



# VERWALTUNGSGERICHT WIEN

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

GZ: VGW-123/074/6721/2017/E-1  
A. GmbH

Wien, 9.1.2018

Geschäftsabteilung: VGW-R

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Dr. Oppel als Vorsitzenden, sowie die Richterin Mag.<sup>a</sup> Mandl und die Richterin Dr.<sup>in</sup> Lettner über den Antrag der A. GesmbH, vertreten durch Rechtsanwalts-Partnerschaft, auf Feststellung gemäß § 39 Abs. 2 WVRG 2014 betreffend das Vergabeverfahren "Schulbusbetrieb MA 56" (Bekanntmachung 2010/S 124-189969 vom 30.06.2010) (Zuschlagsentscheidung vom 22.07.2011 hinsichtlich der Lose II bis VI und VIII bis XI), der Stadt Wien, Magistratsabteilung 56, vergebende Stelle Magistratsabteilung 54, 1220 Wien, Simone-de-Beauvoir-Platz 6,

zu Recht e r k a n n t:

- I. Der Antrag auf Feststellung, dass im Vergabeverfahren „Schulbusbetrieb MA 56“ hinsichtlich der Lose II bis VI und VIII bis XI wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigstem Angebot erteilt wurde, wird abgewiesen.

- II. Der Eventualantrag auf Feststellung, dass im Vergabeverfahren „Schulbusbetrieb MA 56“ hinsichtlich der Lose II bis VI und VIII bis XI die Zuschlagsentscheidung vom 22.7.2011 wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 rechtswidrig war, wird abgewiesen.
- III. Der Antrag, das Verwaltungsgericht Wien möge die Antragsgegnerin zum Ersatz der von der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren entrichteten Pauschalgebühren verhalten, wird abgewiesen.
- IV. 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

I. Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 54 (in der Folge Antragsgegnerin) führte als vergebende Stelle einen Dienstleistungsauftrag als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip zur Vergabe des Schulbusbetriebes für SchülerInnen mit Behinderungen in allen 23 Gemeindebezirken für die Dauer von sechs Unterrichtsjahren (mit der Option auf Verlängerung um weitere zwei Unterrichtsjahre). Das Vergabeverfahren wurde im Amtsblatt der EU vom 30.6.2010 bekannt gemacht.

Die Leistungen sollten ursprünglich beginnend mit dem Schuljahr 2011/12 erbracht werden. Aufgrund mehrerer Verlängerungen der Zuschlagsfrist erfolgte der Leistungsbeginn tatsächlich erst mit Anfang des Schuljahres 2012/13.

An diesem Vergabeverfahren beteiligten sich neun Bieter. Die ausschreibungsgegenständliche Leistung war in 20 Lose unterteilt, die sich aus einem oder mehreren Schulbezirken zusammensetzten und unterschiedliche Kapazitäten hinsichtlich der erforderlichen Fahrzeuganzahl erforderten. Die Bieter konnten für ein, mehrere oder alle Lose Angebote abgeben.

Die Vorgangsweise bei der Ermittlung der Zuschlagsempfänger für die einzelnen Lose ist in den Ausschreibungsbedingungen in Punkt 16 festgelegt. Die Ermittlung des Billigstbieters pro Los erfolgte zunächst durch Berücksichtigung

des billigsten Angebotes für das jeweilige Los. Sodann war zu prüfen, ob der Billigstbieter die Kapazitätsanforderungen für dieses Los erfüllt. Bei Vorliegen der erforderlichen Fahrzeuganzahl erfolgte die Zuschlagsentscheidung für dieses Los zugunsten des Billigstbieters. Wenn der Billigstbieter (zum Beispiel weil er schon in anderen Losen den Zuschlag erhalten sollte) nicht für alle Lose, für die er das billigste Angebot abgegeben hatte, die erforderlichen Fahrzeuge zur Verfügung hatte, erhielt er die Lose, die er im Rahmen seiner Fahrzeugkapazitäten entsprechend der ebenfalls mit dem Angebot bekannt zu gebenden Präferenzreihung bevorzugte und es erfolgte die Zuschlagsentscheidung für das Los, für das der Billigstbieter nicht mehr ausreichend Kapazitäten hatte, an den nächstbilligeren Bieter, der die erforderlichen Fahrzeuge noch zur Verfügung hatte.

