



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38730
Telefax: (+43 1) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-123/077/5455/2023-14
A. GmbH

Wien, 07.06.2023

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.^a Mandl über den Antrag der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH & Co KG, auf Nichtigerklärung der Entscheidung, mit welchen Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, betreffend das Vergabeverfahren "Dienstleistungskonzessionen zur Bereitstellung elektrisch betriebener Klein- und Miniroller bzw. Vermietung stationsloser Mietfahräder", der Stadt Wien, Magistratsabteilung 65, vertreten durch Herrn Rechtsanwalt,

zu Recht e r k a n n t :

I. Der Antrag vom 24.04.2023, die „Zuschlagsentscheidung“ (richtig: „Entscheidung, mit welchen Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll“) vom 14.04.2023 im Vergabeverfahren der Stadt Wien zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit vier Unternehmern zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen zur Bereitstellung elektronisch betriebener Klein- und Miniroller bzw. Vermietung stationsloser Mietfahräder wird abgewiesen.

II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 65 (in der Folge: Antragsgegnerin), ist öffentliche Auftraggeberin und führt ein Verhandlungsverfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung betreffend die Vergabe einer Dienstleistungskonzession mit vier Konzessionären über die Bereitstellung und Vermietung von stationslosen elektrisch betriebenen Kleinrollern und Minirollern sowie stationslosen Mietfahrrädern. Im Zuge dieses Vergabeverfahrens hat die Antragsgegnerin mit der Entscheidung vom 14.04.2023 bekannt gegeben, dass beabsichtigt ist, die Rahmenvereinbarung mit der B. BV, der C. GmbH, der D. GmbH und der E. GmbH abzuschließen. Das Angebot der A. GmbH (in der Folge: Antragstellerin) sei aufgrund der erfolgten Angebotsbewertung hinter den Angeboten der vier angeführten Bieter gereiht. Die Entscheidung beinhaltet detaillierte Angaben zu den Bewertungsergebnissen der vier erfolgreichen Angebote und des Angebotes der Antragstellerin.

Die Antragstellerin hat rechtzeitig einen Antrag auf Nichtigerklärung dieser Entscheidung und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht. In ihrem Nachprüfungsantrag hat die Antragstellerin ihr Interesse am Vertragsabschluss dargelegt, Angaben über den ihr drohenden Schaden sowie über die Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrags gemacht und die erfolgte Entrichtung der Pauschalgebühren nachgewiesen. Die Antragstellerin hat im Vergabeverfahren ein Erstangebot und ein Last and Best Offer gelegt und wurde deswegen nicht für den Abschluss der Rahmenvereinbarung vorgesehen, weil ihr Angebot schlechter bewertet wurde, als die Angebote der vier für den Abschluss der Rahmenvereinbarung vorgesehenen Unternehmer.

Die beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Beschluss vom 27.04.2023, VGW-124/077/5456/2023-1, erlassen und darin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Abschluss der Rahmenvereinbarung im gegenständlichen Konzessionsvergabeverfahren untersagt.

In inhaltlicher Hinsicht macht die Antragstellerin im Wesentlichen Folgendes geltend:

Die Bewertungskriterien seien zwar bestandsfest. Auf ihrer Grundlage seien jedoch eine rechtskonforme Bestbieterermittlung und eine richterliche Überprüfung nicht möglich, weil die Bewertungskriterien sich selbst widersprechen würden. Am deutlichsten werde dies bei dem wiederholten Abstellen auf den „Mehrwert für Nutzer“ in Verbindung mit der Ersparnis an CO₂, zumal hier völlig unklar sei, inwieweit ein „Mehrwert für Nutzer“ oder ein Mehrwert für die Auftraggeberin bewertet werde. Die Bewertungskriterien stünden in einem direkten Widerspruch zueinander. Es sei auch unklar, wie die Punktevergabe nach einem modifizierten Schulnotensystem erfolgen solle. In der Gesamtschau würden die Bewertungskriterien eine vollkommen willkürliche Punktevergabe ermöglichen und sei es für die Bieter in keiner Weise nachvollziehbar, welche Angaben sie machen müssten, um eine Bewertung zwischen „genügend“ und „sehr gut“ zu erhalten.

Die Bewertungskommission habe sich bei der Bewertung des Angebots der Antragstellerin nicht an die bestandsfesten Bewertungskriterien gehalten und rechtswidrige Bewertungen vorgenommen sowie der Bewertung unrichtige Inhalte des Angebots der Antragstellerin zu Grunde gelegt.

Es sei bestandsfest festgelegt worden, dass der Umfang des Betriebskonzepts maximal 20 DIN-A4-Seiten exklusive allfälliger Beilagen, Tabellen und Diagramme betragen dürfe. Demnach seien Beilagen zum Betriebskonzept in den zulässigen Maximalumfang nicht einzurechnen und folglich von der Bewertungskommission entsprechend bei der Bewertung zu berücksichtigen. Eine solche Beilage zum Betriebskonzept (als Anhang bezeichnet) habe die Antragstellerin gemeinsam mit ihren Angeboten abgegeben. Das Betriebskonzept verweise an den passenden Stellen immer wieder auf die Erläuterungen im Anhang. Die Bewertungskommission habe rechtswidriger Weise viele Ausführungen in diesem Anhang nicht berücksichtigt, was in weiterer Folge näher ausgeführt werde.

Im Punkt 6.1 sei festgelegt, wieviele Punkte jeweils als „sehr gut“, „gut“, „befriedigend“ und „genügend“ bewertet werden. Von diesem Bewertungsschlüssel sei die Bewertungskommission mehrfach abgegangen, zum Beispiel beim Angebot

des Bieters „C. GmbH“ bei den Kriterien „erweiterter Ordnerdienst“ und „erweiterte Erreichbarkeit für Kunden“.

Sämtliche Bieter seien völlig außerhalb der Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen von der Jury pauschal unter einem Punkt „Allgemein“ bewertet worden. Diese Bewertung habe offenbar auch Einfluss auf die einzelnen Subkriterien genommen. Im Gegensatz zu allen übrigen Bietern sei die Bewertung der Antragstellerin dabei in einer völlig unsachlichen Weise erfolgt.

Das Subkriterium „Kontrolle des Nutzerverhaltens“ sei bei der Antragstellerin rechtswidrig beurteilt worden. Die verbale Begründung „Keine Informationen/Sanktionen für den Fall, dass schlechte Fotos übermittelt werden.“ sei schlichtweg falsch. Wie die Antragstellerin auf Seite 6 ihres Betriebskonzeptes eindeutig ausgeführt habe, werde für den Fall, dass schlechte Fotos übermittelt werden, das Mietverhältnis nicht beendet sowie die NutzerInnen über das vorschriftsgemäße Parken aufgeklärt und aufgefordert, umzuparken. Dies stelle eindeutig eine Sanktion dar. Die Begründung der Kommission sei in diesem Punkt objektivierbar falsch.

Weiters habe die Kommission bei der Bewertung des Angebots der Antragstellerin verbal begründet:

„Das Go-Fencing (sic!) erfolgt ausschließlich über bloße GPS-Ortung einschließlich IOT-System (F.-System).“

Dies sei unverständlich, weil Geo-Fencing ausschließlich über GPS-Ortung oder ein anderes Satellitenortungssystem wie Galileo erfolgen könne. Etwaige Prognose-Tools („dead reckoning“) würden gerade kein Geo-Fencing darstellen, da die Position des Scooters nicht ermittelt, sondern lediglich erraten werde. Der Angebotsbewertung zur Folge würde bei den übrigen Bietern das Geo-Fencing über eine bloße GPS-Ortung hinausgehen, ohne dass auch nur bei einem einzigen ausgeführt werde, wie dies technisch umsetzbar sein soll.

Ungeachtet der falschen Bewertung würde die Antragstellerin über das IOT-System „F.“ eine Geo-Fencing-Genauigkeit erreichen, die so gut wie kein Mitbewerber anbieten könne. Das Bewertungsergebnis der Antragstellerin als

„schwach, weil GO-Fencing (sic!) nur mit GPS ohne ergänzendes System (Zweifel, ob das präzise genug ist)“ würde daher jeder rechtlichen und technischen Grundlage entbehren.

Weiters sei die Bewertung der Kommission bei der Antragstellerin wie folgt begründet worden:

„Keine manuelle Auswertung der Fotos (zusätzlich zur automationsunterstützten Auswertung) zur Sicherstellung der Kontrolle des Nutzerverhaltens verbunden mit einer bereits erprobten Auswertung) zur Sicherstellung der Kontrolle des Nutzerverhaltens verbunden mit einer bereits erprobten Auswertung.“

Diese Ausführung sei objektivierbar falsch, denn diesbezüglich führe die Antragstellerin auf Seite 15 ihres Konzepts unzweifelhaft aus, dass sehr wohl eine manuelle Auswertung von Fotos erfolge.

Die Bewertung der Kommission für die Antragstellerin von lediglich 50 Punkten in diesem Subkriterium sei auf Basis der verbalen Begründung nicht nur objektivierbar widersprüchlich/falsch, sondern auch noch außerhalb jeder Lebenserfahrung. Der vergaberechtliche Bewertungsspielraum für subjektive Kommissionsbewertungen sei aufgrund objektiver Falschbegründungen unzweifelhaft überschritten, weshalb die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären sei.

Bei dem Kriterium „Mehrwert für Nutzer (Last Mile)“ habe die Bewertungskommission zum Angebot der Antragstellerin ausgeführt:

„(...) Keine besonderen Rabatte/Incentives für Anbindung an ÖV bzw. äußere Zone (nur temporäre Rabatte in Einzelfälle angekündigt ohne diese näher auszuführen (...).“

Die Begründung der Kommission sei schlicht falsch, denn die Antragstellerin habe in ihrem Konzept auf Seite 11 Ausführungen zu solchen Rabatten gemacht.

Weiters habe die Kommission in der verbalen Begründung zum Konzept der Antragstellerin ausgeführt:

„(...) Auf das Umland wird im Konzept zwar Bezug genommen; eine Verknüpfung mit dem Angebot für Wien jedoch nicht dargestellt (ZB keine Incentives für Pendler) (...).“

Diese verbale Begründung der Kommission sei ebenso falsch. Das Konzept der Antragstellerin gehe detailliert auf das Umland ein, wo in dem Umfang ausschließlich die Antragstellerin aktiv sei. Die Bewertungskommission würde „Verknüpfung mit dem ÖV“ ausschließlich auf preisliche Vergünstigungen reduzieren, ohne dafür eine Grundlage in den Ausschreibungsunterlagen zu haben.

Die Bewertung der Kommission für die Antragstellerin von lediglich 50 Punkten in diesem Subkriterium sei auf Basis der verbalen Begründung nicht nur objektivierbar widersprüchlich/falsch, sondern auch noch außerhalb der Lebenserfahrung.

Für das Subkriterium „erweiterte Ordnerdienste“ fänden sich bei der Antragstellerin unter anderem folgende Ausführungen:

„Angebot beschränkt sich auf 8 Ordner in der vorgegebenen Mindestzeit von 6:00 bis 18:00 ergänzt um Samstag und Sonntag 6:00 bis 18:00. Der darüberhinausgehende Vorschlag eines betriebsübergreifenden Konzepts beinhaltet 11 Ordner.“

Diese verbale Begründung stünde im klaren Widerspruch zum Konzept der Antragstellerin. Hier werde an mehreren Stellen des Konzepts unzweifelhaft ausgeführt, dass die Antragstellerin zumindest 11 Ordner für den Ordnerdienst anbiete (Seiten 12,13 und 14 des Konzepts).

Die Bewertung der Kommission für die Antragstellerin von lediglich 30 Punkten in diesem Subkriterium sei auf Basis der verbalen Begründung folglich nicht nur objektivierbar widersprüchlich/falsch, sondern auch noch außerhalb jeder Lebenserfahrung.

Beim Subkriterium „Verkehrssicherheit und Wartung der Fahrzeuge“ fänden sich für die Antragstellerin folgende Ausführungen:

„Angaben zur Verkehrssicherheit/Wartung der Scooter lassen eine Verkehrssicherheit entsprechend den Forderungen der KfV erwarten. Helme werden nur im Rahmen von temporären Kampagnen angeboten. Alkotest ist nicht verpflichtend und kann auch bei nicht bestandem Test weiterhin der Scooter verwendet werden. Drosselung bei Anfängermodus vorhanden. Altersprüfung der Nutzer ist nicht vorgesehen.“

In diesem Kriterium würden von der Kommission Umstände bewertet, die klar ausschreibungswidrig seien. Wie Punkt 6.3 lit. d der Verfahrensverständigung unzweifelhaft entnommen werden könne, werde in diesem Kriterium die Verkehrssicherheit und Wartung der Fahrzeuge bewertet. Zu bewerten sei daher ausschließlich das Fahrzeug an sich und nicht etwa, ob der jeweilige Bieter auch Grathelme anbiete. Durch Helme werde die Verkehrssicherheit des Fahrzeugs/Scooters in keiner Weise verbessert. Es werde lediglich der Nutzer geschützt, was jedoch gerade nicht bewertungsgegenständlich sei.

Da die Kommission die Verteilung von Helmen für die Nutzer jedoch in diesem Kriterium entsprechend der verbalen Begründung bei allen Bietern berücksichtigt habe, weiche sie von den bestandsfesten Vorgaben der Verfahrensverständigung ab. Die Bewertung sei daher klar vergaberechtswidrig.

Beim Subkriterium „Über Mindestanforderungen hinausgehend angebotene Erreichbarkeit für AG und Kunden“ werde für das Angebot der Antragstellerin folgendes ausgeführt:

„Betreiber sieht ein mehrschichtiges Kommunikationssystem 24/7 für die Nutzer vor. In der direkten Kommunikation mit den Nutzerinnen ist die Mehrsprachigkeit über Deutsch/Englisch nicht gegeben (Hotline nur Deutsch und Englisch) (...).“

Diese Ausführung stünde im klaren Widerspruch zum Konzept der Antragstellerin. Diese führe auf Seite 19 unmissverständlich aus, dass die schriftliche Kontaktaufnahme für Nutzer in Wien zusätzlich in den dort angegebenen Sprachen erfolgen könne. Unzweifelhaft würden auch schriftliche Anfragen, wie zum Beispiel der von den Nutzern am meisten verwendete Live-Chat, eine direkte Kommunikation mit den Nutzern darstellen. Historische Nutzerdaten würden

zudem zeigen, dass schriftliche Anfragen beinahe drei Viertel aller Anfragen ausmachen würden.

In der verbalen Begründung führe die Bewertungskommission bei der Antragstellerin weiter aus:

„(...) Für den AG gibt es nur werktags die Möglichkeit der direkten Kontaktaufnahme in der Zeit von 7:00 bis 20:00.“

Diese Ausführung stünde im klaren Widerspruch zum Konzept der Antragstellerin (Ausführungen auf Seite 20 des Konzepts der Antragstellerin).

Die Bewertung der Kommission für die Antragstellerin von lediglich 60 Punkten in diesem Subkriterium sei auf Basis der verbalen Begründung nicht nur objektivierbar widersprüchlich/falsch, sondern auch außerhalb jeder Lebenserfahrung.

Die Bieterin E. GmbH würde nicht über die geforderte technische Leistungsfähigkeit verfügen:

Gemäß Punkt 3.1 der Verfahrensverständigung sei zumindest ein Referenzprojekt mit näher definierten Eigenschaften erforderlich, wobei als Referenzzeit eine Dauer der Leistungserbringung von zumindest 2 Jahren verlangt sei.

Die genannte Bieterin sei bisher weder am österreichischen noch auf einem anderen Markt als Vermieter von elektronischen Klein- und Minirollern tätig geworden und könne daher den geforderten Referenznachweis nicht selbst erbringen. Falls die genannte Bieterin diesbezüglich einen Subunternehmer namhaft gemacht haben sollte, sei zu prüfen, ob diesbezüglich allenfalls unzulässiges „Referenz-Shopping“ vorliege.

Die Antragsgegnerin hat mit Schreiben vom 08.05.2023 wie folgt repliziert:

Der objektive Erklärungswert der Bewertungskriterien sei klar und eindeutig.

Bei der angesprochenen CO₂-Ersparnis gehe es nicht primär um das Einsammeln der Miniroller und das Verbringen zu den Parkmöglichkeiten. Es ginge vielmehr primär das Erreichen des Ziels außerhalb der Inneren Stadt und außerhalb der inneren Bezirke. Durch ein solches Erreichen des Ziels („Last Mile“) ergeben sich einerseits ein Mehrwert für die Nutzer und andererseits für die Auftraggeberin eine Ersparnis an CO₂-Emissionen. Das Kriterium werde durchgängig mit identer Formulierung und widerspruchsfrei verwendet.

