



# VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62  
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38680  
Telefax: (+43 1) 4000 99 38680  
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-123/095/8454/2023-34  
A. GmbH

Wien, 14.8.2023

Geschäftsabteilung: VGW-K

## IM NAMEN DER REPUBLIK

gekürzte Ausfertigung  
gemäß § 29 Abs. 5 VwGVG

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag. Eva Schreiner als Vorsitzende und seine Richter Dr. Lukas Diem als Berichterstatter sowie Mag. Gero Schmied als Beisitzer über den Antrag der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung von 14.6.2023 betreffend das Vergabeverfahren des Wiener Tourismusverbandes „Vergabe einer Dienstleistungskonzession im sogenannten Oberschwellenbereich gemäß § 6 BVerGKonz 2018 idGF „Vienna City Card““ nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 27.7.2023

zu Recht e r k a n n t:

I. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung des Wiener Tourismusverbandes vom 14.6.2023 im Vergabeverfahren „Vergabe einer Dienstleistungskonzession im sogenannten Oberschwellenbereich gemäß § 6 BVerGKonz 2018 idGF „Vienna City Card““ wird stattgegeben und die Zuschlagsentscheidung gemäß § 23 Abs. 1 WVRG 2020 für nichtig erklärt.

II. Gemäß §§ 14 und 15 WVRG 2020 hat der Antragsgegner der Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € 11.408,- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

## Wesentliche Entscheidungsgründe

### I. Verfahrensgang

1. Der Wiener Tourismusverband führt als öffentlicher Auftraggeber (im Folgenden: Antragsgegner) ein Konzessionsverfahren im Sinne eines Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe einer Dienstleistungskonzession im Oberschwellenbereich gemäß § 6 BVergGKonz 2018 nach dem Bestbieterprinzip durch. Gegenstand der Konzessionsvergabe ist das Vertriebsrecht an der Städtkarte „Vienna City Card“. Die zu vergebende Konzession ist auf maximal fünf Jahre beschränkt.

2. Die Bekanntmachung erfolgte am 16.11.2022 (Tag der Versendung) sowohl in Österreich als auch auf Unionsebene.

Vor dem Ende der Frist für die elektronische Abgabe der Teilnahmeanträge (30.12.2022, 10:00 Uhr) haben sowohl die A. GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) als auch die B. GmbH & Co KG (im Folgenden: präsumtive Zuschlagsempfängerin) Teilnahmeanträge gestellt.

Am 15.2.2023 versendete der Antragsgegner die Einladungen zur 1. Angebotseinreichung an die Antragstellerin und die präsumtive Zuschlagsempfängerin.

Am 15.3.2023 erfolgten Briefinggespräche mit der Antragstellerin sowie mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin.

Vor Ende der Frist für die elektronische Abgabe der Angebote (21.4.2023, 10.00 Uhr) legten sowohl die Antragstellerin als auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Angebot.

Jeweils am 17.5.2023 nahmen die Antragstellerin und die präsumtive Zuschlagsempfängerin an einem Präsentations- und Verhandlungstermin mit dem Antragsgegner teil.

Am 31.5.2023 versendete der Antragsgegner die Einladungen zur Einreichung des Last and Best Offers an die Antragstellerin und an die präsumtive Zuschlagsempfängerin.

Vor Ende der Frist für die elektronische Abgabe (13.6.2023, 14.00 Uhr) gaben sowohl die Antragstellerin als auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Angebot ab.

Am 14.6.2023 fand die Sitzung der Bewertungskommission statt.

3. Am 14.6.2023 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit, dass der präsumtiven Zuschlagsempfängerin der Zuschlag erteilt werden soll.

4. Gegen die Zuschlagsentscheidung vom 14.6.2023 richtet sich der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 26.6.2023, mit dem sie gleichzeitig einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt hat. Einen Nachweis über die Entrichtung von Pauschalgebühren in Höhe von € 11.408,- hat die Antragstellerin den Anträgen beigefügt.

Die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung begründet die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag auf das Wesentliche zusammengefasst damit, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden (II.5.1.), die Zuschlagsentscheidung formal (II.5.2.) und inhaltlich rechtswidrig sei (II.5.3.), weil die Reaktionszeit nicht bzw. falsch bewertet worden sei, Themen und Aspekte außerhalb der Zuschlagskriterien bewertet worden seien und die Bewertung auf einem falschen Sachverhalt beruhten. Darüber hinaus komme es zu einer nicht zulässigen marktbeherrschenden Stellung durch die Erweiterung des Angebotes des C. auf die Vienna City Card (II.5.4.).

