine unzulässig niedrige Bodenfreiheit speziell bei abgefahrenen Schienen auf, was zu einer Gefährdung für Fahrgäste und Personal führen würde. Bei einer ausreichenden Bodenfreiheit stiege die Einstiegshöhe um 16 mm. Dadurch würde sich, je nach den im Befund dargestellten Szenarien, eine Einstiegshöhe von 231 mm oder von 244 mm ergeben.

Hinsichtlich Radsatzlast werde zu überprüfen sein, ob die von der Antragsgegnerin bewertete Radsatzlast tatsächlich auf alle drei anzubietenden Layout-Varianten zutreffe.

Zum Gutachten:

Der Privatsachverständige hob in seinem Gutachten im Wesentlichen hervor, dass ein berechenbarer geometrischer und kinematischer, eindeutiger Zusammenhang zwischen den unterschiedlichen Einstiegshöhen, Rampenlängen und Rampenneigungen sowie den Anforderungen an die Rollstuhlflächen bestehe.

Eine Rampenneigung von 6,9 % widerspreche dem Stand der Technik. Nach diesem dürfe die Rampenneigung maximal 6,0 % sein. Daher dürfe der im Lastenheft definierte Rampen-Grenzwert von 6,9 % nicht zur Gänze ausgeschöpft werden. Daraus resultiere, dass das Fahrzeug der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eisenbahnrechtlich nicht genehmigungsfähig sei.

Bei einer Einstiegshöhe von 215 mm und einer Rampenneigung von 7 % auf Querrampen sowie 6,9 % auf Längsrampen komme es zu nicht nur kleinräumigen Verschneidungen, Kanten und Stufen im Übergangsbereich der Quer- und Längsrampen, die im Bewegungsbereich aller Fahrgäste sowie insbesondere von Rollstuhlfahrern und anderen bewegungseingeschränkten Personen liegen würden. Das Fahrzeug der präsumtiven Zuschlagsempfängerin weise unzulässige großräumige Verschneidungen auf.

Die tatsächliche Einstiegshöhe von 215 mm sei jedenfalls bei jenen Türen, bei denen sich ein Rollstuhlstellplatz befinde, wegen der vorgegebenen

Rampenneigungen und wegen des angebotenen Fahrzeugkonzeptes technisch nicht machbar. Es sei davon auszugehen, dass die Einstiegshöhe allein auf Grund der Vorgaben der Rampenneigung und zur Gestaltung von Rollstuhlplätzen zumindest 227,4 mm über der Schienenoberkante liege.

Die Vorgabe einer bestimmten Bodenfreiheit bei maximaler Durchfederung sei logisch eindeutig. Die maximale Einfederung der Primär- und Sekundärfederung könne nur bei maximaler Belastung (3/3-Belastung) erreicht werden und inkludiere die statischen und dynamischen Effekte.

Das Lastenheft und die Beilagen 3.2 „Vorgaben zur Berechnung des Lichtraumes“ sowie 3.48 „Ermittlung der Bodenfreiheit“ würden widersprüchliche Lastangaben enthalten. Nach der in den Ausschreibungsunterlagen für den Fall von Widersprüchen vorgegebenen Reihenfolge würden die Angaben im Lastenheft vor den Angaben in dessen Beilagen gelten. Daher würde die im Lastenheft festgelegte maximale Belastung (3/3-Belastung) der Beilage 3.48 vorgehen und würde für die Ermittlung der Bodenfreiheit die 3/3-Belastung gelten.

Offenbar habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin jedoch die Bodenfreiheit nur mit 2/3-Belastung berechnet. Hätte die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Bodenfreiheit mit 3/3-Belastung kalkuliert, so hätte sie die angebotene Einstiegshöhe nicht erreichen können.

Der Befund zum Thema Bodenfreiheit ergebe, dass die gleichzeitige Forderung einer Bodenfreiheit von 20 mm, die Nichtberücksichtigung des vertikalen Schienenverschleißes, welcher üblicherweise im Bereich von 16 bis 20 mm liege, und die Berechnung der Bodenfreiheit mit einer 2/3-Last anstatt einer 3/3-Last zu einem nicht lastenheftkonformen und nicht betriebstauglichen Zustand führe.

Darüber hinaus bestehe eine Diskrepanz zwischen den Gleiseindeckungsgrenzen der Fahrweg-Instandhaltung von 30 mm und der geforderten Bodenfreiheit von 20 mm. Es ergebe sich aus der geringen Bodenfreiheit ein für den Betreiber nicht vertretbares Sicherheitsrisiko durch die Nichtberücksichtigung einer möglichen Kollision.

6. Die Antragstellerin brachte mit Schriftsatz vom 16.1.2015 weiters vor wie folgt:

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei in ihrem letzten Schriftsatz vom 5.1.2015 Nachweise dafür schuldig geblieben, dass ihr Erstangebot und ihr Letztangebot vollständig geprüft wurden.

Die Ausführungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zum Stand der Technik betreffend Barrierefreiheit würden verkennen, dass der Stand der Technik nicht durch den Gesetz- oder Ordnungsgeber festgelegt werde, sondern durch den technologischen Fortschritt. Es könne nicht sein, dass bei Fehlen von Regelungen zur Barrierefreiheit in der StrabVO und in der LBO-Unterlage jeder Hersteller z.B. die Rampenneigung oder die Größe eines Rollstuhlstellplatzes selbst definieren könne, obwohl es einen Stand der Technik gebe, der in analog anwendbaren Normen, Verfahren, Einrichtungen, Bau- und Betriebsweisen eingeflossen sei und von diesen „wiedergespiegelt“ werde.

Zur Frontscheibe würde das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einen Widerspruch aufweisen. Die Auftraggeberin hätte diesem Widerspruch nachgehen und ihn aufklären müssen, was offenbar nicht geschehen sei. Dies belaste die angefochtene Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit.

7. Die Antragsgegnerin brachte mit Replik vom 19.1.2015 insbesondere Folgendes vor:

Allgemein:

Ausgeschrieben sei die Lieferung eines Fahrzeuges in einer Niederflur-Ausführung, die in dieser Form bislang nicht zur Ausschreibung gekommen sei, denn eine maximale Einstiegshöhe von 240 mm über SOK liege deutlich unter der sonst in Europa geforderten Einstiegshöhe (ohne Niveauregelung) für Straßenbahnen. Das zur Ausschreibung gelangte Niederflur-Konzept erfordere daher von den Bietern die Anpassung bzw. Weiterentwicklung ihrer jeweils derzeit im Einsatz befindlichen Fahrzeuge bzw. der Fahrzeugkonzepte. Die LBO-Unterlagen würden dem Umstand, dass das Fahrzeug im Auftragsfall erst

entwickelt, konstruiert und gefertigt werden müsse, Rechnung tragen. So sei der Auftragnehmer beispielsweise gemäß Pkt. 8.1.1 LBO-Rahmenvertrag (Bauartgenehmigung) verpflichtet, zeitgerecht vor dem geplanten Beginn der Fertigung der Straßenbahnfahrzeuge eine Bauartgenehmigung einzuholen.

Rampenneigung und Genehmigungsfähigkeit nach EisbG:

Die maximal zulässige Rampenneigung in Längs- und Querrichtung von 7 % sei in den Ausschreibungsunterlagen von Anbeginn an festgelegt gewesen und bestandsfest geworden. Daher dürfe eine Rampenneigung von 7 % auch angeboten werden.

Die Vornahme der Beurteilung, ob die Bauartgenehmigung nach § 32b EisbG erteilt werden könne, sei der Auftraggeberin nicht möglich. Dies erstens deshalb nicht, weil sie nicht die Eisenbahnbehörde sei. Zweitens erfolge die Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit nach § 32a EisbG nicht auf Basis eines im Vergabeverfahren vorgelegten Fahrzeugkonzeptes, sondern auf Grundlage eines detaillierten Bauentwurfes des Schienenfahrzeuges samt Beilagen aller notwendigen Gutachten aus den jeweiligen Fachgebieten. Drittens sei der relevante Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob der vorgelegte Bauentwurf dem Stand der Technik entspreche, jener der Einbringung des verfahrenseinleitenden Antrags im eisenbahnrechtlichen Genehmigungsverfahren, und nicht der Zeitpunkt der Abgabe des LBO. Den Bietern sei auch nicht abverlangt gewesen, einen Bauentwurf und die entsprechenden Gutachten im Vergabeverfahren vorzulegen. Es würde angesichts des damit verbundenen Aufwandes auf der Hand liegen, dass dies unverhältnismäßig wäre und den Rahmen des Vergabeverfahrens sprengen würde.

Zum Stand der Technik:

Unabhängig von der eingetretenen Präklusion würden die Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen dem Stand der Technik entsprechen. Die Norm von größter Relevanz und Sachnähe für die Frage der Barrierefreiheit beim Bau von

Eisenbahnen sei die Entscheidung der EU-Kommission vom 21.12.2007 über die technische Spezifikation für die Interoperabilität bezüglich „eingeschränkt mobiler Personen“ im konventionellen transeuropäischen Eisenbahnsystem und im transeuropäischen Hochgeschwindigkeitsbahnsystem (TSI:PRM, 2008/164/EG). Die TSI:PRM sei in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar.

Auch die Antragstellerin gestehe ausdrücklich zu, dass die Heranziehung der TSI:PRM hinsichtlich des Raumbedarfs für Rollstuhlfahrer auch bei Straßenbahnen sachgerecht sei. Sie begründe dies – für die Antragsgegnerin zutreffender Weise – damit, dass nicht zu erkennen sei, warum die Platzbedürfnisse desselben Rollstuhlfahrers in einem Eisenbahnwaggon anders sein sollen als in einem Straßenbahnwaggon.

Hinsichtlich der Rampenneigung gehe die Antragstellerin von dieser Argumentationslinie ohne Begründung ab. Die TSI:PRM erlaube folgende Maximalwerte für die Neigung der Rampen im Zug: Bei Rampenlängen über 1.000 mm maximal 8 %, bei Rampenlängen von 600 mm bis 1.000 mm maximal 15 % und bei Rampenlängen unter 600 mm maximal 18 %. Die Antragsgegnerin hätte daher in den Ausschreibungsunterlagen auch einen höheren Wert als 7 % vorsehen dürfen.

Entschieden bestritten werde das Vorbringen der Antragstellerin, aus den gesetzlichen Bestimmungen oder den Ausschreibungsunterlagen würde sich ergeben, dass für die Zwecke der Feststellung des Standes der Technik oder auch der anwendbaren allgemeinen Regeln der Technik die ÖNORM B 1600 bzw. DIN 18040-1, die Broschüre „Bewegungsfreiheit bei Eingängen, Türen und Terrassen“ der MA 25, die VDV Mitteilung Nr. 7011, der Leitfaden für barrierefreien Öffentlichen Verkehr oder das Merkblatt Rollstuhlplätze in Bus und Tram aus 2005 heranzuziehen wären. Diese würden durchwegs entweder andere Schutzziele verfolgen oder hätten andere Regelungsinhalte oder seien veraltet, wie die Antragsgegnerin in ihrer Replik für jede einzelne dieser Quellen ausgeführt hätte.

Zu dem von der Antragstellerin vorgelegten Sachverständigengutachten:

Der Verfasser des Gutachtens sei nach Wahrnehmung der Antragsgegnerin bislang nicht als Sachverständiger zu Fragen der „Einstiegshöhe, Rampenneigung, Wege und Flächen für Rollstühle, Bodenfreiheit und Radsatzlast“ im Zusammenhang mit Straßenbahnen aufgetreten. Er scheine auch nicht im Verzeichnis der gerichtlich beeideten und zertifizierten Sachverständigen für den relevanten Fachbereich Schienenfahrzeuge auf. Er sei laut Firmenbuch Geschäftsführer einer näher bezeichneten Kapitalgesellschaft, welche Mitglied der Fachgruppen Unternehmensberatung, Datenverarbeitung und Werbung sowie Marktkommunikation sei. Er werde im Firmenverzeichnis der Wirtschaftskammer Österreich als Public-Relations-Berater geführt.

In seinem Gutachten werde offen gelegt, dass zur Aufgabenstellung auch die „Untersuchung der rechtlichen Basis“ zähle. Dies sei jedoch nach ständiger Rechtsprechung nicht Aufgabe eines Sachverständigen.

In inhaltlicher Sicht seien dem Gutachten in entscheidenden Punkten Inkonsistenz, Widersprüchlichkeit und Unschlüssigkeit vorzuwerfen. Die im Gutachten angestellten Berechnungen seien irrelevant, weil sie von falschen Annahmen ausgingen.

Zur Bodenfreiheit:

Die Antragstellerin irre, wenn sie meine, „maximale Durchfederung“ könne nur bei maximaler Beladung (3/3-Beladung) erreicht werden. Die maximale Durchfederung beschreibe ein Szenario, welches das Fahrzeug unter den in Beilage 3.48 genannten Faktoren maximal einfedern lasse. Eine solche maximale Durchfederung könne auch bei einer geringeren Beladung durch dynamische Effekte erreicht werden, beispielsweise Seitenwind, Fliehkraft, ungleiche Gewichtsverteilung im Inneren der Straßenbahn. Darauf verweise die Antragsgegnerin auch explizit in der Beilage 3.48 zum Lastenheft der LBO-Unterlagen, in welcher die zu berücksichtigenden Einflussfaktoren im Einzelnen genannt seien.

Zum Nachweis dafür, dass eine 3/3-Last (entspreche 3/3-Beladung) bei Berechnung der Bodenfreiheit heranzuziehen wäre, verweise die Antragstellerin

auf Punkt 4.6 des LBO-Lastenheftes. Die darin getroffenen Festlegungen und Vorgaben würden sich allerdings nicht auf die Bodenfreiheit, sondern auf die Festigkeit des Wagenkastens und der Gesamtstruktur beziehen. Dies gehe auch aus § 33 Abs. 2 StrabVO hervor. Dort werde festgelegt, dass die Nutzlast bei Personenfahrzeugen je Sitzplatz eine Last von 750 N, je Stehplatzfläche eine Last von 5.000 N/m² (entspreche einer 3/3-Last) anzunehmen sei. In den Erläuterungen zu § 33 Abs. 2 StrabVO werde jedoch klargestellt, dass die in dieser Bestimmung normierte 3/3-Last nicht als Fassungsvermögen der Fahrzeuge angesehen werden solle, sondern ausschließlich der Festigkeitsberechnung diene. Dass die 2/3-Last und nicht die 3/3-Last für die Berechnung der Bodenfreiheit heranzuziehen sei, werde auch durch die gutachterliche Stellungnahme des dieser Replik als Beilage 3 angeschlossenen Gutachters bestätigt.

8. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin brachte in ihrer Replik vom 19.1.2015 im Wesentlichen Folgendes vor:

Allgemeines:

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe – entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin – nicht eingeplant, ihr Angebot später zu ändern. Sie habe vielmehr lediglich darauf hingewiesen, dass gemäß Ausschreibung ein Produkt anzubieten war, welches es noch nicht gibt, sondern welches erst zu entwickeln ist. Demnach könne die Antragsgegnerin im Vergabeverfahren kein fertiges Produkt prüfen. Die vertragskonforme Herstellung verlagere sich in die Phase der Vertragsabwicklung, in welcher auch die Feinabstimmungsphase liege. In der Phase der Angebotsprüfung würden demgemäß die angebotenen Fahrzeugspezifikationen nur auf ihre Plausibilität hin überprüft werden können.

Prüfmaßstab für die Ausschreibungskonformität der angebotenen Fahrzeuge seien ausschließlich das Lastenheft und die sonstigen Ausschreibungsunterlagen. Die Bestimmungen des abzuschließenden Rahmenvertrages würden erst bei der Abwicklung des Auftrages zum Tragen kommen. Gemäß § 269 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 werde ein Angebot nicht wegen einer Vertragswidrigkeit, sondern allenfalls wegen der Nichterfüllung der Mindestanforderungen oder einer

Ausschreibungswidrigkeit ausgeschieden. Ein Ausscheiden wegen einer Regelung, die noch gar nicht in Kraft getreten ist, sei dem Vergaberecht fremd.

Der Umstand, dass den Bestimmungen des Rahmenvertrages erst nach Zuschlagserteilung Geltung zukomme, folge auch dem Rahmenvertrag selbst. Aus diesem sei klar ersichtlich, dass sämtliche Bestimmungen des Rahmenvertrages erst nach Zuschlagserteilung in Geltung treten würden und folglich bei der Angebotsprüfung noch keinen verbindlichen Prüfmaßstab darstellen könnten.

Stand der Technik:

Der Stand der Technik sei nicht als Prüfmaßstab zur Beurteilung der Ausschreibungskonformität des Angebotes vor Zuschlagserteilung heranzuziehen. Dies sei deswegen der Fall, weil Prüfmaßstab das Lastenheft und die sonstigen Ausschreibungsunterlagen seien.

Ausschreibungsunterlagen seien wie Verträge nach dem objektiven Erklärungswert auszulegen. Als objektiver Erklärungswert seien im gegenständlichen Fall die im Lastenheft festgelegten Leistungsspezifikationen, also insbesondere eine maximal zulässige Rampenneigung von 7 %, und nicht etwa von 6 %, anzusehen. Dies schon deshalb, da das Lastenheft dort die Leistungsspezifikationen ausdrücklich und detailliert aufliste, diese Werte von den Bietern auch teilweise ausdrücklich zuzusichern gewesen seien und das Lastenheft laut Rahmenvertrag ohnedies den ÖNORMEN und DIN vorgehe. Selbst wenn tatsächlich ein Widerspruch zwischen Lastenheft und Stand der Technik bestehen sollte, würde dies nicht zum Ausscheiden der präsumtiven Zuschlagsempfängerin führen, weil ein solcher Widerspruch gemäß § 915 ABGB nicht zum Nachteil der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausgelegt werden dürfe.

Nur im Rahmenvertrag erwähnte Normen seien also nicht Gegenstand der Angebotsprüfung. Dies bedeute jedoch nicht, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin solche Normen bei der Vertragsabwicklung nicht einhalten würde.

Allfällige Ausschreibungswidrigkeiten im Angebot der Antragstellerin:

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin brachte vor, die Antragstellerin würde die von ihr angebotene Einstiegshöhe von 208 mm nicht einhalten und die Anforderungen der Rollstuhlplätze und Wendekreise für Rollstuhlfahrer sowie die Bremsanforderungen nicht erfüllen. Dieses Vorbringen stützte die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Wesentlichen auf Ableitungen aus bereits in Verkehr befindlichen Straßenbahnen der Antragstellerin und brachte dazu vor, dass dies sinngemäß der Argumentationsweise der Antragstellerin entsprechen würde, wonach auf der Grundlage von bereits in Verkehr befindlichen Straßenbahnen auf die im Auftragsfall zu entwickelnde Straßenbahn geschlossen werde.

Zum Gutachten der Antragstellerin:

Der durch die Antragstellerin beigezogene Gutachter sei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin trotz ihrer jahrzehntelangen umfassenden Tätigkeit nicht als Experte für den Fachbereich des Gutachtens bekannt. Der Gutachter habe jedenfalls nach Kenntnisstand der präsumtiven Zuschlagsempfängerin noch niemals ein Gutachten betreffend die Erteilung einer Bauartgenehmigung verfasst. Der Arbeitsschwerpunkt dieses Gutachters liege offenbar nicht im Bereich von Straßenbahnen. Außerdem habe er keinesfalls die fachliche Eignung hinsichtlich der Beantwortung von Rechtsfragen und sei die Beantwortung von Rechtsfragen auch nicht seine Aufgabe als Sachverständiger.

Darüber hinaus beruhe sein Gutachten auf unrichtigen Grundannahmen hinsichtlich wesentlicher Parameter wie Einstiegshöhe, Rampenneigungen und Verschneidungen und weise eine Reihe von Inkonsistenzen und Widersprüchen auf.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin lege in der Beilage 27 bis 31 entsprechende Gutachten vor, welche jedoch jeweils genaue Informationen über das Konzept des angebotenen Fahrzeuges der präsumtiven Zuschlagsempfängerin enthalten würden, welche Betriebs- und

Geschäftsgeheimnisse der präsumtiven Zuschlagsempfängerin darstellen würden und daher von der Akteneinsicht auszunehmen seien.

II. Zur Frage der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse:

Die Antragstellerin beehrte zunächst telefonisch Akteneinsicht. Das Verwaltungsgericht ersuchte die Antragstellerin im Rahmen dieser Kontaktnahme, schriftlich aufzuschlüsseln, in welche Teile des Aktes konkret Einsicht begehrt wird.

Daraufhin schlüsselte die Antragstellerin mit E-Mail vom 13.1.2015 ihr Begehren auf Akteneinsicht im Detail auf. Im Wesentlichen ging es dabei der Antragstellerin um die Kenntnisnahme jener Textteile der beim Verwaltungsgericht eingereichten Schriftsätze, welche die Antragsgegnerin und die präsumtive Zuschlagsempfängerin in der jeweils für die Antragstellerin bestimmten nicht vertraulichen Fassung ihrer jeweiligen Stellungnahme geschwärzt hatten. Dies waren wiederum jeweils zum bedeutungsmäßig bei weitem überwiegenden Teil konkrete technische Details wie insbesondere die Innenabmessungen des von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Fahrzeuges.