Die Bewertungskriterien seien bestandsfest. Die Antragstellerin habe diesbezüglich keine Fragen gestellt. Ein Wurzelmangel liege nicht vor. Nach dem BVergKonz 2018 würde es genügen, die Zuschlagskriterien in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung zu nennen (§ 55 Z 6 BVergKonz 2018). Es hätte daher nicht einmal einer Gewichtung der genannten Kriterien bedurft. Umso weniger sei eine ins letzte Detail gehende Determinierung der Bewertung von Konzepten erforderlich. In diesem Sinne sei die von der Antragstellerin zitierte Rechtsprechung nicht einschlägig, weil sie sich nicht auf das BVergKonz 2018 beziehe. Unrichtig sei auch, dass eine willkürliche Bewertung erfolgt sei.

Es sei keine ausschreibungswidrige Punktevergabe durch die Bewertungskommission erfolgt. Die Antragstellerin beanstande hier, dass die vergebene Punktezahl nicht immer mit der verbalen Schulnote übereinstimme. Die Jury habe die Punkte gemäß der Ausschreibung durch Mehrheitsbeschluss vergeben.

Vor allem seien etwaige Abweichungen jedenfalls nicht zum Nachteil der Antragstellerin erfolgt. So habe die Antragstellerin bei einigen Bewertungskriterien jeweils eine höhere Punktezahl erhalten als der zugeordneten Schulnote entsprechen würde. Dagegen hätten die Mitbewerber zum Teil im Vergleich zu der vergebenen Schulnotenbewertung weniger Punkte erhalten, zum Beispiel 85 Punkte, obwohl eine Einstufung als sehr gut erfolgt ist.

Es gebe kein Bewertungskriterium „Allgemein“. Es handle sich dabei lediglich um eine vorangestellte allgemeine Erläuterung ohne Anspruch auf Vollständigkeit. Eine Vergabe von Punkten sowie Schulnoten für „Allgemein“ sei nicht erfolgt.

Mit „GO-Fencing“ sei „Geo-Fencing“ gemeint und habe die Jury auch durchgehend von „Geo-Fencing“ gesprochen. Das Konzept der Antragstellerin sei zu Recht als befriedigend mit 50 Punkten bewertet worden. Im Sinne eines beweglichen Systems werde das Konzept als Einheit bewertet, wobei ein lediglich dem Stand der Technik entsprechendes Konzept mit 1 Punkt als genügend zu bewerten sei. Die Antragstellerin habe mit 50 Punkten ein deutlich besseres Ergebnis erzielt als lediglich der verlangte Mindeststandard. Die von der Antragstellerin angesprochenen Vorteile ihres Systems wie insbesondere die Ausführungen der Antragstellerin zum Geofencing, zur GPS-Ortung und zum IoT-System F. seien positiv gewürdigt worden und in die Bewertung eingeflossen.

Mitbewerberinnen hätten jedoch - anders als die Antragstellerin - über eine bloße GPS-Ortung hinausgehende Absicherungen. Eine bloße GPS-Ortung ermögliche bloß eine Genauigkeit von +/- 3 Metern und sei gerade keine Garantie dafür, dass kein Fahrzeug auf dem Gehsteig zu Unrecht abgestellt werde, sowie, dass die Fahrzeuge in den verordneten Abstellflächen mit in der Regel nur 2 x 5 Metern abgestellt würden.

Es sei auch zu Recht ein Abzug von Punkten in der Bewertung der Antragstellerin erfolgt, weil das Betriebskonzept der Antragstellerin gerade keine manuelle Auswertung der von den Nutzerinnen übermittelten Fotos vorsehe. Eine manuelle Auswertung erst als Reaktion auf die gemeldeten falsch geparkten E-Scooter sei eben schlechter als eine generelle manuelle Überprüfung der Fotos, wie dies in den Betriebskonzepten der Mitbewerberinnen vorgesehen sei.

Bei der Antragstellerin bewertet worden sei auch, dass ein Beenden der Miete nicht möglich sei, wenn das übermittelte Foto eine schlechte Bildqualität aufweise. Anders als bei Mitbewerbern würden jedoch Sanktionen für schlechte Bildqualitäten der Fotos nicht angeboten und bestünden daher bei der Antragstellerin nur die Möglichkeiten, das Foto zu akzeptieren und die Miete zu beenden oder das Foto nicht zu akzeptieren und die Miete nicht zu beenden. Diesbezüglich sei das Angebot des Betriebskonzepts der Antragstellerin eben schlechter als ein Konzept der Mitbewerber.

Zum Subkriterium Mehrwert für Nutzer (Last Mile) und Auftraggeber (CO₂-Ersparnis infolge Nutzung des Systems außerhalb der Inneren Bezirke bzw. der

Inneren Stadt) sei zunächst auszuführen, dass nach den bestandsfesten Festlegungen ein dem derzeitigen Stand der Technik entsprechendes Betriebskonzept mit „genügend“ und einem Punkt zu bewerten gewesen sei und das Betriebskonzept der Antragstellerin mit „befriedigend“ und 50 Punkten auch die zahlreichen positiven Aspekte des Betriebskonzept der Antragstellerin wiedergebe. So seien zum Beispiel für Nachhaltigkeit im Allgemeinen die CO₂-Neutralität des Betriebs und die genannte Recycling-Quote positiv bewertet worden.

Primär bewertungsrelevant sei hier das Angebot in den äußeren Bezirken Wiens; und zwar, ob und inwieweit durch das Angebot der Scooter-Betreiber eine Substitution von CO₂ erzeugendem Verkehrsverhalten möglich sei. Dazu habe das Betriebskonzept der Antragstellerin die eindeutig schwächsten Angaben gemacht. Das Betriebskonzept der Antragstellerin sehe massive Einschränkungen des Angebots im 21. und 22. Bezirk und im Westen (insbesondere im 14. Bezirk) vor. Dies sei aus der von der Antragstellerin präsentierten Kartendarstellung des zukünftigen Geschäftsgebiets herauslesbar.

Die Fokussierung der Antragstellerin auf der Inneren Bezirke werde auch durch das als verbindlich anzusehende Betriebskonzept bekräftigt, wonach die Antragstellerin für die Inneren Bezirke die dort angeführte Zahl an Lizenzen fordere und nur punktuell in der Seestadt und in bestimmten Teilgebieten im Süden Wiens die Scooter vorsehe. Eine flächendeckende Versorgung aller (!) bewohnter Gebiete in den Außenbezirken, noch dazu in einer Anzahl bzw. in einem Verhältnis, wie es sich aus den geforderten Lizenzen für die Inneren Bezirke ergebe, sei dem Betriebskonzept hingegen nicht zu entnehmen.

Es falle auf, dass die Antragstellerin diesen ersten und zentralen Teil der Begründung in ihrer Kritik nicht aufnehme („Angebot deckt nicht das gesamte Wohngebiet Wiens ab. Große Teile des 21. und 22. Bezirks werden nicht erfasst.“). Allein diese Angebotsreduktion rechtfertige das „befriedigend“ bzw. die 50 Punkte.

Auch die Begründung zu den fehlenden konkreten, dauerhaften Incentives/Rabatten für die Anbindung an den öffentlichen Verkehr sei richtig. Der Begründung sei im Klammerausdruck des Juryprotokolls zu entnehmen, dass zwar die temporären Rabatte in Einzelfällen angekündigt würden, ohne diese jedoch

näher auszuführen. Ein Blick auf die von der Antragstellerin genannte Seite 11 des Betriebskonzepts bestätige diese Bewertung. Es werde kein einziges, nachhaltiges Incentive/kein einziger konkreter Rabatt für die Anbindung an den öffentlichen Verkehr angeboten, die über eine kurze Zeit hinausginge. Hier weiche die Antragstellerin von dem Betriebskonzept der Mitbewerber zum Nachteil der Nutzer ab.

Auch zu den von der Antragstellerin erwähnten „Bezirksangeboten“ (Nachprüfungsantrag Seite 10) würden konkrete, letztlich einforderbare Angebote im Betriebskonzept der Antragstellerin fehlen. Die diesbezüglichen Aussagen im Betriebskonzept seien zu offen, als dass sie eine noch bessere Bewertung gerechtfertigt hätten; dies umso mehr, als mit diesem optionalen Angebot eine Anknüpfung an den öffentlichen Verkehr nicht konkret abgeleitet werden könne. Unklar sei ebenfalls, bis wann diese „Bezirkspreise“ umgesetzt werden sollen und ob auch die „Bezirksangebote“ mit 12 Monaten befristet seien. Ebenfalls unklar sei, wer die Kosten für die Maßnahme im Falle einer potentiellen Umsetzung tragen müsste. Für den Fall, dass die Antragstellerin die Kostentragung nicht bei sich sähe, wäre dieses Angebot auch nur bedingt oder gar nicht als Rabatt/Incentive der Antragstellerin zu sehen.

Entgegen dem Vorhalt der Antragstellerin sei der Umstand, dass die Antragstellerin im Wiener Umland den Betrieb von E-Scootern anbiete, weder positiv noch negativ bewertet worden. Für die positive Bewertung würde die Verknüpfung mit dem Angebot für Wien fehlen. Es würden konkrete Incentives für PendlerInnen fehlen. Die verbale Begründung der Jury nehme auf das im Betriebskonzept umfangreich dargestellte Angebot der Antragstellerin im Wiener Umland Bezug und mache klar, dass das reine Anbieten von E-Scootern in dem näher ausgeführten Umland von Wien kein Grund für eine Besserbewertung sei.

Zur Bewertung des Subkriteriums „Erweiterte Ordnerdienste“ sei im Dienstleistungskonzessionsvertrag (Punkt 7.9, Seite 17) der Mindeststandard festgelegt, welcher mit „genügend“ bzw. 1 Punkt zu bewerten sei. Das Bewertungskriterium „erweiterter Ordnerdienst“ sei definiert als „mehr als Montag bis Freitag von 06:00 bis 18:00 Uhr“. Vor dem Hintergrund dieses Mindeststandards sei das Betriebskonzept der Antragstellerin auch in diesem Kriterium im Vergleich zu den Mitbewerbern deutlich schlechter. Es sehe

Orderdienste lediglich in der dort angegebenen Zeit, jedenfalls nicht „rund um die Uhr“ vor. Schon deshalb sei die Bewertung mit „ausreichend – 30 Punkte“ gerechtfertigt.

Auch der Vorwurf der Antragstellerin, die Begründung würde ihrem Konzept widersprechen, sei unrichtig. Die Antragstellerin spreche in ihrem Nachprüfungsantrag von einem Angebot mit einer höheren Zahl an Ordner. Sie vergesse hierbei zu erwähnen, dass diese zusätzlichen Ordner nur im Fall eines „Anbieterübergreifenden Ordnerdienstes“ angeboten würden, welche sich in Summe nur auf die Zonen 1 und 2 (= Innere Bezirke) beschränke und gerade nicht das bewertungsrelevante gesamte Gebiet Wien („ganz Wien“) umfasse. Ein anbieterübergreifender Ordnerdienst sei aber nicht ausgeschrieben bzw. setze eine aktuell nicht bewertbare Mitwirkung Dritter voraus, weshalb die diesbezüglich angebotenen Ordner – wie auch bei den Mitbewerbern – nicht zu berücksichtigen gewesen seien. Für „ganz Wien“ unter Außerachtlassung des anbieterübergreifenden Ordnerdienstes für die Zonen 1 und 2 sehe das Angebot eben nur die dort angegebene geringere Ordnerzahl vor.

Für den Fall, dass es zu keinem anbieterübergreifenden Ordnerdienst komme, sehe die Antragstellerin sogar nur die dort angeführte Zahl an Vollzeitäquivalenten als Ordner für gesamt Wien vor. Dieses Angebot für den Fall, dass es zu keinem Anbieter-übergreifenden Ordnerdienst komme, entspreche lediglich dem Mindeststandard und rechtfertige nur ein „genügend – 1 Punkt“. Im Ergebnis sei die Bewertung mit „ausreichend – 30 Punkte“ somit mehr als positiv für die Antragstellerin.

Zur Bewertung des Subkriteriums „Verkehrssicherheit und Wartung der Fahrzeuge“ seien Angaben zur Verkehrssicherheit und zur Wartung der Fahrzeuge wie beispielsweise „Erfüllung diesbezüglicher veröffentlichter Forderungen zur Verkehrssicherheit des Kuratoriums für Verkehrssicherheit, Drosselung der maximal vom Nutzer erzielbaren Geschwindigkeit oder Sicherheit der Akkus“ gefordert. Auch hier gelte, dass ein lediglich dem Stand der Technik entsprechendes Betriebskonzept mit „genügend – 1 Punkt“ zu bewerten sei.

Negativ gewertet worden seien unzureichende Angaben/Angebote im Betriebskonzept zur Helmtragepflicht bzw. die Beschränkung auf eine reine

Nutzersensibilisierung im Rahmen nicht näher konkretisierter „Kampagnen“ bzw. „Kooperationen“ mit öffentlichen Stellen und Verbänden, die „fehlenden konkreten Angaben/Angebote zur Überprüfung des Alters der LenkerInnen“ und vor allem auch die im Angebot näher beschriebenen Lösungen zum Thema „Alkotest“.

Wenn die Antragstellerin selbst im Nachprüfungsantrag die Auffassung vertrete, dass durch Helme die Verkehrssicherheit des Fahrzeugs/Scooter in keiner Weise verbessert werde, rechtfertige allein dieser Satz die gegenständliche Bewertung. Allein dieser Satz im Nachprüfungsantrag zeige das fehlende Verständnis der Antragstellerin zum einen für das gegenständliche Verfahren und zum anderen für die Anforderungen an einen sicheren Straßenverkehr unter Einbindung der E-Scooter. Zu Punkt 6.3 lit. d der Verfahrensverständigung werde ausdrücklich auf die Forderungen des Kuratoriums für Verkehrssicherheit zur Verkehrssicherheit hingewiesen. Das Kuratorium für Verkehrssicherheit habe mehrfach die Bedeutung des Tragens von Helmen bei E-Scootern hingewiesen, was der Antragstellerin als sachverständiger Betreiberin von E-Scootern bewusst sein sollte. Gleiches gelte für das Unterbleiben des Fahrens von E-Scootern im Rauschzustand sowie für die Sicherstellung, dass die Nutzer über das erforderliche Mindestalter verfügen.

Zur Bewertung des Kriteriums „erweiterte Erreichbarkeit für Auftraggeber und Kunden (Call-Center, kundenfreundliche Lösungen) sei zunächst auszuführen, dass ein dem Stand der Technik entsprechendes Angebot mit „genügend – 1 Punkt“ zu bewerten sei. Ein „Call-Center“ sei vom Sprachgebrauch zunächst ein Kommunikationsdienst, bei dem NutzerInnen eine Person mittels „Call“, d.h. Telefonat, erreichen könnten und nicht rein schriftlich wie über Live-Chat oder E-Mail. Der Umstand, dass die Antragstellerin eben eine schriftliche Kontaktaufnahme wie über Live-Chat auch in den dort angeführten Sprachen vorsehe, habe eben die Besserbewertung mit „befriedigend – 60 Punkte“ zur Folge gehabt. Eine darüber hinausgehende Mehrsprachigkeit im Bereich der Hotline (Call Center) sei dagegen nicht angeboten worden und hätte im Konzept der Antragstellerin daher auch nicht besser bewertet werden können.

Zur Kontaktmöglichkeit seitens der Auftraggeberin sähen die Mindestanforderungen (Punkt 7.9 Abs. 1 des Dienstleistungskonzessionsvertrags) eine Erreichbarkeit zwischen 07:00 und 18:00 Uhr vor. Hier gehe das Angebot der

Antragstellerin im dort angeführten Ausmaß und damit geringfügig über dieses Mindestausmaß hinaus.

Die im Nachprüfungsantrag hervorgehobene Erreichbarkeit 24/7 sei durch den Zusatz „bei konkreten, operativ dringenden Problemen“ eingeschränkt. Dieser einschränkende Zusatz sei im Vergleich zu der oben genannten Erreichbarkeit zu lesen. Offenbar würde eine bloße - von der Auftraggeberin wahrgenommene - Dringlichkeit nicht genügen. Es müssten „konkrete operative“ Umstände hinzutreten, um die Erreichbarkeit der Kontaktperson 24/7 zu ermöglichen, was mit „Gefahr im Verzug“ gleichzusetzen sei. Eine derart eingeschränkte Kontaktaufnahme gehe wiederum nicht deutlich über den Mindeststandard hinaus. Eine bessere Bewertung als „befriedigend - 60 Punkte“ sei dadurch ausgeschlossen.

Es läge keine Überschreitung des Beurteilungsspielraums vor. Allfällige Über- und Unterbewertungen hätten keine maßgebliche Bedeutung. Im gegenständlichen Fall sei das Betriebskonzept der Antragstellerin mit 48 gewichteten Punkten deutlich schlechter bewertet als die Betriebskonzepte der übrigen BieterInnen. Allein der Abstand zur viertgereihten Bieterin, welche 77 gewichtete Punkte erhalten habe, betrage 29 gewichtete Punkte. Die Antragstellerin habe es unterlassen, die Relevanz der einzelnen behaupteten Bewertungsfehler auf das Ergebnis der Entscheidung darzustellen, obwohl die Antragstellerin offenkundig durchgehend in allen von ihr angefochtenen Bewertungskriterien deutlich bessere Bewertungen benötigt hätte, um eine Vorreihung vor den 5. Platz zu erwirken. Für eine derartige Umreihung genüge es nicht, wenn ihr Betriebskonzept in dem einen oder anderen Kriterium besser zu bewerten sein sollte.