5. Mit Beschluss vom 3.7.2023 erließ das Verwaltungsgericht Wien eine einstweilige Verfügung und untersagte dem Antragsgegner für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlages im gegenständlichen Vergabeverfahren.

6. Im Zuge des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens haben die Antragsgegnerin (am 3.7.2023 und 25.7.2023), die präsumtive Zuschlagsempfängerin (am 5.7.2023) und die Antragstellerin (am 20.7.2023) Stellungnahmen bzw. Repliken verfasst.

## II. Feststellungen

1. Folgende Zuschlagskriterien hat der Antragsgegner in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, wobei diese in der Folge nicht angefochten wurden:

<b>Zuschlagskriterien - Zweite Stufe des Verhandlungsverfahren ähnlichen Verfahrens</b> Die Bewertung wird durch den Auftraggeber vorgenommen			
<b>Zuschlagskriterium - Preis</b>			
<b>Nr.</b>	<b>Bezeichnung</b>	<b>Erfordernis</b>	<b>Gewichtung</b>
<b>Preis</b>	Konzessionsentgelt an den Konzessionsgeber als Fixum pro Jahr	Siehe Punkt 5.4.1 - WTV_VCC24_Teilnahmeunterlagen	30 % (30 Punkte)
<b>Gesamt Preis</b>			<b>30 % (30 Punkte)</b>
<b>Zuschlagskriterium – Qualität – Konzeptreicherung</b> Zu Präsentieren im Rahmen der zweiten Phase der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens			
<b>Nr.</b>	<b>Bezeichnung</b>	<b>Erfordernis</b>	<b>Gewichtung</b>
<b>Qualitätskriterium Nr. 1</b>	Reaktionszeit	Siehe Punkt 5.5.2 - WTV_VCC24_Teilnahmeunterlagen	10 % (10 Punkte)
<b>Qualitätskriterium Nr. 2</b>	Inhaltliche Qualität des Gesamtkonzeptes	Siehe Punkt 5.5.3 - WTV_VCC24_Teilnahmeunterlagen	25 % (25 Punkte)
<b>Qualitätskriterium Nr. 3</b>	Innovationskraft des Konzeptes im Sinne der Anforderungen der Leistungsbeschreibung	Siehe Punkt 5.5.4 - WTV_VCC24_Teilnahmeunterlagen	25 % (25 Punkte)
<b>Qualitätskriterium Nr. 4</b>	Konkrete Kompetenzvermittlung im Rahmen der Präsentation des Konzeptes	Siehe Punkt 5.5.5 - WTV_VCC24_Teilnahmeunterlagen	10 % (10 Punkte)
<b>Gesamt Qualität</b>			<b>70 % (70 Punkte)</b>
<b>Gesamt Preis und Qualität</b>			<b>100 % (100 Punkte)</b>

1.1. Das dritte und vierte Qualitätskriterium lauten wie folgt:

„[...] Drittes Qualitätskriterium: Innovationskraft des Konzeptes im Sinne der Anforderungen der Leistungsbeschreibung

Der Konzessionsgeber erachtet es als entscheidend, ob und wie es gelingt, einen Zugang und innovative Darstellungsformen zu finden, die den Anforderungen der Leistungsbeschreibung gerecht werden. Bewertet wird die Innovationskraft des Konzepts gemessen an folgenden Unterpunkten:

- Weiterentwicklung zur Modernisierung des Onlineshops
- Darstellung eines innovativen Zugangs zur Weiterentwicklung der digitalen City Guide-App „ivie“ in Verbindung mit der VCC.
- Innovative Ideen zur Produktentwicklung bzw. Weiterentwicklung mit Fokus auf Digitalisierung
- Schlüssige Darstellung der Optimierungsmaßnahmen insbesondere zur Steigerung der Verkaufszahlen

- Ideen zur innovativen Zusammenarbeit/Abstimmung mit dem Konzessionsgeber mit dem Fokus auf effizientem Zeitmanagement.

[...] Viertes Qualitätskriterium: Konkrete Kompetenzvermittlung im Rahmen der Präsentation der Konzepte

Bewertet wird dabei

- die in der Einreichung und der Präsentation gezeigte Sach- und Lösungskompetenz des:der Bieters:Bieterin,
- die Prägnanz und Vollständigkeit der Präsentation in Bezug auf die Leistungsbeschreibung
- die Überzeugungskraft und Schlüssigkeit der Lösungsansätze im präsentierten Konzept des:der Bieters:Bieterin.
- das Verständnis des:der Bieters:Bieterin für bzw dessen:deren Eingehen auf Fragen und Wünsche des Konzessionsgebers zum Konzept“

1.2. In dieser Hinsicht hat der Antragsgegner in den unangefochten gebliebenen Ausschreibungsunterlagen festgelegt, dass „[d]er: [d]ie Bieter:in [...] mit dem Erstangebot ein Gesamtkonzept einzureichen und zu präsentieren [hat]“, wobei die „Bieter:innen [...] anhand der in der Leistungsbeschreibung dargestellten Ausgangslage ihr Gesamtkonzept auszuarbeiten und dieses abzugeben [hatten]. Die Inhalte der schriftlichen Darstellung werden im Rahmen der Verhandlungsrunde durch den:die Bieter:in präsentiert, um im Rahmen des Verfahrens bewertet werden zu können“.