Das Verwaltungsgericht Wien ersuchte daher am 13.1.2015 alle drei Verfahrensparteien um Stellungnahme zu den Interessen an Geheimhaltung einerseits und Offenlegung andererseits.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin legte mit Schriftsatz vom 14.1.2015 im Detail dar, dass es sich bei den Innenabmessungen des von ihr angebotenen Fahrzeuges und bei den sonstigen Eigenschaften ihres Angebotes, soweit diese nicht mit der Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben waren, um ihre Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse handle und sie ein gewichtiges wirtschaftliches Interesse an der Geheimhaltung habe. Letzteres bestünde im Wesentlichen darin, dass bereits für das Jahr 2015 für mehrere Städte in Europa ähnliche Straßenbahnausschreibungen zu erwarten seien, wobei die Antragstellerin und die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Konkurrenten aufeinandertreffen könnten. Die Innenabmessungen und die sonstigen

technischen Details der von der präsumentiven Zuschlagsempfängerin für die Antragsgegnerin im Auftragsfall zu fertigenden Straßenbahnen wären bis zur Auslieferung der ersten Fahrzeuge im Jahr 2018 geheim und der Antragstellerin somit nicht bekannt, was die präsumentive Zuschlagsempfängerin bei anderen Ausschreibungen anbieten könne. Im Fall einer Offenlegung dieser Daten über das der Antragsgegnerin angebotene Fahrzeug könne die Antragstellerin Rückschlüsse ziehen, welche Fahrzeuge die präsumentive Zuschlagsempfängerin auch bei anderen Ausschreibungen anzubieten in der Lage wäre.

Die Antragsgegnerin berief sich mit Schriftsatz vom 14.1.2015 insbesondere darauf, dass sie als Sektorenauftraggeberin gemäß § 191 BVergG 2006 verpflichtet sei, den vertraulichen Charakter der Angaben der präsumentiven Zuschlagsempfängerin so weit zu wahren, als eine Weitergabe nicht ausnahmsweise zulässig sei. Die Antragstellerin habe keinen Rechtsanspruch auf Kenntnisnahme der Innenabmessungen und der sonstigen Eigenschaften des Angebotes der präsumentiven Zuschlagsempfängerin bzw. auf Kenntnisnahme der sonstigen von der Antragsgegnerin geschwärzten Textteile, weshalb der Antragstellerin in diese Aktenteile keine Einsicht zu gewähren sei.

Die Antragstellerin führte mit Schriftsatz vom 14.1.2015 aus, die Schwärzungen durch die Antragsgegnerin seien teilweise so umfangreich, dass nicht gesagt werden könne, um welche Art von Information es sich dabei handle. Die Innenabmessungen des von der präsumentiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Fahrzeuges und die sonstigen technischen Eigenschaften dieses Fahrzeuges seien nicht geheim. Es würden diesbezüglich weder gewerbliche Schutzrechte oder Persönlichkeitsrechte noch sonstige schützenswerte Geheimhaltungsinteressen der präsumentiven Zuschlagsempfängerin bestehen, sodass eine Interessenabwägung im Sinne der Rechtsprechung des VwGH zu § 17 AVG unterbleiben könne. Auch die Antragsgegnerin würde kein schützenswertes Geheimhaltungsinteresse an diesen Informationen haben. Im Gegensatz dazu würde die Antragstellerin diese Informationen benötigen, um die ihrer Ansicht nach erfolgten Vergaberechtswidrigkeiten geltend machen zu können. Es sei daher ein Erfordernis für ein faires Verfahren im Sinne der EMRK und der Sektorenrechtsmittelrichtlinie, dass der Antragstellerin diese Informationen gegeben bzw. in diesem Umfang Akteneinsicht gewährt werde.

Das Verwaltungsgericht hat die zur Frage der beantragten Akteneinsicht eingelangten Schriftsätze – mit den aus Sicht des Verwaltungsgerichtes erforderlichen Schwärzungen – den jeweils anderen Parteien weitergeleitet und die Möglichkeit eingeräumt, auf diese Schriftsätze bis längstens 16.1.2015 zu replizieren. Alle drei Verfahrensparteien haben von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und mit Schriftsatz jeweils vom 16.1.2015 repliziert.

Die Antragstellerin führte in ihrer Replik im Wesentlichen aus, die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe ein auf die spezifischen Anforderungen der Ausschreibung zugeschnittenes Angebot zu erstellen gehabt. Im gegenständlichen Vergabeverfahren bestünde an den Informationen, welche die Antragstellerin begehrt hat, bereits deswegen kein schützenswertes Geheimhaltungsinteresse der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, weil sich das Vergabeverfahren bereits im Stadium der Zuschlagsentscheidung befinde und es folglich in diesem Vergabeverfahren zu keiner neuerlichen Angebotslegung mehr komme. In anderen Vergabeverfahren seien die Angebote ebenfalls auf die spezifischen Anforderungen der jeweiligen Ausschreibung hin zu erstellen, weshalb die Kenntnis der Antragstellerin von Innenabmessungen und anderen Details des von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in diesem Vergabeverfahren angebotenen Fahrzeuges keinen Wettbewerbsvorteil der Antragstellerin in anderen Vergabeverfahren bedeuten würde. Die Antragstellerin würde die Informationen hingegen zur Wahrung ihres Rechtsanspruches, ein ausschreibungswidriges bzw. schlechter zu bewertendes Konkurrenzangebot abzuwehren, benötigen.

Die Antragsgegnerin führte im Wesentlichen aus, die Antragstellerin würde verkennen, dass die Prüfung der Angebote nicht Sache eines mit dem Ergebnis eines Vergabeverfahrens unzufriedenen Bieters, sondern Angelegenheit des Auftraggebers sei. Die Prüfung könne überdies von der „Vergabekontrollbehörde“ nachvollzogen werden, welcher sämtliche Angaben ungeschwärzt vorliegen würden.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verwies darauf, dass an der Angebotsausarbeitung (insbesondere den ausgearbeiteten Konzepten,

technischen Ausarbeitungen, Visualisierungen etc.) selbstverständlich gewerbliche Schutzrechte bestünden. Im konkreten Fall hätten die übermittelten Angebotsinhalte zweifellos eine Werkhöhe im Sinne des Urheberrechtes. Darüber hinaus wiederholte die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihren Hinweis, dass die betreffenden Daten bis zur Lieferung der ersten Fahrzeuge voraussichtlich im Jahr 2018 geheim seien und die präsumtive Zuschlagsempfängerin bis dahin der Antragstellerin in einer Vielzahl von Vergabeverfahren als Konkurrentin gegenüberstehen werde. Es würde sich gegenständlich um wettbewerbsrelevante Informationen handeln. Der effektive Rechtsschutz sei sehr wohl auch ohne Akteneinsicht gewährleistet.

III. 1. Am 22.1.2015 wurde eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Diese hatte im Wesentlichen folgenden Verlauf und Inhalt:

1. Der Antragstellervertreter bringt grundsätzlich vor, dass seiner Ansicht nach, die in den Schriftsätzen erfolgten Schwärzungen sowie die Nichtzurverfügungstellung von im Wege der Akteneinsicht beantragten Informationen (nähere Details sind den Schriftsätzen des Antragstellervertreter zu entnehmen) das Recht auf ein faires Verfahren nach Artikel 6 EMRK verletzen würde, weil die Wahrnehmung des Rechtsschutzes dadurch seiner Ansicht nach übermäßig behindert werde und die Waffengleichheit nicht gegeben sei. Er rüge dies ausdrücklich.

Der Antragsgegnervertreter hält dem entgegen, dass es um konkrete Angaben aus dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ginge, welche dem Antragstellervertreter gegenüber geschwärzt worden seien. Umgekehrt habe der Antragstellerinnenvertreter auch etwaige Angaben aus dem Angebot der Antragstellerin in den Schriftsatzversionen für die Teilnahmeberechtigte geschwärzt.

Der Teilnahmeberechtigtenvertreter weist darauf hin, dass die Antragstellerin bereits auf Grund der Zuschlagsentscheidung mehr Informationen über das Angebot der Teilnahmeberechtigte habe als die Teilnahmeberechtigte über das Angebot der Antragstellerin. Insoweit sei die Waffengleichheit nicht zu Lasten der Antragstellerin verletzt.

Der Bericht erörtert, dass er zunächst ganz konkret nachvollziehen will, wie sich die Überwindung der Höhendifferenz mit der angebotenen Rampenneigung zwischen den höchsten Stellen des Fahrzeugbodens und der Einstiegshöhe ausgeht. Gegenstand der Erörterung wird auch sein, wie dieses Detail konkret von der Antragsgegnerin überprüft worden ist.

Da es hier um Details aus dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin geht, welche nicht mittels Zuschlagsentscheidung bekanntgegeben wurden und daher derzeit noch geheim sind, werden alle Anwesenden mit Ausnahme der Antragsgegnerseite und der Seite der Teilnahmeberechtigte gebeten, den Verhandlungssaal zu verlassen.

Der Antragstellervertreter schlägt dazu als Kompromiss im Sinne der Waffengleichheit und der Fairness des Verfahrens vor, dass wenigstens der Antragstellervertreter und der externe Sachverständige der Antragstellerin im Saal bleiben.

Der Teilnahmeberechtigtenvertreter hält dem entgegen, dass er es als standesrechtlich unzulässig betrachte, wenn der Antragstellervertreter seinen Mandaten gegenüber zur Verschwiegenheit über den Inhalt der Verhandlung verpflichtet werden sollte. Er spricht sich ausdrücklich gegen einen Verbleib des Antragstellervertreter und des Privatsachverständigen der Antragstellerin-Seite aus.

Der Antragsgegnervertreter weist darauf hin, dass er auf Grund des Gesetzes zur Wahrung der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Teilnehmer am Vergabeverfahren und deren Details aus den Angeboten verpflichtet sei. Er spreche sich daher ebenfalls gegen einen Verbleib des Antragstellervertreter und des externen Sachverständigen aus. Eine Trennung hinsichtlich Antragstellerin und Antragstellervertreter hinsichtlich Wahrung der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse gebe es nicht.

Der Antragstellervertreter hält den beiden vorigen Entgegnungen entgegen, dass es nicht nur standesrechtlich sehr wohl zulässig, sondern im Wettbewerbsrecht und insbesondere im Kartellrecht sogar gelebte Praxis sei, dass Rechtsanwälte als Parteienvertreter bei der Erörterung von Themen, die ihren Mandanten gegenüber vertraulich sind, anwesend bleiben und die dort erhaltenen Informationen ihren Mandanten gegenüber geheim halten würden.

Auf Beschluss des Senates verlassen die Öffentlichkeit und die Antragstellerin-Seite den Verhandlungssaal um 10:00 Uhr.

Siehe Beiblatt ./1

Die Öffentlichkeit und die Antragstellerin-Seite betreten den Verhandlungssaal wieder um 10:45 Uhr.

Der Berichtler erläutert kurz das Ergebnis der soeben erfolgten Erörterung des Themas

der Einstiegshöhe in Verbindung mit der Rampenneigung.

Als nächster Themenkomplex werden gemeinsam die Fragen der Rollstuhlstellplätze und Rollstuhlwendekreise, der Verschneidungen und des Innendesigns erörtert.

Der Antragstellervertreter gibt dazu an, dass die Rollstuhlstellplätze eben sein und die in seinen Schriftsätzen abgeleiteten Mindestabmessungen aufweisen müsse. Die Rollstuhlwendekreise müssten zumindest in dem Ausmaß eben sein, in dem sie auch Rollstuhlstellplatz seien. Im Übrigen sei ein Gefälle von 3 % Stand der Technik.

Auf Frage des Berichters erläutert Dipl.Ing. Dr. Bu., dass unter Verschneidungen die Flächen zu verstehen seien, die eine Höhendifferenz, welche durch das Zusammentreffen von Ebenen unterschiedlicher Neigung entsteht, verbinden.

Der Antragstellervertreter stellt den Antrag, zu der vorangegangen und auch den künftigen technischen Fragen einen durch das Gericht zu bestellenden Sachverständigen zuzuziehen und begründet dies insbesondere damit, dass nur ein durch das Gericht bestellter Sachverständiger jene Unabhängigkeit und Objektivität habe, die erforderlich sei, um die im Verfahren auftretenden technischen Fragen zu beurteilen. Es sei dem Gericht zwar sicherlich möglich, einfache Rechengvorgänge und einfache technische Beurteilungen nach zu vollziehen, nicht jedoch in technischer Hinsicht die komplexen Wechselwirkungen technischer Art. Die entsprechende Expertise könne nicht durch einen Sachverständigen der Antragsgegnerin oder einer sonstigen Verfahrenspartei ersetzt werden.

Auf Beschluss des Senates verlassen die Öffentlichkeit und die Antragstellerin-Seite den Verhandlungssaal um 11:10 Uhr.

Siehe Beiblatt ./1

Die Verhandlung wird um 11:45 Uhr unterbrochen. Alle Parteien verlassen den Verhandlungssaal.

Alle Parteien betreten den Verhandlungssaal. Die Verhandlung wird um 12:00 Uhr fortgesetzt.

Der Berichter teilt kurz mit, was besprochen wurde.

Der Antragstellervertreter bringt vor, dass nach Ansicht der Antragstellerin-Seite ein Rollstuhlstellplatz zumindest 900x1300 mm groß und eben sein müsse und über eine

Wendemöglichkeit verfügen müsse. Diese Wendemöglichkeit müsse, wenn sie nicht beispielsweise in Form eines Ganges besteht, einen Wendekreis von 1500 mm aufweisen. Im Übrigen verweist der Antragstellervertreter diesbezüglich auf die detaillierten Darlegungen in seinen Schriftsätzen.

Der Antragsgegnervertreter hält dem entgegen, dass das Vorbringen des Antragstellervertreters hinsichtlich Rollstuhlwendekreise widersprüchlich sei, weil er nunmehr von einer Wendemöglichkeit anstatt, wie in den vorangegangenen Schriftsätzen ausschließlich von einem Wendekreis spreche. Außerdem würde es den vom Antragstellervertreter vorgebrachten Stand der Technik mit diesem Inhalt nicht geben.

Der Teilnahmeberechtigtenvertreter schließt sich der Stellungnahme des Antragsgegnervertreters an.

Der Antragstellervertreter bringt zum Thema Verschneidungen vor, dass nur kleinräumige Verschneidungen zulässig und e contrario großräumige Verschneidungen unzulässig seien. Eine großräumige Verschneidung würde dann vorliegen, wenn eine Höhendifferenz von mehr als 2 cm überwunden werde. Der Antragstellervertreter leitet dies daraus ab, dass bei einer vorgegebenen Rampenneigung von 6 % die Überwindung von 2 cm eine Rampenlänge von etwa 35 cm erfordere und diese 35 cm nicht mehr als kleinräumig angesehen werden könnten.

Der Antragsgegnervertreter und Teilnahmeberechtigtenvertreter bestreiten dieses Vorbringen.

Zum Themenkreis Frontscheibe und Fenstermontage bringt der Antragsgegnervertreter vor:

Es sei unrichtig, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin eine dreidimensionale Frontscheibe angeboten habe. Tatsächlich habe sie eine ausschreibungskonforme Frontscheibe angeboten. Auch die Fenstermontage sei ausschreibungskonform angeboten worden. Zu näheren Details verweist sie auf das Angebot der Teilnahmeberechtigten und die erfolgte Prüfung.

Der Antragstellervertreter bestreitet und verweist auf sein Vorbringen.

Zur Frage der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit führt der Antragstellervertreter aus, dass es vergaberechtliche Judikatur gebe, wonach bei Heranziehung eines Subunternehmers dessen Bonität zum Nachweis der wirtschaftlichen

Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen sei. Nach Rechtsansicht des Antragstellervertreeters sei das Bestehen eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages sinngemäß gleich zu sehen und daher die Bonität des beherrschenden Unternehmers zu berücksichtigen. Aus den letzten Schriftsätzen hätten sich außerdem sachverhältnismäßige Anhaltspunkte ergeben, welche das nach Ansicht des Antragstellervertreeters sachverhältnismäßig gegebene Bestehen eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages verdichten würden (Eintragung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages im deutschen Handelsregister). Außerdem müsse die Bonität über den gesamten Zeitraum vorhanden sein.

Der Antragsgegnervertreter hält dem entgegen, dass die Antragsgegnerin die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nach Maßgabe der Festlegungen in der Ausschreibung geprüft habe. Eine darüber hinausgehende Verpflichtung, auch die Bonität eines etwaigen beherrschenden Unternehmers zu berücksichtigen, gebe es rechtlich nicht.

Der Teilnahmeberechtigtenvertreter bringt vor:

Er schließe sich dem Vorbringen des Antragsgegnervertreeters vollinhaltlich an. Darüber hinaus hätte die vom Antragstellervertreter gewünschte Prüfung zu keinem anderen Ergebnis geführt.

Der Antragstellervertreter bestreitet ausdrücklich, dass bei Einbeziehung der in Rede stehenden Konzernmutter die geforderte finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt des Teilnahmeantrages erfüllt gewesen wäre.

Der Antragstellervertreter überreicht dem Gericht und den beiden anderen Verfahrensparteien ein zweiseitiges ergänzendes Vorbringen der Antragstellerin und trägt den Punkt „zur Bodenfreiheit“ vollinhaltlich vor. Mit Einverständnis der anwesenden Verfahrensparteien wird auf eine vollständige Wiedergabe dieses Vorbringens verzichtet und stattdessen dieses Vorbringen als Beilage dem Protokoll angeschlossen. Ergänzend weist der Antragstellervertreter daraufhin, dass bereits eine Erhöhung der Einstiegshöhe um 2 mm zum Bietersturz führen würde.

Der Antragsgegnervertreter hält dem entgegen, dass in den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen für die Berechnung der Bodenfreiheit eine 2/3-Beladung festgelegt sei. Es sei dies in den Punkten 2.2 des LBO-Lastenheftes (sowie bereits in der Erstfassung des Lastenheftes), in Beilage 3.2 unter Punkt 1.3 (ebenfalls sowohl in der Erstfassung des Lastenheftes als auch im LBO-Lastenheft), sowie in Beilage 3.48 zum LBO-Lastenheft erfolgt. In Punkt 3.1.5 der Vertragsbestimmungen seien bei der

Festlegung der Reihenfolge der Geltung der Vertragsbestandteile das LBO-Lastenheft und dessen Beilagen auf der gleichen Stufe festgelegt worden. Es sei daher unrichtig, dass das LBO-Lastenheft den Beilagen vorgehe.

Die Bodenfreiheit sei mit beiden Bietern in den technischen Verhandlungsrunden erörtert und dabei angekündigt worden, dass es eine eigene Unterlage mit Berechnungsgrundlagen für die Bodenfreiheit geben werde. Diese sei als Beilage 3.48 beiden Bietern je zwei Mal übermittelt worden. Eine Beanstandung der dort festgelegten Berücksichtigung einer 2/3-Beladung sei nicht erfolgt. Die Antragsgegnerin habe daraufhin die Beilage 3.48 mit diesem Inhalt dem LBO-Lastenheft als Beilage zu Grunde gelegt.

Der Antragstellervertreter hält dem entgegen, für die Antragstellerin habe sich aufgrund der Festlegung Punkt 4.6 des LBO-Lastenheftes (der bereits in der Erstfassung des Lastenheftes in dieser Form enthalten gewesen sei) überhaupt kein Zweifel daran ergeben, dass auch bei der Berechnung der Bodenfreiheit eine Höchstlast im Sinne einer 3/3-Beladung zugrunde zu legen sei. Außerdem habe Punkt 3.1.5 der Vertragsbestimmungen eine Entstehungsgeschichte dahingehend, dass die Antragstellerin in den Verhandlungen eine Trennung von Lastenheft und Beilagen in zwei Unterpunkte vorgeschlagen habe und als Ergebnis zwar nur ein gemeinsamer Unterpunkt gemacht worden sei, dort aber ein Klammerzusatz „(in dieser Reihenfolge)“ eingefügt worden sei. Daraus ergebe sich, dass das Lastenheft seinen Beilagen vorgehe. Außerdem ergebe sich die Auslegung der Antragstellerin auch aus ihrem technischen Verständnis des Begriffes „maximale Durchfederung“.

Der Antragsgegnervertreter bringt dazu vor, aus dem LBO-Rahmenvertrag Punkt 3.1 ergebe sich klar, dass die Vertragsbestandteile in absteigender Reihenfolge gelten würden und das LBO-Lastenheft sowie seine Beilagen gleichrangig seien, weil sie beide in Ziffer 5 genannt seien. In Punkt 4.6 des LBO-Lastenheftes würde es um die Festigkeit des Fahrzeuges gehen. Außerdem habe die Antragstellerin in ihrem Angebot bei der Berechnung der Bodenfreiheit selbst auf die Beilage 3.48 verwiesen.

Der Antragstellervertreter beantragt, den Privatsachverständigen der Antragstellervertreter dazu zu befragen, dass der Begriff „maximale Durchfederung“ in sachverständigen Kreisen so verstanden werde, dass dabei eine 3/3-Beladung zu Grunde zu legen sei.

Der Privatsachverständige Dipl.-Ing. W. gibt auf kurzes Befragen durch den Bericht an, dass „maximale Durchfederung“ im Sinn von maximal möglicher Beladung zu verstehen sei. Die statischen und dynamischen Effekte würden inkludiert werden. Nach Ansicht des Dipl.-Ing. W. sei die ÖNORM EN 15663 und speziell die dort geregelte außergewöhnliche Zuladung für die Berechnung der maximal möglichen Beladung durchaus relevant.

Außerdem könne er bestätigen, dass die Antragstellerin in ihrem Angebot so gerechnet habe.