Selbst eine rein hypothetische Besserbewertung der Antragstellerin zu den hoch gewichteten Kriterien „Kontrolle des Nutzerverhaltens“, „Mehrwert für Nutzer und Auftraggeber“ und „erweiterte Ordnerdienste“ auf jeweils 80 Punkte (Schulnote: „gutes Gut“) hätte keine Umreihung der Antragstellerin auf den 4. Rang zur Folge. Bei dieser rein hypothetischen Bewertung habe die Auftraggeberin die Annahme getroffen, dass die Aussagen der Antragstellerin zum Alkoholtest/Helmpflicht/Angebot für Helme jedenfalls keine Besserbewertung als die bisherige Bewertung zu dem Kriterium „Verkehrssicherheit und Wartung der Fahrzeuge“ erlauben würde, ebenso wie die offenkundig schlechteren Angaben der

Antragstellerin zur „Erreichbarkeit für Auftraggeber und Kunden“. Eine Besserbewertung als ein „gutes Gut – 80 Punkte“ zu den hoch gewichteten Kriterien sei aber wegen der aufgezeigten offenkundigen Defizite im Betriebskonzept, wie zum Beispiel erhebliche Einschränkungen beim erfassten Betriebsgebiet der Stadt Wien, Einschränkungen beim Ordnerdienst, aber auch bei der Kontrolle des Nutzerverhaltens ausgeschlossen. Im Ergebnis zeige allein diese hypothetische Bewertung des Betriebskonzepts der Antragstellerin, dass der Nachprüfungsantrag keine Aussicht auf Erfolg habe.

Zur technischen Leistungsfähigkeit der E. GmbH sei auszuführen, dass die E. GmbH Teil des E. Konzerns sei, der in Europa zahlreiche E-Scooter-Standorte erfolgreich betreibe. Entsprechende Referenzlisten und AuftraggeberInnenbestätigungen seien vorgelegt und entsprechende (Vor-Ort)-Erkundigungen eingezogen worden. Die E. GmbH habe entsprechend der bestandsfesten Festlegung (Punkt 2.14 Verfahrensverständigung) eine vom Mutterkonzern unterschriebene Patronatserklärung sowie einen Organisationsplan der Konzern- und Gesellschafterstruktur vorgelegt. Sie habe sich auf die Kapazitäten und Ressourcen des Mutterkonzerns berufen und sei nicht auszuscheiden.

Die vier für den Abschluss der Rahmenvereinbarung vorgesehenen Bieterinnen haben jeweils begründete Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag erhoben.

Die Antragstellerin hat mit der ergänzenden Stellungnahme vom 24.05.2023 unter anderem ausgeführt, die mangelnde technische Leistungsfähigkeit der E. GmbH würde sich dadurch ergeben, dass – wie aus der Replik der Antragsgegnerin zu schließen sei - diese Bieterin keine Verfügbarkeitserklärung gemäß Anhang C der Verfahrensverständigung abgegeben hätte.

Es wurde am 31.05.2023 eine mündliche Verhandlung durchgeführt.

In dieser mündlichen Verhandlung wurde zunächst umfassend die Frage erörtert, ob die E. GmbH aus dem Grund der Nichtabgabe einer Verfügbarkeitserklärung auszuscheiden sei. Danach wurde ebenfalls umfassend erörtert, welche bewertungsrelevanten Unterschiede dazu geführt haben, dass das Betriebskonzept der Antragstellerin im Ergebnis weniger gut bewertet worden ist als die ihrer vier

für den Abschluss der Rahmenvereinbarung vorgesehenen Mitbewerberinnen. Dabei lag ein Schwergewicht der Erörterung darin, ob oder inwieweit das Angebot der Antragstellerin bei den einzelnen Bewertungskriterien hinter den Angeboten der Mitbewerberinnen zurückbleibt und ob oder inwieweit ein Reihungssturz in Betracht kommt. Der genaue Verlauf und Inhalt der mündlichen Verhandlung ist dem im Akt befindlichen Verhandlungsprotokoll samt der Beilage zum Verhandlungsprotokoll zu entnehmen.

Die Antragstellerin hat 02.06.2023 einen Schriftsatz mit einer Protokollanmerkung und einem ergänzenden Vorbringen übermittelt. Die Protokollanmerkung betrifft das Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, dass die Ortung der abgestellten Scooter bei ihr ebenfalls eine Genauigkeit von wenigen Zentimetern erreichen würde und damit nicht schlechter sei, als die diesbezügliche Genauigkeit der Ortung der abgestellten Scooter durch die Mitbewerber. Das ergänzende Vorbringen enthält Rechtsausführungen mit Nachweisen aus Judikatur und Literatur zur Frage des Nachweises der Verfügbarkeit der Mittel für den Fall, dass sich ein Bieter zum Nachweis seiner technischen Leistungsfähigkeit auf die Referenzen von verbundenen Unternehmen stützt.

Folgender entscheidungswesentliche Sachverhalt wurde festgestellt:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin und führt ein Verhandlungsverfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung betreffend die Vergabe einer Dienstleistungskonzession mit vier Konzessionären über die Bereitstellung und Vermietung von stationslosen elektrisch betriebenen Kleinrollern und Minirollern sowie stationslosen Mietfahrrädern. Im Zuge dieses Vergabeverfahrens hat die Antragsgegnerin der Entscheidung vom 14.04.2023 bekannt gegeben, dass beabsichtigt ist, die Rahmenvereinbarung mit der B. BV, der C. GmbH, der D. GmbH und der E. GmbH abzuschließen. Das Angebot der Antragstellerin sei aufgrund der erfolgten Angebotsbewertung hinter den Angeboten der vier angeführten Bieter gereiht. Die Entscheidung beinhaltet detaillierte Angaben zu den Bewertungsergebnissen der vier erfolgreichen Angebote und des Angebotes der Antragstellerin.

Die Verfahrensverständigung lautet auszugsweise (Hervorhebungen auch in der Bekanntmachung):

„ 1.4 LEISTUNGSGEGENSTAND DIENSTLEISTUNGSKONZESSION

Gegenstand des Vergabeverfahrens und der in Folge dieses Vergabeverfahrens abzuschließenden Rahmenvereinbarung ist jeweils die Dienstleistungskonzession zur nicht exklusiven, aber im Zugang geregelten Bewirtschaftung in ganz Wien mit elektrisch betriebenen Klein- und Miniroller und stationslosen Mietfahrrädern auf eigenes Risiko und auf eigene Rechnung. Alle Kosten aus und im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Systems der Bereitstellung bzw. Vermietung elektrisch betriebenen Klein- und Miniroller und stationsloser Mietfahrräder trägt der jeweilige Konzessionär. Alle Erlöse stehen dem jeweiligen Konzessionär zu. Das Erlörisiko trägt ausschließlich der Konzessionär.

Die nachstehenden Vorgaben sind seitens des Auftraggebers Mindestbedingungen, die sowohl im gegenständlichen Vergabeverfahren als auch für die Ausübung der Dienstleistungskonzession zwingend gelten und Vertragsbestandteil werden:

- Bestimmungen des Dienstleistungskonzessionsvertrags (Anhang ./F)*
- Bestimmungen der Verordnung des Magistrats der Stadt Wien betreffend elektrisch betriebene Klein- und Miniroller und stationslose Mietfahrräder (Anhang./G)*
- Kooperationsvertrag der WIENER LINIEN GmbH & Co KG (Beilage ./H)*
- Kooperationsvertrag G. GmbH (Beilage ./I)*

Die Auftraggeberin schließt mit vier (4) Konzessionären jeweils einen solchen Dienstleistungskonzessionsvertrag für „die Bereitstellung / Vermietung elektrisch betriebener Klein- und Miniroller und stationsloser Mietfahrräder“ für ganz Wien ab. Gegenstand dieses Dienstleistungskonzessionsvertrags sind jeweils das Recht zur nicht exklusiven, aber im Zugang geregelten Bewirtschaftung für ganz Wien mit elektrisch betriebenen Klein- und Miniroller und stationslosen Mietfahrrädern auf eigenes Risiko und auf eigene Rechnung. Dieser für ganz Wien abgeschlossene Dienstleistungskonzessionsvertrag sieht differenzierte Regelungen / Beschränkungen für folgende Gebiete vor:

- Gebiet 1: „Innere Stadt“: 1. Bezirk*
- Gebiet 2: „Innere Bezirke“: 2.-9. Bezirk und 20. Bezirk*
- Gebiet 3: „Äußere Bezirke“:*

Es dürfen

- in Gebiet 1 insgesamt maximal 500,*

- in Gebiet 2 maximal 1.500 und
- in Gebiet 3 Keine Höchstgrenze

stationslose Klein- und Miniroller und stationslose Mietfahrräder an jedem Tag, jeweils um 07:00 Uhr positioniert werden.

Die hier genannten Höchstzahlen an elektrisch betriebene Klein- und Miniroller und stationslosen Mietfahrrädern sind jeweils eine Gesamtzahl und bezieht sich auf die Summe an elektrisch betriebener Klein- und Minirollern und stationslosen Mietfahrrädern pro Tag.

Jene Konzessionäre, welche die Vermietung von elektrisch betriebenen Klein- und Minirollern und stationslosen Mietfahrrädern in Gebiet 1 („Innere Stadt“) und/oder in Gebiet 2 („Innere Bezirke“) bzw „ganz Wien“ angeboten haben, müssen zwingend bei sonstigem Ausscheiden die Vermietung einer im Verhältnis 1 (eins) : (zu) 1 (eins) zur im Gebiet 1 und 2 zugelassenen Maximalanzahl an stationslosen Klein- und Miniroller auch in Gebiet 3 anbieten („No-Cherry-picking-Regel“). Diese für das Gebiet 3 anzubietende gleiche Anzahl an stationslosen Klein- und Minirollern muss in den Bezirken des Gebietes 3 angeboten werden; dh. für jeden im Gebiet 1 oder Gebiet 2 zugelassenen stationslosen Klein- und Miniroller bzw stationsloses Mietfahrrad muss der Konzessionär zumindest auch einen stationslosen Klein- und Miniroller bzw stationsloses Mietfahrrad im Gebiet 3 nachweislich anbieten. Eine Fokussierung auf einzelne Bezirke im Gebiet 3 ist unzulässig.“

„2.14. SUBUNTERNEHMER, VERBUNDENE UNTERNEHMEN, BERUFUNG AUF SONSTIGE DRITTE UND WEITERGABE DES AUFTRAGS

Bieter können in den Teilnahmeunterlagen sowie in den Angeboten rechtsverbindlich den Einsatz von bestimmten Subunternehmern anbieten.

Der Auftragnehmer kann Subunternehmer unter seiner uneingeschränkten Verantwortung und Haftung beauftragen, sofern diese Subunternehmer für die von ihnen zu erbringenden Leistungsteile befugt und fachlich leistungsfähig sind. Der Auftragnehmer haftet jedoch voll dafür, dass dieser Subunternehmer alle vertraglichen Vereinbarungen kennt und auch entsprechend einhält.

Für den Fall, dass der Bieter sich zum Nachweis seiner Eignung (z.B. Nachweis Referenzaufträge) zum Teil auf verbundene Unternehmen (§ 2 Z 22 BVergGKonz 2018) bezieht, hat er den Nachweis bei Angebotsabgabe zu führen, dass er über diese(s) verbundene(n) Unternehmen verfügt (Vorlage einer Patronatserklärung gemäß Anhang ./B oder einer entsprechend ausgefüllten Subunternehmererklärung/Verfügbarkeitserklärung gemäß Anhang ./C der

Verfahrensverständigung oder Vorlage Firmenbuchauszug, wenn diese(s) verbundene(n) Unternehmen vom Bieter beherrscht wird (werden) - vgl. § 51 BVergGKonz 2018).

Für den Fall, dass der Subunternehmer die geforderte Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers einschließlich seiner besonderen Eignung im Hinblick auf die Auswahlentscheidung zum Teil ersetzen bzw ergänzen soll, hat er den Nachweis bei Abgabe des Teilnahmeantrags zu führen, dass er über diesen Subunternehmer verfügt (vgl. § 51 BVergGKonz 2018; Vorlage einer entsprechend ausgefüllten Subunternehmererklärung/Verfügbarkeitserklärung gemäß Anhang ./C der Verfahrensverständigung).

Im Übrigen hat der Bieter bis längstens Abgabe des Last and Best Offers jene Subunternehmer zu nennen, die mehr als 10% der Leistung im gegenständlichen Fall erbringen sollen. Auch für diese – nicht notwendigen – Subunternehmer sind die Eignungsnachweise spätestens zum Zeitpunkt der Abgabe der Angebote vorzulegen.

Diese rechtsverbindlich angebotenen Subunternehmer/verbundenen Unternehmen sind bei einer allfälligen Auftragserteilung in jenem Umfang einzusetzen, wie dies in den Angeboten rechtsverbindlich angeboten wurde. Nach Auftragserteilung darf der Auftragnehmer nur die im Zuge des Vergabeverfahrens genannten freigegebenen Subunternehmer oder Subunternehmer nach vorangehender Zustimmung des Auftraggebers einsetzen. Die Zustimmung zu einem derartigen nachträglichen Subunternehmer wird der Auftraggeber nur dann gewähren, wenn der nachnominierte Subunternehmer zumindest über dieselbe Eignung verfügt, wie sie von diesem Subunternehmer im Zuge des gegenständlichen Vergabeverfahrens zu erbringen gewesen, wäre UND der Auftragnehmer durch diese Nachnominierung keinen ungerechtfertigten Vorteil im Vergleich zu seinen Mitbieter erzielt (zB nicht mehr die im Zuge des Vergabeverfahrens genannten und bewerteten Personen einsetzt und dies nicht durch zumindest gleichwertige Personen ersetzt). In diesem Sinn weist der Auftraggeber ausdrücklich darauf hin, dass der namhaft gemachte Subunternehmer und die angebotenen Schlüsselpersonen während des Vergabeverfahrens und im Fall der Auftragserteilung während der Leistungserbringung nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers bzw. nach dessen schriftlicher Aufforderung ausgetauscht bzw. abgezogen werden darf.

Die Weitergabe des gesamten Auftrags ist ausgeschlossen.“

„6. KRITERIEN

Es werden die fristgerecht abgegebenen Angebote, die den Ausschreibungsunterlagen entsprechen, anhand der im Folgenden aufgelisteten Kriterien von der Jury bewertet. Diese Bewertung erfolgt anhand der im Angebot gemachten Angaben, und zwar auf Basis der letztgültigen Betriebskonzepte, wie sie der Jury präsentiert wurden, und des Last and Best Offers (Anhang./E). Diese Kriterien lauten wie folgt (Details dazu siehe unten, insbesondere in Bezug auf die Anforderungen zum Betriebskonzept):

- a) Kontrolle des Nutzerverhaltens (Sanktionen bei nicht ordnungsgemäßem Abstellen der Fahrzeuge, zB. bei Abstellen auf Gehsteigen)
- b) Mehrwert für Nutzer (Last Mile) (Co2-Ersparnis infolge Nutzung Systems außerhalb Innere Bezirke bzw. Innere Stadt)
- c) erweiterte Ordnerdienste (mehr als Montag bis Freitag von 6:00 Uhr bis 18:00 Uhr)
- d) Verkehrssicherheit und Wartung der Fahrzeuge
- e) Buchungssystem, Zahlungssystem, Datenschutz Erweiterte Nutzungsmöglichkeit
- f) Über Mindestanforderungen hinausgehend angebotene Erreichbarkeit für AG und Kunden (Callcenter, Kundenfreundliche Lösungen)

Der Zweck dieser Kriterien und deren Bewertung unterscheidet sich jedoch davon, ob ein Angebot für Gebiet 1 („Innere Stadt“) und/oder für Gebiet 2 („innere Bezirke“) und/oder ganz Wien abgegeben wurde, oder nur für Gebiet 3 oder Bezirke des Gebiets 3 oder Grätzl des Gebiets 3.

6.1. QUALITÄTSKRITERIEN

Auch die Angebote für Grätzl des Gebiets 3 müssen ein Betriebskonzept gemäß Pkt 6.3 vorlegen und ein Qualitätsangebot machen, das zumindest den Mindestanforderungen der Auftraggeberin entspricht und einen – gesamtheitlich betrachtet – Mehrwert für das angebotene Gebiet und deren Bevölkerung mit sich bringt. Die Jury entscheidet hierüber anhand der abgegebenen Betriebskonzept zu den oben aufgezählten Kriterien.