1.3. Hinsichtlich der „Bewertungsmethodik der Qualitätskriterien“ hat der Antragsgegner in den Ausschreibungsunterlagen Folgendes festgelegt:

„Die Systematik der Bewertung durch die Vergabekommission findet gleichermaßen im Rahmen der Bewertungssitzung statt und betrifft die Bewertung der Qualitätskriterien. Zunächst wird eine „gemeinsame Beratung“ der Kommissionsmitglieder im Sinne eines Meinungsaustausches und einer Beratung stattfinden. Der jeweilige Bewertungsbogen des jeweiligen Kommissionsmitgliedes wird im Anschluss an eine gemeinsame Beratung, welche protokolliert wird, von jedem Mitglied der jeweiligen Kommission eigenhändig ausgefüllt und unterfertigt. Die Begründungen werden im Sinne des Zuschlagssystems und unter Verweis auf die gemeinsame Beratung schriftlich festgehalten. Die Benotung durch die Kommission berücksichtigt stets alle Qualitätskriterien.

Die Bestnote (4 = sehr gut) darf im jeweiligem Qualitätskriterium einem Angebot nur dann gegeben werden, wenn die Inhalte des Beurteilungsrahmens des jeweiligen Qualitätskriteriums optimal berücksichtigt erscheinen.

### Vorgehensweise der Mitglieder der Vergabekommission:

Es werden im Rahmen der Niederschrift der gemeinsamen Beratung alle relevanten Faktoren der Einreichungen durch die Mitglieder der Vergabekommission erläutert und im Sinne der jeweils angegebenen Zuschlagskriterien abgewogen. Es wird somit diesbezüglich eine gemeinsame Niederschrift erstellt. Vorprüferinnen und Vorprüfer/Beraterinnen und Berater dürfen hier jeweils ein Stimmrecht haben. Nach Fertigstellung der Niederschrift werden die Mitglieder der Vergabekommission aufgefordert, ihre Bewertungsbögen handschriftlich auszufüllen (Note), zu datieren, zu unterfertigen und abzugeben. Die Bewertungsbögen werden vom Konzessionsgeber übernommen und die Inhalte elektronisch erfasst.

### Beurteilungsrahmen der Mitglieder der Vergabekommission:

Es wird ausdrücklich festgehalten, dass jedes Mitglied der Bewertungskommission eine eigene Benotung vornimmt und diese auf Basis des Beurteilungsrahmens des jeweiligen Qualitätskriteriums nachvollziehbar in einem eigenen Beurteilungsbogen schriftlich einträgt. Der konkrete Verweis auf die Niederschrift der gemeinsamen Beratung, welche im Rahmen der Sitzung stattgefunden hat, ist als Begründung im Beurteilungsbogen zulässig und ausreichend. Folgendes gilt für die Bewertung:

Sind alle angeführten Punkte (Unterpunkte) des Beurteilungsrahmens im jeweiligen Qualitätskriterium erfüllt, darf – mit entsprechender Begründung des jeweiligen Mitglieds der Vergabekommission (siehe Niederschrift) – die Note 4 vergeben werden.

Ist einer der Punkte (Unterpunkte) des Beurteilungsrahmens im jeweiligen Qualitätskriterium nicht erfüllt, darf – mit entsprechender Begründung des jeweiligen Mitglieds der Vergabekommission (siehe Niederschrift) – die Note 2 vergeben werden.