Der Privatsachverständige Dipl.-Ing. Dr. Z. (SV der Antragsgegnerin-Seite) hält dem entgegen, dass die ÖNORM EN 15663 die außergewöhnliche Zuladung in einem ähnlichen Bereich geregelt habe wie die Straßenbahnverordnung die 3/3-Beladung, wobei jedoch Unterschiede bestünden. Die 3/3-Beladung nach der Straßenbahnverordnung sei für die Festigkeit des Fahrzeuges relevant. Die maximale Durchfederung würde man so verstehen, dass man ein der Beurteilung zu Grunde liegendes Gewicht festlege und auf dieser Grundlage alle möglichen statischen und dynamischen Effekte berücksichtige. Eine 2/3-Beladung entspreche einer aus praktischer Sicht „vollen“ Straßenbahn.

Der Antragstellervertreter beantragt eine weitere Befragung des Privatsachverständigen der Antragsgegnerin zum Thema der Vollbeladung, der Bodenfreiheit von 20 mm und der Berechnung der maximalen Durchfederung im internationalen Vergleich.

Diese Beweisanträge werden nicht zugelassen. Der Antragstellervertreter rügt dies.

Zur Radsatzlast erläutert der Antragstellervertreter, dass in Zweifel gezogen werde, dass die angegebene Radsatzlast bei allen drei Layout-Varianten eingehalten werde. Es sei nämlich so, dass bei verschiedenen Layouts gegebenenfalls auch die Zahl der möglichen Fahrgäste eine andere ist und sich über eine etwaige höhere Fahrgastzahl auch eine höhere Radsatzlast ergeben würde.

Der Antragsgegnervertreter hält dem entgegen, dass diese Vermutung im konkreten Fall nicht zutreffen würde. Dies habe er zuvor unter Ausschluss der Antragstellerin-Seite und der Öffentlichkeit im Rahmen der Erörterung der drei Layout-Varianten dem Gericht dargestellt.

Der Antragstellervertreter trägt vor wie in seinem in der Verhandlung übergebenem Schriftsatz, „Zum Stand der Technik“ und „Zur Nichtdiskriminierung“. Der Schriftsatz ist dem Protokoll als Beilage angeschlossen. Ergänzend dazu weist er auch darauf hin, dass die TSI PRM auf Straßenbahnen seiner Ansicht nach auch deswegen zumindest nicht zur Gänze einschlägig sei, weil die TSI PRM auch Aspekte regle, welche in Straßenbahnen nicht vorgesehen seien, wie z.B. barrierefreie WC's und Schlafplätze. Folglich sei bei jeder einzelnen Festlegung der TSI PRM zu prüfen, ob diese anwendbar ist oder nicht. Das Behindertengleichstellungsgesetz sei in eisenbahnrechtlichen Verfahren allein deswegen schon anzuwenden, weil beide Gesetze nach Artikel 10 Abs. 1 Z 9 BVG in Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache seien.

Der Antragsgegnervertreter und der Teilnahmeberechtigtenvertreter bestreiten das Vorbringen des Antragstellervertreeters und verweisen auf ihr bisheriges Vorbringen.

Der Teilnahmeberechtigtenvertreter verzichtet auf die Einvernahme der beiden von ihm namhaft gemachten Zeugen.

Der Antragstellervertreter stellt folgenden Beweisantrag:

Der Teilnahmeberechtigte habe ein Privatgutachten vorgelegt, aus dem hervorgehen soll, dass er auch bei 3/3-Beladung die erforderliche Bodenfreiheit einhalte. Der Antragstellervertreter beantragt die Einholung eines Gutachtens durch einen vom Gericht zu bestellenden Sachverständigen zur Frage, ob das von der Teilnahmeberechtigten angebotene Fahrzeug bei Zugrundelegung einer 3/3-Beladung nicht nur die Bodenfreiheit, sondern vor allem auch die zugesagte Einstiegshöhe einhalte.

Dem Antrag wird nicht stattgegeben. Der Antragstellervertreter rügt dies.

2. Zum Verlauf und Inhalt des Verhandlungsteils unter Ausschluss der Antragstellerin und der Öffentlichkeit ist Folgendes auszuführen:

Ganz allgemein ist festzuhalten, dass Details aus dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und aus der Prüfung dieser Details zu den Themenbereichen der Einstiegshöhe, der Anordnung und Ausgestaltung der Rollstuhlstellplätze und Rollstuhlwendekreise, der Verschneidungen und der Achslasten durch die Antragsgegnerin erörtert wurden. Da die erörterten Details Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der präsumtiven Zuschlagsempfängerin darstellten, erfolgte dieser Teil der Verhandlung unter Ausschluss der Antragstellerin und der Öffentlichkeit.

Die im Beiblatt ./1 zum Verhandlungsprotokoll ersichtlichen Details aus dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und dem Prüfbericht der Antragsgegnerin können im Erkenntnis im Hinblick auf die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nur abstrakt bzw. indirekt (mittels Verweises auf die einschlägigen Teile des Vergabeaktes insbes. im LBO der präsumtiven Zuschlagsempfängerin) wiedergegeben werden. Die Hintergründe und Überlegungen, warum der Senat bestimmte Punkte angesprochen hat, werden im jeweiligen Zusammenhang angeführt.

Das erste wesentliche Thema waren die Fragen, ob sich die von der präsumtiven

Zuschlagsempfängerin zugesagte Einstiegshöhe in Kombination mit der zugesagten maximalen Rampenneigung im Inneren des Fahrzeuges und der im Angebot dokumentierten Bodenhöhe über den Fahrgestellen rechnerisch bzw. geometrisch ausgeht und ob die Antragsgegnerin diesen Aspekt ausreichend geprüft und ausreichend im Vergabeakt dokumentiert hat.

Die Antragsgegnerin hat die beiden Letztangebote – der Antragstellerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin – durch jeweils fünf Prüfer geprüft, wobei ein externer Prüfer und gerichtlich beeideter Sachverständiger sowie zwei Techniker für die technische Prüfung und zwei weitere Prüfer für die rechtliche Prüfung, Prüfung der Preisangemessenheit und Prüfung der rechnerischen Richtigkeit zuständig waren. Die Prüfung der beiden Angebote ist in den Ordnern 18 und 19 des Vergabeaktes dokumentiert.

Der Senat ist dabei davon ausgegangen, dass sich die rechnerische bzw. geometrische Nachvollziehbarkeit in der durch die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen dargelegten Art grundsätzlich mit elementaren Rechenkenntnissen bzw. ebensolcher Geometrie nachvollziehen lässt. Dabei war es Aufgabe der Antragsgegnerin, diese Prüfung durchzuführen, und oblag dem Verwaltungsgericht lediglich die Prüfung, ob die Antragsgegnerin eine auch in dieser Hinsicht nachvollziehbare Angebotsprüfung durchgeführt hat. Die Argumentation der Antragstellerin ging – abstrakt formuliert – dahin, dass sich aus dem zugesagten Neigungswinkel und der zu überwindenden Höhendifferenz zwingend die erforderliche Rampenlänge ergibt. Ebenfalls vorgegeben ist der längenmäßige Rahmen, der für Rampen zur Verfügung steht. Dabei stehen für die Überwindung der Höhendifferenz eine Querrampe und nach dieser eine Längsrampe zur Verfügung. Falls die für die Querrampe und für die Längsrampe in Summe angebotene Länge geringer sein sollte als für die Überwindung der Höhendifferenz erforderlich ist, wäre das Projekt technisch nicht möglich. Falls die Summe dieser Längen größer oder gleich sein sollte als die für die Überwindung der Höhendifferenz erforderliche Länge, wäre das Projekt insoweit technisch möglich. Falls die Antragsgegnerin diesen Aspekt nicht geprüft haben sollte, wäre die Angebotsprüfung in dieser Hinsicht unvollständig. Die diesbezüglichen Überlegungen der Antragstellerin waren nach Ansicht des Senates in ihrem grundsätzlichen Gedankengang nach Ansicht des Senates

schlüssig. Die Antragstellerin konnte aber nicht von den konkreten Werten des Angebotes der präsuntiven Zuschlagsempfängerin ausgehen, sondern zog vergleichbare Werte einer anderen Flexity-Straßenbahn als Argumentationsbasis heran. Die Prüfung, ob die von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin konkret angebotene Einstiegshöhe, Bodenhöhe über dem Fahrgestell, Rampenneigung und Rampen- bzw. Fahrzeuglänge technisch vereinbar sind, war vom Senat nachzuvollziehen und erfolgte unter Heranziehung der Zeichnungen 590080973 „Kapazität und Bodenlandschaft“, 590080972 „Typenskizze“, 590080985 und 590080974.

Seitens der Antragsgegnerin wurde auch ausdrücklich auf die Zeichnung Nr. 590080985 und die dazugehörige Prüfung im LBO-Prüfbericht hingewiesen. Aus der Zeichnung sei ersichtlich, wie die Einstiegshöhe gemessen werde.

Ebenfalls erörtert wurden anhand der Zeichnungen Nr. 590080972, 590080973 und 590080974 die maßstabgetreue Anordnung der Rollstuhlplätze, die Eigenschaft der Stellflächen und die Rollstuhlwendekreise. Die sich daraus ergebenden Maße und Eigenschaften sind im Beiblatt dokumentiert.

Die Verschneidungen wurden an Hand des Gutachtens des Privatsachverständigen Dipl. Ing. Dr. Bu. vom 19.1.2015, Seite 9, erörtert. Bei dem genannten Privatsachverständigen handelt es sich um einen gerichtlich beeideten und zertifizierten Sachverständigen für Schienenfahrzeuge, der von der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren als externer Prüfer für den technischen Bereich beigezogen worden ist. Bereits zuvor wurde erörtert, dass für die Längs- und Querrampen ausreichend Länge bzw. Breite zur Verfügung steht, sodass Verschneidungen nicht durch einen Mangel an Länge bzw. Breite für diese Rampen erforderlich sind.

Erörtert wurde schließlich, ob sich die unterschiedlichen Layout-Varianten hinsichtlich des Gewichtes der Straßenbahngarnituren unterscheiden. Dies war im Wesentlichen hinsichtlich der Achslasten von Relevanz. Die Antragsgegnerin legte dazu dar, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin in ihrem LBO auf Seite 7 unter Punkt 3.3. „Achslasten“ unter Bezugnahme auf die Zeichnung Nr. 590080993 ausdrücklich bestätigt hat, dass die von ihr zugesagte maximale

statische Achslast auch bei außergewöhnlicher Zuladung auch bei den beiden Varianten eingehalten werde. Aus der Zeichnung 590080993 und den dort festgehaltenen Fahrgastkapazitäten sei ersichtlich, dass bei den beiden Layout-Varianten auch bei außergewöhnlicher Zuladung kein höheres Gewicht sowie keine höhere Achslast eintrete als in der Basisvariante.

3. Das von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung schriftlich überreichte und mündlich vorgetragene „Ergänzende Vorbringen der Antragstellerin“, das eine Beilage zum Verhandlungsprotokoll darstellt, hat im Wesentlichen folgenden Inhalt:

Die Antragstellerin replizierte darin zunächst zum Thema der Bodenfreiheit auf den jeweils letzten Schriftsatz der Antragsgegnerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Für die Beurteilung der Bodenfreiheit sei aus technischen Gründen zwingend nicht von einer 2/3-Last, sondern von einer 3/3-Last auszugehen. Diese technischen Gründe werden näher dargelegt. Es sei auch nicht – abweichend von den technischen Erfordernissen – die Berechnung auf Basis einer 2/3-Last festgelegt worden, weil nach der festgelegten Reihenfolge der Vertragsbestandteile die Beilage 3.48 hinter dem Lastenheft zurücktrete.

Zum Thema Stand der Technik replizierte die Antragstellerin, dass die Entscheidung der EU-Kommission vom 21.12.2007 (TSI PRM) Straßenbahnen von ihrem Anwendungsbereich ausdrücklich ausnehme und folglich aus der TSI PRM auch nicht der für Straßenbahnen relevante Stand der Technik abgeleitet werden könne.

Zum Thema der Nichtdiskriminierung replizierte die Antragstellerin, dass § 19 Abs. 1 BVergG das Gebot der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung zu einem Grundsatz jedes Vergabeverfahrens erhoben habe. Zwar würde § 19 Abs. 1 BVergG primär Bewerber und Bieter adressieren, daraus könne aber nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass eine Diskriminierung behinderter Mitbürger durch die zu beschaffenden Produkte und Leistungen zulässig sei. Letztlich stelle das Behindertengleichstellungsgesetz eine Konkretisierung des unionsrechtlich grundgelegten Diskriminierungsverbotes und des verfassungsgesetzlich normierten Gebotes der Gleichbehandlung dar. Daraus

folge zwingend, dass eine Diskriminierung von Personen mit besonderen Bedürfnissen nicht nur auf Bundes-, sondern auch auf Landesebene unzulässig sei, was bei der Auslegung der gegenständlichen Ausschreibung nicht ignoriert werden dürfe.

IV. Der Senat hat erwogen:

1. Die maßgeblichen Gesetzesbestimmungen lauten:

§ 17 AVG samt Überschrift lautet:

Akteneinsicht

„§ 17. (1) Soweit in den Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmt ist, können die Parteien bei der Behörde in die ihre Sache betreffenden Akten Einsicht nehmen und sich von Akten oder Aktenteilen an Ort und Stelle Abschriften selbst anfertigen oder auf ihre Kosten Kopien oder Ausdrücke erstellen lassen. Soweit die Behörde die die Sache betreffenden Akten elektronisch führt, kann der Partei auf Verlangen die Akteneinsicht in jeder technisch möglichen Form gewährt werden.

(2) Allen an einem Verfahren beteiligten Parteien muß auf Verlangen die Akteneinsicht in gleichem Umfang gewährt werden.

(3) Von der Akteneinsicht sind Aktenbestandteile ausgenommen, insoweit deren Einsichtnahme eine Schädigung berechtigter Interessen einer Partei oder dritter Personen oder eine Gefährdung der Aufgaben der Behörde herbeiführen oder den Zweck des Verfahrens beeinträchtigen würde.

(4) Die Verweigerung der Akteneinsicht gegenüber der Partei eines anhängigen Verfahrens erfolgt durch Verfahrensordnung.“

§ 37 erster Satz AVG lautet:

„§ 37. Zweck des Ermittlungsverfahrens ist, den für die Erledigung einer Verwaltungssache maßgebenden Sachverhalt festzustellen und den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen zu geben.“

§ 255 Abs. 1 BVergG 2006 lautet:

„§ 255. (1) Der Bieter hat sich bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden.“

§ 257 BVergG 2006 samt Überschrift lautet:

„Inhalt der Angebote

§ 257. (1) Jedes Angebot muss insbesondere enthalten:

1. Name (Firma, Geschäftsbezeichnung) und Geschäftssitz des Bieters; bei Arbeitsgemeinschaften die Nennung eines zum Abschluss und zur Abwicklung des Vergabeverfahrens und des Vertrages bevollmächtigten Vertreters unter Angabe seiner

Adresse; schließlich die (elektronische) Adresse jener Stelle, die zum Empfang der Post berechtigt ist;

2. Bekanntgabe der Subunternehmer, auf deren Kapazitäten sich der Bieter zum Nachweis seiner Eignung stützt, unter Beilage der Nachweise, dass der Bieter über deren Kapazitäten tatsächlich verfügt und der Sektorenauftraggeber die zur Durchführung des Gesamtauftrages erforderlichen Sicherheiten über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hat. Bekanntgabe aller Teile oder – sofern der Sektorenauftraggeber dies in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen hat – nur der wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Die in Frage kommenden Subunternehmer sind bekannt zu geben. Die Nennung mehrerer Subunternehmer je Leistungsteil ist zulässig. Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angaben nicht berührt;
3. die Preise samt allen geforderten Aufgliederungen und den allenfalls notwendigen Erläuterungen; im Leistungsverzeichnis oder im Kurzleistungsverzeichnis sind die Preise an den hierzu bestimmten Stellen einzutragen; wird für eine Position kein Preis ausgeworfen, so ist dies im Angebot zu erläutern;
4. gegebenenfalls bei veränderlichen Preisen – sofern entsprechende Normen nicht vorhanden und für anwendbar erklärt worden sind – die Angaben, die erforderlich sind, um die Regeln und Voraussetzungen festzulegen, die eine eindeutige Preisumrechnung ermöglichen;
5. sonstige für die Beurteilung des Angebotes geforderte oder vom Bieter für notwendig erachtete Erläuterungen oder Erklärungen;
6. die Aufzählung der dem Angebot beigegebenen sowie gesondert eingereichten Unterlagen;
7. allfällige Alternativ- oder Abänderungsangebote;
8. Datum und rechtsgültige Unterfertigung des Bieters.

(2) Mit der Abgabe seines Angebotes erklärt der Bieter, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt, und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet."

§ 258 BVerG 2006 samt Überschrift lautet:

„Besondere Bestimmungen über den Inhalt der Angebote bei funktionaler Leistungsbeschreibung

§ 258. (1) Bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung sind die Angebote so zu stellen, dass Art und Umfang der Leistung eindeutig bestimmt, die Erfüllung der Anforderungen der Aufgabenstellung nachgewiesen, die Angemessenheit der geforderten Preise beurteilt und nach Abschluss der Leistung die vertragsgemäße Erfüllung zweifelsfrei geprüft werden kann.

(2) Abs. 1 gilt nicht für Angebote in jenen Phasen eines Verhandlungsverfahrens, für die der Sektorenauftraggeber noch kein vollständig ausgearbeitetes Angebot verlangt."

§ 267 BVerG 2006 samt Überschrift lautet:

„Prüfung der Angebote

§ 267. (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 § 187 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;
2. nach Maßgabe des § 231 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."

§ 271 BVergG 2006 samt Überschrift lautet:**„Wahl des Angebotes für den Zuschlag**

§ 271. (1) *Unbeschadet anderer Rechtsvorschriften über die Vergütung bestimmter Dienstleistungen ist der Zuschlag*

1. *entweder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot gemäß den Angaben in der Ausschreibung, oder*
 2. *dem Angebot mit dem niedrigsten Preis*
- zu erteilen.

(2) *Die Gründe für die Zuschlagsentscheidung sind schriftlich festzuhalten.“*

§ 272 Abs. 1 BVergG 2006 samt Überschrift lautet:**„Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung**

§ 272. (1) *Der Sektorenauftraggeber hat den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bieter das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß § 273 Abs. 1, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lautereren Wettbewerb schaden würde.“*

2. Zur beantragten Akteneinsicht ist sachverhältnismäßig und rechtlich Folgendes auszuführen:

Die Antragstellerin beantragte Einsicht in Daten, welche das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Fahrzeug betreffen. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um die Innenabmessungen des angebotenen Fahrzeuges sowie um technische Daten, welche zumindest zum Teil erforderlich sind, um das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf seine Ausschreibungskonformität und auf seine korrekte Bewertung hin nachprüfen zu können. Diese Daten betreffen den Inhalt des LBO der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, den Inhalt der Prüfung des LBO durch die Antragsgegnerin und den wesentlichen Inhalt der im verwaltungsgerichtlichen Verfahren der Antragstellerin gegenüber geschwärzten Teile in den Schriftsätzen.

Im Falle der Auftragserteilung an die präsumtive Zuschlagsempfängerin sind die von der Antragstellerin begehrten Daten ab der Auslieferung des ersten Fahrzeuges nicht mehr geheim. Dies ist im Auftragsfall voraussichtlich im Jahr 2018 der Fall. Bis dahin stellen die Daten Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse dar.

Die Antragstellerin und die präsumtive Zuschlagsempfängerin stehen einander als Anbieter von Niederflurstraßenbahnen im europäischen Markt potentiell wiederholt als Konkurrentinnen gegenüber. Dies wird bis zur möglichen ersten Auslieferung einer Straßenbahn der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an die Antragstellerin EU-weit möglicherweise in einer Mehrzahl von Vergabeverfahren der Fall sein.

Eine detaillierte Kenntnis der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im gegenständlichen Vergabeverfahren angebotenen Fahrzeuge würde es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ermöglichen, einzuschätzen, welches Produkt die präsumtive Zuschlagsempfängerin in laufenden Vergabeverfahren anbieten kann. Dies hat die Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren bereits dadurch unter Beweis gestellt, dass sie aus den Daten von bereits in Betrieb befindlichen Fahrzeugen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin abzuleiten versucht hat, was der präsumtiven Zuschlagsempfängerin technisch möglich ist und was diese aus technischen Gründen nicht erfüllen kann.

Der derzeitige Informationsstand der Antragstellerin bezieht sich dabei auf Daten, die nicht mehr geheim sind, weil die Fahrzeuge bereits in Betrieb sind und die Vergabeverfahren, welche diesen bereits in Betrieb befindlichen Fahrzeugen zu Grunde liegen, bereits mehrere Jahre zurück liegen. Eine Offenlegung der Fahrzeugdaten des aktuellen Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin würde es der Antragstellerin ermöglichen, auf der Grundlage von wesentlich aktuelleren Daten einzuschätzen, was die präsumtive Zuschlagsempfängerin in anderen Vergabeverfahren anzubieten in der Lage ist. Die Antragstellerin hätte daher um Jahre aktuellere Daten über die Fahrzeuge der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und damit gegenüber dieser einen wesentlichen Informationsvorsprung.

Da umgekehrt die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht über die Daten des von der Antragstellerin aktuell angebotenen Fahrzeuges verfügt, würde eine Offenlegung der Daten ein Ungleichgewicht der Informationsstände der beiden Unternehmerinnen bewirken, welches es der Antragstellerin ermöglichen würde, die zu erwartenden Angebote ihrer Konkurrentin auf Grund von wesentlich aktuelleren Daten wesentlich genauer einzuschätzen als umgekehrt. Es würde

damit durch eine solche Offenlegung zu einer Wettbewerbsverzerrung zwischen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der Antragstellerin kommen, welche sich zumindest potentiell in bevorstehenden Straßenbahnausschreibungen auswirken kann.