6.2. ZUSCHLAGSKRITERIEN, BESTANGEBOTSPRINZIP

Für jene Bieter, die ein Angebot auch für ganz Wien einschließlich Gebiet 1 („Innere Stadt“) und/oder auch für Gebiet 2 („innere Bezirke“) abgegeben haben, gilt das Bestangebotsprinzip. Sie werden anhand der oben aufgezählten Zuschlagskriterien auf Basis der eingereichten Betriebskonzepte (Stand Last and Best Offer) von der Jury bewertet. Die Dienstleistungskonzession soll jenen 4 Bietern erteilt werden, deren Betriebskonzept die höchste Summe an gewichteten Punkten erhalten hat. Diese Bewertung wird auch für die Verteilung der zur Verfügung

stehenden Anzahl an stationslosen elektrisch betriebener Klein- und Minirollern verwendet. Bei einer Gleichbewertung oder Punktegleichstand an gewichteten Punkten (auf eine Kommastelle genau) entscheidet der günstigere Mehrwert für Nutzer (Last Mile). Sollte auch diesbezüglich ein Gleichstand bestehen, entscheidet das Los.

<i>Zuschlagskriterium</i>	<i>Ungewichtete Punkte</i>	<i>Gewicht</i>	<i>Gewichtete Punkte</i>
<i>a) Kontrolle des Nutzerverhaltens (Sanktionen bei nicht ordnungsgemäßem Abstellen der Fahrzeuge etc)</i>	<i>100</i>	<i>30%</i>	<i>30</i>
<i>b) Mehrwert für Nutzer (Last Mile) und AG (Co2-Ersparnis infolge Nutzung Systems außerhalb Innere Bezirke bzw Innere Stadt)</i>	<i>100</i>	<i>30%</i>	<i>30</i>
<i>c) erweiterte Ordnerdienste (mehr als Montag bis Freitag von 6:00 Uhr bis 18:00 Uhr)</i>	<i>100</i>	<i>20%</i>	<i>20</i>
<i>d) Angaben zur Verkehrssicherheit und zur Wartung der Fahrzeuge</i>	<i>100</i>	<i>10%</i>	<i>10</i>
<i>e) Buchungssystem, Zahlungssystem, Datenschutz Erweiterte Nutzungsmöglichkeit:</i>	<i>100</i>	<i>5%</i>	<i>5</i>
<i>f) erweiterte Erreichbarkeit für AG und Kunden (Callcenter, Kundenfreundliche Lösungen)</i>	<i>100</i>	<i>5%</i>	<i>5</i>
<i>Summe</i>		<i>100%</i>	<i>100</i>

Hinweis / Klarstellung 1: Unternehmen, die in wirtschaftlicher Abhängigkeit zu einem anderen Bieter stehen, werden nicht berücksichtigt. Dh.: Eine Konzession wird jeweils nur für eine Unternehmensgruppe¹ erteilt.

Hinweis / Klarstellung 2: Die Begrenzung von 4 Dienstleistungskonzessionen für ganz Wien einschließlich Gebiete 1 („Innere Stadt“) und Gebiet 2 („innere Bezirke“) gilt zwingend.

6.3. BETRIEBSKONZEPT

Bewertungsrelevant ist das letztgültig angebotene Betriebskonzept, dh. für die Gebiete 1 / 2 / ganz Wien jeweils Stand LBO.

Der Bieter hat zwingend mit seinem Angebot ein frei zu formulierende Betriebskonzept im Umfang von max. 20 DIN-A4 Seiten (exklusive allfälliger Beilagen / Tabellen / Diagramme) abzugeben, dem zumindest zu folgenden Themen Aussagen enthalten sind:

- a) Kontrolle des Nutzerverhaltens (Sanktionen bei nicht ordnungsgemäßem Abstellen der Fahrzeuge etc.) beispielsweise Vorsehen, dass Mietvorgang nur dann rechtmäßig beendet werden kann, wenn Foto gemacht wird, das zeigt/bestätigt, dass die Abstellung rechtskonform erfolgt ist; Verhinderung des Parkens auf dem Gehsteig;*
- b) Mehrwert für Nutzer (Last Mile) – welches Angebot wird für die äußeren Bezirke (Gebiet 3) gemacht? Inwieweit ist hier eine Substitution von CO2 erzeugenden Verkehrsverhalten möglich? Inwieweit ist das Angebot nachhaltig bzw. fördert ein nachhaltiges Verhalten? Bewertet werden in diesem Sinn unter anderem Angaben zum Thema Nachhaltigkeit, wie etwa austauschbare Akkus, Herstellung / Entsorgung von Akkus, Lebensdauer, Bezug von Ökostrom. Im Fall eines Angebots für stationslose Fahrräder wird der Mehrwert dieser angebotenen stationslosen Fahrräder für Nutzer (Last Mile) im obigen Sinn bewertet. Dabei sind die von den Wiener Linien angebotenen Fahrräder bei den vorgegebenen Stationen vorrangig und wird nur ein allfälliger darüber hinausgehender Mehrwert positiv bewertet (zB werden E-Bikes angeboten); allfällige Nachteile für das stationsgebundene System von Fahrrädern werden negativ bewertet.*
- c) Ordnerdienste / Erweiterte Nutzungsmöglichkeit: Als Mindestnutzungszeitraum der stationslosen Mietfahrräder und stationslosen elektrisch betriebener Klein- und Miniroller wird Montag bis Freitag von 6:00 Uhr bis 18:00 Uhr vorgesehen. Eine darüberhinausgehende Nutzungsmöglichkeit wird positiv bewertet;*
- d) Angaben zur Verkehrssicherheit und Wartung der Fahrzeuge beispielsweise Erfüllung diesbezüglicher veröffentlichter Forderungen zur Verkehrssicherheit*

¹ Gruppe versteht sich im Sinn mit einander verbundener Unternehmen. „Wirtschaftliche Abhängigkeit“ besteht bei verbundenen Unternehmen.

des Kuratoriums für Verkehrssicherheit, Drosselung der maximal vom Nutzer erzielbaren Geschwindigkeit oder Sicherheit der Akkus (beim Aufladen, wie Reagieren Akkus, wenn sie mit Wasser in Berührung kommen?);

- e) Angaben zu Zahlungsmöglichkeiten der Nutzer, Angaben zum verwendeten Buchungssystem und zur möglichst einfache Handhabung durch den Fahrgast – wobei betreffend das Buchungssystem auch eine Musterstellung bei Präsentation/Verhandlung/Hearing gefordert wird;
- f) Angaben zu einem allfälligen Callcenter (zu erbringende Leistungen des Call Centers, personelle Besetzung, Know-How der MitarbeiterInnen, zum Datenschutz, geplante Maßnahmen zum Datenschutz); Angaben zur Kundenfreundlichkeit – Zusatzangebot zu den Mindestanforderungen

6.4. BEWERTUNG DES BETRIEBSKONZEPTS DURCH DIE JURY

Die Jury bewertet die Qualität des angebotenen Betriebskonzepts anhand des letztgültig vorgelegten Betriebskonzepts, dh. für die Gebiete 1 / 2 / ganz Wien jeweils Stand LBO.

Das eingereichte Betriebskonzept wird durch eine sechsköpfige Jury bewertet. Bei der Beurteilung lässt sich die Jury davon leiten, dass jedes Betriebskonzept dem derzeitigen Stand der Technik entspricht, alle Musskriterien/Mindestanforderungen erfüllt und professionell ausgearbeitet. Dies ist der Mindeststandard, der jeweils eine Beurteilung mit einem ungewichteten Punkt („genügend“) rechtfertigt. Eine Besserbeurteilung erfolgt nur für Betriebskonzepte, die über diesen Mindeststandard hinausgehen. In diesem Sinn haben nur optimale / exzeptionelle Angebotsinhalte jeweils eine Höchstbewertung zur Folge.

Bewertet wird das Betriebskonzept zur den in Punkt 6.1 genannten Zuschlagskriterien jeweils im Sinn eines beweglichen Systems als Einheit, dh. alle Aussagen im Betriebskonzept werden zu jedem Zuschlagskriterium bewertet ohne, dass im Einzelnen jeweils auf all die einzelnen Inhalte des Betriebskonzepts einzugehen ist. Bewertet werden Inhalt und Qualität des Angebots laut Betriebskonzept/Beilagen und nicht deren Umfang. Zum LBO wird auch nicht die Art der Verhandlungsführung / Präsentation in der Verhandlungsrunde bewertet.

Die Bewertung zu einem jeden Zuschlagskriterium gemäß Punkt 6.1 erfolgt wie folgt:

- „sehr gut“ 100,00 ungewichtete Punkte
- „gut“ 75,00 ungewichtete Punkte
- „befriedigend“ 50,00 ungewichtete Punkte
- „ausreichend“ 25,00 ungewichtete Punkte
- „genügend“ 1,00 ungewichteter Punkt

Diese Jury vergibt die Punkte durch Mehrheitsbeschluss. Es werden ausschließlich ganze Punkte vergeben. Minuspunkte werden nicht vergeben.

Die Bewertung der Betriebskonzepte zu Grätzeln des Gebietes 3 kann bereits auf Basis des Betriebskonzepts zum ersten Angebot erfolgen. Die Bewertung erfolgt ausschließlich danach, ob bei einer Gesamtbetrachtung die angebotene Qualität in Bezug auf die Mindestqualitäten als „erfüllt“ zu bewerten ist oder nicht. Zu Grätzeln des Gebietes 3 erfolgt keine Detailbewertung je Qualitätskriterium.“

Die vorgesehene Patronatserklärung (Anhang ./B) lautet:

„PATRONATSERKLÄRUNG

Wir haben davon Kenntnis, dass sich die Firma , an welcher wir zu % beteiligt sind, an der Ausschreibung im Verfahren zur Erteilung einer Dienstleistungskonzession in Form einer Rahmenvereinbarung über die „Vermietung stationsloser elektrisch betriebener Klein- und Miniroller bzw stationsloser Mietfahrräder“ bewirbt.

Im Falle des Abschlusses dieses Vertrags mit der Firma werden wir dafür Sorge tragen, dass die Firma bis zum Ende des Vertrags und der vollständigen Abwicklung aller darauf basierenden Aufträge in der Weise finanziell ausgestattet bleibt, dass sie jederzeit zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen gegenüber den Auftraggebern in der Lage ist. Sollte die Firma – aus welchem Rechtsgrund auch immer – nicht mehr in der Lage sein, Gewährleistungsansprüche oder sonstige Verbindlichkeiten gegenüber den Auftraggebern zu erfüllen, so übernimmt die Unterzeichnerin gesamtschuldnerisch die Haftung für alle Verbindlichkeiten der Firma .

Es gilt materiell österreichisches Recht. Verweisungen auf ausländisches Recht gelten nicht.

Alle im Zusammenhang mit dieser Erklärung und/oder der Teilnahme an o.a. Ausschreibung im Zusammenhang stehenden oder sich daraus ergebenden Ansprüche sind vor dem sachlich zuständigen Gericht für die Stadt Wien (Österreich) geltend zu machen.

Ort und Datum: “

Die vorgesehene Subunternehmererklärung/Verfügbarkeitserklärung –
Eigenerklärung (Anhang ./C) lautet:

„Subunternehmererklärung/Verfügbarkeitserklärung - Eigenerklärung

Wir erklären an Eides Statt², dass

- *wir im Falle der Auftragserteilung im gegenständlichen Vergabeverfahren (vgl Kopfzeile) dem Bieter/ Bietergemeinschaft*

(Name Bieter/ Bietergemeinschaft einfügen!)

für die Erfüllung folgender Leistungen uneingeschränkt mit all unseren Mitteln zur Verfügung zu stehen:

(Leistung des Subunternehmers einfügen!)

- *wir über die Eignung verfügen, wie sie nach dem gegenständlichen Vergabeverfahren für die von uns angebotenen Leistung gefordert ist, und alle diesbezüglichen Eignungsnachweise, wie sie im gegenständlichen Vergabeverfahren gefordert werden, parat haben und binnen 3 Werktagen ab Aufforderung der Auftraggeber übermitteln können (in eventu Vorlage Firmenbuchauszug, Unbedenklichkeitsbescheinigungen Finanzamt und Sozialversicherungsträger),*
- *wir zu den anzubietenden Leistungen befugt sind, über folgende Befugnisse verfügen:*

(Befugnisse einfügen!)

und unsere gewerbliche Tätigkeit nicht eingestellt haben, insbesondere auch nicht die gegenständlichen Gewerbe ruhend gemeldet haben (vgl in eventu Gewerbeschein oder Auszug aus Gewerberegister):

- *wir zuverlässig sind, insbesondere nicht gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz verstoßen haben und wir uns auch nicht im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Vergabeverfahren an wettbewerbseinschränkende Absprachen beteiligt haben;*
- *uns keine rechtskräftige Entscheidung gemäß § 28 oder § 29 LSD-BG zuzurechnen ist (im Sinne des § 35 LSD-BG bzw § 81 f BVergG);*
- *wir über die im Angebot des Bieters/Bietergemeinschaft bzw in den angeschlossenen Unterlagen dargelegten Kapazitäten in den im gegenständlichen Vergabeverfahren geforderten Bereichen verfügen;*

² Uns ist bewusst, dass diese eidesstattliche Erklärung Gerichten und Behörden vorgelegt werden kann und eine falsche eidesstattliche Erklärung bei Gericht/Verwaltungsbehörden strafbar ist. Im Übrigen ist eine falsche eidesstattliche Erklärung ein Ausscheidungsgrund.

- *wir bzw unsere Geschäftsführer, Prokuristen, Aufsichtsorgane, Vorstände und gewerberechtlchen Geschäftsführer im Rahmen unserer beruflichen Tätigkeit keine Verfehlung begangen haben, insbesondere weder gerichtlich noch durch eine Verwaltungsbehörde wegen eines solchen beruflichen Vergehens rechtskräftig "verurteilt/abgemahnt" wurden und diese Verurteilungen/Abmahnungen noch nicht gelöscht sind, bzw folgende noch nicht gelöschten Verurteilungen/Abmahnungen vorliegen (auf Aufforderung der Auftraggeber werden wir einen Strafregisterauszug vorlegen);*
- *wir die in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen und umweltrechtlichen Vorschriften bei der Ausführung des Auftrages eingehalten haben und auch bei der Ausführung der gegenständlichen Leistungen einhalten werden;*
- *die Unterlagen für die Erstellung des Teilnahmeantrages/Angebotes ausreichend waren und wir über alle maßgeblichen Umstände ausreichend informiert sind, sofern wir keine Anfragen innerhalb der vorgesehenen Zeit gestellt haben;*
- *wir vollinhaltlich mit den Bestimmungen zum Abschluss einer Dienstleistungskonzession Bereitstellung / Vermietung stationsloser elektrisch betriebener Klein- und Miniroller und stationsloser Mietfahräder und dem gegenständlichen Angebot einverstanden sind;*
- *wir keine natürliche Person mit russischer Staatsangehörigen oder in Russland niedergelassene natürliche oder juristische Personen, Organisationen oder Einrichtungen gelten bzw. beteiligt sind oder von einer solchen Person, Organisation oder Einrichtung zu mehr als 50% mittelbar oder unmittelbar gehalten werden;*
- *wir für die Erbringungen der Leistungen im Zusammenhang mit dieser gegenständlichen Ausschreibung keine natürlichen oder juristischen Personen, Organisationen oder Einrichtungen mit russischer Staatsangehörigkeit oder Niederlassung in Russland als Subunternehmer oder als Lieferanten beauftragen werden;*
- *wir der automationsunterstützten Verarbeitung all unserer im Angebot enthaltenen Daten und deren Übermittlung an Personen, die mit der Prüfung dieser Unterlagen betraut sind, zustimmen;*
- *alle Angaben und Informationen im vollständig ausgefüllten Angebot vollständig, wahrheitsgemäß und richtig sind;*

Für den Fall, dass der Subunternehmer zum Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit angegeben wird (zwingend!):

Wir stellen dem Bieter/der Bietergemeinschaft unsere vorhandenen Mittel für die Ausführung des Auftrages im erforderlichen Ausmaß zur Verfügung: JA:

NEIN:

Alle im Zusammenhang mit und aus dieser Erklärung sich ergebenden Ansprüche sind ausschließlich vor dem für die Auftraggeber sachlich zuständigen Gericht (Österreich) geltend zu machen. Es gilt materiell österreichisches Recht. Verweisungen auf ausländisches Recht gelten nicht.