Mit Schreiben vom 22.7.2011 teilte die Antragsgegnerin den Bietern die Zuschlagsentscheidung mit. Hinsichtlich der Lose II-VI und VIII-XI erfolgte diese zugunsten der B. GmbH (in der Folge Teilnahmeberechtigte). Die Lose I, XIII, XIV, XVIII und XX sollten an die H. GmbH vergeben werden. Für die Lose VII und XVII war die K. GmbH als präsumtive Zuschlagsempfängerin vorgesehen. Los XV sollte an die E. GmbH und Los XVI an den O. GmbH vergeben werden. Die L. AG wurde für den Zuschlag in den Losen XII und XIX in Aussicht genommen. Die Antragstellerin war in keinem der Lose als Zuschlagsempfängerin vorgesehen. Die Zuschlagsentscheidung wurde mit dem jeweils niedrigsten Preis des präsumtiven Zuschlagsempfängers begründet.

II. Gegen diese Entscheidung brachte die Antragstellerin einen Antrag auf Nichtigklärung des gesamten Vergabeverfahrens, in eventu der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Lose II bis VI und VIII bis XI, Erlassung einer Einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz ein. Mit Bescheid des Vergabekontrollsenates Wien vom 22.9.2011 zur Zahl VKS-8224/11 wurde der Antrag, das Vergabeverfahren für nichtig zu erklären, zurückgewiesen, und der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin für nichtig zu erklären, abgewiesen.

Die Zuschlagserteilung erfolgte am 16.12.2011.

III. Gegen den Bescheid des Vergabekontrollsenates Wien erhob die Antragstellerin Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof. Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 23.05.2014 zur Zahl 2012/04/0003 wurde der Beschwerde Folge gegeben und der Bescheid hinsichtlich des Spruchpunktes 2. (Abweisung des Antrages auf Nichtigerklärung) wegen Rechtswidrigkeit in Folge Verletzung von Verfahrensvorschriften und hinsichtlich des Spruchpunktes 4. (Pauschalgebühren) wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

IV. Mit Schriftsatz vom 19.12.2014 beantragte die Antragstellerin nach § 39 Abs. 2 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) die Feststellung, dass der Zuschlag im genannten Vergabeverfahren in den angeführten Losen nicht dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt worden sei, in eventuelle Feststellung, dass die ergangene Zuschlagsentscheidung wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 rechtswidrig gewesen sei. Weiters wurde beantragt, die Antragsgegnerin zum Ersatz der von der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren entrichteten Pauschalgebühren zu verhalten.

Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 5.10.2015 zur Zahl VGW-123/074/34873/2014-10 wurden sämtliche Anträge abgewiesen und die ordentliche Revision für unzulässig erklärt. Gegen dieses Erkenntnis wurde seitens der Antragstellerin außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 5.4.2017 zur Zahl Ra 2015/04/0097-7 das angefochtene Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

V. In ihrem Antrag auf Feststellung gemäß § 39 Abs. 2 WVRG 2014 vom 19.12.2014 hat die Antragstellerin ausgeführt, dass der Zuschlag in dem dem Nachprüfungsverfahren vor dem VKS Wien zu Grunde liegenden Vergabeverfahren vor der Entscheidung des VwGH offensichtlich bereits erteilt worden sei, daher habe das Verwaltungsgericht Wien unter Zugrundelegung der Rechtsanschauung des VwGH nun festzustellen, ob die angefochtene Entscheidung der Auftraggeberin rechtswidrig gewesen sei. Wie § 39 Abs. 2 letzter Satz WVRG 2014 normiere und der VwGH in seiner Entscheidung vom

27.10.2014, GZ: 2013/04/0140, klarge stellt habe, sei ein solcher Antrag im Rahmen eines sekundären Feststellungsverfahrens auf Feststellung gemäß § 33 leg. cit. gerichtet.