Es trifft auch zu, dass das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot entwickelte Fahrzeug die erforderliche Werkhöhe aufweist, um als „gewerbliches Schutzrecht“ geschützt zu sein. Dies ergibt sich bereits aus der Komplexität der Anforderungen an die zu entwickelnde Straßenbahn, der Vielzahl an potentiellen Lösungsmöglichkeiten und der hohen Anforderungen an die Ausarbeitung des angebotenen Produktes.

Hingegen vermag die Antragstellerin auch ohne Kenntnis der genauen Details des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuführen, in welchen Punkten sie sich beschwert erachtet. Dies ist vor allem dadurch erwiesen, dass die Antragstellerin dies in ihrem Nachprüfungsantrag und in ihren nachfolgenden Schriftsätzen auch tatsächlich getan hat. Die Antragstellerin hat dadurch insbesondere unter Beweis gestellt, dass sie aus der Kenntnis von Innenabmessungen und technischen Daten von bereits in Betrieb befindlichen Fahrzeugen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin Rückschlüsse auf den Inhalt von aktuellen Angeboten der selbigen zu schließen vermag. Dass die Daten, über welche die Antragstellerin verfügt, naturgemäß nicht auf dem letzten Stand der Entwicklung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sein können, stellt für die Antragstellerin – wie sie unter Beweis gestellt hat – kein entscheidendes Hindernis dar, mögliche Schwachstellen im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und in der Angebotsprüfung aufzuzeigen und somit ihre Rechtsschutzmöglichkeiten auszuschöpfen. Die Prüfung an Hand der konkret angebotenen Daten, ob die Argumentation der Antragstellerin zutrifft, obliegt ohnedies dem Verwaltungsgericht.

Die Schwärzungen in den Schriftsätzen der Antragsgegnerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gehen allerdings insoweit über die Schwärzungen der technischen Eigenschaften der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Fahrzeuge hinaus, als anstatt der Schwärzung der jeweils erfolgten technischen Angabe wiederholt der gesamte von der technischen Angabe

betroffene Satz geschwärzt wurde. Dadurch ging zunächst auch der abstrakte Informationsgehalt, wovon im geschwärzten Zusammenhang die Rede ist, verloren.

Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes wurde der diesbezügliche Informationsstand der Antragstellerin jedoch dadurch hergestellt, dass sowohl die Antragsgegnerin als auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin in ihrem Schriftsatz jeweils vom 14.1.2015 zu den von der Antragstellerin begehrten Informationen jeweils abstrakt ausgeführt haben, worum es bei der jeweiligen geschwärzten Textpassage gegangen ist. Das Verwaltungsgericht hat die diesbezüglich wiederum ganze Sätze umfassenden Schwärzungen der Antragsgegnerin nicht übernommen und aus der vertraulichen Version eine Version für die Antragstellerin hergestellt, wobei das Verwaltungsgericht mit einer Schwärzung der einzelnen Zahlen- und Datumsangaben anstatt der ganzen Sätze das Auslangen finden konnte. Der Schriftsatz der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurde durch das Verwaltungsgericht in gleicher Weise geschwärzt. Durch die Übermittlung der beiden Schriftsätze jeweils vom 14.1.2015, die sich im Detail mit den Schwärzungen in den vorangegangenen Schriftsätzen auseinandersetzen, hatte die Antragstellerin den erforderlichen Informationsgehalt, wovon in den zuvor geschwärzten Textteilen jeweils abstrakt die Rede ist.

Rechtlich ist zu diesem Themenkomplex auszuführen, dass gemäß Urteil des EuGH vom 14.2.2008, C-450/06, Rs Varec, der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens den Parteien im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens keinen Anspruch auf unbegrenzten und uneingeschränkten Zugang zu allen bei der Nachprüfungsinstanz eingereichten und dieses Vergabeverfahren betreffenden Informationen verleiht. Vielmehr ist dieses Zugangsrecht gegen das Recht anderer Wirtschaftsteilnehmer auf Schutz ihrer vertraulichen Angaben und ihrer Geschäftsgeheimnisse abzuwägen (EuGH vom 14.2.2008, C-450/06, Rz 51).

Dabei ist nach Ansicht des Senates die im § 17 Abs. 3 AVG normierte Einschränkungsmöglichkeit der Akteneinsicht zwangsläufig nicht auf Aktenbestandteile beschränkt, die schlussendlich nicht in die Entscheidung einfließen. Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse können auf Grund einer

Interessensabwägung vielmehr auch dann von der Akteneinsicht ausgenommen werden, wenn die Entscheidung letztlich auch auf diese gestützt werden muss. Mit Hanslik (Parteienghör und Geheimnisschutz im Verwaltungsverfahren, 10f) kann zwar in solchen Fällen durchaus von einer Grundrechtskollision zwischen dem in Art 6 EMRK und Art 47 GRC verankerten Recht auf ein faires Verfahren einerseits und dem in Art. 8 EMRK und Art. 7 GRC verankerten Recht auf Achtung des Privatlebens, welches den Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen einschließt, ausgegangen werden. Diese Kollision ist jedoch dem VwGH (VwGH 9.4.2013, Zl. 2011/04/0207) zu Folge durch eine Interessenabwägung aufzulösen.

Die zentralen materiell-rechtlichen Normen zum Schutz der Vertraulichkeit von Bieterunterlagen durch die Beteiligten am Vergabeverfahren stellen für den klassischen Bereich § 23 BVergG 2006 bzw. für den Sektorenbereich § 191 BVergG 2006 dar. Diese Normen verpflichten Auftraggeber und Bieter, den vertraulichen Charakter der Bieterunterlagen zu wahren. Das BVergG 2006 misst damit der Vertraulichkeit von Bieterunterlagen einen besonderen Stellenwert bei, welcher bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist (vgl. Hanslik, Parteienghör und Geheimnisschutz im Verwaltungsverfahren, 147).

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat schlüssig dargelegt, dass die Innenabmessungen sowie die anderen verfahrensgegenständlichen technischen Daten der von ihr angebotenen Straßenbahn so lange ein Geschäfts- und Betriebsgeheimnis darstellen, bis gegebenenfalls die erste Straßenbahn in Betrieb genommen wird und damit diese technischen Daten nicht mehr geheim sind. Das Interesse an der Geheimhaltung besteht im Wesentlichen darin, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit der Antragstellerin auch in anderen Vergabeverfahren in Konkurrenz steht und eine etwaige Offenlegung der technischen Fahrzeugdaten die Antragstellerin in die Lage versetzen würde, konkret abzuschätzen, welches Fahrzeug die präsumtive Zuschlagsempfängerin bei anderen Ausschreibungen in der Lage ist, anzubieten. Ob die Antragstellerin diese Informationen tatsächlich zu einem solchen Zweck verwenden würde, ist nicht relevant, weil die Möglichkeit ausreicht, dass die Informationen von der Antragstellerin auf diese Weise verwendet werden könnten. Das Interesse der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf Geheimhaltung der technischen

Fahrzeugdaten und damit auf Achtung ihrer Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse (Art. 8 EMRK und Art. 7 GRC) wiegt dementsprechend schwer.

Auf der anderen Seite steht das Recht der Antragstellerin auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK bzw. Art. 47 GRC). Dabei war zu berücksichtigen, dass es gegenständlich, soweit Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse geltend gemacht wurden, ausschließlich um die Erörterung von Details des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie die innere Schlüssigkeit der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemachten technischen Angaben geht. Die zu erörternden Details sind damit deutlich der geschäftlichen Sphäre der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zugewiesen.

Nach Ansicht des Senates kann ein faires Verfahren im gegenständlichen Fall auch dadurch gewährleistet werden, dass ein objektiver Dritter, nämlich das Verwaltungsgericht, prüft, ob die Angaben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin von der Auftraggeberin ausreichend geprüft und korrekt bewertet worden sind. Auf diese Weise können die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gewahrt werden, kann verhindert werden, dass die Antragstellerin für andere, künftige Vergabeverfahren Details über das gegenständlich angebotene Produkt der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erfährt und kann dennoch eine den Anforderungen des Art. 6 EMRK und des Art. 47 GRC entsprechende objektive Nachprüfung der Entscheidung des Auftraggebers gewährleistet werden.

Es überwogen daher die geschäftlichen Interessen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an der Geheimhaltung der technischen Daten der von ihr angebotenen Straßenbahn gegenüber den Interessen der Antragstellerin an einer Offenlegung der selbigen ihr gegenüber, weshalb die entsprechenden Daten der Antragstellerin gegenüber geheim zu halten waren. Es war daher der Antragstellerin sowohl die Akteneinsicht in die Teile der Vergabeakten und Verfahrensakten, welche die Innenabmessungen des von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Fahrzeuges enthalten, zu verweigern als auch die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung von der Erörterung der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschließen.

Kurz einzugehen ist auf die von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgetragene Argumentation, es sei eine im Kartellrecht durchaus übliche und bewährte Praxis, dass der berufsmäßige Parteienvertreter der Verhandlung auch während der Erörterung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen anderer Parteien anwesend sei und diese Informationen seinen Mandanten gegenüber geheim halten müsse. Das Verwaltungsgericht möge diese Praxis der Kartellbehörden (bzw. Kartellgerichte) übernehmen und dem Antragstellervertreter die Anwesenheit während der Erörterung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gestatten.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass das vom Antragstellervertreter offenbar angesprochene europäische Kartellverfahrensrecht im Art. 16 der Verordnung (EG) Nr. 773/2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Art. 81 und 82 EG-Vertrag, ABl. Nr. L 123 vom 27.4.2004, eine eigenständige und vom AVG abweichende Regelung über die Kenntlichmachung und den Schutz vertraulicher Informationen enthält, welche im verwaltungsgerichtlichen Vergabenaachprüfungsverfahren nicht anzuwenden ist. Der Hinweis auf eine diesbezüglich andere Praxis in kartellrechtlichen Verfahren mag zwar sachverhältnismäßig zutreffen, geht aber wegen des Vorhandenseins einer diesbezüglichen eigenständigen kartellrechtlichen Verfahrensbestimmung im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren rechtlich ins Leere.

Weiters ist festzuhalten, dass § 9 Abs. 2 RAO den Rechtsanwalt nur insoweit zur Verschwiegenheit über die ihm anvertrauten Angelegenheiten und die ihm sonst in seiner beruflichen Eigenschaft bekannt gewordenen Tatsachen verpflichtet, als deren Geheimhaltung im Interesse seiner Partei geboten ist. Bei den in Rede stehenden Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen liegt das Interesse an deren Geheimhaltung jedoch bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und ist das Geheimnis vielmehr gegenüber der Antragstellerin zu wahren. Nach Ansicht des Senates kann aus § 9 Abs. 2 RAO daher gerade nicht die Verpflichtung des Antragstellervertreters abgeleitet werden, die Interessen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu wahren und die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse seiner Mandantin gegenüber geheim zu halten. Mangels diesbezüglicher

Geheimhalteverpflichtung des Antragstellervertreeters gegenüber seiner Mandantin war daher das Geschäfts- und Betriebsgeheimnis nicht nur gegenüber der Antragstellerin, sondern auch gegenüber dem Rechtsanwalt, der die Antragstellerin im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vertrat, einzuhalten. Das Gleiche galt sinngemäß für den von der Antragstellerin im Verfahren beigezogenen privaten Sachverständigen.

3. Zum Sachverhalt ist allgemein festzuhalten:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin und übt eine Sektorentätigkeit im Bereich des Verkehrs aus. Der Nachprüfungsantrag entspricht den formalen Erfordernissen und ist rechtzeitig. Die Antragstellerin hat das Interesse am Vertragsabschluss und den ihr im Fall des Nichtabschlusses des Vertrages drohenden Schaden sowie die Entrichtung der Pauschalgebühren nachgewiesen.

Die Antragsgegnerin hat am 6.12.2013 die Ausschreibung der Vergabe eines Lieferauftrages im Sektor in einem Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb im Oberschwellenbereich gemäß § 192 Abs. 5 in Verbindung mit § 194 BVergG 2006 europaweit bekannt gemacht. Auftragsgegenstand war die Fertigung, Lieferung und Inbetriebsetzung von 119 bis 156 (plus optional bis zu 30 weiteren) Niederflur-Straßenbahnen. Als Nebenleistung sollten die Straßenbahnen über einen Zeitraum von 24 Jahren instandgehalten werden, wozu sich der Auftragnehmer der Einrichtungen und des Personals der Auftraggeberin zu bedienen habe.

In der ersten Stufe des Verhandlungsverfahrens haben zwei Unternehmer Teilnahmeanträge gestellt, und zwar die präsumtive Zuschlagsempfängerin und die Antragstellerin. Beide Teilnahmeanträge wurden einer Prüfung unterzogen und beide Teilnahmewerber zur Erstangebotslegung eingeladen.

Beide Teilnehmer gaben jeweils ein Erstangebot ab. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin erklärte im Begleitschreiben zu ihrem Erstangebot, dass dieses den Ausschreibungsunterlagen entspreche, und übernahm das Lastenheft in ihr Angebot, wobei sie Verhandlungsvorschläge direkt in das Lastenheft und in die Verträge einarbeitete.

Die Antragsgegnerin führte daraufhin mit jedem der beiden Bieter zehn Gesprächsrunden durch. Diese gliederten sich in ein Kick-Off-Meeting, drei Gesprächsrunden zu technischen Themen, zwei Gesprächsrunden zu vertragsrechtlichen Themen, drei Gesprächsrunden zum Thema der Instandhaltung und ein Abschlussgespräch.

Danach wurden beide Bieter zur Legung ihres jeweiligen Letztangebotes (Last and Best Offer – LBO) eingeladen. Dabei wurden als Grundlage für die Ausarbeitung und Abgabe des LBO die Ausschreibungsunterlagen überarbeitet und LBO-Ausschreibungsunterlagen erstellt. Die LBO-Ausschreibungsunterlagen wurden bestandsfest.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin und die Antragstellerin haben jeweils ein LBO gelegt. Die Antragsgegnerin hat die beiden LBOs einer umfassenden rechtlichen, preislichen und technischen Prüfung unterzogen, wozu sie sich eines externen Sachverständigen und teilweise eigener sowie teilweise externer Kräfte bediente. Der Prüfbericht der LBO vom 25.11.2014 kam auf dessen Seite 29 zu dem Ergebnis, sowohl die technische als auch die (vergabe)rechtliche Prüfung hätten ergeben, dass die Last and Best Offers beider Bieter den Angebotsbestimmungen vollinhaltlich entsprechen.

Diese Prüfung hat auch die Bewertung der beiden Angebote eingeschlossen. Dabei erzielte die präsumtive Zuschlagsempfängerin für den Preis 60,000 Punkte, für den Bereich Fahrgast 15,668 und für den Bereich Technik/Betrieb 18,000 Punkte und somit insgesamt 93,668 Punkte. Die Antragstellerin erzielte für den Preis 56,641 Punkte, für den Bereich Fahrgast 22,000 und für den Bereich Technik/Betrieb 14,000 Punkte und somit insgesamt 92,641 Punkte. Gemäß dem Ergebnis dieser Prüfung der LBO kam der Bericht zu dem Vorschlag, den Zuschlag der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu erteilen.

Die Antragsgegnerin richtete am 1.12.2014 an die präsumtive Zuschlagsempfängerin und an die Antragstellerin die angefochtene Zuschlagsentscheidung. In dieser teilte sie beiden Bietern die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes, insbesondere dessen punktemäßiges

Bewertungsergebnis, und der Antragstellerin überdies die Bewertung ihres Angebotes mit.

4. Zur Bestandsfestigkeit, zum Leistungsgegenstand, zur eisenbahnrechtlichen Genehmigungsfähigkeit und zur Verwendbarkeit:

Zunächst ist grundsätzlich auszuführen, dass den bestandsfesten Festlegungen des Vergabeverfahrens zu Folge nicht bereits fertig entwickelte Straßenbahnen herzustellen und zu liefern sind, sondern der künftige Auftragnehmer die von ihm herzustellenden und zu liefernden Straßenbahnen erst nach den Vorgaben des Auftrages zu entwickeln hat. Dabei ist auch bestandsfest festgelegt, dass in der Ausführungsphase eine Feinabstimmung erfolgt, somit also die der Feinabstimmung vorbehaltenen Planungsdetails während des Vergabeverfahrens noch nicht zu behandeln sind.

Nach Ansicht des Senates ist dies ein für die Prüfung der Ausschreibungskonformität des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zentraler Aspekt.

Es folgt daraus zum einen, dass es rechtlich irrelevant ist, ob die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bereits entwickelten und in Verkehr gebrachten Straßenbahnen ausschreibungskonform wären oder deren Ausschreibungskonformität durch Modifikationen hergestellt werden könnte. Gegenstand des Auftrages ist nicht eine Straßenbahn, über welche die Bieter bereits verfügen, sondern eine Straßenbahn, zu deren Entwicklung sich die Bieter für den Auftragsfall verpflichten. Ein Vergleich mit Straßenbahnen, welche die präsumtive Zuschlagsempfängerin bereits entwickelt hat, ist insoweit grundsätzlich nicht anzustellen.

Zum anderen folgt aus den bestandsfesten Vorbehalten der Feinabstimmung, dass es einer etwaigen Ausschreibungskonformität des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht hinderlich ist, wenn solche Planungsdetails offen geblieben sind, die erst nach Auftragserteilung im Rahmen der Feinabstimmung zu Ende zu planen sind. Das Erfordernis der Nachvollziehbarkeit der Angebote findet gegenständlich dort seine Grenze, wo

das Angebot noch nicht im Detail auszuarbeiten war, weil die in Frage kommenden Details erst nach Auftragserteilung in der Feinabstimmungsphase zu planen und abzustimmen waren.

Ein von der Antragstellerin insbesondere zu den Rampenneigungen vorgetragenes, aber über diesen Bereich hinausragendes Argument bestand darin, dass der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Straßenbahn die eisenbahnrechtliche Genehmigungsfähigkeit mangeln würde. Ohne eisenbahnrechtliche Bauartgenehmigung könne die Straßenbahn nicht in Betrieb genommen werden und könne die präsumtive Zuschlagsempfängerin den Vertrag nicht ordnungsgemäß erfüllen.

Auf diese Argumentation wird noch im Detail beim Themenbereich „Neigungswinkel und eisenbahnrechtliche Genehmigungsfähigkeit“ einzugehen sein. An dieser Stelle muss es vorerst genügen, auf die diesbezügliche Bestandsfestigkeit der Ausschreibungsunterlagen hinzuweisen. Die Ausschreibungsunterlagen verlangen nämlich gerade nicht die Ausarbeitung von Einreichunterlagen für die eisenbahnrechtliche Bauartgenehmigung. Sie verlangen nicht einmal, dass die Planung der anzubietenden Straßenbahn so weit abgeschlossen werden muss, dass überhaupt die Grundlage für die Ausarbeitung solcher Einreichunterlagen bestehen würde, zumal die Feinplanung, welche der Erstellung von Einreichunterlagen zeitlich vorangehen muss, erst nach Zuschlagserteilung in der Ausführungsphase zu erfolgen hat.

Der Rahmenvertrag über die Lieferung und Instandhaltung von Niederflur-Straßenbahnen sieht unter Punkt 8.1.1 „Bauartgenehmigung“ vor:

„Der Auftragnehmer ist verpflichtet, zeitgerecht vor dem geplanten Beginn der Fertigung der Straßenbahnfahrzeuge eine Bauartgenehmigung einzuholen. Die Bestellung des für die Bauartgenehmigung notwendigen Gutachters erfolgt durch den Auftragnehmer im Einvernehmen mit dem Auftraggeber. Die Kosten für die erste Bauartgenehmigung und für alle damit verbundenen technischen Änderungen trägt der Auftragnehmer.“

Die Einholung der Bauartgenehmigung ist daher erst für die Ausführungsphase vorgesehen. Auch die Fertigstellung von notwendigen Grundlagen für die

Einholung der Bauartgenehmigung, nämlich insbesondere die Feinplanung, erfolgt erst in der Ausführungsphase. Folglich kann es noch gar nicht Gegenstand des Vergabeverfahrens sein, zu prüfen, ob für die angebotene Straßenbahn die eisenbahnrechtliche Bauartgenehmigung erteilt werden kann. Eine solche Aussage ist allein schon auf Grund der festgelegten zeitlichen Reihenfolge, wonach zunächst das Vergabeverfahren abgeschlossen werden muss und dann in der Ausführungsphase weitere Schritte folgen, weder für das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin noch für das Angebot der Antragstellerin möglich.

Ein weiteres Argument der Antragstellerin betrifft das Vorbringen, dass wegen vermeintlicher Ausschreibungsfehler, insbesondere wegen eines bestandsfest zu gering festgelegten Bodenabstandes, die angebotenen Straßenbahnen im Wiener Schienennetz nicht verwendbar seien. Es würde die Gefahr von Kollisionen mit Bodenunebenheiten bestehen. Das Vergabeverfahren müsse deshalb widerrufen und neu ausgeschrieben werden.