.....
Ort und Datum

*rechtsgültige Unterfertigung
des genannten Subunternehmers*

Vor- und Zuname der unterfertigenden Person: _____

[die unterfertigenden Personen sind neben der Unterschrift auch leserlich anzuführen]"

Die Jury bestand aus sechs Mitgliedern, die im Punkt 2.11.2 der Verfahrensverständigung namentlich festgelegt waren. In diesem Punkt war festgelegt, dass die Jury sonstige Personen ohne Stimmrecht beiziehen kann. Von dieser Möglichkeit hat die Jury durch die Beiziehung von Rechtsanwalt Dr. H. als Schriftführer Gebrauch gemacht. Weiters war in diesem Punkt festgelegt, dass im Fall der Verhinderung von Jurymitgliedern sonstige Personen eingeladen werden können. Von dieser Möglichkeit wurde insoweit Gebrauch gemacht, als ein Jurymitglied aus dem im Vergabeakt dokumentierten Grund verhindert war und von einer Fachexpertin derselben Abteilung als Jurymitglied vertreten wurde. Diese Änderung in der Zusammensetzung der Jury wurde den Bietern über die Vergabeplattform mitgeteilt. Die Jurymitglieder brachten jeweils fachliche Expertise auf unterschiedlichen, für die Beurteilung der Angebote relevanten Fachgebieten ein. Einwände gegen die Fachkunde die Jurymitglieder und gegen die Zusammensetzung der Jury wurden von den Bietern nicht erhoben.

Fünf Bieter haben Teilnahmeanträge gestellt. Alle fünf Bieter sind insoweit konzernmäßig gegliedert, als jeweils eine in Österreich niedergelassene Gesellschaft, eine Reihe von „Schwestergesellschaften“ mit Niederlassung jeweils in einem anderen Staat (zB Deutschland, Schweiz, etc.) und eine „Muttergesellschaft“ (zB eine Holdinggesellschaft) besteht. Alle fünf Bieter haben zumindest überwiegend Referenzaufträge angeführt, die von Schwestergesellschaften in anderen Staaten ausgeführt worden sind. Kein Bieter - auch nicht die Antragstellerin - hat für die Referenzaufträge, die durch ihre Schwestergesellschaften in anderen Staaten ausgeführt worden sind, eine „Verfügbarkeitserklärung“ (Subunternehmererklärung/Verfügbarkeitserklärung –

Eigenerklärung gemäß Anhang ./C) abgegeben. Vier der fünf Bieter haben jedoch eine Patronatserklärung abgegeben. Die Abgabe einer Verfügbarkeitserklärung erschien (somit) zum Zeitpunkt der Abgabe der Teilnahmeanträge keinem der am Vergabeverfahren beteiligten Bieter geboten.

Die Antragsgegnerin hat die Teilnahmeanträge geprüft und jeden der fünf Bieter als geeignet beurteilt. Dabei hat die Antragsgegnerin der Subunternehmererklärung/Verfügbarkeitserklärung – Eigenerklärung gemäß Anhang ./C die Bedeutung beigemessen, dass diese nur bei der Namhaftmachung von Subunternehmern auszufüllen gewesen wäre. Da kein Teilnahmewerber Subunternehmer namhaft gemacht hat, waren dem Prüfbericht sowie der Ansicht der Antragsgegnerin zu Folge die genannte Erklärung gemäß Anhang ./C nicht auszufüllen.

Diese Ansicht stützte die Antragsgegnerin auf ihre Festlegung in Punkt 2.14, dritter Absatz, der Verfahrensverständigung, der sie den objektiven Erklärungswert beigemessen hat, dass der Nachweis der Eignung, wenn die Eignung auf verbundene Unternehmen gestützt werde, alternativ durch Patronatserklärung, durch Subunternehmererklärung/Verfügbarkeitserklärung oder durch Vorlage von Firmenbuchauszügen erfolgen könne. Aufgrund dieser Festlegung sei es nicht erforderlich, den Nachweis der Eignung bei Vorliegen von verbundenen Unternehmen mittels Subunternehmer-/Verfügbarkeitserklärung zu führen.

In der Folge haben alle fünf Bieter ein Erstangebot mit Verhandlungsvorschlägen abgegeben. Dieses wurde jeweils geprüft und als geeignet befunden sowie die vorgesehene Verhandlungsrunde durchgeführt.

Danach haben die fünf Bieter jeweils ihr Last and Best Offer abgegeben. Dabei hatten die Bieter – entsprechend den erfolgten bestandsfesten Festlegungen – jeweils gesondert anzugeben und im Betriebskonzept ersichtlich zu machen gehabt, welche Änderungen gegenüber ihrem Erstangebot erfolgt sind. Jeder Bieter hat das von ihm mit dem Last and Best Offer vorgelegte Betriebskonzept der Jury zu präsentieren gehabt. Die Jurybewertung erfolgte auf Grund des vorgelegten Betriebskonzeptes und der Präsentation dieses Betriebskonzeptes.

Das Protokoll der Jury über die Bewertung der Last and Best Offer lautet in seinem allgemeinen Teil auszugsweise:

„PROTOKOLL
für die Jurysitzung
vom 14.04.2023
(...)“

1. Allgemeines:

RA MMag. Dr. H. begrüßt die Jurymitglieder und legt die Tagesordnung dar.

2. Formale Grundlagen der heutigen Jurysitzung:

(...)

3. Zur Jurybewertung in Folge der Konzepte:

MMag. Dr. H. erläutert dazu nochmals den Beurteilungsmodus gemäß Punkt 6 der Verfahrensverständigung durch die Jury. Die Jury bewertet das Zuschlagskriterium „Qualitätsangebot“ (Pkt. 6.3. der Verfahrensverständigung).

3.1. ZUSCHLAGSKRITERIUM „QUALITÄT“

Vom Bieter ist mit dem LBO ein überarbeitetes Betriebskonzept auszuarbeiten gewesen, welches Aspekte der Abwicklung behandelt. Folgendes Kriterien müssten beachtet werden:

Zuschlagskriterium	Ungewichtete Punkte	Gewicht	Gewichtete Punkte
g) Kontrolle des Nutzerverhaltens (Sanktionen bei nicht ordnungsgemäßem Abstellen der Fahrzeuge etc)	100	30%	30
h) Mehrwert für Nutzer (Last Mile) und AG (Co2-Ersparnis infolge Nutzung Systems außerhalb Innere Bezirke bzw Innere Stadt)	100	30%	30
i) erweiterte Ordnerdienste (mehr als Montag bis Freitag von 6:00 Uhr bis 18:00 Uhr)	100	20%	20

j)	Angaben zur Verkehrssicherheit und zur Wartung der Fahrzeuge	100	10%	10
k)	Buchungssystem, Zahlungssystem, Datenschutz Erweiterte Nutzungsmöglichkeit:	100	5%	5
l)	erweiterte Erreichbarkeit für AG und Kunden (Callcenter, Kundenfreundliche Lösungen)	100	5%	5
Summe			100%	100

Bewertungsrelevant ist das letztgültig angebotene Betriebskonzept, dh. für die Gebiete 1 / 2 / ganz Wien jeweils Stand LBO.

Der Bieter hat zwingend mit seinem Angebot ein frei zu formulierende Betriebskonzept im Umfang von max. 20 DIN-A4 Seiten (exklusive allfälliger Beilagen / Tabellen / Diagramme) abzugeben, dem zumindest zu folgenden Themen Aussagen enthalten sind:

- g) Kontrolle des Nutzerverhaltens (Sanktionen bei nicht ordnungsgemäßem Abstellen der Fahrzeuge etc) beispielsweise Vorsehen, dass Mietvorgang nur dann rechtmäßig beendet werden kann, wenn Foto gemacht wird, das zeigt/bestätigt, dass die Abstellung rechtskonform erfolgt ist; Verhinderung des Parkens auf dem Gehsteig;
- h) Mehrwert für Nutzer (Last Mile) – welches Angebot wird für die äußeren Bezirke (Gebiet 3) gemacht? Inwieweit ist hier eine Substitution von CO2 erzeugenden Verkehrsverhalten möglich? Inwieweit ist das Angebot nachhaltig bzw fördert ein nachhaltiges Verhalten? Bewertet werden in diesem Sinn unter anderem Angaben zum Thema Nachhaltigkeit, wie etwa austauschbare Akkus, Herstellung / Entsorgung von Akkus, Lebensdauer, Bezug von Ökostrom. Im Fall eines Angebots für stationslose Fahrräder wird der Mehrwert dieser angebotenen stationslosen Fahrräder für Nutzer (Last Mile) im obigen Sinn bewertet. Dabei sind die von den Wiener Linien angebotenen Fahrräder bei den vorgegebenen Stationen vorrangig und wird nur ein allfälliger darüber hinausgehender Mehrwert positiv bewertet (zB werden E-Bikes angeboten); allfällige Nachteile für das stationsgebundene System von Fahrrädern werden negativ bewertet.
- i) Ordnerdienste / Erweiterte Nutzungsmöglichkeit: Als Mindestnutzungszeitraum der stationslosen Mietfahrräder und stationslosen elektrisch betriebener Klein- und Miniroller wird Montag bis Freitag von 6:00 Uhr bis 18:00 Uhr vorgesehen. Eine darüberhinausgehende Nutzungsmöglichkeit wird positiv bewertet;

- j) *Angaben zur Verkehrssicherheit und Wartung der Fahrzeuge beispielsweise Erfüllung diesbezüglicher veröffentlichter Forderungen zur Verkehrssicherheit des Kuratoriums für Verkehrssicherheit, Drosselung der maximal vom Nutzer erzielbaren Geschwindigkeit oder Sicherheit der Akkus (beim Aufladen, wie Reagieren Akkus, wenn sie mit Wasser in Berührung kommen?);*
- k) *Angaben zu Zahlungsmöglichkeiten der Nutzer, Angaben zum verwendeten Buchungssystem und zur möglichst einfache Handhabung durch den Fahrgast – wobei betreffend das Buchungssystem auch eine Musterstellung bei Präsentation/Verhandlung/Hearing gefordert wird;*
- l) *Angaben zu einem allfälligen Callcenter (zu erbringende Leistungen des Call Centers, personelle Besetzung, Know-How der MitarbeiterInnen, zum Datenschutz, geplante Maßnahmen zum Datenschutz); Angaben zur Kundenfreundlichkeit – Zusatzangebot zu den Mindestanforderungen*

Bewertet wird das Betriebskonzept zur den genannten Zuschlagskriterien jeweils im Sinn eines beweglichen Systems als Einheit, dh. alle Aussagen im Betriebskonzept werden zu jedem Zuschlagskriterium bewertet ohne, dass im Einzelnen jeweils auf all die einzelnen Inhalte des Betriebskonzepts einzugehen ist. Bewertet werden Inhalt und Qualität des Angebots laut Betriebskonzept/Beilagen und nicht deren Umfang. Zum LBO wird auch nicht die Art der Verhandlungsführung / Präsentation in der Verhandlungsrunde bewertet.

Die Bewertung zu einem jeden Zuschlagskriterium gemäß Punkt 6.1 erfolgt wie folgt:

<i>„sehr gut“</i>	<i>100,00 ungewichtete Punkte</i>
<i>„gut“</i>	<i>75,00 ungewichtete Punkte</i>
<i>„befriedigend“</i>	<i>50,00 ungewichtete Punkte</i>
<i>„ausreichend“</i>	<i>25,00 ungewichtete Punkte</i>
<i>„genügend“</i>	<i>1,00 ungewichteter Punkt</i>

Diese Jury vergibt die Punkte durch Mehrheitsbeschluss. Es werden ausschließlich ganze Punkte vergeben. Minuspunkte werden nicht vergeben.

Die Bewertung der Betriebskonzepte zu Grätzeln des Gebietes 3 kann bereits auf Basis des Betriebskonzepts zum ersten Angebot erfolgen. Die Bewertung erfolgt ausschließlich danach, ob bei einer Gesamtbetrachtung die angebotene Qualität in Bezug auf die Mindestqualitäten als „erfüllt“ zu bewerten ist oder nicht. Zu Grätzeln des Gebietes 3 erfolgt keine Detailbewertung je Qualitätskriterium.“

Im Anschluss daran folgt nach Bietern getrennt eine verbale Beurteilung der einzelnen Betriebskonzepte. Diese Beurteilung ist bei allen Bietern ident aufgebaut. Zunächst erfolgt jeweils eine allgemeine Beurteilung, welche weder mit Punkten noch mit einer Schulnote bewertet wurde und den Charakter einer Zusammenfassung hat. Danach erfolgt jeweils getrennt nach den sechs Bewertungskriterien für jedes Bewertungskriterium eine verbale Beurteilung, eine Zuordnung der für dieses Kriterium jeweils vergebenen ungewichteten Punkte und die Zuordnung einer Schulnote. Dabei wurden jeweils nur ganze ungewichtete

Punkte vergeben. Weiters erfolgte eine Gewichtung der Punkte nach der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Gewichtung der einzelnen Bewertungskriterien. Die näheren Details zu der von der Jury erfolgten Bewertung der einzelnen Angebote ist dem im Vergabeakt aufliegenden Protokoll über diese Jurysitzung zu entnehmen.

Das im Zuge des Nachprüfungsverfahrens durchgeführte Beweisverfahren betreffend die erfolgte Bewertung des Betriebskonzepts der Antragstellerin hat unter vergleichender Einbeziehung der im Vergabeakt befindlichen Betriebskonzepte ergeben, dass einerseits das Ausmaß der Schlechterbewertung des Betriebskonzepts der Antragstellerin gegenüber den Betriebskonzepten der vier Mitbewerberinnen nicht immer schlüssig nachvollziehbar ist und die Antragstellerin insoweit zu Recht einzelne Widersprüche in der vorgenommenen Bewertung aufgezeigt hat. Auf der anderen Seite lässt sich aus der erfolgten Bewertung und den Betriebskonzepten jedoch schlüssig nachvollziehen, dass das Betriebskonzept der Antragstellerin bei keinem Bewertungskriterium punktemäßig besser abschneidet als das Betriebskonzept auch nur eines der Mitbewerber und in mehreren bewertungsrelevanten Aspekten hinter den Betriebskonzepten aller vier Mitbewerber zurückbleibt. Berücksichtigt man die von der Antragstellerin zu Recht aufgezeigten Widersprüche, so ergibt sich daraus lediglich eine nicht entscheidungsrelevante Verringerung des Punkteabstandes des Angebots der Antragstellerin zur nächstgereihten Bieterin, nicht aber eine Möglichkeit der Antragstellerin, ihren Rückstand von 29 gewichteten Punkten zur nächstgereihten Bieterin aufholen zu können. Die erfolgte Reihung der fünf Betriebskonzepte und der insoweit fünfte Platz des Angebotes der Antragstellerin sind somit plausibel und nachvollziehbar und lassen sich schlüssig aus den Betriebskonzepten nachvollziehen.

Im Einzelnen wird dazu festgestellt:

Die verbale Beschreibung des Betriebskonzepts der Antragstellerin unter 4.4.1 Allgemein ist nicht in die Punktebewertung eingeflossen, sondern stellt lediglich eine Zusammenfassung eines subjektiven Eindrucks der Jury dar. Die Antragstellerin hat umfangreiche Überlegungen zur Ausschreibung angestellt, ist dabei zum Teil zu einem anderen Verständnis als die Auftraggeberin gekommen und hat sich ernsthaft um die Erlangung des Auftrags bemüht. Allerdings hat sie

zu den fraglichen Vorgaben der Ausschreibung, die sie anders verstanden hat, keine Fragen gestellt (z.B. zu „Mehrwert für Nutzer (Last Mile) und Auftraggeber (CO²-Ersparnis)“ und zum Thema der Verkehrssicherheit).

Beim Kriterium „Kontrolle des Nutzerverhaltens“ ging es primär um die Kontrolle des Abstellens der E-Scooter und um das damit verbundene Kontrollsystem.

Dazu hat die Antragstellerin zwar aufzuzeigen vermocht, dass die verbale Umschreibung, wonach das von ihr angebotene System über eine bloße GPS-Ortung einschließlich IOT-System nicht hinausginge, zwar nicht vollständig nachvollzogen werden kann, weil eine bloße GPS-Ortung von der Genauigkeit her im innerstädtischen Bereich unzureichend wäre und alle fünf Betriebskonzepte über eine bloße GPS-Ortung hinausgehen. Die verbale Darstellung gibt insoweit die Unterschiede in den abgegebenen Betriebskonzepten verkürzt und ungenau wieder.

Aus den fünf Betriebskonzepten lässt sich jedoch schlüssig nachvollziehen, dass die Ergänzungen der GPS-Ortung durch jeweils unterschiedliche technische Systeme in den vier anderen Betriebskonzepten jeweils detaillierter und umfangreicher dargestellt sind und auch eine bessere Genauigkeit der Ortung angegeben wird. Es kann zwar nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin auf dem gleichen qualitativen Niveau arbeitet, der erfolgten Darstellung in ihrem Betriebskonzept kann dies jedoch nicht ausreichend entnommen werden, weil die Darstellung durch die Antragstellerin in ihrem Konzept in dieser Hinsicht deutlich hinter den Mitbewerberinnen zurückbleibt. Die erfolgte Schlechterbewertung des Betriebskonzepts der Antragstellerin gegenüber ihren Mitbewerberinnen ist daher in dieser Hinsicht nachvollziehbar.

Zu der von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgebrachten und in der Protokollanmerkung vom 02.06.2023 nochmals angeführten Ortung abgestellter E-Scooter mit einer Genauigkeit im Zentimeterbereich ist festzustellen, dass sich diese Angaben im Betriebskonzept der Antragstellerin nicht finden und daher von der Jury nicht zu Gunsten der Antragstellerin gewertet werden konnten.