Ist maximal die Hälfte der Unterpunkte im jeweiligen Qualitätskriterium nicht erfüllt, darf – mit entsprechender Begründung der Kommissionmitglieder (siehe Niederschrift) – die Note 1 vergeben werden. Sind mehr als die Hälfte der Unterpunkte im jeweiligen Qualitätskriterium nicht erfüllt, darf – mit einer entsprechenden Begründung der Kommissionmitglieder (siehe Niederschrift) – die Note 0 vergeben werden. Die Bewertung wird von der Kommission wie folgt vorgenommen. Notensystem der Kommission:

4 = sehr gut

2 = gut

1 = ausreichend

0 = mangelhaft

Jedes Mitglied der Kommission wird alle Angebote hinsichtlich des jeweiligen Qualitätskriteriums mit einer Note bewerten, wobei die möglichen Noten 4, 2, 1, 0 sind und 4 die Bestnote darstellt. Es sind lediglich Noten in absoluten Zahlen zu vergeben. Die Kommissionsnote des Angebots in jedem Kriterium wird dann durch Bildung des arithmetischen Mittels aller vergebenen Noten der Mitglieder der Vergabekommission gebildet. [...]“

2. Am Tag der Bewertungssitzung bestand die Bewertungskommission aus neun Mitgliedern, wobei alle Mitglieder ausweislich den im Rahmen der Bewertungssitzung dokumentierten Angaben für den Antragsgegner in unterschiedlichen Positionen tätig sind.

Neben den Mitgliedern der Kommission haben drei weitere Personen in beratender Funktion an der Bewertungssitzung teilgenommen.

Eine dieser Personen wurde den Bieterinnen im Rahmen des Briefinggespräches als Kommissionsmitglied präsentiert.

Eine im Rahmen der Briefinggespräche am 15.3.2023 nicht als Kommissionsmitglied präsentierte Person nahm als Kommissionsmitglied an der Bewertungssitzung teil.

3. Wer bei den Briefinggesprächen am 15.3.2023 teilgenommen hat und insbesondere wer bei dieser Gelegenheit als (Nicht-)Kommissionsmitglied vorgestellt wurde, ist nicht im Vergabeakt dokumentiert. Im Vergabeakt ist ebenso wenig dokumentiert, wer bei den Präsentations- bzw. Verhandlungsterminen am 17.5.2023 anwesend war. Insbesondere ist nicht schriftlich dokumentiert, welche Kommissionsmitglieder bei den Präsentations- bzw. Verhandlungsterminen teilgenommen haben. Zu Beginn der Präsentationen erfolgte jeweils eine namentliche Vorstellungsrunde, daran anschließend fanden die Präsentationen statt. Im Vergabeakt liegen Audiodateien ein, bei denen vor den Präsentationen keine namentliche Vorstellung insbesondere der Kommissionsmitglieder aufgezeichnet ist. Sofern sich die Kommissionsmitglieder später zu Wort gemeldet haben, wurde zu Beginn der Wortmeldung der jeweilige Name genannt. Es ist aber durchaus möglich, dass sich nicht alle Mitglieder zu Wort gemeldet haben. Insbesondere ist durch diese Vorgehensweise nicht sichergestellt, dass die Teilnahme aller Kommissionsmitglieder dokumentiert ist. Der Schwerpunkt der Dokumentation des Antragsgegners lag nicht darin zu beweisen, welche der Kommissionsmitglieder tatsächlich anwesend waren. Für den Antragsgegner waren bei der Bewertung nur jene Mitglieder relevant, die bei den Präsentationsrunden gesprochen haben.

4. Die im Rahmen der Bewertungssitzung von den Kommissionsmitgliedern angefertigte gemeinsame Niederschrift entspricht in Bezug auf die Bewertung der Qualitätskriterien exakt den Angaben, die in der an die Antragstellerin übermittelten

Zuschlagsentscheidung enthalten sind. Weitere Begründungselemente sind nicht vorhanden. Es finden sich etwa keine Ausführungen in Bezug auf das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hinsichtlich des zweiten und dritten Unterpunktes des dritten Qualitätskriteriums („Darstellung eines innovativen Zugangs zur Weiterentwicklung der digitalen City Guide-App „ivie“ in Verbindung mit der VCC“; „Innovative Ideen zur Produktentwicklung bzw. Weiterentwicklung mit Fokus auf Digitalisierung“). Eine Bezugnahme etwa auf die durchgeführte Vorprüfung (siehe sogleich) ist in der Niederschrift nicht enthalten.

5. Die Kommission hat vor der Angebotsbewertung im Hinblick auf die Qualitätskriterien die plausible Zusammensetzung des jeweiligen Preises der Angebote bewertet.

6. Vor der Bewertungssitzung hat eine inhaltliche Prüfung der eingereichten Bieterkonzepte (Vorprüfung) durch drei Personen des Antragsgegners, zwei davon sind Kommissionsmitglieder, stattgefunden. Diese Vorprüfung bezog sich auf die eingereichten Konzepte in der Fassung des Last and Best Offers vom 13.6.2023 bzw. der ersten Angebotseinreichung vom 21.4.2023 sowie die Eindrücke aus den Verhandlungsgesprächen vom 17.5.2023. Relevante Inhalte der Vorprüfung waren die in der Ausschreibung unter dem Punkt „Konzeptgestaltung (Angebotseinreichung)“ genannten Kriterien, die „für das Konzept und die Präsentation im Rahmen der Verhandlung relevant“ sind.