Dem ist entgegen zu halten, dass die Antragsgegnerin die Ausschreibungsunterlagen nicht nur unter Einbeziehung von internen und externen Experten sorgfältig ausgearbeitet, sondern darüber hinaus im Zuge des Verhandlungsverfahrens unter Einbeziehung sowohl der Antragstellerin als auch der präsumtiven Zuschlagsempfängerin überarbeitet hat. Mit der Antragstellerin fanden – ebenso wie mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin – ein Kick Off Meeting, drei technische Verhandlungsrunden, zwei Verhandlungsrunden betreffend Rahmenvertrag, drei Verhandlungsrunden betreffend Instandhaltung und ein Abschlussgespräch statt. Dem Vergabeakt ist zu entnehmen, dass die technischen Verhandlungsrunden mit der Antragstellerin jeweils sowohl seitens der Antragsgegnerin als auch seitens der Antragstellerin mit jeweils mehreren Experten besetzt waren und jeweils auf Detailebene Fragen der Erforderlichkeit von technischen Anforderungen diskutiert wurden.

Die technischen Verhandlungsrunden mit der Antragstellerin machen auf den Senat durchaus den Eindruck, dass die Antragstellerin die Verhandlungen sehr sorgfältig betrieben und etwaige ihrer Ansicht nach gegebenen technischen Anforderungen jeweils aufgezeigt hat. Eine solche Vorgangsweise entspricht auch

der Mitwirkungspflicht der Antragstellerin im Vergabeverfahren. Der Senat geht weiters davon aus, dass die Antragstellerin die von ihr konzipierte Straßenbahn als für die Auftraggeberin im Wiener Schienennetz verwendbar erachtet hat und erachtet. Darüber hinaus war seitens der Auftraggeberin sowohl in die Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen als auch in die technischen Verhandlungen mit den Bietern, in die Überarbeitung der Ausschreibungsunterlagen und in die Prüfung der Angebote neben eigenen technischen Experten ein gerichtlich beideter Sachverständiger als externer Experte beigezogen.

Wenn die Antragstellerin nun erstmals im Zuge des Nachprüfungsverfahrens vorbringt, die Ausschreibungsunterlagen seien so fehlerhaft, dass die Ausschreibung widerrufen werden müsse, so ist dem entgegenzuhalten, dass dieses Vorbringen nachträglich konstruiert erscheint und somit nicht glaubwürdig ist. Die Antragstellerin hätte nach Ansicht des Senates sicherlich nicht auf Grund von fehlerhaften Ausschreibungsunterlagen ein Angebot gelegt, sondern wäre den Experten der Antragstellerin ein solcher Fehler – soweit vorhanden – aufgefallen und von der Antragstellerin aufgezeigt worden. Ebenso wäre ein solcher Fehler dem von der Antragsgegnerin durchgehend beigezogenen externen Experten, den eigenen Experten der Antragsgegnerin sowie den Experten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aufgefallen.

Das Argument, auf Grund eines Ausschreibungsfehlers hätten beide Bieter nur Straßenbahnen anbieten können, die im Wiener Schienennetz nicht verwendbar wären, ist daher als unglaubwürdig zu werten. Die Antragstellerin konnte somit das Vorliegen eines Widerrufsgrundes nicht darlegen. Es war somit auch insoweit von den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen auszugehen.

Grundsätzlich festzuhalten ist, dass der Vergabeakt in seiner Gesamtheit sehr sorgfältig geführt und die einzelnen Schritte des Vergabeverfahrens einschließlich der Angebotsprüfung sehr sorgfältig dokumentiert wurden.

5. Zur Einstiegshöhe:

Im bestandsfesten LBO-Lastenheft ist auf Seite 16 unter Punkt 4.1 festgelegt, dass der auszulegende Nennwert der Eintrittshöhe (= Fußbodenoberkante über SOK) bei leerem Fahrzeug und neuen Radreifen 240 mm über SOK nicht übersteigen darf (keine Toleranz nach oben zulässig). Gemessen wird die Eintrittshöhe an der oberen Fußbodenoberkante, das ist jene Kante, an der bei geschlossenen Türen die Dichtlippe der Türblätter anliegt.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat in ihrem Angebot eine Einstiegshöhe von 215 mm zugesichert. In ihrem Angebot sind Beschreibungen und Zeichnungen enthalten, welche diese Einstiegshöhe nachvollziehbar darstellen sollen.

Die Antragsgegnerin hat zur Einstiegshöhe in ihrem Prüfbericht vom 25.11.2014 (Ordner 18 des Vergabeaktes) betreffend das LBO festgehalten, in den technischen Verhandlungsrunden sowie im Lastenheft sei präzisiert worden, wie die Einstiegshöhe nachzuweisen ist. Die Reduzierung der Einstiegshöhe auf den nunmehr angebotenen Wert sei technisch nachvollziehbar und plausibel.

Der Senat hat die Einstiegshöhe wie folgt nachvollzogen:

Im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sind in der Zeichnung Nr. 590080973 die unterschiedlichen Bodenhöhen dargestellt. Wie die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag grundsätzlich zutreffend argumentiert hat, lässt sich aus den im Angebot dokumentierten unterschiedlichen Bodenhöhen, der zugesagten maximalen Rampenneigung und dem Raumbedarf für die ebenen Rollstuhlstellplätze und Rollstuhlwendekreise errechnen bzw. schließen, welcher Raumbedarf für die erforderlichen Rampen besteht. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat geltend gemacht, dass es sich bei den Maßen der unterschiedlichen Bodenlängen und der Rollstuhlstellplätze sowie Rollstuhlwendekreise um Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse handelt. Dem war nicht entgegenzutreten, weil es sich dabei um Details des von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen, erst zu entwickelnden Fahrzeuges handelt. Damit war die Berechnungsgrundlage ein Geschäfts- und Betriebsgeheimnis. Die Berechnung durch die Antragstellerin wies unbeschadet ihrer grundsätzlichen

Schlüssigkeit die Problematik auf, dass die Antragstellerin ihrer Berechnung nicht die tatsächlichen Maße, welche die präsumtive Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot ausgewiesen hat, zu Grunde legen konnte. Die Nachvollziehbarkeit des Platzbedarfes für die Rampen setzte lediglich die Kenntnis der tatsächlichen Werte voraus. Die Antragsgegnerin hat in ihrem Prüfbericht Last and Best Offer (Ordner 18, Prüfbericht Seite 11) und in der technischen Detailprüfung (Ordner 19, insbesondere Anhang 2, Zeichnungsverzeichnis, Zeichnungen 590090972 „Typenskizze“, 590090973 „Kapazität und Bodenlandschaft“, 590090974 „Übersicht Querschnitte“ und 590090985 „Einstiegssituation“) die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Einstiegshöhe nachvollzogen und als technisch nachvollziehbar festgestellt. Die Beurteilung, ob bei feststehendem Höhenunterschied und feststehender Rampenneigung die für Längs- und Querrampen zur Verfügung stehende Länge ausreicht, den Höhenunterschied zu überwinden, erfordert offenkundig lediglich elementare Beherrschung der Grundrechnungsarten. Es ist zwar nicht die Aufgabe des Senates, selbst die zur Überwindung der Höhendifferenz erforderliche Rampenlänge zu errechnen. Der Senat hat sich jedoch in der mündlichen Verhandlung davon überzeugt, dass die von der Antragsgegnerin zur Angebotsprüfung eingesetzten Experten diesen elementaren Rechengang durchgeführt haben, bevor sie die technische Plausibilität der diesbezüglich einschlägigen technischen Zeichnungen (Ordner 19, insbesondere Anhang 2, Zeichnungsverzeichnis, Zeichnungen 590090972 „Typenskizze“, 590090973 „Kapazität und Bodenlandschaft“, 590090974 „Übersicht Querschnitte“ und 590090985 „Einstiegssituation“) bestätigt haben.

Somit konnte sich der Senat in der mündlichen Verhandlung davon überzeugen, dass die erforderlichen Längen in der Straßenbahn, welche die präsumtive Zuschlagsempfängerin angeboten hat, untergebracht werden können. Eine Inanspruchnahme von Flächen, die als Rollstuhlstellplatz oder als Rollstuhlwendekreis benötigt werden, sowie ein Überschneidungsbereich von Längs- und Querrampen – ausgenommen kleinräumige Verschneidungen – sind dazu nicht erforderlich.

Eine zweite Argumentationsrichtung der Antragstellerin ging dahin, dass sich die Einstiegshöhe deswegen erhöhe, weil die in der Ausschreibung festgelegte Bodenfreiheit unzureichend sei. Zwar sei die Festlegung der Bodenfreiheit

bestandsfest. Wenn man die Straßenbahn mit der festgelegten Bodenfreiheit nicht betreiben könne – etwa wegen der Abnutzung der Schienen, wegen vorhandenen Bodenunebenheiten oder wegen dem faktischen Erfordernis, die Bodenfreiheit bei maximal möglicher Zuladung zu gewährleisten – so müsse man eine höhere Bodenfreiheit einstellen, wodurch sich eine höhere Einstiegshöhe ergebe. Diese höhere Einstiegshöhe müsse man der Beurteilung des Angebotes zu Grunde legen, wodurch sich je nach Ausmaß der Vergrößerung der Einstiegshöhe entweder überhaupt eine Ausschreibungswidrigkeit oder zumindest ein Bietersturz zu Gunsten der Antragstellerin ergebe.

Dazu ist festzuhalten, dass dahingestellt bleiben kann, ob diese Argumentation in technischer Hinsicht zutrifft oder nicht. In rechtlicher Hinsicht ist der Antragstellerin nämlich entgegen zu halten, dass die Ausschreibung bestandsfest und im Detail festgelegt hat, wie sowohl die Bodenfreiheit als auch die Einstiegshöhe zu berechnen sind. Es genügt daher hinsichtlich der Bodenfreiheit, wenn die präsumtive Zuschlagsempfängerin die bestandsfest festgelegte Bodenfreiheit in der bestandsfest festgelegten Berechnungsweise berechnet und der Berechnung der Einstiegshöhe die ausschreibungskonform errechnete Bodenfreiheit zu Grunde legt. Etwaige Änderungen der Einstiegshöhe, die sich allenfalls aus einer nachträglichen Änderung der Bodenfreiheit ergeben, sind daher bei der Berechnung der Einstiegshöhe außer Betracht zu lassen. Eine diesbezügliche Beweiswürdigung der von den Parteien zur technischen Seite vorgelegten Privatgutachten erübrigt sich somit.

Die oben ausgeführte Argumentation der Antragstellerin vermag daher die Nachvollziehbarkeit der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen und dargestellten Einstiegshöhe nicht zu erschüttern.

Eine Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist insoweit nicht gegeben.

6. Neigungswinkel und eisenbahnrechtliche Genehmigungsfähigkeit:

Im bestandsfesten LBO-Lastenheft ist unter Punkt 4.1 auf Seite 17 festgelegt, dass eventuelle Rampen in Längsrichtung (Gefälle in Fahrzeuglängsrichtung) eine

Neigung von maximal 7 %, in Querrichtung (Gefälle in Fahrzeugquerrichtung) von maximal 7 % und in den Bereichen der Sitznischen von maximal 20 % aufweisen dürfen. Im Bereich von Verschneidungsrampen sind davon abweichend kleinräumig andere Neigungen zulässig. Derartige Lösungen bedürfen aber jedenfalls einer Absprache mit dem Auftraggeber in der Feinplanungsphase.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat einen Neigungswinkel von 6,9 % angeboten.

Die Antragsgegnerin hat zur Rampenneigung in Längsrichtung in ihrem Prüfbericht vom 25.11.2014 (Ordner 18 des Vergabeaktes) betreffend das LBO festgehalten, dass im Erstangebot eine geringere Rampenneigung angeboten wurde, der nunmehr im Letztangebot angegebene Wert jedoch auf Grund der geringen Änderung sowie der konzeptbedingten Ausführung technisch nachvollziehbar und plausibel sei.

Die Ausschreibungsunterlagen sehen bestandsfest vor, dass die Planung der anzubietenden Straßenbahn in einer Reihe von Details noch offen sein kann und nach Zuschlagserteilung noch eine Feinplanungsphase anschließt. Die Ausarbeitung von Einreichunterlagen für die eisenbahnrechtliche Bauartgenehmigung ist im Vergabeverfahren bestandsfest nicht verlangt. Eine solche Ausarbeitung würde unter anderem den Abschluss der Feinplanungsphase erfordern, sodass auch aus dem Fehlen des Erfordernisses, die Feinplanungsphase bis zur Angebotslegung abzuschließen, folgt, dass die Einreichunterlagen für die Bauartgenehmigung im Vergabeverfahren nicht zu erstellen sind. Das Gleiche folgt auch aus dem Fehlen einer diesbezüglichen Festlegung.

Dem Vorbringen der Antragstellerin, dass nach dem Stand der Technik hinsichtlich Barrierefreiheit ein Neigungswinkel von maximal 6,0 % zulässig wäre, steht somit die bestandsfeste Festlegung der Zulässigkeit eines Neigungswinkels bis zu 7,0 % entgegen.

Allerdings ist noch auf das Argument der Antragstellerin einzugehen, dass die von der präsumentiven Zuschlagsempfängerin zu entwickelnde Straßenbahn wegen Nichteinhaltung des Standes der Technik hinsichtlich Barrierefreiheit eisenbahnrechtlich nicht genehmigungsfähig wäre.

Gemäß § 32 Abs. 1 EisbG ist für die Inbetriebnahme einzelner oder zahlenmäßig unbestimmter baugleicher Schienenfahrzeuge sowie veränderter einzelner oder zahlenmäßig unbestimmter baugleicher Schienenfahrzeuge vor Erteilung der Betriebsbewilligung eine Bauartgenehmigung erforderlich. Dabei ist der Kreis der legitimierten Antragsteller ein anderer als derjenige für die eisenbahnrechtliche Baugenehmigung und kommt als Antragsteller außer dem Eisenbahnunternehmer durchaus auch der Hersteller des Schienenfahrzeuges in Betracht (vgl. Catharin/Gürtlich, Eisenbahngesetz², § 32a, Rz 1).

Gemäß § 32b Abs. 1 EisbG ist für die Erwirkung einer solchen Bauartgenehmigung erforderlich, dass das in Betrieb zu nehmende Schienenfahrzeug oder das in Betrieb zu nehmende veränderte Schienenfahrzeug dem Stand der Technik zum Zeitpunkt der Einbringung des verfahrenseinleitenden Antrags bei der Behörde unter Berücksichtigung der Sicherheit und Ordnung des Betriebes der Eisenbahn, des Betriebes anderer Schienenfahrzeuge auf der Eisenbahn und des Verkehrs auf der Eisenbahn, auf der es betrieben werden soll, entspricht.

Gemäß § 9b EisbG ist der Stand der Technik im Sinne des EisbG der auf den einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhende Entwicklungsstand fortschrittlicher technologischer Verfahren, Einrichtungen, Bau- und Betriebsweisen, deren Funktionstüchtigkeit erwiesen und erprobt ist. Bei der Bestimmung des Standes der Technik sind insbesondere vergleichbare Verfahren, Einrichtungen, Bau- und Betriebsweisen heranzuziehen und die Verhältnismäßigkeit zwischen dem Aufwand für die nach der vorgesehenen Betriebsform erforderlichen technischen Maßnahmen und dem dadurch bewirkten Nutzen für die jeweils zu schützenden Interessen zu berücksichtigen.

Die Erwirkung der für den späteren Betrieb erforderlichen eisenbahnrechtlichen Bauartgenehmigung ist Voraussetzung dafür, dass die herzustellenden

Straßenbahnen bestimmungsgemäß verwendet werden können, und somit vorausgesetzter Vertragsinhalt.

Der Senat vermag dem Vorbringen der Antragsgegnerin, dass der eisenbahnrechtliche Stand der Technik die Frage der Barrierefreiheit nicht einschließen würde, nicht zu folgen. Zu dieser Frage wird nämlich in der eisenbahnrechtlichen Literatur (Catharin/Gürtlich, Eisenbahngesetz², 432f) ausgeführt, dass im eisenbahnrechtlichen Verwaltungsverfahren auf das im Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz verankerte generelle Verbot unmittelbarer oder mittelbarer Diskriminierung auf Grund einer Behinderung präventiv Bedacht zu nehmen sei. Dies gelte insbesondere auch in Verfahren zur Erteilung von Bauartengenehmigungen für Schienenfahrzeuge und eisenbahnrechtliche Einrichtungen.

Die diesbezügliche Argumentation der Antragstellerin ist jedoch aus einem anderen Grund nicht erfolgreich. Die Antragstellerin – und in ihrer Replik auch die Antragsgegnerin – setzen nämlich voraus, dass die Auftraggeberin die eisenbahnrechtliche Genehmigungsfähigkeit im Vergabeverfahren zu prüfen und das Verwaltungsgericht die diesbezügliche Prüfung der Auftraggeberin nachzuprüfen habe. Die Frage der eisenbahnrechtlichen Genehmigungsfähigkeit ist jedoch in einem Verwaltungsverfahren nach dem EisbG von der dafür gemäß § 12 EisbG zuständigen Behörde zu prüfen und obliegt bereits aus diesem Grunde nicht der Beurteilung durch die Auftraggeberin im Zuge des Vergabeverfahrens.

Die Frage der eisenbahnrechtlichen Genehmigungsfähigkeit stellt auch keine Vorfrage im Sinne des § 38 AVG dar. Gemäß § 38 AVG sind Vorfragen nämlich nur solche Fragen, welche im Ermittlungsverfahren einer Behörde (bzw. des Verwaltungsgerichtes) auftauchen und von einer anderen Verwaltungsbehörde als Hauptfrage zu entscheiden wären. Öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber sind jedoch im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung tätig, folglich keine Behörden und folglich kann im Vergabeverfahren vor dem Auftraggeber keine Vorfrage im Sinne des § 38 AVG vorliegen.

Darüber hinaus kann die Frage der eisenbahnrechtlichen Genehmigungsfähigkeit auch aus Gründen des bestandsfest festgelegten Zeitablaufes nicht Gegenstand der Prüfung im Zuge des Vergabeverfahrens sein. Es wurde nämlich bestandsfest festgelegt, dass die Planung der anzubietenden Straßenbahn für das Vergabeverfahren nicht in allen Einzelheiten abgeschlossen sein muss, sondern vielmehr eine Feinabstimmung über eine Reihe von Details erst nach Abschluss des Vergabeverfahrens im Zuge der Ausführung des Auftrages erfolgt. Damit erfolgen die Feinabstimmung und die Fertigstellung der Planung erst nach Auftragserteilung. Der Antrag auf Bauartgenehmigung gemäß § 32a EisbG kann naturgemäß erst nach Abschluss der Feinabstimmung und Fertigstellung der Planung erfolgen, zumal die Einreichunterlagen für das eisenbahnrechtliche Verfahren erst auf Grund der bereits abgeschlossenen Planung erstellt werden können. Den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen ist somit über den festgelegten Zeitablauf zu entnehmen, dass im Vergabeverfahren die Gewissheit über die eisenbahnrechtliche Genehmigungsfähigkeit der angebotenen, erst fertig zu entwickelnden Straßenbahn noch nicht erlangt werden kann.

Schließlich ist im Vergabeverfahren von den Bietern auch gar nicht gefordert, Einreichunterlagen für die eisenbahnrechtliche Bauartgenehmigung auszuarbeiten. Somit war bestandsfest auch die Grundlage für eine etwaige Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit der eisenbahnrechtlichen Bauart noch gar nicht zu erstellen und ist naturgemäß eine Beurteilung dieser Frage mangels der dafür erforderlichen Grundlagen ebenfalls nicht gefordert.

7. Mindestkriterien für Wendekreise und Stellplätze von Rollstuhlfahrern:

Das LBO-Lastenheft trifft für Rollstuhlstellplätze folgende Festlegungen:

Punkt 4.3 Fassungsraum, Abmessungen:

„In jedem Fahrzeug sind 2 Plätze für das Mitführen von 2 Rollstühlen vorzusehen. Ein Platz für einen Rollstuhl muss sich im Bereich des ersten Einstiegs befinden. Ein weiterer Platz für den zweiten Rollstuhl muss im vorderen Multifunktionsmodul vorgesehen sein (siehe Kapitel 4.5). In den Bereichen der

Rollstuhlplätze müssen Anhaltemöglichkeiten zur Selbstsicherung der Rollstuhlfahrer vorhanden sein."

Punkt 4.5 Innenraumgestaltung:

„Zwei Abschnitte des Innenraumes (einer im vorderen Bereich des Fahrzeugs und ein Bereich nahe des Hecks) müssen frei von fest montierten Sitzen (Klappsitze und gegebenenfalls Anlehnflächen sind vorzusehen) bleiben und als Multifunktionsbereiche dienen. Diese Bereiche stehen grundsätzlich als Stehplätze für Fahrgäste oder als Abstellplätze für Kinderwagen zur Verfügung. (...) Weiters muss im Multifunktionsbereich im vorderen Fahrzeugbereich (im Bereich der Tür 2), wie bereits erwähnt, ein Rollstuhlfahrerplatz vorhanden sein. Zur Sicherung des Rollstuhls gegen Wegrollen ist eine Prallwand beim Rollstuhlfahrerplatz vorzusehen. Eine Zugangshilfe in Form einer Klapprampe ist für diesen Rollstuhlfahrerplatz vorzusehen. Zusätzlich ist beim Rollstuhlfahrerplatz ein Türanmeldetaster vorzusehen (dieser ist an der fensterseitigen Wand leicht erreichbar für den gegen die Fahrtrichtung stehenden Rollstuhlfahrer anzubringen). Der Quittierton der Tastenbetätigung darf auch bei mehrmaliger Betätigung nur einmal abgegeben werden. Eine Betätigung dieses Türanmeldetasters bewirkt eine Verlängerung der Türoffenhaltezeit. (...)."