Die Antragstellerin stütze ihren Antrag auf Feststellung gemäß § 39 Abs. 2 WVRG 2014 auf die nicht plausible Preisbildung im Angebot der Zuschlagsempfängerin, die fehlende technische Leistungsfähigkeit der Zuschlagsempfängerin und die mangelnde Begründung der Zuschlagsentscheidung.

V.1. Zum Punkt nicht plausible Preisbildung im Angebot der Zuschlagsempfängerin brachte die Antragstellerin vor, dass die von der Zuschlagsempfängerin gebotenen Preise betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar sein könnten. Die Zuschlagsempfängerin habe die besonderen, aus der Leistungsbeschreibung resultierenden Anforderungen an die Lenker sowie Begleitpersonen von Transporten von Schülern mit Behinderungen nicht einkalkuliert. Ferner hätten die von der Zuschlagsempfängerin für die einzelnen Lose angebotenen Preise den jeweiligen Mittelwert der Angebotspreise der übrigen Bieter um bis zu 22,7 % unterschritten, was deren Unplausibilität belege. Mit den von der Zuschlagsempfängerin angebotenen Preisen könne auf Grund der Erfahrungen der Antragstellerin aus der Erbringung solcher Leistungen eine kostendeckende Leistungserbringung nicht möglich sein. Im Verfahren vor dem VKS Wien habe sich der VKS über dieses Vorbringen hinweggesetzt und lediglich den Standpunkt der Stadt Wien zu dieser Frage ohne jede sachverständige Überprüfung in der eigenen Entscheidung referiert. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei jedoch die Nachprüfungsbehörde verpflichtet, zur Frage, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien, ein Sachverständigengutachten einzuholen. Die Einholung eines derartigen Sachverständigengutachtens werde nach Ansicht der Antragstellerin belegen, dass die von ihr dargelegten Bedenken gegen die Angemessenheit der von der Zuschlagsempfängerin gebotenen Preise berechtigt und die Angebote der Zuschlagsempfängerin mangels angemessener Preise auszuschneiden gewesen wären. Daher beantrage die Antragstellerin die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Überprüfung der Angemessenheit der von der Zuschlagsempfängerin angebotenen Preise, sofern das Verwaltungsgericht Wien nicht bereits auf Grund der nachfolgend

dargelegten Gründe die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung vom 22.07.2011 bestätige.

V.2. Zur fehlenden technischen Leistungsfähigkeit der Zuschlagsempfängerin führte die Antragstellerin aus, dass gemäß § 69 Z 1 BVergG 2006 jeder Bieter den Nachweis erbringen müsse, dass er bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung über jene Mittel verfügt habe, die notwendig seien, um den Auftrag ordnungsgemäß ausführen zu können. Von dieser zwingenden gesetzlichen Vorgabe sei die Auftraggeberin in der gegenständlichen Ausschreibung insoweit abgerückt, als sie im Punkt 7.3.a der Angebotsbestimmungen den Nachweis genügen habe lassen, dass der Bieter über die ausgeschriebenen Mindestkapazitätserfordernisse „zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns verfügen wird“. So habe sich also nach den Angebotsbestimmungen - contra legem - auch jemand um den Auftrag bewerben dürfen, der zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung noch gar keine für die Erfüllung des Auftrages geeigneten Fahrzeuge hatte. Hingegen sei in den Angebotsbestimmungen genau vorgegeben, wie der Nachweis zu erbringen sei. Konkret musste dieser Nachweis laut Punkt 7.3.a der Angebotsbestimmungen „durch Vorlage der Kopien von unterfertigten Kauf-, Miet-, Leasingverträgen, Zulassungsscheinen, odgl.“ erbracht werden. Auf Grund der Ergebnisse des Nachprüfungsverfahrens vor dem VKS Wien stünde aber unstrittig fest, dass die Zuschlagsempfängerin für die erforderliche Anzahl von 80 geeigneten Fahrzeugen weder Kopien von Zulassungsscheine vorlegen habe können, noch Kopien von unterfertigten Kauf-, Miet- oder Leasingverträgen vorgelegt habe.