Auf mehreren Seiten wurden die Schwächen und Stärken der Konzepte der Bieterinnen aus Sicht der Vorprüferinnen und Vorprüfer zu diesen Aspekten ausgeführt, wobei die jeweiligen Konzepte auch miteinander in Bezug gesetzt wurden.

### III. Beweiswürdigung

Der Verfahrensgang und sämtliche Feststellungen ergeben sich aus dem Vergabeakt, den Schriftsätzen des gegenständlichen Verfahrens und den Aussagen insbesondere des Antragsgegners in der mündlichen Verhandlung.

#### IV. Rechtliche Beurteilung

##### 1. Zum Vorbringen, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuscheiden gewesen sei

###### *1.1. Zur Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin*

Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin den Nachweis der Befugnis, der Zuverlässigkeit und der Leistungsfähigkeit entsprechend den gesetzlichen Vorgaben und bestandsfesten Teilnahmeantragsunterlagen vollständig erfüllt.

Weder fehlen entsprechende Nachweise noch sind die vorgelegten Nachweise zu alt. Ebenso wenig lag die Eignung im Zeitpunkt des Endes der Teilnahmeantragsfrist am 30.12.2022, 10:00 Uhr, entgegen § 45 Z 3 BVergGKonz 2018 noch nicht vor. Auch die Nachweise der Leistungsfähigkeit hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin entsprechend den Festlegungen in den Teilnahmeantragsunterlagen vorgelegt.

Wenn die Antragstellerin die fehlende Befugnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Hinblick auf den in der Leistungsbeschreibung geforderten Aufbau, die Programmierung und den Betrieb eines Onlineshops behauptet, so verkennt sie, dass vorliegend Onlineshops nicht gewerbsmäßig aufgebaut, programmiert und betrieben werden sollen. Vielmehr hat der Konzessionär im Rahmen der Konzession – Vertrieb der Vienna City Card auf eigene Rechnung und Gefahr – auch einen Onlineshop in eigener Verantwortung und auf eigene Kosten zu betreiben und zu finanzieren. Hierfür bedarf es keiner gesonderten Gewerbeberechtigung.

###### *1.2. Zur Form des Teilnahmeantrages und des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin*

Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin in ihrem Antrag liegen die behaupteten Formmängel nicht vor.

1.3. Als Zwischenergebnis ist daher festzustellen, dass sich die Zuschlagsentscheidung nicht deswegen als rechtswidrig erweist, weil das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuscheiden gewesen wäre.

## 2. Zum Vorbringen, dass die Zuschlagsentscheidung aus anderen Gründen rechtswidrig sei

2.1. Die Antragstellerin erachtet die Zuschlagsentscheidung auch deswegen als rechtswidrig, weil (1) die Begründung der Zuschlagsentscheidung nicht den Anforderungen des § 72 Abs. 1 BVergGKonz 2018 entspreche und weil (2) die Zuschlagsentscheidung auch inhaltlich rechtswidrig sei; der Bewertungskommission seien Fehler bei der Bewertung anzulasten. Zudem würde (3) eine Zuschlagserteilung an die präsumtive Zuschlagsempfängerin aufgrund ihrer bisherigen Tätigkeit – ... – unmittelbar den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und somit einen Verstoß gegen primäres Unionsrecht bewirken. Aus diesem Grund widerspreche die Zuschlagsentscheidung den Grundsätzen des § 14 BVergGKonz 2018 und sei auch aus deshalb für nichtig zu erklären.

2.2. Unabhängig davon, ob sich die Begründungstiefe der Zuschlagsentscheidung als nicht ausreichend erweist und ob mit einer Zuschlagserteilung eine unionsrechtlich verpönte marktbeherrschende Stellung entstehen würde (siehe gegen eine solche Annahme aber ErwG 52 der RL 2014/23/EU im Hinblick auf die begrenzte Laufzeit einer Konzession; weiters die Ausführungen zum Zweck des Vergabeverfahrens bei *Eilmansberger/Holoubek*, Der öffentliche Auftraggeber als Kartellbehörde? Zur kartellrechtlichen Überprüfung von Angeboten einer Bietergemeinschaft im Vergabeverfahren, ÖZW 2008, 2 [3] sowie bei *Fuchs*, Vergaberecht und Wettbewerb, ÖZW 2020, 148 [insb. 152]; grundsätzlich auch statt vieler EuGH 8.2.2018, *Lloyd's of London*, C-144/17, Rz 36 mwN), erweist sich die Zuschlagsentscheidung als rechtswidrig:

2.3. Im Hinblick auf die behauptete inhaltlich fehlerhafte Bewertung der Angebote hat das Verwaltungsgericht eine Kontrolle dahingehend vorzunehmen, ob die in der bestandsfesten Ausschreibung festgelegten Kriterien von der Bewertungskommission berücksichtigt und die Verfahrensvorschriften eingehalten wurden. Dabei hat das Verwaltungsgericht in inhaltlicher Hinsicht im Hinblick auf das einer Bewertungskommission grundsätzlich zustehende Ermessen eine bloße Plausibilitätskontrolle vorzunehmen. Es hat also lediglich zu überprüfen, ob die (Begründung der) Bewertung nachvollziehbar ist (vgl. VwGH 30.1.2019; Ra 2018/04/0001; 22.12.2020, Ra 2019/04/0091; 15.10.2021, Ra 2018/04/0097).

In dieser Hinsicht kommt dem Gebot der Transparenz, das in § 27 BVergGKonz 2018 Niederschlag findet, entscheidende Bedeutung zu. Eine entsprechende vollständige Dokumentation der wesentlichen Entscheidungen und Vorgänge durch den Auftraggeber ist im Hinblick auf eine nachprüfende Kontrolle essentiell (siehe ErläutRV 69 BlgNR 27. GP, 249). Erst eine vollständige Dokumentation erlaubt es der nachprüfenden Stelle, die (Zuschlags-)Entscheidung des Auftraggebers nachzuvollziehen und auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen.

Der Umfang der erforderlichen Dokumentation kann dabei auch vom Auftraggeber je nach Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen beeinflusst werden. Hat etwa eine Bewertungskommission entsprechende (Verfahrens-)Schritte einzuhalten, sind auch die diesbezüglich geforderten Umstände zu dokumentieren.

2.4. Diesen Anforderungen ist die Antragsgegnerin nicht im geforderten Ausmaß nachgekommen, sodass es dem Verwaltungsgericht nicht möglich ist, die vorgenommene Bewertung auf Plausibilität zu überprüfen:

2.4.1. Vorangestellt sei, dass im Hinblick auf das erste Qualitätskriterium entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin keine fehlerhafte Bewertung vorliegt. Aufgrund der Bestandskraft der diesbezüglichen Festlegung ist es dem Verwaltungsgericht verwehrt, den Umstand aufzugreifen, dass sich dieses Kriterium eigentlich nicht für eine Bewertung durch eine Kommission geeignet hätte (zur Bedeutung bestandsfester Festlegungen siehe etwa VwGH 22.3.2019, Ra 2017/04/0038).

2.4.2. Zunächst fehlt es einer aktenmäßigen Dokumentation hinsichtlich der Verhandlungs- und Präsentationstermine am 17.5.2023. Abgesehen von den Einladungen an die Bieterinnen enthält der Vergabeakt keine weiteren schriftlichen Aufzeichnungen. Weder geht aus dem Vergabeakt hervor, welche Kommissionsmitglieder am 17.5.2023 anwesend waren, noch, wer als Kommissionsmitglied teilgenommen hat. Auch aus den im Vergabeakt einliegenden Audiodateien geht dies nicht hinreichend hervor. Dies wäre nicht zuletzt im Hinblick auf die während des Verfahrens geänderte Zusammensetzung der Kommission bedeutsam gewesen. Von wesentlicher Bedeutung ist aber insbesondere, dass durch das Fehlen einer aktenmäßigen Dokumentation die zum vierten Qualitätskriterium vorgenommenen Bewertungen gänzlich einer nachprüfenden Kontrolle entzogen sind.

Es ist nämlich im Rahmen dieses Qualitätskriteriums von den Kommissionsmitgliedern zu bewerten, wie überzeugend die Bieterinnen ihre Konzepte im Rahmen des Präsentations- und Verhandlungstermins präsentiert haben. Geht aber aus dem Vergabeakt, wie hier, nicht hinreichend hervor, dass die Kommissionsmitglieder bei den Präsentationen anwesend waren und sich so ihr Bild von der Qualität der Präsentationen machen konnten, lässt sich die vorgenommene Bewertung im Hinblick auf die Qualität der Präsentationen nicht auf ihre Plausibilität überprüfen.