Über diese Festlegungen hinausgehend befinden sich in den Ausschreibungsunterlagen keine Festlegungen, welche Ausmaße und welche Beschaffenheit Rollstuhlstellplätze und Rollstuhlwendekreise aufzuweisen haben.

Die Antragstellerin brachte in der mündlichen Verhandlung vor, ein Rollstuhlstellplatz müsse mindestens 900 mal 1.300 mm groß und eben sein sowie über einen Wendekreis von 1.500 mm Durchmesser oder über eine gleichwertige Umkehrmöglichkeit verfügen.

Dem hielten die Antragsgegnerin und die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Wesentlichen entgegen, die Maße der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Rollstuhlstellplätze und Rollstuhlwendekreise würden ein Geschäfts- und Betriebsgeheimnis der präsumtiven

Zuschlagsempfängerin darstellen und die von der Antragstellerin vorgetragene Anforderung an Rollstuhlstellplätze und Rollstuhlwendekreise sei widersprüchlich.

Der Senat ist in der mündlichen Verhandlung der Frage nachgegangen, welche Maße und welche Beschaffenheit die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Rollstuhlstellplätze und Umkehrmöglichkeiten für Rollstuhlfahrer haben. Dafür sind die Zeichnungen Nr. 590080972, 590080973 und 590080974 einschlägig. Die Maße und die Beschaffenheit sind im Beiblatt ./1 zum Verhandlungsprotokoll vom 22.1.2015 festgehalten.

Hinsichtlich der Relevanz der Rollstuhlstellplätze und Rollstuhlwendekreise im Vergabeverfahren war auf Grund der bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen zu differenzieren. Die Feinplanung ist erst Gegenstand der Ausführungsphase nach Abschluss des Vergabeverfahrens, weshalb ein diesbezügliches Planungsergebnis nicht Gegenstand der Prüfung im Vergabeverfahren sein kann.

Auf der anderen Seite hat die Antragstellerin grundsätzlich plausibel herausgearbeitet, dass die Maße und die Beschaffenheit der Rollstuhlstellplätze und der Rollstuhlwendekreise technisch in Zusammenhang mit der Einstiegshöhe stehen, zumal der für die Stellplätze und Wendekreise benötigte Platz bei der Frage, welcher Platz für Rampen zur Verfügung steht, zu berücksichtigen ist und die Stellplätze und Wendekreise daher eine unmittelbare Relevanz für die Frage haben, ob die zugesagte Einstiegshöhe realisierbar ist.

Dazu hat der Senat aus der Aktenlage und in der mündlichen Verhandlung nachvollzogen, dass für die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgesehenen Rollstuhlstellplätze und Rollstuhlwendekreise entsprechender Platz in ausreichender Dimensionierung zur Verfügung steht, sich dies in Kombination mit den zur Überwindung der vorhandenen Höhendifferenzen erforderlichen Rampenlängen ausgeht, im Gesamtgefüge damit kein Widerspruch zur zugesagten Einstiegshöhe auftritt sowie die Antragsgegnerin dies alles im Zuge der Angebotsprüfung geprüft hat.

Die Antragsgegnerin hat somit die Aspekte, die sie hinsichtlich der im Angebot vorgesehenen Rollstuhlplätze und Rollstuhlwendekreise unbeschadet der noch

nicht erforderlichen Feinplanung bereits im Vergabeverfahren zu prüfen hatte, in ausreichendem Maße geprüft und in nachvollziehbarer Weise für in Ordnung befunden. Diesbezüglich ist insbesondere auf die Prüfung der technischen Zeichnungen des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Ordner 18, Anhang 2 Zeichnungsverzeichnis, zu verweisen, welches die Rollstuhlstellplätze in den Zeichnungen 590080972, 590080973, 590080974, 590080982, 590080989, 590080990 und 590080993 ausweist und von der Antragsgegnerin auf Erfüllung bzw. Widerspruch zu den Musskriterien hin überprüft wurde.

8. Verschneidungen

Das LBO-Lastenheft legt im Pkt. 4.1. Folgendes fest:

„Eventuelle Rampen dürfen in Längsrichtung (Gefälle in Fahrtrichtung) eine Neigung von max. 7 %, in Querrichtung (Gefälle in Fahrzeugquerrichtung) von maximal 7 % und in den Bereichen der Sitznischen von max. 20 % aufweisen. Im Bereich von Verschneidungsrampen sind davon abweichend kleinräumig andere Neigungen zulässig. Derartige Lösungen bedürfen aber jedenfalls einer Absprache mit dem AG in der Feinplanungsphase.“

Die bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen räumen den Bietern damit grundsätzlich die Möglichkeit von Verschneidungen ein und ermöglichen kleinräumig steilere Neigungen als 7 %. Zugleich legen sie fest, dass die für derartige Lösungen erforderliche Abstimmung erst nach Zuschlagserteilung in der Feinplanungsphase erfolgt.

Der Senat hat sich in der mündlichen Verhandlung an Hand der Zeichnungen Nr. 590080972, 590080973 und 590080974 im Vergabeakt davon überzeugt, dass für die erforderlichen Längs- und Querrampen bei einer unter 7 % liegenden Neigung ausreichend Platz ist und etwaige Verschneidungen nicht dazu dienen, einen etwaigen Mangel an Platz für diese Rampen auszugleichen. Dies ist im Beiblatt ./1 zum Verhandlungsprotokoll dokumentiert.

In der mündlichen Verhandlung wurde weiters das Gutachten des Privatsachverständigen Dr. Bu. vom 19.1.2015 erörtert. Das Ausmaß der im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auftretenden Verschneidungen ist insbesondere auf den Seiten 16 und 17 des genannten Gutachtens dargestellt.

Festzuhalten ist, dass nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Ausschreibung nicht die Zulässigkeit von Verschneidungen an sich auf Kleinräumigkeit eingeschränkt ist, sondern sich die Einschränkung auf Kleinräumigkeit ausdrücklich auf etwaige Überschreitungen des maximalen Neigungswinkels von 7 % bezieht. Wesentlich größere Bedeutung als dem flächenmäßigen Ausmaß von Verschneidungen ist der Frage beizumessen, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmaß sich die Verschneidungen an Stellen befinden, die von Rollstuhlfahrern oder von sonstigen Fahrgästen überwunden werden müssen, oder aber in Randlagen, die für die Fahrgäste gegebenenfalls kaum oder gar nicht von Relevanz sind.

Die – somit maßgebliche – genaue Situierung der Verschneidungen setzt jedoch voraus, dass die Feinplanungsphase bereits abgeschlossen ist. Die erforderliche Abstimmung zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber hat in der Feinplanungsphase zu erfolgen. Die Feinplanungsphase und somit auch die Abstimmung erfolgen der Ausschreibung zu Folge erst nach Abschluss des Vergabeverfahrens (nach Zuschlagserteilung). Daraus folgt, dass das Ausmaß, die Situierung und die Neigungswinkel der Verschneidungen im Vergabeverfahren (im LBO) noch nicht festgelegt werden müssen und folglich von der Antragsgegnerin auch noch nicht geprüft werden können, zumal diese Abschnitte bestandsfest in die Ausführungsphase verlegt worden sind.

Es war daher nach Ansicht des Senates auch grundsätzlich nicht erforderlich, das von der Antragsgegnerin vorgelegte Gutachten des Dr. Bu. auf seine Schlüssigkeit hin zu überprüfen. Das Gutachten stellt vielmehr einen Vorgriff auf die Feinprüfungsphase dar, die nach Zuschlagserteilung zu erfolgen hat, und war daher im Nachprüfungsverfahren von keiner unmittelbaren Relevanz.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass das Vorbringen der Antragstellerin, großräumige Verschneidungen seien ausschreibungswidrig, aus mehreren

Erwägungen nicht schlüssig ist. Zunächst ist eine Unzulässigkeit von großräumigen Verschneidungen dem Wortlaut der Ausschreibung nicht zu entnehmen, zumal das Erfordernis der Kleinräumigkeit ausdrücklich in Bezug zu Rampenneigungen von mehr als 7 % gesetzt wird. Sodann ist evident, dass es hinsichtlich Verschneidungen entscheidend darauf ankommt, ob sich diese in Randbereichen befinden, wo sie von Fahrgästen kaum oder gar nicht wahrgenommen werden können, etwa unter Sitzplätzen oder im Randbereich zur Wagenwand, oder aber in Bereichen, die von Fahrgästen und insbesondere von Rollstuhlfahrern passiert werden, und welche Neigungen die letztgenannten Verschneidungen aufweisen. Es kommt somit entscheidend auf die Ausgestaltung etwaiger Verschneidungen im Detail an. Genau diese Ausgestaltung im Detail ist jedoch bestandsfest der Feinplanung nach Zuschlagserteilung überlassen worden, weshalb die spätere Feinplanung im Vergabeverfahren auch noch nicht vorweggenommen und folglich auch nicht überprüft werden kann.

9. Radsatzlasten:

Die bestandsfesten LBO-Ausschreibungsunterlagen legen auf den Seiten 7 und 8 unter Punkt 2.3 Radlasten Folgendes fest:

„Die Fahrzeuge sind so auszulegen, dass die festgelegten Verkehrslasten der Straßenbahn mit Vollspur von 2,4 t/m Gleis oder 2 Achslasten von je 14 t bei 3,2 m Achsstand auch bei Höchstlast bzw. beim Kuppeln von Vorderzügen nicht überschritten wird. Aus Verschleißgründen darf eine maximale Last von 12 t pro Radpaar nicht überschritten werden.

Darüber hinaus ist bei Fahrzeugen mit Drehgestellen bei einem Radachsabstand von mindestens 1,80 m eine vertikale Einzelachslast von maximal 11,2 t bei einem (virtuellen) Drehzapfenabstand zwischen zwei Drehgestellen von mindestens 11,6 m zugelassen.

Die Radsatzlasten sind als errechnete Werte für das leere Fahrzeug und für 3/3-Last anzugeben und am ersten gelieferten Fahrzeug durch Verwiegung nachzuweisen. Die EN 15663 ist für die Berechnung der Radsatzlasten heranzuziehen.“

Die LBO-Ausschreibungsunterlagen legen auf den Seiten 22 unter Punkt 4.6 Lastannahmen Folgendes fest:

„Für die Auslegung der Höchstlast (entspricht Anforderungen der StrabVO 1999) ist die Auslegungsmasse mit außergewöhnlicher Zuladung (3/3-Last) zu beachten. Des Weiteren sind die Auslegungsmassen mit normaler Zuladung (2/3-Last) sowie die Auslegungsmasse im betriebsbereiten Zustand (Leermasse) anzusetzen. Für sämtliche Berechnungen inklusive den Angaben für die Bewertungsmatrix ist die EN 15663 heranzuziehen und es sind die ermittelten Werte anzugeben. Als Berechnungsgrundlage ist die in der Bewertungsmatrix vorgegebene Bestuhlung anzunehmen. Für diese Betrachtung sind Klappsitze als Sitzplätze anzusetzen.“

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat, wie der Antragstellerin in der Zuschlagsentscheidung auch mitgeteilt wurde, eine höchste Radsatzlast von 10.958 kg angeboten und als zugesicherte Eigenschaft ausdrücklich zugesagt.

Die ÖNORM EN 15663 (Ausgabe 2010-04-15) unterscheidet in Tabelle 1 vier Kategorien von Auslegungsmasse, nämlich die Leermasse, die Masse im betriebsbereiten Zustand, die Masse bei normaler Zuladung und die Masse bei außergewöhnlicher Zuladung.

Die Masse bei außergewöhnlicher Zuladung definiert Tabelle 4 der zit. ÖNORM für Personenfahrzeuge mit Ausnahme von Hochgeschwindigkeits- und Fernverkehrszügen wie folgt:

„Fahrgastmasse = 70 kg (...)

Handgepäck muss nicht berücksichtigt werden

100 % der normalen Sitze besetzt, Klappsitze werden nicht mitgezählt außer, wenn es vom Betreiber für den vorgesehenen Betriebseinsatz anders spezifiziert wird

500 kg/m² auf Steh- und in Bewirtungsflächen, sofern es der Betreiber nicht anders vorsieht (siehe nachstehenden Absatz)

300 kg/m² in Gepäcksabteilen

100 kg/m² auf allen Flächen der Gepäckbereiche

Die Zuladung durch stehende Fahrgäste ist im Fall außergewöhnlicher Zuladung typisch für Lastszenarien in europäischen Ländern. Abhängig vom Betriebseinsatz variiert die außergewöhnliche Zuladung zwischen 350 kg/m² und 700 kg/m² (5 bis 10 Fahrgäste/m²). Auf Antrag der für die technischen Fahrzeuganforderungen verantwortlichen Organisation ist ein anderer Wert als 500 kg/m² innerhalb des genannten Bereichs zulässig. Dieser Wert sollte verwendet werden, wenn es für den jeweiligen Betriebseinsatz zutreffend ist. Zum Beispiel:

- a) Für bestimmte Arten von Doppelstockfahrzeugen und Vorstadtzügen (z.B. nur mit Endeinstiegen) kann eine verringerte Stehflächenlast zweckmäßig sein, wenn dies mit dem Betreiber abgestimmt ist;*
- b) Für bestimmte Arten von Pendlerzügen kann eine höhere Stehflächenlast erforderlich sein."*

Die Antragstellerin hat ihre Zweifel an der korrekten Berechnung der Radsatzlasten durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Nachprüfungsantrag wie folgt begründet:

„Aus Medienberichten ist bekannt, dass die präsumtive Bestbieterin ein Fahrzeug mit 34 m Länge angeboten hat. Aus der Zuschlagsentscheidung (Seite 2) ergibt sich, dass die präsumtive Bestbieterin nur eine Fahrgastkapazität von 211 Fahrgästen angegeben hat. Aus der bekannten Konstruktionsweise und Innenausstattung von Niederflurstraßenbahnen ergibt sich, dass das von der präsumtiven Bestbieterin angebotene Fahrzeug deutlich mehr Fahrgäste fasst. Die Antragstellerin geht davon aus, dass die präsumtive Bestbieterin zumindest bei einzelnen Layoutvarianten daher eine höhere Fahrgastkapazität als 211 kalkuliert hat, was bei der Radsatzlast geprüft werden hätte müssen.“

Dazu ist zunächst ausdrücklich festzuhalten, dass es nach der bestandsfesten Ausschreibung für die Berechnung der Radsatzlast nicht relevant ist, wie viele Fahrgäste die angebotene Straßenbahn in der Basisvariante und in den beiden Layout-Varianten jeweils fasst. Die außergewöhnliche Zuladung ist nach der ÖNORM EN 15663 zu berechnen, wobei im Wesentlichen von einer Vollbelegung

sämtlicher Sitzplätze auszugehen und Steh- und Bewirtungsflächen mit 500 kg pro m² zu rechnen ist. Das Begriffsverständnis, das der Bezeichnung „3/3-Last“ nach der Straßenbahnverordnung zukommt, ist auf Grund der bestandsfesten Festlegung im Punkt 4.6 der LBO-Ausschreibungsunterlagen, dass mit „3/3-Last“ die „außergewöhnliche Zuladung“ gemäß ÖNORM EN 15663 bezeichnet wird, nicht relevant.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat in ihrem Angebot in der technischen Beschreibung unter Punkt 3.2 für die Basisvariante fünf unterschiedliche Beladungsfälle unterschieden: Das leere Fahrzeug, „normale Beladung“, 2/3-Beladung gemäß BoStrab, außergewöhnliche Beladung sowie 3/3-Beladung gemäß BoStrab. Dabei sind die beiden Beladungsfälle nach der BoStrab auf Grund der Festlegung, dass die Beladung nach der ÖNORM EN 15663 zu berechnen ist, für die Beurteilung der maximalen Achslast im Vergabeverfahren nicht relevant. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat der Berechnung der maximalen Achslast die außergewöhnliche Zuladung gemäß ÖNORM EN 15663 zu Grunde gelegt.

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass Punkt 4.6 des Lastenheftes nach Ansicht des Senates die Nomenklatur der ÖNORM EN 15663 insoweit für das Vergabeverfahren bestandsfest abgeändert hat, als im Punkt 4.6 die „außergewöhnliche Zuladung“ terminologisch als „3/3-Last“ und die „normale Zuladung“ als „2/3-Last“ bezeichnet werden. Die Anfügung der Klammerausdrücke „3/3-Last“ und „2/3-Last“ ist eine im juristischen Sprachgebrauch unmissverständliche Klarstellung, dass die „außergewöhnliche Zuladung“ als „3/3-Last“ und die „normale Zuladung“ als „2/3-Last“ bezeichnet werden. Die Bezeichnung als „3/3-Last“ bzw. als „2/3-Last“ hat somit im Rahmen des gegenständlichen Vergabeverfahrens keinen Einfluss auf die Berechnungsmethode.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat zwar in ihrem Angebot zusätzlich zu den Werten bei außergewöhnlicher Zuladung auch informativ die Werte bei 3/3-Last gemäß BoStrab angegeben und es ist daraus ersichtlich, dass die letzteren informativen Werte etwas höher sind als die Werte bei außergewöhnlicher Zuladung. Die Antragsgegnerin ist jedoch bei der Prüfung des Angebotes der

präsumtiven Zuschlagsempfängerin zutreffend davon ausgegangen, dass die Werte bei außergewöhnlicher Zuladung maßgebend sind (vgl. insbesondere Ordner 19, Anhang 08 Flexity Wien – Zugesicherte Eigenschaften, Pkt. 1 Höchste Radsatzlast). Nach Ansicht des Senates stellt der Wert bei 3/3-Last gemäß BoStrab lediglich eine freiwillige Zusatzinformation dar, welche nicht angegeben werden muss und etwa von der Antragstellerin augenscheinlich auch nicht angegeben wurde. Maßgeblich auf Grund der bestandsfesten Ausschreibung ist lediglich der sich bei außergewöhnlicher Zuladung im Sinne des Punktes 4.6 der LBO-Ausschreibungsunterlagen ergebende Wert.

Im Übrigen hat der Senat bei Beurteilung der Frage der Nachvollziehbarkeit der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin berechneten Radsatzlast für außergewöhnliche Zuladung und der Nachvollziehbarkeit der Prüfung durch die Antragsgegnerin insbesondere Folgendes berücksichtigt:

Im Anhang 08 des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wird die höchste Radsatzlast für die Basisvariante dargestellt und die Frage etwaiger Änderungen in den beiden Layout-Varianten behandelt. Dieser Anhang ist zusammen mit der technischen Beschreibung, Kapitel 3.3. Achslasten, welche die Berechnung beinhaltet, und den Zeichnungen 590080972, 590080979 und 590080993 zu lesen.

Etwaige Änderungen der Achslasten in den beiden Layout-Varianten gegenüber der Basisvariante wurden in der mündlichen Verhandlung erörtert. Dabei wurde davon ausgegangen, dass neben der Zahl der Sitzplätze vor allem die zur Verfügung stehende Fläche für Stehflächen – die mit 500 kg/m^2 zu berücksichtigen ist – ein entscheidendes Kriterium ist. Auch eine etwaige signifikante Änderung der Raumeinteilung bzw. im Fall unveränderter Zahlen für Sitzplätze und Stehflächen gegebenenfalls auch eine weniger signifikante Änderung der Raumeinteilung kann sich auf die Achslasten auswirken.

Die Änderungen hinsichtlich Zahl der Sitzplätze, zur Verfügung stehender Stehfläche und Raumeinteilung sind aus der Zeichnung 590080993 und ihrem Vergleich mit der Basisvariante (Zeichnung 590080973) nachvollziehbar. Wie im Beiblatt ./1 zum Verhandlungsprotokoll im Detail festgehalten, sind für die

beiden Layout-Varianten nachvollziehbar keine höheren Achslasten zu erwarten, als die präsuntive Zuschlagsempfängerin für die Basisvariante berechnet hat.

Die Antragsgegnerin hat zu den Achslasten in ihrem Prüfbericht vom 25.11.2014 (Ordner 18 des Vergabeaktes) festgehalten, durch die mitgelieferte Erklärung und die technischen Erfahrungswerte seien die mitgeteilten Werte plausibel und technisch nachvollziehbar. Die Einsicht in den Vergabeakt (vgl. unter anderem Ordner 19, Prüfergebnis Erfüllung Musskriterien, Seiten 6 ff, sowie – zusammenfassen – Ordner 18, Prüfbericht Last and Best Offer, Seiten 13f) und die mündliche Verhandlung haben ergeben, dass diese Feststellungen auf der Grundlage einer eingehenden Prüfung durch die Antragsgegnerin erfolgt sind.

In rechtlicher Hinsicht ist somit festzuhalten, dass die Ausschreibungsunterlagen die Angabe der Radsatzlast – außer für das leere Fahrzeug – für eine „3/3-Last“ verlangen, unter „3/3-Last“ jedoch die „außergewöhnliche Zuladung“ gemäß ÖNORM EN 15663 verstehen. Dem Vorbringen der Antragstellerin, die präsuntive Zuschlagsempfängerin hätte für die Radsatzlast zumindest bei einzelnen Layout-Varianten eine höhere Fahrgastkapazität als 211 kalkuliert, ist zunächst entgegen zu halten, dass es bei der „außergewöhnlichen Zuladung“ auf die Fahrgastkapazität nicht ankommt. In der zit. ÖNORM ist ausdrücklich festgehalten, dass die Zahl der stehenden Fahrgäste pro m² zwischen 5 und 10 und somit die Vollbeladung auf den Stehplätzen zwischen 350 kg/m² und 700 kg/m² schwanken kann, für die außergewöhnliche Zuladung jedoch unabhängig von der tatsächlich vorgesehenen Fahrgastzahl die Flächen für Stehplätze – soweit nicht anders festgelegt - mit 500 kg/m² zu rechnen sind.