Die Beurteilung „keine Informationen/Sanktionen für den Fall, dass schlechte Fotos übermittelt werden“ gibt bestehende Qualitätsunterschiede in den abgegebenen Betriebskonzepten ebenfalls verkürzt und insoweit missverständlich wieder. Es ist der Antragstellerin zuzubilligen, dass sie die Übermittlung von schlechten Fotos in der im Beiblatt zum Verhandlungsprotokoll erörterten und aus dem Betriebskonzept der Antragstellerin im Detail ersichtlichen Weise sanktioniert. Zwischenabstufungen, weitergehende Differenzierungen und vor allem ein Sanktion- bzw. Anreizsystem, das auf die Übermittlung von guten Fotos und nicht auf die Übermittlung von lediglich für eine Beendigung des Mietverhältnisses (gerade noch) ausreichenden Fotos abzielt, fehlt jedoch beim Betriebskonzept der Antragstellerin zumindest weitgehend. Die Betriebskonzepte aller vier Mitbewerberinnen weisen hier in der Ausgestaltung eines differenzierten Sanktionssystems deutliche Qualitätsunterschiede gegenüber dem Betriebskonzept der Antragstellerin auf. Es ist daher nachvollziehbar, wenn die Jury für das vergleichsweise weniger ausgestaltete Sanktionssystem der Antragstellerin weniger Punkte vergeben hat als für die jeweils mehr ausgearbeiteten und umfassenderen Sanktionssysteme ihrer Mitbewerberinnen.

Die Beurteilung „keine manuelle Auswertung der Fotos (...)“ gibt ebenfalls bestehende Unterschiede in den Betriebskonzepten verkürzt wieder. Die Antragstellerin sieht eine manuelle Auswertung vor, die auf Stichproben eingeschränkt ist. Drei Mitbewerber sehen eine durchgehende manuelle Auswertung vor. Das Angebot der Antragstellerin bleibt auch hier zumindest hinter drei Mitbewerberinnen zurück und ist jedenfalls in dieser Hinsicht nicht besser als das Angebot der vierten Mitbewerberin.

Die Vergabe der Schulnote befriedigend an die Antragstellerin für dieses Kriterium ist nicht bewertungsrelevant, weil sich die Schulnote nicht in Punkten niederschlägt.

Bei der Bewertung des Mehrwerts für Nutzer ist zunächst für die Antragstellerin festgehalten, dass ihr Angebot nicht das gesamte Wohngebiet Wiens abdeckt, sondern große Teile des 21. und 22. Bezirks sowie weitere Außenbereiche Wiens nicht abdeckt. Darüber hinaus seien keine Rabatte/Incentives für die Anbindung an den öffentlichen Verkehr bzw. nur temporäre Rabatte in Einzelfällen angekündigt, ohne diese näher auszuführen. Es sei auf das Umland von Wien Bezug genommen, was jedoch nicht bewertungsrelevant sei.

Dazu hat das Beweisverfahren ergeben, dass die Antragstellerin sowohl den Mehrwert für Nutzer als auch den Mehrwert für den Auftraggeber vollkommen anders verstanden hat als die Auftraggeberin und die Mitbewerberinnen.

Während die Auftraggeberin und die Mitbewerberinnen den Mehrwert für Nutzer insbesondere darin gesehen haben, dass vor allem in den Randgebieten Wiens E-Scooter zur Verfügung stehen, die Anbindung an den öffentlichen Verkehr größtmöglich verbessert wird und E-Scooter vor allem dort verstärkt zur Verfügung stehen sollen, wo Nutzer zum Umstieg von Kraftfahrzeugen auf E-Scooter motiviert werden sollen, hat die Antragstellerin den Mehrwert für Nutzer darin gesehen, dass die Einsatzzeiten für Scooter maximiert und die Stehzeiten der Scooter minimiert werden sollen. Von diesem Verständnis ausgehend hat die Antragstellerin Randgebiete vor allem im Norden von Wien, in denen ihrer Ansicht nach die Nachfrage derzeit noch zu gering ist, aus dem Versorgungsgebiet gänzlich ausgenommen, sowie andere Randgebiete, in denen die Nachfrage ihrer Ansicht nach ebenfalls gering ist, in einem geringeren Ausmaß für eine Versorgung mit E-Scootern vorgesehen als ihre Mitbewerber.

Die Betriebskonzepte sämtlicher Mitbewerberinnen legen hingegen ein Schwergewicht ihres Konzeptes gerade auf die Randgebiete (insbesondere auch im Norden von Wien), in denen die Nachfrage nach E-Scootern erst geschaffen oder erhöht werden soll. Drei der vier Mitbewerberinnen decken daher das bewohnte Stadtgebiet zur Gänze ab, die vierte Mitbewerberin deckt das bewohnte Stadtgebiet nahezu vollständig und deutlich umfangreicher ab als die Antragstellerin.

Die Betriebskonzepte sämtlicher Mitbewerberinnen unterscheiden sich vom Betriebskonzept der Antragstellerin auch dadurch, dass sie dauerhaft maßgebliche Rabatte bzw. Incentives an bestimmte Nutzergruppen anbieten, um diese gezielt anzusprechen. Die Antragstellerin hat in ihrem Betriebskonzept zwar ebenfalls diesbezügliche Ansätze, diese bleiben jedoch deutlich hinter der Ausgestaltung der Rabatte bzw. Incentives ihrer Mitbewerberinnen zurück und sind darüber hinaus nur temporär. Dieser Unterschied lässt sich auch aus der in der mündlichen Verhandlung von der Antragstellerin dargelegten Herangehensweise schlüssig nachvollziehen, wonach die Antragstellerin in erster Linie von dem durch sie sorgfältig erhobenen Bedarf im Sinne von Nachfrage ausgeht, wohingegen die

Mitbewerberinnen vor allem in „Zielgebieten“ einen solchen Bedarf bzw. eine solche Nachfrage vor allem gezielt aufbauen und durch unterschiedliche, in ihren Betriebskonzepten dargestellte Maßnahmen fördern wollen.

Betreffend die CO²-Ersparnis hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung insbesondere auf nicht ausreichend genutzte E-Scooter, falls diese in Randlagen Wiens selten in Anspruch genommen werden, und den CO²-Anfall bei der Produktion dieser Scooter sowie auf CO²-Ersparnis im Umfeld von Wien hingewiesen. Die Auftraggeberin und die Mitbewerberinnen haben hingegen CO²-Ersparnis in erster Linie im Sinne einer CO²-Ersparnis in Wien verstanden, insbesondere dadurch, dass auch bewohnte Randgebiete von Wien in das Versorgungsgebiet einbezogen werden und das Angebot an E-Scootern vor allem in den Randgebieten von Wien ausgebaut wird, in denen die Strecken andernfalls mit einem Kraftfahrzeug zurückgelegt würde.

Wenn die Jury bei der CO²-Ersparnis in erster Linie darauf abgestellt hat, dass Nutzer in Wien von Kraftfahrzeugen auf E-Scooter umsteigen und damit der Anfall von CO² durch die Verbrennungsmotoren der Kraftfahrzeuge verringert werden sollen, so ist dies nicht zu beanstanden.

Auch in diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Antragstellerin ihr abweichendes Verständnis davon, was unter dem „Mehrwert für Nutzer“ und unter dem „Mehrwert für Auftraggeber“ zu verstehen ist, nicht zum Anlass einer Frage an die Auftraggeberin genommen hat.

Aufgrund der gravierenden Unterschiede des Betriebskonzepts der Antragstellerin zu den Betriebskonzepten der Mitbewerberinnen erstens in der Vollständigkeit der Abdeckung des bewohnten Stadtgebietes von Wien, zweitens in der Dichte der Versorgung der Randgebiete von Wien insbesondere im 21. und 22. Bezirk und drittens der Rabatte und Incentives für bestimmte Zielgruppen ist es schlüssig und nachvollziehbar, dass die Jury dem Betriebskonzept der Antragstellerin bei diesem Bewertungskriterium deutlich weniger Punkte gegeben hat als den Betriebskonzepten ihrer vier Mitbewerberinnen.

Zu dem von der Antragstellerin angebotenen erweiterten Ordnerdienst ist zunächst festzustellen, dass die Antragstellerin mit ihrem Last and Best Offer offenbar die

angebotenen Zeiten gegenüber ihrem Erstante und die Zahl der angebotenen Vollzeitäquivalente verbessern wollte. Sie hat diese Verbesserung in ihrem Angebot jedoch insoweit unvollständig vorgenommen, als sie die ursprünglich angebotenen Zeiten und die ursprünglich angebotene Zahl der Vollzeitäquivalente auf Seite 13 ihres Betriebskonzeptes in der dort dargestellten Tabelle belassen und eine diesbezügliche Verbesserung ihres Angebotes in der Auflistung der Änderungen ihres Last and Best Offers im Vergleich zu ihrem Erstante nicht dargestellt hat.

Darüber hinaus ergibt ein Vergleich der Ordnerdienste, die die Antragstellerin in ihrem Betriebskonzept angeboten hat, mit den Ordnerdiensten, die ihre vier Mitbewerberinnen angeboten haben, dass die intendierte Verbesserung der von der Antragstellerin angebotenen Zeiten und Vollzeitäquivalente nicht wesentlich ins Gewicht fallen würden, weil die Betriebskonzepte ihrer Mitbewerberinnen auch im Vergleich zu diesen von der Antragstellerin intendierten Nachbesserungen besser sind als das intendierte Angebot der Antragstellerin. Es ist daher auch bei dem Bewertungskriterium der angebotenen Ordnerdienste schlüssig und nachvollziehbar, dass die Jury das Angebot der Antragstellerin schlechter bewertet hat als die Angebote der vier Mitbewerberinnen.

Zum Bewertungskriterium „Angaben der Verkehrssicherheit und Wartung der Fahrzeuge“ ist zunächst festzustellen, dass alle fünf Angebote hinsichtlich der Wartung der Fahrzeuge gleichwertig waren und insoweit auch gleich beurteilt wurden.

Hinsichtlich „Angaben zur Verkehrssicherheit“ hat die Antragstellerin wiederum ein von der Auftraggeberin und den Mitbewerberinnen abweichendes Verständnis. Die Antragstellerin ist offenbar davon ausgegangen, dass Risiken durch die Nutzung wie zum Beispiel durch Fahren ohne Helm, durch Fahren in alkoholisiertem Zustand oder bei Nutzung durch Minderjährige von diesem Bewertungskriterium nicht umfasst wären. Von diesem Verständnis ausgehend ist das Angebot der Antragstellerin insoweit deutlich hinter den Angeboten ihrer vier Mitbewerberinnen zurückgeblieben, als Aspekte der Verkehrssicherheit, die im Zusammenhang mit dem Nutzerverhalten stehen, im Betriebskonzept der Antragstellerin in geringerem Ausmaß berücksichtigt sind als in den Betriebskonzepten ihrer Mitbewerberinnen. Insbesondere unterscheidet sich das Angebot der Antragstellerin von den

Angeboten ihrer Mitbewerberinnen hinsichtlich der Helmausgabe, der Konsequenzen eines nicht bestandenen Alkotests und der Altersprüfung vor Inbetriebnahme des E-Scooters.

In der Verfahrensordnung ist unter anderem festgelegt, dass bei den Angaben zur Verkehrssicherheit die Erfüllung veröffentlichter Forderungen zur Verkehrssicherheit des Kuratoriums für Verkehrssicherheit zu berücksichtigen sind. Auch die Drosselung der maximal vom Nutzer erzielbaren Geschwindigkeit ist in diesem Zusammenhang ausdrücklich angeführt. Wenn die Jury das Nutzerverhalten für die Beurteilung der Verkehrssicherheit einbezogen hat, so ist dies vor dem Hintergrund dieser Festlegungen schlüssig und nachvollziehbar. Bei Einbeziehung des Nutzerverhaltens in die Beurteilung durch die Jury ist die erfolgte Schlechterbewertung des Angebotes der Antragstellerin bei diesem Kriterium im Vergleich zu allen vier Mitbewerberinnen schlüssig und nachvollziehbar.

Beim Bewertungskriterium Buchungssystem etc. haben sich alle fünf Betriebskonzepte als gleichwertig erwiesen und wurden von der Jury bei identer verbaler Begründung gleich beurteilt.

Beim Bewertungskriterium „Erweiterte Erreichbarkeit für Auftraggeber und Kunden“ ist zunächst auszuführen, dass die von der Antragstellerin angebotene „Erweiterte Erreichbarkeit für den Auftraggeber“ schlechter bewertet wurde als die von den vier Mitbewerberinnen diesbezüglich angebotene „Erweiterte Erreichbarkeit“.

Als Unterschied wurde von der Jury herangezogen, dass die Antragstellerin diese erweiterte Erreichbarkeit in ihrem Betriebskonzept für den Zeitrahmen 24/7 „bei konkreten, operativen, dringenden Problemen“ vorsieht, wohingegen die Mitbewerberinnen eine solche Erreichbarkeit generell „bei dringenden Problemen“ vorsehen.

Für das Verwaltungsgericht ist nicht nachvollziehbar, ob insoweit lediglich ein nicht bewertungsrelevanter Unterschied in der Formulierung bei gleichem Bedeutungsinhalt vorliegt oder die Erreichbarkeit für die Antragsgegnerin bei der Antragstellerin tatsächlich – wie von der Jury angenommen – inhaltlich eingeschränkt ist. Sieht man sich die Organisation und Ausstattung der

Bewerberinnen für derartige Rückfragen durch die Auftraggeberin an, so ergeben sich zum Teil deutliche Unterschiede in der Organisation und Ausstattung für derartige Rückfragen. Für eine vergleichsweise eingeschränkte Erreichbarkeit der Antragstellerin durch die Auftraggeberin außerhalb der regulären Kontaktzeiten ergeben sich daher aus einem Vergleich der Organisation und Ausstattung für derartige Rückfragen durchaus gewisse Anhaltspunkte. Da die Jury die von ihr angenommene eingeschränkte Erreichbarkeit aber nicht auf die Organisation und Ausstattung für derartige Rückfragen, sondern auf die Formulierung „bei konkreten, operativen Problemen“ gestützt hat, konnte die erfolgte Schlechterbewertung des Angebotes der Antragstellerin in diesem Teilaspekt des gegenständlichen Bewertungskriteriums nicht schlüssig nachvollzogen werden.

Beim zweiten Teilaspekt der Erreichbarkeit für Kunden bleibt das Angebot der Antragstellerin hingegen deutlich hinter den Angeboten ihrer vier Mitbewerberinnen zurück. Dies liegt vor allem daran, dass die Mitbewerberinnen für den telefonischen Kontakt mehr Sprachen anbieten als die Antragstellerin. Auch bei schriftlichen Kontakten und bei der Mehrsprachigkeit der App bleibt das Angebot der Antragstellerin hinter zumindest mehreren ihrer Mitbewerberinnen zurück.

Es ist daher auch für dieses Bewertungskriterium schlüssig und nachvollziehbar, dass die Jury das Angebot der Antragstellerin schlechter bewertet hat als die Angebote ihrer Mitbewerberinnen. Berücksichtigt man, dass die erfolgte Begründung für die Schlechterbewertung der erweiterten Erreichbarkeit für den Auftraggeber nicht schlüssig nachvollziehbar ist, so würde sich dadurch allenfalls der Bewertungsrückstand des Angebotes der Antragstellerin gegenüber ihren Mitbewerberinnen bei diesem Bewertungskriterium verringern, es würde aber dennoch auch bei diesem Bewertungskriterium wegen der in sprachlicher Hinsicht eingeschränkten Erreichbarkeit für Kunden ein Bewertungsrückstand verbleiben.

Es ist daher schlüssig und nachvollziehbar, dass die Jury das Angebot der Antragstellerin in der Mehrzahl der Bewertungskriterien schlechter bewertet hat als die Angebote ihrer vier Mitbewerberinnen und die Antragstellerin jedenfalls in keinem Bewertungskriterium ein besseres Bewertungsergebnis erzielt hat als auch nur eine Mitbewerberin. Zieht man in Betracht, dass einzelne Teilaspekte der

Jurybewertung nicht nachvollzogen werden können, so kann sich daraus allenfalls ergeben, dass sich der Rückstand der Antragstellerin von 29 gewichteten Punkten zum nächstgereihten Angebot um einige wenige Punkte verringern könnte. Die Lücken in der Nachvollziehbarkeit der Jurybewertung sind jedoch so gering, dass sich durch dessen Aufzeigen der Rückstand der Antragstellerin von 29 Punkten zum nächstgereihten Angebot nicht aufholen lässt.