2.4.3. Mangels ausreichend festgehaltener Begründung im Vergabeakt kann auch nicht nachvollzogen werden, auf welchen Erwägungen die Bewertung des dritten Qualitätskriteriums bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aufbaut:

Das Verwaltungsgericht verkennt zunächst keineswegs, dass einer Bewertungskommission insbesondere dann, wenn die Kommissionsmitglieder „nach eigenem Empfinden (,subjektiv‘) ohne Bindung an Vorschläge (,autonom‘) ihre Bewertung vornehmen“, eine punktemäßige Bewertung ohne verbale Begründung regelmäßig als ausreichend angesehen wird (VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018; ähnlich VwGH 21.1.2014, 2011/04/0133). Die vorliegende Konstellation unterscheidet sich davon aber wesentlich, weil der Antragsgegner bestandsfest den Ermessensspielraum der Kommissionsmitglieder eingeschränkt und auch der Kommission als Ganzes entsprechende Pflichten für die Bewertung auferlegt hat, die in der Niederschrift Niederschlag finden müssen.

Wie festgestellt, hat die Kommission nämlich im Hinblick auf die gemeinsame Beratung eine gemeinsame Niederschrift zu erstellen, in deren Rahmen „alle relevanten Faktoren der Einreichungen durch die Mitglieder der Vergabekommission erläutert und im Sinne der jeweils angegebenen Zuschlagskriterien abgewogen“ werden. Die Mitglieder der Kommission haben im Anschluss daran eine eigene Bewertung vorzunehmen und „diese auf Basis des Beurteilungsrahmens des jeweiligen Qualitätskriteriums nachvollziehbar in einem eigenen Beurteilungsbogen schriftlich“ einzutragen. Dabei ist der konkrete Verweis auf die Niederschrift der gemeinsamen Beratung als Begründung im Beurteilungsbogen „zulässig und ausreichend“. Für die Bewertung gilt dabei, dass die Notenvergabe jeweils „mit entsprechender Begründung des jeweiligen Mitglieds der Vergabekommission (siehe Niederschrift)“ vorzunehmen ist: Die (Höchst-)Note 4 darf nur vergeben werden darf, wenn alle angeführten Punkte (Unterpunkte) des Beurteilungsrah-

mens im jeweiligen Qualitätskriterium erfüllt sind. Ist einer der Punkte (Unterpunkte) nicht erfüllt, darf die Note 2 vergeben werden. Ist maximal die Hälfte der Unterpunkte nicht erfüllt, darf die Note 1 vergeben werden. Ansonsten ist die Note 0 zu vergeben.

Zwar dürfen die Kommissionsmitglieder hinsichtlich der geforderten Begründung auf die gemeinsame Niederschrift verweisen. Voraussetzung dafür ist aber – wie eine Auslegung der Ausschreibungsunterlagen zeigt –, dass die Ergebnisse der Beratung zu den die Bewertung betreffenden Aspekten Eingang in die Niederschrift gefunden haben, so wie dies in der Ausschreibung festgelegt ist („im Rahmen der Niederschrift [...] alle relevanten Faktoren der Einreichungen durch die Mitglieder der Vergabekommission erläutert und im Sinne der jeweils angegebenen Zuschlagskriterien abgewogen“). Fehlt es an entsprechenden Ausführungen in der Niederschrift, erweist sich ein Verweis auf die gemeinsame Niederschrift nicht als ausreichend.

Da weder aus der gemeinsamen Niederschrift noch aus einzeln vorgenommenen Begründungen ersichtlich ist, weshalb das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die im zweiten und dritten Unterpunkt des dritten Qualitätskriteriums festgelegten Erfordernissen („Darstellung eines innovativen Zugangs zur Weiterentwicklung der digitalen City-Guide-App ‚ivie‘ in Verbindung mit der VCC“; Innovative Ideen zur Produktentwicklung bzw. Weiterentwicklung mit Fokus auf Digitalisierung“) erfüllt – es finden sich keinerlei diesbezügliche Ausführungen in der im Akt enthaltenen gemeinsamen Niederschrift –, ist es für das Verwaltungsgericht nicht nachvollziehbar, auf welchen Erwägungen die Bewertung der Kommissionsmitglieder in dieser Hinsicht aufbaut. Eine nachprüfende (Plausibilitäts-)Kontrolle ist daher nicht möglich.

2.4.4. Dazu kommt schließlich, dass die Kommission entgegen ihrer bestandsfest festgelegten Aufgaben vor der Bewertung der Angebote im Hinblick auf die Qualitätskriterien auch eine Plausibilitätskontrolle des jeweils angebotenen Preises vorgenommen hat. Auch in dieser Hinsicht wurden die einzuhaltenden Kriterien missachtet.