Eine Festlegung, wonach die Stehflächen bei einer außergewöhnlichen Zuladung anders als mit 500 kg/m² zu rechnen wären, wurde nicht getroffen. Eine solche abweichende Festlegung wurde auch nicht behauptet. Die Zahl der Sitzplätze ist hingegen – im Vergleich zu den Stehplätzen – leicht nachvollziehbar und es wurde von der Antragstellerin auch nicht behauptet, dass die Zahl der Sitzplätze für die Berechnung der außergewöhnlichen Zuladung zu gering veranschlagt worden wäre. Soweit die Antragstellerin daher meint, es würden mit den Stehplätzen bei 3/3-Beladung mehr als 211 Fahrgäste in die Straßenbahn der präsuntiven Zuschlagsempfängerin passen, verkennt sie, dass es auf die Zahl

der Fahrgäste bei der Berechnung der mit 3/3-Last angesprochenen außergewöhnlichen Zuladung im Sinne der ÖNORM EN 15663 nicht ankommt.

Wie bei den Sachverhaltsfeststellungen näher ausgeführt wurde, sind die Radsatzlasten und deren im Vergabeverfahren erfolgte Prüfung durch die Auftraggeberin für den Senat schlüssig nachvollziehbar, wobei aus Gründen der damit angesprochenen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse auf die jeweils einschlägigen Pläne und Dokumente im Vergabeakt verwiesen werden musste.

Zu dem von der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung erstatteten Vorbringen, die Berücksichtigung einer 3/3-Last sei nach der Straßenbahnverordnung nur für die Beurteilung der Festigkeit des Fahrzeuges vorgesehen, ist festzuhalten, dass damit etwaige eisenbahnrechtliche Vorgaben, die für das eisenbahnrechtliche Bauartgenehmigungsverfahren relevant sein mögen, mit den bestandsfesten Festlegungen der gegenständlichen Ausschreibung vermengt werden. Außerdem wird ein unterschiedliches Begriffsverständnis von „3/3-Last“ zu Grunde gelegt. Gemäß Punkt 4.6 zweiter Absatz des LBO-Lastenheftes sind nämlich für die Berechnung der Festigkeit des Fahrzeuges die Lastannahmen nach VDV 152 heranzuziehen. Die Berechnung der Festigkeit des Fahrzeuges ist jedoch nicht Beschwerdegegenstand, weshalb auf die für die Berechnung der Fahrzeugfestigkeit vorgesehenen Lastannahmen nicht weiter einzugehen ist. Davon strikt zu unterscheiden sind die im LBO-Lastenheft, Punkt 4.6, erster Absatz, vorgesehenen Lastannahmen, welche ausdrücklich auf die „außergewöhnliche Zuladung“ im Sinne der ÖNORM EN 15663 abstellen und diese durch ein angefügtes Klammerzitat als „3/3-Last“ bezeichnen. Somit bezeichnet der Terminus „3/3-Last“ für die Zwecke des Vergabeverfahrens die „außergewöhnliche Zuladung“, ohne dass es auf den in der Straßenbahnverordnung vorgesehenen Anwendungsbereich der „3/3-Last“ im Sinne der Straßenbahnverordnung ankommen würde.

10. Frontscheibe:

Die Ausschreibungsunterlagen halten im Lastenheft unter Punkt 4.4 im vorletzten Absatz fest, dass dreidimensional gekrümmte Scheiben nicht zugelassen, Scheiben in Form einer Zylinderfläche jedoch zulässig sind.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat in ihrem LBO ausdrücklich erklärt, dass ihr Angebot den Ausschreibungsunterlagen voll und ganz entspreche und im Fall von Widersprüchen zwischen ihrem Angebot und den Ausschreibungsunterlagen die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen voringen. Außerdem hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin jede Seite des Lastenheftes als Bestätigung ihrer Kenntnisnahme und ihres Einverständnisses paraphiert.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat damit zugesagt, im Auftragsfall die Straßenbahnen so zu entwickeln, dass diese keine dreidimensional gekrümmten Scheiben aufweisen. Anhaltspunkte dafür, dass es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht möglich wäre, Straßenbahnen ohne dreidimensional gekrümmte Scheiben zu entwickeln, sind nicht ersichtlich und es wurde eine solche Unmöglichkeit von der Antragstellerin auch nicht vorgebracht.

Festzuhalten ist, dass die Frontscheibe kein im Angebot darzustellendes Detail ist. Es war daher nicht erforderlich, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Frontscheibe in ihrem Angebot bereits im Detail darstellt. Die Planung der Frontscheibe muss nach den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen erst nach Zuschlagserteilung in der Feinplanungsphase erfolgen.

Aus der medialen Publikation der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Auftragsfall zu entwickelnden Straßenbahn lässt sich nicht der Schluss ziehen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin damit die Feinplanung bereits abgeschlossen habe und es sich um ein detailgetreues Modell handle. Auch sonst ist dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht zu entnehmen, dass die Feinplanung hinsichtlich der Krümmung der Frontscheibe bereits abgeschlossen wäre. Es liegt daher hinsichtlich der Krümmung der Frontscheibe keine abgeschlossene Planung vor, die gegebenenfalls einer Überprüfung durch die Auftraggeberin zugänglich wäre. Stattdessen liegt die rechtsverbindliche Zusage der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vor, nach Auftragserteilung in der Feinplanungsphase eine ausschreibungskonforme Frontscheibe zu entwickeln. Da auch nicht davon ausgegangen werden kann, dass der

präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Entwicklung einer solchen Frontscheibe nicht möglich wäre, entspricht ihr Angebot in diesem Punkt der Ausschreibung.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Medien präsentierte Darstellung eine dreidimensionale Frontscheibe erkennen lasse, genügt es festzuhalten, dass das den Medien vorgestellte Modell keine Relevanz für das Vergabeverfahren hat, zumal die Ausschreibungskonformität auf der Grundlage des Angebotes und nicht auf der Grundlage eines etwaigen Medienmodells zu prüfen ist.

11. Fenstermontage:

Die Ausschreibungsunterlagen halten im Lastenheft unter Punkt 5.5 im vierten Absatz fest, dass die Fenster sowohl im Fahrgastraum als auch im Bereich des Fahrerplatzes bzw. im Heck nicht eingeklebt werden dürfen, sondern mittels eines Gummikedersystems eingebaut sein müssen. Dadurch muss sichergestellt sein, dass ein notwendig gewordener Scheibentausch in kurzer Zeit und ohne zusätzliche Arbeitsschritte und Wartezeiten bis zur Wiederinbetriebnahme des Fahrzeuges durchzuführen ist.

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sieht gemäß der technischen Beschreibung ein entsprechendes System mit schnellwechselfähigen, in Gummiprofilen gefassten Scheiben vor. Außerdem hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin in ihrem LBO ausdrücklich erklärt, dass ihr Angebot den Ausschreibungsunterlagen voll und ganz entspreche und im Fall von Widersprüchen zwischen ihrem Angebot und den Ausschreibungsunterlagen die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen vorgehen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat auch jede Seite des Lastenheftes als Bestätigung ihrer Kenntnisnahme und ihres Einverständnisses paraphiert.

Rechtlich ist auszuführen, dass aus einem etwaigen Fehlen eines Gummikedersystems in der medial publizierten Abbildung der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu entwickelnden Straßenbahn nicht geschlossen werden kann, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Fahrzeug ohne Gummikedersystem angeboten habe. Rechtlich ausschlaggebend

ist lediglich das Angebot selbst, nicht aber die medial publizierte Abbildung. Im Angebot ist jedoch ein Gummikedersystem vorgesehen, welches nach der Aktenlage keinen Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen erkennen lässt. Eine Ausschreibungswidrigkeit liegt daher in diesem Punkt nicht vor.

Eine etwaige Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hinsichtlich der vorgesehenen Fenstermontage liegt nicht vor.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Medien präsentierte Darstellung kein Gummikedersystem erkennen lasse, genügt es festzuhalten, dass das den Medien vorgestellte Modell keine Relevanz für das Vergabeverfahren hat, zumal die Ausschreibungskonformität auf der Grundlage des Angebotes und nicht auf der Grundlage eines etwaigen Medienmodells zu prüfen ist.

12. Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit:

Die Ausschreibungsunterlagen sehen in den Allgemeinen Eignungsanforderungen der Wiener Stadtwerke, ergänzt um Besondere Eignungsanforderungen der L. KG, WStW 9310 Teil 1, im Punkt 1.2.2 finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit unter lit. b vor, dass Bewerber, die über ein KSV-Rating (Gesamtbewertung/Ausfallrisiko) von höher als 400 verfügen, nicht weiter berücksichtigt werden, sofern keine Promesse dem Angebot angeschlossen ist. Bei Bewerbergemeinschaften wird das nach dem Gesamtumsatz des letzten abgelaufenen Geschäftsjahres gewichtete arithmetische Mittel der Ratings aller Mitglieder der Gemeinschaft herangezogen.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin ist eine Bietergemeinschaft aus der B. Austria GmbH, Firmenbuchnummer ... des Firmenbuches der Republik Österreich, und der B. GmbH, ... des Amtsgerichtes C. – Handelsregister Abteilung B in Deutschland. Beide Gesellschaften weisen jeweils ein KSV-Rating (Gesamtbewertung) von deutlich unter 400 auf (320 bzw. 200). Daher liegt auch das gewichtete arithmetische Mittel des Ratings der beiden Mitglieder der Gemeinschaft unter 400.

Die von der präsumentiven Zuschlagsempfängerin in ihrem Teilnahmeantrag nachgewiesenen Eignungsanforderungen und insbesondere die Anforderung des KSV-Ratings wurde von der Antragsgegnerin geprüft und das Ergebnis im Vergabeakt in der Auswertung der Teilnahmeanträge im Verhandlungsverfahren (Ordner 1) festgehalten. Die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der präsumentiven Zuschlagsempfängerin ist demnach gegeben.

Auf Grund der erfolgten Feststellung der Eignungsanforderungen wurde die präsumentive Zuschlagsempfängerin – ebenso wie die Antragstellerin – in die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens zugelassen.

Anhaltspunkte, dass sich die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der präsumentiven Zuschlagsempfängerin seit ihrer Zulassung in die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens verschlechtert hätte, wurden nicht vorgebracht und haben sich auch nicht ergeben.

Rechtlich ist dazu zunächst auszuführen, dass die Antragsgegnerin das KSV-Rating der präsumentiven Zuschlagsempfängerin in der ersten Stufe des Verhandlungsverfahrens geprüft, die präsumentive Zuschlagsempfängerin für wirtschaftlich und finanziell leistungsfähig befunden und sie auf dieser Grundlage zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens zugelassen hat. Trotzdem konnte dieses Prüfergebnis keine Bestandsfestigkeit erlangen, weil die Antragstellerin mit der Zuschlagsentscheidung erstmals die Gelegenheit hatte, die Frage der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der präsumentiven Zuschlagsempfängerin zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens zu machen.

Nach Ansicht des Senates liegt jedoch hinsichtlich des KSV-Ratings eine tatbestandmäßige Anknüpfung vor, weshalb die nachgewiesenen Ratings der beiden Mitglieder der als Zuschlagsempfängerin vorgesehenen Bietergemeinschaft mit dem nachgewiesenen Wert zu akzeptieren sind und die Richtigkeit der Ermittlung des Ratings durch die Ratingagentur nicht der Überprüfung durch das Verwaltungsgericht obliegt. Die zit. Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen hat nämlich den objektiven Erklärungswert, dass sich

die Antragsgegnerin dem festgestellten Rating unterwirft, somit an dieses tatbestandsmäßig anknüpft, nicht aber selbst die inhaltliche Richtigkeit des Ratings nachprüft oder gar inhaltlich korrigiert.

Das Vorbringen der Antragstellerin, der Antragsgegnerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, ob und gegebenenfalls in welchen Konstellationen das KSV-Rating einer Konzernmutter bei der Ermittlung des KSV-Ratings von Konzerntöchtern zu berücksichtigen ist, geht somit an der Tatsache vorbei, dass zumindest im gegenständlichen Fall eine inhaltliche Nachprüfung, ob die Ratingagentur das Rating der jeweiligen Konzerntochter korrekt ermittelt hat, gerade nicht zu erfolgen hat.

Im Übrigen ist dem Vorbringen der Antragstellerin, im Fall eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages gegenüber einer Konzernmutter hätte auch die Bonität der Konzernmutter in die Prüfung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einbezogen werden müssen, entgegenzuhalten, dass ein derartiges Erfordernis gegebenenfalls einer diesbezüglichen Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen bedurft hätte. Eine solche Festlegung ist jedoch nicht erfolgt. Es war daher auch auf Grund der bestandsfesten Ausschreibung, die eine solche Prüfung nicht vorschreibt, die Bonität der Konzernmutter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin von der Antragsgegnerin nicht zu prüfen. Folglich hatte auch die Frage, ob tatsächlich ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag zur Konzernmutter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin besteht, keine Entscheidungsrelevanz.

13. Bodenfreiheit:

Der - als Ergebnis des Vergabeverfahrens abzuschließende - Rahmenvertrag über die Lieferung und Instandhaltung von Niederflur-Straßenbahnen legt im Punkt 3.1. die Reihenfolge der Vertragsbestandteile fest. Der zit. Punkt lautet auszugsweise:

„Bestandteile dieses Rahmenvertrages sind:

(...)

5) Das Lastenheft samt Beilagen inklusive aller relevanten im ÖNORMEN-Verzeichnis genannten Normen und Richtlinien technischen Inhalts, die DIN 31051 sowie alle übrigen in Betracht kommenden DIN (in dieser Reihenfolge);
(...)

Im Falle von Widersprüchen zwischen den oben genannten Vertragsbestandteilen gelten diese in absteigender Reihenfolge. (...) Zur Auslegung etwaiger unklarer und strittiger Vertragsbestimmungen sind die Verhandlungsprotokolle heranzuziehen."

Die Ausschreibungsunterlagen sehen im Lastenheft, Teil 3, unter Punkt 2.2 im fünften Absatz Folgendes vor:

„Bei maximaler Durchfederung und voll abgenützten Rädern und unter Berücksichtigung von Kuppen und Wannern, sowie aller anderen Einflüsse auf den vertikalen Raumbedarf aus der BOStrab-Lichtraum-Richtlinie ist ein vertikaler Mindestabstand sämtlicher Fahrzeugteile (mit Ausnahme der Räder und Schienenbremsen) von 20 mm über SOK einzuhalten. Zur Vermeidung von Berührungen mit dem Wagenkasten sind an ausgesetzten Stellen Gleitplatten anzubringen (siehe Beilage 3.48)."

Darüber hinaus enthält das Lastenheft unter Punkt 4.6 Lastannahmen folgende Festlegungen:

„Für die Auslegung der Höchstlast (entspricht Anforderungen der StrabVO 1999) ist die Auslegungsmasse mit außergewöhnlicher Zuladung (3/3-Last) zu beachten. Des Weiteren sind die Auslegungsmassen mit normaler Zuladung (2/3-Last) sowie die Auslegungsmasse im betriebsbereiten Zustand (Leermasse) anzusetzen. Für sämtliche Berechnungen inklusive den Angaben für die Bewertungsmatrix ist die EN 15663 heranzuziehen und es sind die ermittelten Werte anzugeben. Als Berechnungsgrundlage ist die in der Bewertungsmatrix vorgegebene Bestuhlung anzunehmen. Für diese Betrachtung sind Klappsitze als Sitzplätze anzusetzen."

In Beilage 3.48 zum Lastenheft sind unter Punkt 1.1 Berechnungsvorgaben für die Ermittlung der Bodenfreiheit festgelegt, darunter eine zu berücksichtigende

Beladung der Straßenbahn von 750 Newton für Sitzplätze und 3.000 Newton pro Quadratmeter Stehfläche.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat die Bodenfreiheit auf Grundlage der im Lastenheft, Beilage 3.48, Pkt. 1.1, festgelegten bestandsfesten Vorgaben berechnet. Die Berechnung auf dieser Grundlage wurde von der Antragsgegnerin geprüft und für korrekt befunden. Die Prüfung durch die Antragsgegnerin ist im Vergabeakt im Ordner 19, Anhang 3, auf Seite 4 dokumentiert.

Die Einwände der Antragstellerin lassen sich in zwei Richtungen zusammenfassen:

Zum einen brachte die Antragstellerin mit verschiedenen technischen Argumenten vor, die in den Ausschreibungsunterlagen bestandsfest festgelegte Bodenfreiheit sei für das Wiener Schienennetz unzureichend und Straßenbahnen mit einer so geringen Schienenfreiheit könnten im Wiener Schienennetz nicht in Betrieb genommen werden. Daher müsse die Ausschreibung widerrufen und mit einer ausreichenden Bodenfreiheit neu ausgeschrieben werden.

Wie bereits zum allgemeinen Thema der Bestandsfestigkeit ausgeführt, ist dieses Vorbringen der Antragstellerin bereits deswegen unglaubwürdig, weil die Antragstellerin ein in diesem Bereich renommiertes Unternehmen ist und nach der Aktenlage die Ausschreibungsunterlagen durch ihre Experten selbst sorgfältig geprüft und der Auftraggeberin in drei technischen Verhandlungsrunden zahlreiche Detailvorschläge unterbreitet, das obige Argument aber nicht erwähnt hat. Die Antragstellerin wäre auch vergaberechtlich verpflichtet gewesen, im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht die Antragsgegnerin auf einen allenfalls vorliegenden derartigen Mangel zeitgerecht in der Ausschreibungsphase hinzuweisen. Die Ausarbeitung ihres Angebotes stellte auch für die Antragstellerin einen großen Aufwand dar. Nach Ansicht des Senates widerspricht es daher der Lebenserfahrung, dass die Antragstellerin einen derartigen Mangel, wenn er vorgelegen wäre, nicht erkennen und sich der Mühe unterziehen sollte, der Antragsgegnerin eine für diese auf Grund von zu geringer Bodenfreiheit nicht verwendbare Straßenbahn anzubieten.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass die Antragsgegnerin die Ausschreibungsunterlagen sorgfältig unter Heranziehung eigener und externer Experten ausgearbeitet sowie über die Ausschreibungsunterlagen mit beiden Bietern in jeweils zehn Verhandlungsrunden, darunter jeweils drei technischen Verhandlungsrunden verhandelt hat. Würde es tatsächlich zutreffen, dass die ausgeschriebenen Straßenbahnen wegen zu geringer Bodenfreiheit im Wiener Schienennetz nicht verwendbar wären, so wäre dies der Antragsgegnerin bzw. den von ihr beigezogenen Experten bekannt und wäre bereits in der Vorbereitungsphase aufgefallen. Auch wäre es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, die ebenso wie die Antragstellerin ein im Bau von Straßenbahnen etabliertes Unternehmen betreibt, aufgefallen.

Schließlich räumt die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen selbst ein, dass die Straßenbahnen auch dann, wenn die bestandsfest festgelegte Bodenfreiheit tatsächlich zu gering sein sollte, im Wiener Schienennetz verwendbar wären. Dies trifft sowohl auf die Straßenbahn der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als auch auf die Straßenbahn der Antragstellerin zu. Als Grund gibt die Antragstellerin selbst an, dass die Bodenfreiheit verstellbar wäre und für den Fall, dass sich die Bodenfreiheit – etwa für eine bestimmte Strecke – als zu gering erweisen sollte, eine höhere Bodenfreiheit eingestellt werden könne.

Nach Ansicht des Senates trifft es daher nicht zu, dass die Straßenbahnen der beiden Bieterinnen wegen jeweils zu geringer Bodenfreiheit im Wiener Schienennetz nicht verwendbar wären. Es erübrigt sich daher ein rechtliches Eingehen auf die Frage, ob die Antragsgegnerin bei sachverhältnismäßigem Zutreffen dieses Vorbringens verpflichtet wäre, das Vergabeverfahren zu widerrufen und allenfalls mit einer größeren Bodenfreiheit neuerlich auszuschreiben.

Die Antragstellerin hat über die Bodenfreiheit auch argumentiert, dass im Betrieb eine andere – nämlich höhere – Bodenfreiheit eingestellt werden müsse, was eine andere Einstiegshöhe bewirke und der Angebotsbewertung diese geänderte Einstiegshöhe zu Grunde gelegt werden müsse, was zumindest zu einem Bietersturz, wenn nicht zu einem Ausscheiden des Angebotes des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wegen der sich im Betrieb ergebenden

größeren Einstiegshöhe führen würde. Die Antragstellerin vermag jedoch mit dieser Argumentation nicht zu überzeugen.

Zum einen ist, wie bereits ausgeführt, nicht glaubwürdig, dass sowohl der Antragsgegnerin als auch beiden Bieterinnen in der Ausschreibungs- und Verhandlungsphase eine unzureichende Bodenfreiheit verborgen geblieben wäre. Die Bodenfreiheit ist somit als ausreichend anzusehen.

Darüber hinaus ist die Frage, ob die bestandsfest festgelegte Bodenfreiheit ausreichend ist, aus folgenden Erwägungen für die Beurteilung der Einstiegshöhe gar nicht entscheidungsrelevant:

Die Einstiegshöhe ist kein im Betrieb der Straßenbahn konstanter Wert. Diesbezüglich legt das LBO-Lastenheft unter Punkt 4 Fahrzeugkonzept, Unterpunkt 4.1 Allgemeines, fest, dass die Eintrittshöhe bei leerem Fahrzeug und neuen Radreifen 240 mm über Schienenoberkante nicht überschreiten darf. Gemessen werde die Eintrittshöhe an der oberen Fußbodenoberkante, das sei jene Kante, an der bei geschlossenen Türen die Dichtlippe der Türblätter anliegt. Hingegen dürfe die Einstiegshöhe bei maximaler Beladung (Überlast) und maximaler Reifenabnutzung 145 mm über Schienenoberkante nicht unterschreiten. Eine Möglichkeit zur Nachstellung des Niveaus nach Absinken des Wagenkastens infolge der Radabnutzung sei vorzusehen.