Die Gewichtung der einzelnen Bewertungskriterien ist in diesem Zusammenhang bereits deswegen nicht entscheidend, weil das Angebot der Antragstellerin mit Ausnahme des fünften Bewertungskriteriums, bei dem alle fünf Angebote gleich abgeschnitten haben, bei jedem Bewertungskriterium hinter alle vier Mitbewerberinnen zurückfällt. Ein Aufholen und damit ein Reihungssturz zugunsten der Antragstellerin würde aber voraussetzen, dass die Antragstellerin zumindest bei einem Bewertungskriterium besser abschneidet als zumindest eine Mitbewerberin, um einen Punkterückstand aus anderen Kriterien aufholen zu können, oder aber bei allen Bewertungskriterien zumindest den Gleichstand mit zumindest einer Mitbewerberin erreicht. Bei einem Gleichstand lediglich bei einem Bewertungskriterium und einem Rückstand bei allen anderen fünf Bewertungskriterien geht sich jedoch ein Anschluss an das nächstgereichte Angebot auch dann nicht aus, wenn das Angebot der Antragstellerin in einzelnen Teilaspekten besser zu bewerten sein sollte, als es bewertet wurde.

Dazu kommt, dass die ersten beiden Bewertungskriterien (Kontrolle des Nutzerverhaltens sowie Mehrwert für Nutzer und Auftraggeber) mit jeweils 30% von 100% am höchsten und das dritte Bewertungskriterium (Erweiterte Ordnerdienste) mit 20 % von 100 % am zweithöchsten bewertet sind. Diese drei Bewertungskriterien machen zusammen bereits 80 % von 100 % der erreichbaren gewichteten Punkte bzw. 80 % der Gewichtung aus. Das Angebot der Antragstellerin hat in jedem dieser drei Bewertungskriterien einen deutlichen Rückstand zu den Angeboten ihrer Mitbewerberinnen erzielt. Das Kriterium „Angaben zur Verkehrssicherheit und zur Wartung der Fahrzeuge“ ist mit lediglich 10 % gewichtet und daher grundsätzlich nicht geeignet, einen deutlichen Bewertungsrückstand aus den drei zuvor angeführten Bewertungskriterien mit einer Gewichtung von 80 % noch aufholen zu können. Das Kriterium „Erweiterte Erreichbarkeit für AG und Kunden“ ist – ebenso wie das Kriterium „Buchungssystem, Zahlungssystem, Datenschutz, Erweiterte

Nutzungsmöglichkeit“ mit lediglich 5 % gewichtet und damit noch weniger als das Kriterium „Angaben zur Verkehrssicherheit und zur Wartung der Fahrzeuge“ geeignet, einen deutlichen Bewertungsrückstand aus den zuvor genannten und höher gewichteten Kriterien noch aufholen zu können. Darüber hinaus hat mit Ausnahme des fünften Bewertungskriteriums, bei dem alle fünf Angebote gleich liegen, jedes der anderen sechs Bewertungskriterien dazu beigetragen, dass sich der Punkteabstand des Angebotes der Antragstellerin zum nächstgereihten Angebot vergrößert hat. Dazu hat das Beweisverfahren ergeben, dass bei jedem dieser fünf Bewertungskriterien die Qualität des Angebotes der Antragstellerin zwar jeweils besser ist als die Mindestanforderungen der Ausschreibung, aber bei einer vergleichenden Betrachtung jeweils hinter den Angeboten ihrer vier Mitbewerberinnen liegt.

Bei der Beweismwürdigung wurde erwogen:

Die Beweismwürdigung gründet insbesondere auf den vorgelegten Vergabeakt, das schriftliche Vorbringen der Verfahrensparteien, die durchgeführte mündliche Verhandlung und dem in dieser gewonnenen unmittelbaren Eindruck durch den Senat.

Die Antragstellerin hat unter anderem vorgebracht, die Bewertung der Jury würde ihrem Angebot nicht gerecht und ihr Angebot wäre besser zu bewerten gewesen als das Angebot zumindest eines Teils ihrer Mitbewerberinnen. Dazu hat das durchgeführte Beweisverfahren jedoch ergeben, dass sich die Bewertung der Jury schlüssig und nachvollziehbar auf die Inhalte der jeweiligen Angebote zurückführen lässt und insbesondere die vergleichsweise jeweils bessere Bewertung der Angebote der Mitbewerberinnen schlüssig und nachvollziehbar ist.

Auch das Vorbringen der Antragstellerin, dass die Bewertungskriterien eine schlüssige und nachvollziehbare Bestbieterermittlung nicht zulassen würden, hat der Nachprüfung im Zuge des Beweisverfahrens nicht standgehalten. Die von der Jury ihrer Bewertung zugrunde gelegten Qualitätsunterschiede der einzelnen Angebote waren schlüssig und nachvollziehbar.

In rechtlicher Hinsicht hat das Gericht erwogen:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin. Gegenständlich liegt die Vergabe einer Dienstleistungskonzession im Oberschwellenbereich vor. Die Vergabe der Dienstleistungskonzession ist als Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit vier Unternehmern ausgeschrieben.

Gesetzliche Grundlage für das Vergabeverfahren betreffend den Abschluss der gegenständlichen Rahmenvereinbarung ist das BVergGKonz 2018.

Für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit sind die §§ 50 und 51 BVergGKonz 2018 einschlägig.

Die von der Verfahrensverständigung geforderte Vorlage zumindest einer Referenz mit näher festgelegten inhaltlichen Anforderungen dient dem Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit und damit der Eignung.

Gemäß § 51 BVergGKonz 2018 kann sich der Unternehmer zum Nachweis seiner Eignung auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesem Unternehmen bestehenden Verbindungen stützen. Der Unternehmer kann mit allen geeigneten Mitteln den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrags die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

§ 51 BVergGKonz 2018 ist in den oben genannten Sätzen dem § 86 BVergG 2018 vergleichbar.

Zu § 86 BVergG 2018 ist es gesicherter Stand der Rechtsprechung, dass verbundene Unternehmen, auf deren Referenzen sich ein Bieter zum Nachweis seiner technischen Leistungsfähigkeit beruft, zwar grundsätzlich keine Subunternehmer sind, aber dennoch die Verfügbarkeit der Mittel nachgewiesen werden muss (vgl. zB die in Gast, Bundesvergabegesetz – Leitsatzkommentar, 2. Auflage, § 86 BVergG, E 35 bis E 46, angegebene Rechtsprechung, darunter EuGH 14.04.1994, C-389/92, Ballast Nedam I, sowie EuGH 02.12.1999, C-176/98, Holst Italia Spa). Als Subunternehmer wäre ein verbundenes Unternehmen erst dann

anzugeben, wenn es einen Teil der Leistung ausführen soll, nicht jedoch, wenn es lediglich konzernintern die Ressourcen für die technische Leistungsfähigkeit zur Verfügung stellt.

Im Anlassfall ist jedoch im Punkt 2.14 der Verfahrensverständigung – abweichend von der von der Antragstellerin dargelegten Rechtsprechung zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit durch Referenzen verbundener Unternehmen – festgelegt, dass nicht die Verfügbarkeit der Mittel nachzuweisen ist, sondern der Bieter den Nachweis zu führen hat, dass er über das verbundene Unternehmen verfügt. Der Nachweis der Verfügung über das verbundene Unternehmen kann dieser Festlegung zufolge alternativ durch eine Patronatserklärung gemäß Anhang ./B oder eine Subunternehmererklärung/Verfügbarkeitserklärung gemäß Anhang ./C oder Firmenbuchauszüge, mit denen ein Beherrschungsverhältnis dargelegt wird, geführt werden. Die Verwendung des Begriffs „oder“ bringt damit ausdrücklich zum Ausdruck, dass es sich um Alternativen handelt. Die beispielhafte Anführung „Nachweis der Eignung (z.B. Nachweis Referenzaufträge)“ bringt klar zum Ausdruck, dass die Festlegung auch den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit über Referenzen betrifft. Dass diese Festlegung spezifisch „verbundene Unternehmen“ betrifft, geht sowohl aus der ausdrücklichen Festlegung als auch aus der Hervorhebung „verbundene Unternehmen“ durch Fettdruck in der Verfahrensverständigung hervor. Die Tatsache, dass der Auftraggeber in diesem Zusammenhang nicht auf den Nachweis der Verfügbarkeit der Mittel, sondern lediglich auf den Nachweis der Verfügbarkeit des verbundenen Unternehmens durch den Bieter abstellt, geht auch ausdrücklich aus der Festlegung hervor.

Ob ein solches Abstellen auf die Verfügbarkeit des verbundenen Unternehmens anstatt auf die Verfügbarkeit der Mittel vergaberechtskonform ist, ist in Anbetracht der Bestandsfestigkeit der Ausschreibungsunterlagen einer Prüfung durch das Verwaltungsgericht entzogen. Eine etwaige Rechtswidrigkeit dieser Festlegung hätte von der Antragstellerin zeitgerecht durch einen Nachprüfungsantrag gegen die Ausschreibungsunterlagen releviert werden müssen.

Wenn die Antragstellerin nunmehr eine vergaberechtskonforme Interpretation der obigen Festlegung im Sinne der bestehenden Judikatur zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit über verbundene Unternehmen anstrebt, so ist ihr

entgegen zu halten, dass eine solche vergaberechtskonforme Interpretation bei Eindeutigkeit der getroffenen Festlegung und ihres objektiven Erklärungswertes ihre Grenzen findet.

Im Anlassfall ist bereits der Wortlaut eindeutig, weil eine Verfügbarkeit des verbundenen Unternehmens eindeutig weiter ist als die in Ermangelung einer solchen Festlegung von der Judikatur verlangte Verfügbarkeit der Mittel. Auch die Anführung der drei Alternativen, durch die eine solche Verfügbarkeit des verbundenen Unternehmens nachgewiesen werden kann, ist eindeutig und unterscheidet sich klar von dem von der Rechtsprechung in Ermangelung einer solchen Festlegung verlangten Nachweis der Verfügbarkeit der Mittel.

Im gegebenen Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass alle am Vergabeverfahren beteiligten Bieter einschließlich der Antragstellerin Referenzen vorgelegt haben, bei denen die Referenzaufträge von verbundenen Unternehmen ausgeführt worden sind. Keiner der Bieter hat seinem Teilnahmeantrag einen Nachweis der Verfügbarkeit der Mittel angeschlossen. Alle fünf Bieter haben stattdessen entweder über die vorgesehene Patronatserklärung oder auf andere Weise von den in der Verfahrensverständigung angebotenen Alternativen Gebrauch gemacht und auf andere Weise als durch Vorlage einer Subunternehmererklärung/Verfügbarkeitserklärung im Sinne der Festlegung nachgewiesen, dass sie über die jeweiligen verbundenen Unternehmen verfügen, deren Referenzen sie vorlegen. Es hat daher auch der Kreis der an Vergabeverfahren beteiligten Bieter - und zwar bei Abgabe des Teilnahmeantrags ausnahmslos - die Festlegung dahingehend als eindeutig verstanden, dass ein Nachweis, über das verbundene Unternehmen zu verfügen, im Zusammenhang mit vorgelegten Referenzen des jeweils verbundenen Unternehmens ausreicht.

Der von der Antragsgegnerin in der Verfahrensordnung bestandsfest festgelegte Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit über Referenzen von verbundenen Unternehmen wie insbesondere von konzernzugehörigen „Schwestergesellschaften“ beschränkt sich damit für dieses Vergabeverfahren darauf, dass die konzernmäßige Verbundenheit zum Beispiel als „Schwestergesellschaft“ nachgewiesen und mittels Patronatserklärung der Konzernmutter eine finanzielle Haftung begründet wird. Ein Nachweis der Verfügbarkeit der Mittel im Sinne der von der Antragstellerin zitierten

Rechtsprechung ist daher den in Rede stehenden Festlegungen der Verfahrensordnung zur Folge nicht erforderlich, sondern genügt es, die diesbezüglich in der Verfahrensordnung ausdrücklich festgelegten Nachweise betreffend die konzernmäßige Verbundenheit der „Schwestergesellschaft“, von der ein Referenznachweis vorgelegt wird, nachzuweisen und mittels Patronatserklärung die finanzielle Haftung des Konzerns bzw. der Konzernmutter zu begründen. Diesen Anforderungen hat die E. GmbH entsprochen.

Ausschreibungsunterlagen werden mangels zeitgerechter Anfechtung auch dann bestandsfest, wenn diese Vergaberechtswidrigkeiten enthalten sollten. Auch eine allfällige Substitution des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit durch einen Nachweis etwa der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit würde bestandsfest werden, wenn Ausschreibungsunterlagen eine solche Substitution vorsehen. Der Verwaltungsgerichtshof hat bei der Durchbrechung von Bestandsfestigkeit (sogenannte „Wurzelmängel“) enge Grenzen gezogen und würde eine Durchbrechung der Bestandsfestigkeit nur bei besonders gravierenden Vergaberechtswidrigkeiten wie insbesondere eine Abbedingung des Vergaberechtsschutzes oder bei Zuständigkeitsfragen vorliegen.

Es wäre der Auftraggeberin auch vergaberechtlich freigestanden, überhaupt keinen Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit zu verlangen bzw. überhaupt kein Referenzerfordernis festzulegen. Wenn die Auftraggeberin daher zwar ein Referenzerfordernis aufstellt, sich jedoch für den Fall der Vorlage der Referenz eines verbundenen Unternehmens mit einem alternativen Nachweis der Verfügung über das verbundene Unternehmen wie unter anderem eine Patronatserklärung oder einen Firmenbuchauszug begnügt, so begründet dies zumindest keine so schwerwiegende Vergaberechtswidrigkeit, dass von einer Durchbrechung der Bestandsfestigkeit ausgegangen werden müsste.

Das Auslegungskriterium der gesetzeskonformen Interpretation kann nicht dazu verwendet werden, über die Bezeichnung als „gesetzeskonforme Interpretation“ eine nachträgliche Rechtmäßigkeitsprüfung bestandsfester Festlegungen vorzunehmen. Ausdrückliche bestandsfeste Festlegungen in Ausschreibungsunterlagen gehen insoweit den vergaberechtlichen Regelungen vor, auch wenn die ausdrücklichen Festlegungen vergaberechtswidrig sein sollten. Die Tatsache, dass die in Rede stehende Festlegung nicht nur von ihrem objektiven

Wortlaut her eindeutig erscheint, sondern auch von der Auftraggeberin so gemeint war und vor allem von allen Bietern so verstanden worden ist, spricht für den objektiven Erklärungswert.

Daraus folgt rechtlich, dass die E. GmbH ihre Eignung durch die Vorlage der Referenz einer Schwesterngesellschaft und die Verfügbarkeit des betreffenden verbundenen Unternehmens mittels Vorlage einer Patronatserklärung ausschreibungskonform nachgewiesen hat. Die E. GmbH war daher nicht von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen. Die von der Antragstellerin diesbezüglich behauptete Vergaberechtswidrigkeit lag wegen der diesbezüglichen Bestandsfestigkeit von Punkt 2.14 der Verfahrensverständigung nicht vor.

Gemäß § 23 Abs. 1 WVRG 2020 setzt die Nichtigkeitserklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung zum einen voraus, dass die Entscheidung im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte rechtswidrig ist und die Rechtswidrigkeit zum anderen für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Die zitierte Bestimmung schließt zunächst aus, dass die gesondert anfechtbare Entscheidung aus einem Grund für nichtig erklärt werden kann, der keine Auswirkungen auf die Auswahl der vier Angebote haben kann, mit denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll.

Die Antragstellerin hat zunächst vorgebracht, dass die verbalen Ausführungen zu ihrem Angebot unter dem Punkt „Allgemeines“ keine Grundlage hätten und unzutreffend seien. Weiters hat sie vorgebracht, dass die bei der Angebotsbewertung vergebenen Schulnoten im Widerspruch zu den bestandsfesten Festlegungen der Verfahrensverständigung stünden und nicht nachvollziehbar seien.

Dazu genügt es festzuhalten, dass sich diese Teile der Angebotsbewertung nicht in vergebenen Punkten niederschlagen (die Schulnoten wurden bei der Bewertung nicht herangezogen) und daher keine Auswirkungen auf die Reihung der Angebote haben können. Auch wenn die Antragstellerin daher mit ihrem diesbezüglichen Vorbringen jeweils Rechtswidrigkeiten aufgezeigt haben sollte, könnte dies nichts daran ändern, dass das Angebot der Antragstellerin mit 48 gewichteten Punkten

einen Rückstand von 29 Punkten zum nächstgereihten Angebot aufweist und damit als fünftgereihtes Angebot für den Abschluss der Rahmenvereinbarung nicht in Betracht kommt. Die diesbezüglich behaupteten Rechtswidrigkeiten waren daher einer inhaltlichen Prüfung auf ihr Vorliegen nicht zu unterziehen.