Die Zuschlagsempfängerin hätte mit ihren Angeboten lediglich „Bestätigungen“ einer P. AG und einer D. GmbH über die angeblich in Zukunft mögliche Lieferung bzw. den Umbau der Fahrzeuge vorgelegt. Laut dem Bescheid des VKS Wien vom 22.9.2011 sollten derartige Bestätigungen unter dem in Punkt 7.3.a der Angebotsbestimmung verwendeten Terminus „odgl.“ fallen. Eine solche Auslegung der Vorgabe sei jedoch aus mehreren Gründen unzutreffend: So spreche der zitierte Punkt der Angebotsbestimmungen ausdrücklich von der Vorlage von unterfertigten Verträgen. Der Sinn einer solchen Vorgabe könne offenkundig nur darin bestehen, dass der Bieter nachweisen müsse, dass er, hinsichtlich der für die Auftragsabwicklung erforderlichen Ressourcen - wenn er

über sie zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung noch nicht verfügt, wie das an sich nach dem Gesetz erforderlich wäre - zumindest bereits eine rechtlich gesicherte Position habe. Nach dieser Vorgabe müsse also zumindest ein bereits rechtsverbindlicher Vertrag vorgelegt werden, aus dem sich ein klagbarer Anspruch auf Herstellung bzw. Bereitstellung dieser Ressourcen ergebe. Von „dergleichen“ könne angesichts dessen aber nur dann die Rede sein, wenn der Bieter ein Dokument vorlege, welches ihm allenfalls einen klagbaren Anspruch verschaffe. Schon nach dem üblichen Sprachgebrauch könne die Wendung „odgl.“ keineswegs im Sinne von „oder irgend ein anderer Nachweis“ verstanden werden; vielmehr ergebe sich schon aus der üblichen Bedeutung des Wortes „dergleichen“ die Notwendigkeit eines gleichartigen Nachweises. Umso mehr sei ein solches Verständnis der Wendung „odgl.“ vor dem Hintergrund der geltenden gesetzlichen Bestimmungen geboten. Nach der Judikatur sind Festlegungen in einer Ausschreibung im Zweifel möglichst gesetzeskonform zu interpretieren. Nach der Gesetzeslage müsste aber ohnedies jeder Bieter bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung über die notwendigen Fahrzeuge verfügen. Wenn nun die Angebotsbestimmung davon schon insoweit abwichen, als sie auch den bloßen Nachweis genügen ließen, dass der Bieter erst zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns über die erforderlichen Fahrzeuge verfügen werde, dann könne dies bei möglichst gesetzeskonformer Interpretation zweifellos nicht auch dahin verstanden werden, dass der Bieter überhaupt nur irgendein Papier vorzulegen brauche, in welchem die Behauptung aufgestellt werde, der Bieter werde zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns über die erforderlichen Fahrzeuge verfügen. Vielmehr müsse der oben zitierte Punkt aus den Angebotsbestimmungen bei möglichst gesetzeskonformer Auslegung so verstanden werden, dass der Bieter zumindest einen solchen Nachweis vorzulegen habe, aus dem sich zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung bereits ein klagbarer Anspruch des Bieters ergäbe, also eine rechtlich gesicherte Position in Bezug auf den Besitz der erforderlichen Fahrzeuge zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns. Bloß zur Klarstellung werde hinzugefügt, dass eine Bestätigung irgendeines Dritten nicht genüge, sie liefere keinen unmittelbaren Beweis für das Bestehen eines klagbaren Anspruchs. Ob der Bieter über die zur Auftragsabwicklung erforderlichen Ressourcen verfüge, habe aber der Auftraggeber selbst zu überprüfen.