2.5. Im Ergebnis erweist sich die inhaltliche Bewertung durch die Kommission deswegen als rechtswidrig, weil es dem Verwaltungsgericht mangels aktenmäßiger

Dokumentation der wesentlichen Entscheidungsgrundlagen, und weil die Kommission(smitglieder) die ihr auferlegten Pflichten nicht eingehalten hat bzw. haben, nicht möglich ist, die Angebotsbewertungen im Hinblick auf ihre Plausibilität zu überprüfen.

Folglich ist die Zuschlagsentscheidung wegen Verstoßes gegen § 27 BVergGKonz 2018 gemäß § 23 Abs. 1 Z 1 WVRG 2020 rechtswidrig.

2.6. Die festgestellten Rechtswidrigkeiten sind auch von wesentlichem Einfluss iSd § 23 Abs. 1 Z 2 WVRG 2020. Wie aus der konkreten punktemäßigen Bewertung der Angebote im Lichte der jeweils beim dritten und vierten Qualitätskriterium erzielbaren Punkte ersichtlich ist, erschiene bei einer gesetzes- und ausschreibungs-konformen Bewertung der Angebote eine andere Bieterreihung für möglich.

Die getroffene Zuschlagsentscheidung war daher gemäß § 23 Abs. 1 WVRG 2020 für nichtig zu erklären.

### 3. Zu den Pauschalgebühren

Gemäß § 14 Abs. 1 WVRG 2020 hat der Antragsteller für Anträge gemäß § 18 Abs. 1 (Nichtigerklärung) und § 25 (einstweilige Verfügung) WVRG 2020 eine Pauschalgebühr an das Verwaltungsgericht Wien zu entrichten.

Gemäß § 1 WVPVO 2020 beträgt die Pauschalgebühr bei Dienstleistungskonzessionen im Oberschwellenbereich für den Antrag auf Nichtigerklärung einer Zuschlagsentscheidung € 7.605,-.

Gemäß § 14 Abs. 4 iVm § 25 WVRG 2020 beträgt die Gebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung die Hälfte des ausgewiesenen Gebührenersatzes, somit gerundet € 3.803,-.

Insgesamt beträgt die Gebühr daher € 11.408,-, die die Antragstellerin zur Gänze entrichtet hat.

Da dem Antrag der Antragstellerin stattzugeben war, hat der Antragsgegner der Antragstellerin gemäß § 15 WVRG 2020 die Pauschalgebühren zu ersetzen.

Die Revision war gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zuzulassen, da sich die Entscheidung an der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu Transparenzerfordernissen und zur Kontrolle von Bewertungen von Kommissionen

orientiert. Zudem begründet die Auslegung der Ausschreibungsunterlagen nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes keine Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung.

### H i n w e i s

Gemäß § 29 Abs. 5 VwGVG kann das Erkenntnis in gekürzter Form ausgefertigt werden, wenn von den Parteien auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof verzichtet oder nicht binnen zwei Wochen nach Ausfolgung bzw. Zustellung der Niederschrift gemäß § 29 Abs. 2a VwGVG eine Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß § 29 Abs. 4 VwGVG von mindestens einem der hiezu Berechtigten beantragt wird.

Die gekürzte Ausfertigung hat den Spruch sowie einen Hinweis auf den Verzicht oder darauf, dass eine Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß § 29 Abs. 4 VwGVG nicht beantragt wurde, zu enthalten.

Das Verwaltungsgericht Wien hat am 27.7.2023 in der gegenständlichen Beschwerdesache eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt und sodann das Erkenntnis mit den wesentlichen Entscheidungsgründen verkündet.

Die in der mündlichen Verhandlung angefertigte Niederschrift, der eine Belehrung gemäß § 29 Abs. 2a VwGVG angeschlossen war, wurde der Antragstellerin, der Antragsgegnerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unmittelbar ausgefolgt. Somit wurde die Niederschrift sämtlichen zur Erhebung einer Revision beim Verwaltungsgerichtshof oder einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof legitimierten Parteien ausgefolgt.

Keine zur Erhebung einer Revision an den Verwaltungsgerichtshof beziehungsweise Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof legitimierte Partei hat innerhalb der gemäß § 29 Abs. 5 VwGVG normierten Frist von zwei Wochen nach Ausfolgung der Niederschrift einen Antrag auf Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß § 29 Abs. 4 VwGVG gestellt.

Deshalb konnte das Erkenntnis gemäß § 29 Abs. 5 VwGVG gekürzt ausgefertigt werden. Gegen diese gekürzte Ausfertigung des Erkenntnisses ist eine Revision an

den Verwaltungsgerichtshof gemäß § 25a Abs. 4a VwGG und/oder eine Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof gemäß § 82 Abs. 3b VfGG nicht mehr zulässig.

Verwaltungsgericht Wien

Mag. Schreiner

Vorsitzende