Wenn die Antragstellerin insbesondere in der mündlichen Verhandlung dargelegt hat, dass sie in einzelnen Bereichen, wie insbesondere bei der Genauigkeit der Ortung, besser sei, als dies in dem von ihr abgegebenen Betriebskonzept dargestellt ist, so ist ihr entgegen zu halten, dass Grundlage der Jurybewertung nur sein kann, was die Antragstellerin in dem von ihr abgegebenen Betriebskonzept einschließlich der verwiesenen Beilagen dargestellt hat. Dies gilt auch für die unvollständig durchgeführte Verbesserung ihres Angebotes hinsichtlich der erweiterten Zeiten des Ordnerdienstes und der Ausweitung der für die Ordnerdienste vorgesehenen Vollzeitäquivalente. Vorzüge der Antragstellerin, die in dem von ihr abgegebenen Betriebskonzept einschließlich der verwiesenen Beilagen nicht oder nur ansatzweise und widersprüchlich dargestellt sind, können bei der Bewertung des Betriebskonzeptes der Antragstellerin nicht berücksichtigt werden.

Darüber hinaus bewegt sich die Tragweite der auf diese Weise von der Antragstellerin vorgebrachten Vorzüge ihres Angebotes in einer Größenordnung, die allenfalls geeignet wäre, ihren Rückstand von 29 Punkten auf das nächstgereichte Angebot um wenige Punkte zu verringern. Selbst dann, wenn die Antragstellerin tatsächlich zu einem Bewertungskriterium in einem Teilaspekt zu gering bewertet worden sein sollte und daher bei einem einzelnen Bewertungskriterium geringfügig mehr Punkte hätte erhalten müssen (betroffen sind jeweils lediglich Teilaspekte der einzelnen Bewertungskriterien), würde dies am Verbleib eines Rückstands des Angebots der Antragstellerin auf das nächstgereichte Angebot nichts ändern und hätte somit auf den Ausgang des Vergabeverfahrens keinen Einfluss.

Zum ersten Bewertungskriterium der Kontrolle des Nutzerverhaltens ist auszuführen, dass das Bewertungskriterium in der Verfahrensverständigung ausreichend klar definiert ist, um eine Bewertung und Reihung der Angebote für dieses Kriterium vornehmen zu können. Die Jury konnte ihrer Bewertung lediglich zugrunde legen, was in den Betriebskonzepten einschließlich der verwiesenen

Anhänge dokumentiert und dargelegt ist. Die insoweit vergleichsweise schlechteste Bewertung der Antragstellerin durch die Jury ist nach dem, was in den Betriebskonzepten und den verwiesenen Anhängen von den jeweiligen Bietern dargestellt wurde, schlüssig und nachvollziehbar. Wenn die Antragstellerin nunmehr vorbringt, dass sie mehr zu leisten im Stande ist, so ist ihr entgegen zu halten, dass es ihr obliegen wäre, dies in ihrem Betriebskonzept auch entsprechend darzustellen.

Die Antragstellerin hat somit bereits mit dem ersten Bewertungskriterium einen Punkterückstand zu sämtlichen Mitbewerberinnen erzielt, den sie über die anderen Bewertungskriterien nicht mehr einzuholen vermag. Insbesondere ergeben die ersten drei Bewertungskriterien mit 30 %, 30 % und 20 % zusammen eine Gewichtung von 80 %, hat das Angebot der Antragstellerin bei jedem dieser drei erstgenannten Kriterien einen deutlichen Punkterückstand zu den anderen vier Angeboten erzielt und lässt sich dieser Punkterückstand durch die nachfolgenden drei Kriterien, die mit 10 %, 5 % und 5 % deutlich niedriger gewichtet sind, nicht mehr aufholen. Darüber hinaus haben auch das vierte und das sechste Kriterium lediglich dazu beigetragen, dass sich der Punkterückstand des Angebotes der Antragstellerin zu ihren Mitbewerbern weiter vergrößert, obgleich diese Vergrößerung des Punkterückstandes der Antragstellerin insbesondere wegen der niedrigen Gewichtung des vierten und des sechsten Kriteriums gering ausfällt.

Zum zweiten Bewertungskriterium des Mehrwerts für den Nutzer und für den Auftraggeber ist zunächst auszuführen, dass auch dieses Bewertungskriterium vom objektiven Erklärungswert aus ausreichend klar ist. In der verbalen Beschreibung dieses Kriteriums auf Seite 45 der Verfahrensverständigung, lit. b, ist ausdrücklich das Angebot für die äußeren Bezirke (Gebiet 3) und die Substitution von CO²-erzeugendem Verkehrsverhalten angesprochen. Auch aus der Leistungsbeschreibung und dem Gesamtzusammenhang geht deutlich hervor, dass die Auftraggeberin einer möglichst guten Versorgung des Gebietes 3 und einer Substitution von CO²-erzeugendem Verkehrsverhalten einen hohen Stellenwert beimisst.

Wenn vor diesem Hintergrund die Antragstellerin der Versorgung des Gebietes 3 und der Substitution von CO²-erzeugendem Verkehrsverhalten insbesondere im Gebiet 3 einen deutlich geringeren Stellenwert beimisst als ihre vier Mitbewerber,

so ist der Antragstellerin damit eine Fehlinterpretation der Ausschreibungsunterlagen unterlaufen, die in den Festlegungen zu diesem Bewertungskriterium keine ausreichende Grundlage hat. Wenn daher die Antragstellerin für das Gebiet 3 und für die Substitution von CO²-erzeugendem Verkehrsverhalten insbesondere im Gebiet 3 deutlich weniger angeboten hat als jede ihrer Mitbewerberinnen, so ist schlüssig und nachvollziehbar, dass das Angebot der Antragstellerin in diesem Kriterium deutlich schlechter bewertet wurde als die Angebote ihrer vier Mitbewerberinnen.

Ob, wie die Antragstellerin vorgebracht hat, die von ihr dargestellten Synergien mit dem Umland von Wien und die Maximierung der Einsatzzeiten der E-Scooter sowie damit verbunden, Minimierung von Stehzeiten in zusätzlichen Punkten auszudrücken gewesen wären, kann dahingestellt bleiben, weil etwaige diesbezügliche Zusatzpunkte zu Gunsten der Antragstellerin den Bewertungsrückstand wegen der unvollständigen Abdeckung der Außenbezirke, der schlechteren Anbindung an den öffentlichen Verkehr in den betroffenen Außenbezirken und dem nur ansatzweise ausgebildeten und hinter den Mitbewerberinnen weit zurückbleibenden Systems an Rabatten und Incentives keinesfalls aufholen hätte können.

Das Angebot der Antragstellerin weist daher auch bei diesem Bewertungskriterium einen nachvollziehbaren Bewertungsrückstand in vergebenen Punkten zu jedem der vier anderen Angebote auf, der durch andere Bewertungskriterien insoweit nicht eingeholt werden kann, weil das Angebot der Antragstellerin bei keinem anderen Kriterium besser abschneidet als auch nur ein Angebot einer Mitbewerberin.

Zum Kriterium der Ordnerdienste ist die Antragstellerin zunächst darauf zu verweisen, dass ihr Last and Best Offer sorgfältig auszuarbeiten gewesen wäre. Sie hätte insbesondere die von ihr beabsichtigten Verbesserungen in ihrem Angebot vollständig vorzunehmen gehabt und nicht an einer Stelle die alten Werte belassen und diese an einer anderen Stelle korrigieren dürfen. Darüber hinaus hätte sie diese Verbesserung auch in ihre Liste der Änderungen des Last and Best Offers gegenüber ihrem Erstanteangebot aufzunehmen gehabt. Wenn die Antragstellerin diese Nachbesserungen nur unvollständig und widersprüchlich vorgenommen hat, so fällt ihr dies als Versäumnis zur Last und ist es

nachvollziehbar, dass die Jury diese unvollständigen Nachbesserungen bei der Bewertung nicht berücksichtigt hat.

Darüber hinaus ergibt ein Vergleich der Bewertungen und der Betriebskonzepte, dass die von der Antragstellerin angebotenen Ordnerdienste auch bei Berücksichtigung ihrer unvollständigen Nachbesserungen deutlich hinter den Ordnerdiensten, die von ihren vier Mitbewerberinnen angeboten worden sind, zurückgeblieben wäre. Die Nachbesserungen der Antragstellerin hinsichtlich der erweiterten Ordnerzeiten und der Zahl der Ordner würden somit nichts daran ändern, dass das Angebot der Antragstellerin auch bei diesem Bewertungskriterium weniger Punkte erhalten hat als jedes Angebot ihrer Mitbewerberin. Auch bei diesem Bewertungskriterium ergibt sich somit unabhängig davon, ob die von der Antragstellerin behaupteten Beurteilungsfehler der Jury zutreffen sollten oder nicht, in jedem Fall ein schlüssiger und nachvollziehbarer Punkterückstand zu jedem der vier anderen Angebote.

Bei den Angaben zur Verkehrssicherheit ergibt sich aus dem in den Festlegungen der Verfahrensverständigung auf Seite 45, lit. d, angeführten Verweis auf veröffentlichte Forderungen zur Verkehrssicherheit des Kuratoriums für Verkehrssicherheit, dass Aspekte des Nutzerverhaltens bei der Bewertung der Verkehrssicherheit inkludiert sind. Auch die ausdrücklich angeführte Drosselung der maximal vom Nutzer erzielbaren Geschwindigkeit ist vom objektiven Erklärungswert her eindeutig auf den Nutzer bezogen und hat bereits vom ausdrücklichen Wortlaut her nicht die Bedeutung, dass generell E-Scooter mit möglichst geringer Maximalgeschwindigkeit eingesetzt werden sollten. Eine Differenzierung nach Nutzern und damit das Nutzerverhalten sind damit eindeutig bewertungsrelevant. So ist etwa eine Drosselung der Maximalgeschwindigkeit bei einem Anfängermodus des Scooters eindeutig benutzerbezogen und war nicht gefordert, dass eine solche Drosselung der Maximalgeschwindigkeit, wie sie etwa für Anfänger zweckmäßig sein kann, für alle Nutzer unabhängig von ihrem Können zu erfolgen hätte.

Wenn die Antragstellerin die Bewertungsrelevanz einer nutzerspezifischen Differenzierung für den Aspekt der Verkehrssicherheit nicht erkannt und auch nicht zeitgerecht nachgefragt hat, so fällt ihr dieses Versäumnis zur Last.

Die Jury hat plausibel und nachvollziehbar dargelegt, dass das Angebot der Antragstellerin in den Aspekten der Verkehrssicherheit, soweit dieses mit dem Nutzerverhalten zusammenhängt, schlechter abgeschnitten hat als die Angebote ihrer vier Mitbewerberinnen, wohingegen die Angebote hinsichtlich der übrigen Teilaspekte dieses Bewertungskriteriums gleichwertig waren. Es ist daher schlüssig und nachvollziehbar, dass die Jury das Angebot der Antragstellerin auch in diesem Bewertungskriterium schlechter bewertet hat als die Angebote ihrer vier Mitbewerberinnen.

Das Bewertungskriterium Buchungssystem etc. wurde von der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag nicht releviert. Im Hinblick auf die etwaige Möglichkeit eines Reihungssturzes wurde auch dieses Kriterium vom Senat durchgesehen. Da die Konzepte hinsichtlich dieses Kriteriums gleichwertig sind und von der Jury auch jeweils mit der gleichen Punktezahl bewertet und die Bewertung ident begründet wurde, war auszuschließen, dass die Antragstellerin über dieses Bewertungskriterium ihren Punkterückstand zu den Mitbewerberinnen aufholen kann.

Das Kriterium der erweiterten Erreichbarkeit für Auftraggeber und Kunden ist mit lediglich 5 % insgesamt gering gewichtet. Allein dadurch ist es ausgeschlossen, dass die Antragstellerin über dieses Kriterium ihren Punkterückstand, der sich zu ihren Ungunsten bei den vier erstgenannten und mit 30 %, 30 %, 20 % und 10 % jeweils höher gewichteten Bewertungskriterien bereits ergeben hat, wieder aufholen könnte.

Darüber hinaus hat die Jury dem Angebot der Antragstellerin auch bei diesem Kriterium weniger Punkte vergeben als jedem Angebot der vier Mitbewerberinnen. Die Begründung der Jury für die schlechtere Bewertung des Angebots der Antragstellerin bei diesem Kriterium konnte zwar bei dem Teilaspekt der Einschränkung der Erreichbarkeit für die Auftraggeberin nicht nachvollzogen werden, weil die Jury diesbezüglich in der Begründung auf eine reine Auslegung des Wortlautes der Formulierung für „dringende Fälle“ abgestellt hat und insoweit die Möglichkeit eines bloßen Formulierungsunterschieds im Raum stand. Das Angebot der Antragstellerin scheidet in diesem Punkt jedoch im Angebot der Sprachen für den Nutzer, wie bereits ausgeführt wurde, nachvollziehbar schlechter ab als die Angebote der vier Mitbewerberinnen, und wurde daher auch in diesem

Kriterium von der Jury mit weniger Punkten bewertet als jedes der vier anderen Angebote.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass ihre Mitbewerberinnen ein weitergehendes Angebot an Sprachen nur über den Einsatz von Subunternehmern zu leisten vermögen, so ist zunächst anzuführen, dass dieses Vorbringen bereits nach der Lebenserfahrung nicht nachvollzogen werden kann. Die meisten der angebotenen Sprachen sind in Österreich weit vertreten und ist nicht ersichtlich, warum die Bieter für ihre Callcenter nur Mitarbeiter beschäftigen sollten, denen entsprechende Sprachkenntnisse fehlen. Darüber hinaus wäre auch ein allfälliger Einsatz von Subunternehmern, soweit deren Anteil an der Leistung nicht 10 % übersteigt, gemäß Punkt 2.14 der Verfahrensverständigung nicht als Einsatz von Subunternehmern angabepflichtig. Die Antragstellerin hat insoweit keine Vergaberechtswidrigkeit aufgezeigt. Darüber hinaus hat sie diesen Aspekt auch nicht in ihrem Nachprüfungsantrag releviert, sondern erst in der mündlichen Verhandlung vorgebracht.

Insgesamt haben sich damit die bestandsfest festgelegten Bewertungskriterien als genau genug und die erfolgte Bewertung der mit den Last and Best Offers abgegebenen Betriebskonzepte durch die Jury als ausreichend nachvollziehbar erwiesen, um auf Grund der Qualitätsbeurteilung der Betriebskonzepte eine Reihung vornehmen zu können, der zu Folge das Betriebskonzept der Antragstellerin an fünfter Stelle gereiht ist und als solches nicht zum Zuge kommt. Eine genaue Nachvollziehbarkeit, ob der Rückstand des Angebotes der Antragstellerin von 29 Punkten zum nächstgereihten Angebot in seinem gesamten Ausmaß nachvollziehbar ist, war dabei nicht erforderlich, weil auch etwaige, im Nichtigerklärungsantrag geltend gemachte Rechtswidrigkeiten, die die Nachvollziehbarkeit des Punkterückstandes der Antragstellerin allenfalls verringern würden, nichts am Ausgang des Vergabeverfahrens zu ändern vermögen, solange nur der Punkterückstand der Bewertung des Angebotes der Antragstellerin als solcher nachvollziehbar und plausibel ist und der Nachprüfung durch das Verwaltungsgericht standhält. Diese Voraussetzung trifft zu, sodass das Angebot der Antragstellerin einen plausiblen und nachvollziehbaren Punkterückstand zu den anderen Angeboten aufweist, welcher der Nachprüfung durch das Verwaltungsgericht standgehalten hat.

Soweit die Antragstellerin daher mit ihrem Nachprüfungsantrag überhaupt Vergaberechtswidrigkeiten aufgezeigt hat, haben diese zumindest keinen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens.

Zusammenfassend war das von der Antragstellerin relevierte Fehlen der Abgabe einer Verfügbarkeitserklärung durch die E. GmbH durch die bestandsfesten Festlegungen, wonach hinsichtlich vorgelegten Referenzen von verbundenen Unternehmen ein Nachweis der Verfügbarkeit über das verbundene Unternehmen alternativ durch Patronatserklärung, Verfügbarkeitserklärung oder Firmenbuchauszug genügt, präkludiert und das Angebot der E. GmbH wegen dieser Präklusionswirkung der Ausschreibungsunterlagen nicht auszuschneiden und wurde das Angebot der Antragstellerin von der Jury in schlüssiger und nachvollziehbarer Weise von den insgesamt fünf vorliegenden Angeboten am schlechtesten bewertet und damit schlüssig und nachvollziehbar an fünfter Stelle gereiht.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Die Höhe der Pauschalgebühren entspricht der Kundmachung LGBl. für Wien Nr. 55/2022 betreffend Gebührensätze für Anträge an das Verwaltungsgericht Wien gemäß § 14 Abs. 3 WVRG 2020 (Gebührenersatz für Bau- und Dienstleistungskonzessionen im Oberschwellenbereich zuzüglich der Gebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung). Da die Antragstellerin ihrem Antrag auf Nichtigerklärung nicht erfolgreich war, kommt ihr ein Gebührenersatz gemäß § 15 WVRG 2020 nicht zu und hat sie die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

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.

B e l e h r u n g

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 der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und 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 Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr (ihm) noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären.

Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Dr.ⁱⁿ Lettner