Richtigerweise wären daher die Angebote der Zuschlagsempfängerin schon mangels Erfüllung der Eignungskriterien auszuschneiden gewesen, weshalb die Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Lose II bis VI und VIII bis XI zu Gunsten der Zuschlagsempfängerin jedenfalls rechtswidrig ergangen sei.

V.3. Zur mangelnden Begründung der Zuschlagsentscheidung brachte die Antragstellerin vor, dass sich in der Zuschlagsentscheidung vom 22.07.2011 als Begründung bloß der allgemeine Hinweis auf den niedrigsten Preis unter Berücksichtigung der Kapazität und der angegebenen Präferenz finde, ohne dass im Detail dargelegt werde, welche Präferenzen und welche Kapazitäten der einzelne Bieter in seinem Angebot angegeben habe. Dies führe dazu, dass nicht abschließend beurteilt werden könne, ob die Zuschlagsentscheidung rechtskonform getroffen worden sei, weil deren Rechtskonformität auch davon abhängen würde, welche Präferenz der einzelne Bieter in seinem Angebot angegeben habe und welche Kapazitäten diesem Bieter zur Verfügung stünden. Die Berücksichtigung der Präferenzreihung ergebe sich aus Punkt 16 der Ausschreibungsunterlagen. Nach den gesetzlichen Bestimmungen und nach der Judikatur des EuGH müsse die Begründung der Zuschlagsentscheidung die Überlegungen des Auftraggebers so klar und eindeutig zum Ausdruck bringen, dass der betroffene Bieter seine Rechte geltend machen könne. Durch die Unterlassung der Bekanntgabe der Präferenzreihung als auch der Kapazitäten habe daher der Zuschlagsentscheidung ein wesentliches Begründungselement gefehlt und belaste dies die Entscheidung mit Rechtswidrigkeit.

V.4. Der Vollständigkeit halber werde angemerkt, dass auf Grund der im Punkt 16.1. der Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Präferenzreihung nicht klar sei, ob Angebote von Mitbewerbern der Antragstellerin, welche günstiger gewesen wären als die Angebote der Antragstellerin, zum Zuge hätte kommen können. Dies werde seitens der Antragstellerin ausdrücklich bestritten und dargetan, dass sämtliche Angebote von Mitbewerbern der Antragstellerin, welche hinsichtlich der Lose II bis VI und VIII bis XI günstiger als die Angebote der Antragstellerin wären, wegen fehlender technischer Leistungsfähigkeit als auch auf Grund unplausibler Preisbildung auszuschneiden gewesen wären. Auf Grund der in diesem Schriftsatz dargelegten Intransparenz der Auswahl der Angebote für die Zuschlagsentscheidung ergebe sich aber, dass keinesfalls gesagt werden könne,

dass die Antragstellerin hinsichtlich einzelner Lose nicht zum Zug hätte kommen können.

VI. Im Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung vom 29.7.2011 wurde zusammengefasst vorgebracht:

Der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei es nicht möglich gewesen, den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen zum Transport von behinderten Personen durch Vorlage von Referenznachweisen zu erbringen. Nach Branchenkenntnis habe die B. GmbH in den letzten drei Jahren keine Beförderungen von Personen mit Behinderungen und/oder Krankentransport im von der Antragsgegnerin geforderten Umfang und/oder Qualität laut der Angebotsunterlagen durchgeführt. Es seien keine, wie in den Ausschreibungsbedingungen gefordert, Referenzlisten vorgelegt worden.