Dies bedeutet, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin – und ebenso von der Antragstellerin – nachzuweisende Einstiegshöhe bei leerem Fahrzeug und neuen Radreifen zu beurteilen ist. Sowohl fortschreitende Abnutzung der Radreifen als auch Beladung des Fahrzeuges führen naturgemäß zu einem Absinken des Wagenkastens und damit auch zu einem Absinken der Einstiegshöhe. Die solcherart im Rahmen des Betriebes verminderte Einstiegshöhe ist jedoch im Vergabeverfahren nicht bewertungsrelevant. Einem Absinken der Einstiegshöhe unter den Wert von 145 mm über Schienenoberkante muss jedoch durch Höherstellen des Wagenkastens gegengesteuert werden.

Die Bodenfreiheit ist hingegen gerade nicht bei leerem Fahrzeug und neuen Radreifen zu beurteilen. Die detaillierten Berechnungsvorgaben für die

Bodenfreiheit sind in Beilage 3.48 zum LBO-Lastenheft festgelegt. Insbesondere sind bei der Bodenfreiheit eine Beladung des Fahrzeuges (in der bestandsfest festgelegten Form) und Radverschleiß zu berücksichtigen. Die Bodenfreiheit ist also bei einem Beladungszustand und sonstigen Zustand der Straßenbahn zu beurteilen, bei dem die Einstiegshöhe im Vergleich zu ihrem bewertungsrelevanten Wert (bei leerem Fahrzeug und nicht abgenützten Radreifen) reduziert ist und möglicher Weise sogar bereits durch Höherstellen ausgeglichen werden muss, um einem Absinken unter den Mindestwert von 145 mm gegenzusteuern. Diese reduzierte Einstiegshöhe ist jedoch auf Grund der bestandsfesten Beurteilungsgrundlagen für die Einstiegshöhe nicht bewertungsrelevant.

Die Argumentation der Antragstellerin zielt nur darauf ab, dass bei diesem für die Beurteilung der Einstiegshöhe nicht bewertungsrelevanten Fahrzeugzustand – beladenes Fahrzeug und abgenutzte Radreifen – ein Höherstellen des Fahrzeuges nicht nur aus dem vorgesehenen Grund, ein zu weitgehendes Absinken der Einstiegshöhe auszugleichen, erforderlich sein soll, sondern auch deswegen, weil in bestimmten Konstellationen und aus bestimmten Gründen die bestandsfest festgelegte Bodenfreiheit zu gering sein soll. Ein Höherstellen soll in diesen Fällen also nicht nur erforderlich sein, um ein Absinken der Einstiegshöhe unter den genannten Mindestwert zu verhindern, sondern auch, um die bestandsfest festgelegte Bodenfreiheit zu vergrößern.

Zu dieser Argumentation ist in rechtlicher Hinsicht auszuführen, dass bestandsfest festgelegt ist, welcher Fahrzeugzustand der Beurteilung der Einstiegshöhe zu Grunde zu legen ist. Es ist dies, wie ausgeführt, der Zustand ohne Beladung und mit neuen Radreifen. Die Einstiegshöhe, die sich nach Absinken des Wagenkastens durch Beladung und Abnutzung der Radreifen im Rahmen des Betriebs ergibt, ist nicht bewertungsrelevant. Sie bleibt auch dann nicht bewertungsrelevant, wenn es die Beladung und die Abnutzung der Radreifen tatsächlich erforderlich machen sollte, die Bodenfreiheit höher zu stellen. Auch etwaige sonstige Erfordernisse, die Bodenfreiheit höherzustellen, ändern nichts daran, dass die Einstiegshöhe auf der Grundlage der bestandsfesten Bewertungsgrundlagen zu beurteilen ist. Bestandsfest festgelegt und rechtlich relevant ist insoweit lediglich, dass die Einstiegshöhe den Wert von

145 mm nicht unterschreiten darf und ein zu weitgehendes Absinken des Wagenkastens jedenfalls durch ein Höherstellen ausgeglichen werden muss.

Eine weitere Argumentationsschiene der Antragstellerin geht dahin, dass die Bodenfreiheit bei maximaler Beladung der Straßenbahn oder bei außergewöhnlicher Zuladung zu berechnen sei. Dabei differenzieren sowohl die Antragstellerin als auch der von ihr beigezogene Sachverständige nicht ausreichend zwischen der maximal möglichen Beladung, der nach der ÖNORM EN 15663 berechneten außergewöhnlichen Zuladung und der nach der Straßenbahnverordnung berechnete 3/3-Beladung, indem sie diese unterschiedlichen Begriffe teilweise als Synonyme verwenden und in der Terminologie wechseln.

Die damit angesprochenen Beladungszustände sind jedoch strikt zu differenzieren. Die außergewöhnliche Zuladung ist ein nach der ÖNORM EN 15663 berechneter Wert, für den unter anderem die Berücksichtigung von Stehflächen mit 500 kg/m^2 vorgeschrieben ist. Die 3/3-Beladung wurde von Antragstellerin und Antragsgegnerin im Sinne des nach der Straßenbahnverordnung berechneten Wertes verstanden, weshalb die Antragstellerin auch repliziert hat, dass die 3/3-Beladung ein lediglich für die Festigkeit des Wagenkastens maßgeblicher Wert sei. Tatsächlich haben die Ausschreibungsunterlagen jedoch sprachlich eindeutig festgelegt (Lastenheft, Punkt 4.6 „Lastannahmen“), dass die 3/3-Beladung im gegenständlichen Zusammenhang als Synonym für die außergewöhnliche Zuladung verwendet wird. Davon wiederum strikt zu unterscheiden ist die 3/3-Beladung nach der Straßenbahnverordnung, die nach anderen Berechnungsvorgaben (jenen der Straßenbahnverordnung) zu berechnen ist und im hier gegebenen Zusammenhang auf Grund der Festlegung des Punktes 4.6 „Lastannahmen“ keine Relevanz hat. Die maximal mögliche Beladung ist ein Maximalwert, der nicht durch genormte Festlegungen, die teilweise Kompromisscharakter aufweisen (vgl. dazu z.B. die Ausführungen in der ÖNORM EN 15663, Pkt. 6.2, wonach die Berechnung von Stehflächen mit 500 kg/m^2 ein Kompromiss zwischen Werten, die national zwischen 350 kg/m^2 und 700 kg/m^2 schwanken), eingeschränkt wird.

Nach Ansicht des Senates ist hinsichtlich der Berechnung der Bodenfreiheit die Rechtsfrage zu klären, ob die in der Beilage 3.48 festgelegten Berechnungsvorgaben rechtswirksam festgelegt sind oder diesen Vorgaben etwaige andere Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen vorgehen.

Beilage 3.48 zum Lastenheft normiert für die Ermittlung der Bodenfreiheit eine Berechnungsgrundlage. Demnach ist mit einer Beladung von 750 Newton pro Sitzplatz und 3.000 Newton pro Quadratmeter Stehplatz zu rechnen. Diese Berechnungsgrundlage ist weder mit der normalen noch mit der außergewöhnlichen Zuladung im Sinne der ÖNORM EN 15663 ident.

Ein Widerspruch zwischen der Beilage 3.48 zum LBO-Lastenheft und dem Punkt 4.6 des LBO-Lastenheftes besteht nach Ansicht des Senates deswegen nicht, weil das LBO-Lastenheft an der genannten Stelle die Lastannahmen nur allgemein regelt, während sich die Beilage 3.48 spezifisch mit der Ermittlung der Bodenfreiheit befasst und für die Ermittlung der Bodenfreiheit spezifische Berechnungsvorgaben unter anderem hinsichtlich der Beladung vorgibt. Eine spezifische Festlegung, die von einer generellen Festlegung abweicht, steht jedoch mit dieser nicht im Widerspruch, sondern weicht lediglich von dieser ab.

Darüber hinaus ist nach Ansicht des Senates dem Rahmenvertrag über die Lieferung und Instandhaltung von Niederflur-Straßenbahnen, Punkt 3.1, aus den nachfolgenden Überlegungen nicht zu entnehmen, dass das Lastenheft im Fall, dass ein Widerspruch zwischen dem Lastenheft und seinen Beilagen auftreten sollte, den Beilagen vorgehen würde. Zwar mag der Klammersausdruck „(in dieser Reihenfolge)“ durchaus festlegen, dass die im Punkt 3.1 in Z 5 aufgezählten Vertragsbestandteile im Rahmen ihrer Aufzählung zueinander in einer Rangfolge stehen. Die Beilagen zum Lastenheft werden jedoch sprachlich nicht nach dem Lastenheft aufgezählt, sondern durch die Formulierung „Lastenheft samt Beilagen“ in die gleiche Rangordnung der Vertragsbestandteile gehoben wie das Lastenheft selbst. Hätte die Ausschreibung die Beilagen in ihrer Rangordnung dem Lastenheft unterordnen wollen, so hätte sie dies zumindest in der Weise verdeutlichen müssen, dass sie nach der Anführung des Lastenheftes einen Beistrich setzt und die Beilagen zum Lastenheft in ihrer Aufzählung dem Lastenheft nachordnet. Durch die Verbindung mit dem Wort „samt“ hat sie eine

solche Nachordnung sprachlich nicht einmal ansatzweise zum Ausdruck gebracht, weshalb eine solche Nachordnung auch nicht festgelegt ist.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat, indem sie die in Beilage 3.48 festgelegte Berechnungsgrundlage herangezogen hat, die ausschreibungskonforme Berechnung gewählt. Darauf, ob dann bei Betrieb der Straßenbahnen wegen höherer Beladung oder wegen größerer Schienenkopfabnutzung oder größeren Bodenunebenheiten ein größerer Bodenabstand eingestellt werden muss, kommt es nicht an. Die Antragstellerin verkennt insoweit den normativen Charakter der in Rede stehenden Festlegung der Berechnungsgrundlage.

Im Ergebnis steht somit der Argumentation der Antragstellerin zum Themenkomplex der Bodenfreiheit die Bestandsfestigkeit der Ausschreibung entgegen. Die von der Antragsgegnerin verlangte Bodenfreiheit ist bestandsfest festgelegt. Die Argumentation der Antragstellerin, dass die festgelegte Bodenfreiheit aus technischen Gründen unzureichend sei, geht an dieser Bestandsfestigkeit vorbei, weshalb das damit angesprochene Beweisthema rechtlich irrelevant ist. Aus diesem Grund sind die dazu von der Antragstellerin vorgelegten Beweismittel und gestellten Beweisanträge zu diesem Beweisthema nicht entscheidungsrelevant.

Die Argumentation der Antragstellerin, dass die in der Ausschreibung verlangte Bodenfreiheit aus technischen Gründen bei außergewöhnlicher Zuladung bzw. bei 3/3-Last bzw. bei maximal möglicher Beladung – die Antragstellerin setzte diese drei Begriffe, wie bereits ausgeführt, gleich – beurteilt werden müsse, geht an der bestandsfesten Festlegung, auf welchen Berechnungsgrundlagen die Bodenfreiheit beurteilt werden muss, vorbei. Aus diesem Grund ist das Beweisthema, dass die Bodenfreiheit aus technischen Gründen mit größerer als der festgelegten Last beurteilt werden müsse, rechtlich nicht relevant, weshalb die dazu von der Antragstellerin vorgelegten Beweismittel und gestellten Beweisanträge zu diesem Beweisthema nicht entscheidungsrelevant sind.

Die Argumentation der Antragstellerin, dass sich technisch über den Umweg der Bodenfreiheit eine andere Einstiegshöhe ergeben würde, geht an der

bestandsfesten Festlegung, wie die Einstiegshöhe zu berechnen ist, vorbei. Aus diesem Grund ist das Beweisthema, ob die nachzuweisende Einstiegshöhe nachträglich im Fahrbetrieb über die Bodenfreiheit verändert werden muss, rechtlich nicht relevant. Aus diesem Grund sind die dazu von der Antragstellerin vorgelegten Beweismittel und gestellten Beweisanträge zu diesem Beweisthema nicht entscheidungsrelevant.

Zu den Beweisanträgen der Antragstellerin:

Die Antragstellerin hat im Verfahren zu mehreren Beweisthemen beantragt, das Verwaltungsgericht möge einen Sachverständigen bestellen und es möge Befund und Gutachten des Sachverständigen zu diesen Beweisthemen einholen.

Diese Beweisanträge betrafen in erheblichen Ausmaß Beweisthemen, welche für das Nachprüfungsverfahren rechtlich nicht relevant waren, und zwar im Wesentlichen auf Grund von Bestandsfestigkeit entsprechender Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen.

Insbesondere war es für das Nachprüfungsverfahren nicht relevant, ob aus dem Stand der Technik abzuleiten sei, dass Rampen in Straßenbahnen einen Neigungswinkel von maximal 6 % haben dürfen, zumal bestandsfest für das Vergabeverfahren die Zulässigkeit von Rampenneigungen bis maximal 7 % festgelegt war. Auch war für das Nachprüfungsverfahren nicht relevant, ob die anzubietende Straßenbahn eisenbahnrechtlich genehmigungsfähig ist, womit sich auch dieses Beweisthema erübrigte. Auch die Frage, ob mit der festgelegten Bodenfreiheit und den gleichfalls festgelegten Berechnungsvorgaben das Auslangen gefunden werden kann, war nicht relevant, weil die diesbezüglichen Festlegungen auf Grund ihrer Bestandsfestigkeit nicht Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens und folglich im Nachprüfungsverfahren auch nicht mehr zu hinterfragen waren. Zum Ausmaß der Verschneidungen ist festzuhalten, dass diese erst nach Zuschlagserteilung zu planen und abzustimmen sind und daher auch kein relevantes Beweisthema im Nachprüfungsverfahren sind.

Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass auch diesbezügliche Ausführungen der Privatsachverständigen – sowohl antragstellerseitig als auch

antragsgegnerseitig – nicht entscheidungsrelevant sind und aus diesem Grund auch die weitere Befragung des Privatsachverständigen der Antragsgegnerin zum Thema Vollbeladung, Bodenfreiheit und maximale Durchfederung im internationalen Vergleich durch die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung nicht zugelassen wurde. Die Antragstellerin verfolgte hier, wie ihr bisheriges Vorbringen zu diesen Themen gezeigt hat, die Linie, eine ihrer Ansicht nach bestehende Fehlerhaftigkeit der einschlägigen Festlegungen in der Ausschreibung nachzuweisen bzw. zumindest Zweifel an der technischen Sachgerechtigkeit der Festlegungen zu begründen. Vor dem Hintergrund des vergaberechtlichen Systems der gesondert anfechtbaren Entscheidungen und deren Bestandskraft hätte die Antragstellerin diese Fragenkomplexe gegebenenfalls in einem früheren Stadium des Vergabeverfahrens aufwerfen müssen, wozu sie nach Ansicht des Senates für den Fall, dass sie diese Zweifel und Bedenken hat, auch verpflichtet gewesen wäre. Im gegenständlichen Stadium des Vergabeverfahrens war jedoch insoweit kein zulässiges Beweisthema.

Anzuführen ist schließlich folgender Beweisantrag der Antragstellerin:

„Der Teilnahmeberechtigte habe ein Privatgutachten vorgelegt, aus dem hervorgehen soll, dass er auch bei 3/3-Beladung die erforderliche Bodenfreiheit einhalte. Der Antragstellervertreter beantragt die Einholung eines Gutachtens durch einen vom Gericht zu bestellenden Sachverständigen zur Frage, ob das von der Teilnahmeberechtigten angebotene Fahrzeug bei Zugrundelegung einer 3/3-Beladung nicht nur die Bodenfreiheit, sondern vor allem auch die zugesagte Einstiegshöhe einhalte.“

Dazu genügt es festzuhalten, dass es vergaberechtlich vollkommen irrelevant ist, ob bei 3/3-Beladung die erforderliche Bodenfreiheit eingehalten wird, zumal die Ausschreibungsunterlagen dies nicht verlangen. Die Einstiegshöhe war zwar bei außergewöhnlicher Zuladung, was in der Terminologie der Ausschreibung als 3/3-Last bezeichnet wurde, nachzuweisen, dabei jedoch nicht der von der Antragstellerin hergestellte Konnex zur Bodenfreiheit bei außergewöhnlicher Zuladung herzustellen. Die von der Antragstellerin damit hergestellten Zusammenhänge hätten auch in diesem Fall von der Antragstellerin im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht in einem früheren Verfahrensstadium aufgezeigt werden müssen.

Im Übrigen ist festzuhalten, dass es sich bei der Beurteilung, ob und inwieweit einzelne Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen Bestandsfestigkeit erlangt haben, und grundsätzlich auch bei der Auslegung, welchen Inhalt bestandsfeste Festlegungen haben, um Rechtsfragen handelt, die vom Senat zu beurteilen sind. Die Lösung von Rechtsfragen ist jedoch nicht Gegenstand des Sachverständigenbeweises.

Nach Lösung der Rechtsfragen ergab sich, dass lediglich solche Sachverhaltsfragen entscheidungsrelevant waren, die ohne Expertise durch Sachverständige beurteilt werden konnten, zumal es ohnedies der Antragsgegnerin oblegen ist, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auch in technischer Sicht zu prüfen und die Prüfung im Vergabeakt zu dokumentieren, und der Senat im Wesentlichen lediglich zu beurteilen hatte, ob diese Prüfung ausreichend erfolgt und schlüssig nachvollziehbar ist. Im Übrigen blieben auf Sachverhaltsebene für das Verwaltungsgericht nur relativ einfache technische Aspekte zur Beurteilung übrig, für die mit elementaren Kenntnissen des Planlesens und der Grundrechnungsarten das Auslangen gefunden werden konnte, zumal die zahlreichen von der Antragstellerin angesprochenen komplexeren Zusammenhänge auf Grund der Bestandsfestigkeit der Ausschreibung regelmäßig nicht Beweisthema waren. Für das Nachvollziehen der Schlüssigkeit von technischen Beurteilungen, die elementar sind, wie beispielsweise für das Lesen von in Plänen eingezeichneten Höhen- und Längenangaben und für das Umrechnen der sich aus vorgegebenem Neigungswinkel und zu überwindenden Höhendifferenz erforderlichen Rampenlänge (einfache Prozentrechnung) bedarf der Senat jedoch keines gerichtlich zu bestellenden Sachverständigen.

Zusammenfassung:

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Nachprüfungsantrag das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Wesentlichen hinsichtlich der zugesicherten Einstiegshöhe, der Rampenneigung, der eisenbahnrechtlichen Genehmigungsfähigkeit, der Einhaltung des Standes der Technik, der Rollstuhlstellplätze und Rollstuhlwendekreise, des Ausmaßes von

Verschneidungen, der Radsatzlasten, der Krümmung der Scheiben und insbesondere der Frontscheibe, des Vorhandenseins eines Gummikedersystems und der Bodenfreiheit sowie überhaupt die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in Zweifel zog.

Ein wesentlicher Teil des Vorbringens der Antragstellerin bezog sich auf Aspekte, die im Nachprüfungsverfahren nicht mehr inhaltlich zu behandeln waren, weil dem die Bestandsfestigkeit von einschlägigen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen entgegenstand. Insoweit hat es die Antragstellerin verabsäumt, ihre diesbezüglichen Bedenken zeitgerecht in einem früheren Verfahrensstadium aufzuzeigen und erforderlichenfalls vor Eintritt der Bestandsfestigkeit der Ausschreibungsunterlagen einen entsprechenden Nachprüfungsantrag einzubringen. Dies betraf insbesondere Vorgaben für die maximal zulässige Rampenneigung, für die Berechnung der Radsatzlasten, die Festlegung der geforderten Bodenfreiheit samt den Vorgaben für deren Berechnung.

Im Übrigen war auf Grund des Nachprüfungsantrages im Rahmen des Beschwerdevorbringens nachzuprüfen, ob die Antragsgegnerin das Angebot in dieser Hinsicht korrekt und nachvollziehbar geprüft hat und ihre Beurteilung zutrifft. Das Nachprüfungsverfahren hat dazu ergeben, dass im Rahmen der von der Antragstellerin in Zweifel gezogenen Aspekte eine nicht zu beanstandende Angebotsprüfung durch die Antragsgegnerin erfolgt ist und das Angebot insoweit ausschreibungskonform ist sowie zutreffend bewertet wurde. Auch die Beurteilung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin durch die Antragsgegnerin war nicht zu beanstanden.

Ein wesentlicher verfahrensrechtlicher Aspekt des Nachprüfungsverfahrens bestand in der Wahrung der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Dessen Wahrung machte es erforderlich, die Nachprüfung einzelner Aspekte der Angebotsprüfung – soweit sich diese nämlich auf der Antragstellerin nicht zugängliche Eigenschaften des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bezog – unter Ausschluss der Antragstellerin und der Öffentlichkeit durchzuführen.

Als Ergebnis des Nachprüfungsverfahrens konnten die von der Antragstellerin vorgebrachten Vergaberechtswidrigkeiten nicht festgestellt werden. Diese lagen nicht vor, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision

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

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. 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 bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Dr.ⁱⁿ Lettner