Für die gegenständlich an die Zuschlagsempfängerin vergebenen Lose betrage das Mindestkapazitätserfordernis gemäß der Angebotsunterlagen insgesamt 80 Kleinbusse. Zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung sei die Eignung in diesem Umfang nicht vorgelegen. Der Schulbusbetrieb für Schülerinnen mit Behinderung sei die gewerbsmäßige Beförderung eines geschlossenen Teilnehmerkreises mit Kraftfahrzeugen unter Beistellung des Lenkers aufgrund besonderer Aufträge gemäß Gelegenheitsverkehrsgesetz (Mietwagen-Gewerbe). Laut Auszug aus dem Zentralen Gewerberegister vom 25.11.2010 verfüge die Zuschlagsempfängerin seit 4.2.1993 über eine Gewerbeberechtigung für das Mietwagengewerbe mit Personenkraftfahrzeugen, beschränkt auf die Verwendung von sechs PKW. Da für die angefochtenen Lose ein Mindestkapazitätserfordernis von 80 Kleinbussen bestehe, liege die Befugnis offensichtlich nicht vor.

Zum Nachweis des erforderlichen Fuhrparks wurde vorgebracht, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin dem Angebot eine Bestätigung eines Autohauses angeschlossen habe, in welcher bloß die Möglichkeit der Bestellung der zur Auftragsdurchführung erforderlichen Fahrzeuge bis Ende März 2011 eingeräumt worden sei. Darüber hinaus sei eine Bestätigung erfolgt, wonach die Ausstattung dieser Fahrzeuge bis Ende September 2011 durchgeführt werden

könne, sofern die Fahrzeuge bis Ende März 2011 geliefert würden. Diese Bestätigungen würden nicht den Ausschreibungsanforderungen entsprechen: Einerseits werde ohne Rechtsverbindlichkeit die bloße Möglichkeit einer Bestellung in Aussicht gestellt, andererseits beziehe sich diese Möglichkeit auf eine Bestellung im März 2011 und nicht August 2011. Weiters mangle es den unverbindlichen Bestätigungen jeglicher Angebotspreise, der Angabe konkreter Fahrzeuge sowie Lieferzeiträume. Im Ergebnis würden somit sämtliche essentialia negotii fehlen, weshalb eine wie in den Angebotsunterlagen geforderte verbindliche Vereinbarung nicht nachgewiesen sei. Die Antragsgegnerin hätte daher im Ergebnis die in ihrer Zuschlagsentscheidung vom 22.7.2011 angegebene Zuschlagsempfängerin wegen nicht vorhandener Befugnis bzw. technischer Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung auszuschneiden gehabt.

Weiters wurde vorgebracht, dass durch die besonders niedrigen Angebotspreise der B. GmbH davon auszugehen sei, dass diese zusätzliche Informationen erhalten habe und die Beantwortung von Bieterfragen selektiv erfolgt sei. Beispielsweise sei die schriftliche Beantwortung der Anfrage der Antragstellerin vom 9.8.2010 am 10.8.2010 erfolgt und ausschließlich der Antragstellerin zugestellt worden. Es habe keine anonymisierte Anfragebeantwortung von Seiten der Antragsgegnerin an die übrigen Bieter gegeben. Die Vergleichbarkeit der Angebote sei damit nicht gewährleistet.

Dazu, dass die Zuschlagsentscheidung zugunsten von Angeboten mit nicht plausibler Preisbildung erfolgt sei, brachte die Antragstellerin zusammengefasst vor, dass ein losweiser Vergleich der Angebotspreise der Teilnahmeberechtigten, hinsichtlich welcher Lose sie als Billigstbieterin beurteilt worden sei, zu dem Mittelwert sämtlicher höherpreisiger Angebotspreise der anderen Bieter das im Nichtigerklärungsantrag (Seite 13) in einer Tabelle dargestellte Ergebnis liefere. Aufgrund der auf Seiten der Antragstellerin vorhandenen Markt- und Fachkenntnis, seien die Angebotspreise der Zuschlagsempfängerin weder seriös, noch betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar und keinesfalls kostendeckend. Es sei davon auszugehen, dass die angebotenen Preise ausschließlich durch nicht veranschlagte Aufwendungen, für Kosten der Wartung und Erneuerung auch der elektronischen Logistikeinrichtungen für die nach den

Ausschreibungsbedingungen zwingend beizuschaffenden Fahrzeuge zustande gekommen seien. Bei Schulkindern mit besonderen Bedürfnissen sei die tägliche Transporterbringung eine sehr sensible Angelegenheit und dürfe die gegenständliche Dienstleistung nicht bloß anhand von wirtschaftlichen Gesichtspunkten determiniert werden. Die Antragsgegnerin hätte erkennen müssen, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin weder betriebswirtschaftlich erklär- noch nachvollziehbar – und somit zwingend auszuschneiden – sei.

Beschwerdepunkte wurden auf Seite 18 des Antrages auf Nichtigerklärung vom 29.7.2011 angeführt.

VII. Diesen Ausführungen hielt die Antragsgegnerin im Verfahren auf Nichtigerklärung im Wesentlichen entgegen:

VII.1. Die Antragstellerin habe keine echte Chance auf den Zuschlag, da sie hinsichtlich der angefochtenen Lose nur an vierter bzw. fünfter bzw. sechster Stelle gereiht sei. Bei einer neuen Reihung auf Basis der Kapazitäten und Präferenzen ohne die präsumtive Zuschlagsempfängerin wäre die Antragstellerin dennoch in den fünf angefochtenen Losen nicht an aussichtsreicher Stelle gereiht:

Bei Los II sei die Antragstellerin nur an sechster Stelle gereiht, vor ihr liege die in diesem Los nicht zum Zug gekommene Bieterin L. GmbH.

Bei Los III sei die Antragstellerin nur an vierter Stelle gereiht. Vor ihr liege die in diesem Los nicht zum Zug gekommene Bieterin L. GmbH.

Bei Los VI sei die Antragstellerin nur an sechster Stelle gereiht. Vor ihr liege die nicht zum Zug gekommene Bieterin K. GmbH.

Bei Los VIII sei die Antragstellerin nur an fünfter Stelle gereiht. Vor ihr liege die in diesem Los nicht zum Zug gekommene Bieterin L. GmbH.

Bei Los IX sei die Antragstellerin nur an fünfter Stelle gereiht. Vor ihr liege die in diesem Los nicht zum Zug gekommene Bieterin E. GmbH.

Da die Antragstellerin in den aufgezeigten Losen II, III, VI, VIII und IX nicht in ihren geltend gemachten Rechten verletzt werden könne, da sie für den Zuschlag nicht in Betracht kommen könne, sei der Antrag hinsichtlich dieser fünf Lose mangels Antragslegitimation zurückzuweisen.

VII.2. Des Weiteren sei das Angebot der Antragstellerin aufgrund einer Abrede mit einer anderen Bieterin auszuscheiden. Der Antragstellerin sei 100 %-Mutter der Bieterin K. GmbH. Der Geschäftsführer der Antragstellerin sei ebenso Geschäftsführer der Bieterin K. GmbH. Ein so großes Vergabeverfahren wie das antragsgegenständliche habe am Geschäftsführer niemals vorbei gehen können, weshalb auf der Hand liege, dass es hier zu wettbewerbswidrigen, für die Auftraggeberin nachteiligen Abreden gekommen sei und damit das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden sei, womit sie nicht antragslegitimiert wäre.

VII.3. Zur vermeintlichen Ungleichbehandlung der Antragstellerin wurde vorgebracht, dass die Antragsgegnerin während der Angebotsfrist lediglich einmal Fragen von einer Bieterin – nämlich der Antragstellerin – erhalten habe. Dass die Beantwortung dieser drei Fragen mit Schreiben vom 10.8.2010 nur an der Antragstellerin ergangen sei, erkläre sich daraus, dass sich alle Antworten schon selbsterklärend aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben hätten und in der Fragebeantwortung im Wesentlichen nur der Ausschreibungsinhalt wiederholt worden sei.

VII.4.a Zum Vorliegen der Befugnis der Zuschlagsempfängerin wurde vorgebracht, dass diese Tätigkeit gemäß § 2 Abs. 1 Gelegenheitsverkehrsgesetz nur aufgrund einer Konzession ausgeübt werden dürfe. Gemäß Auszug des ANKÖ habe die präsuntive Zuschlagsempfängerin über insgesamt sieben Gewerbeberechtigungen für das Mietwagengewerbe sowohl mit Personenkraftwagen als auch mit Omnibussen verfügt. Demnach sei die Zuschlagsempfängerin berechtigt gewesen, das Mietwagengewerbe eingeschränkt auf insgesamt 24 PKW und 119 Omnibussen auszuüben. Um eine Konzession im Sinne des Gelegenheitsverkehrsgesetzes zu erhalten, müssten die

Voraussetzungen der §§ 4, 5 und 6 Gelegenheitsverkehrsgesetz erfüllt werden. In vergaberechtlicher Hinsicht sei ein Unternehmen dann befugt, wenn es über eine Berechtigung verfüge, bestimmte Tätigkeiten auszuüben. Art 46 Vergaberichtlinie spreche von der „Befähigung zur Berufsausübung“. Mit den Anforderungen an die Befugnis solle sichergestellt werden, dass nur solche Unternehmer die verfahrensgegenständlichen Leistungen ausführen, die über ein gewisses Maß an technischem Wissen und praktischer Erfahrung verfügen. Die Auftraggeberin könne somit bei Vorliegen eines Nachweises einer Gewerbeberechtigung oder dergleichen von einem gewissen Qualitätsstandard der Leistungen des befugten Unternehmers ausgehen. Die vorliegende Gewerbeberechtigung habe demnach dargelegt, dass die Zuschlagsempfängerin über die notwendige Berechtigung verfüge, die ausgeschriebene Leistung, nämlich die Durchführung des Schulbusbetriebs für SchülerInnen mit Behinderung, auszuüben.

VII.4.b Zur Erbringung der verfahrensgegenständlichen Leistungen seien nicht nur PKW, sondern auch Omnibusse geeignet, sofern die geforderten Anforderungen an die Fahrzeuge und die Ausstattung erfüllt seien. Die Angaben der Ausschreibung, wonach beim Schülertransport maximal acht Personen abgesehen vom Lenker befördert würden, seien rein informativ und stellten keinen Ausschluss von größeren Fahrzeugen dar. Dass für die verfahrensgegenständlichen Leistungen nur PKW eingesetzt werden dürften oder der Einsatz von Omnibussen unzulässig sei, sei aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich. Die Vorgabe der Ausschreibungsunterlagen beziehe sich nur auf die Höchstanzahl von beförderten Personen, nicht auf die Größe des Fahrzeuges. Zudem sei der Begriff des Kleinbusses nach dem Kraftfahrzeuggesetz nicht definiert und wollte die Auftraggeberin offensichtlich einen breiten Interpretationsspielraum zulassen. Demnach seien auch die auf Omnibusse beschränkten Gewerbeberechtigungen zu berücksichtigen und sei bei Vorliegen von Gewerbeberechtigungen für das Mietwagengewerbe eingeschränkt auf gesamt 24 PKW und 119 Omnibusse die Befugnis zweifelsfrei gegeben.

VII.4.c Eine Vermehrung der Zahl der Fahrzeuge bedürfe gemäß § 4 Gelegenheitsverkehrsgesetz einer Genehmigung, für die dieselben Vorschriften

wie für die Erteilung der Konzession gelten. Lediglich die Erbringung des Befähigungsnachweises, also der fachlichen Eignung, sei nicht erforderlich. Die Anzahl an Fahrzeugen stelle somit ein rein quantitatives Element dar, welches keinen Einfluss auf das Vorliegen der Befugnis im Sinne der Vergaberichtlinie („Befähigung zur Berufsausübung“) haben könne. Ihre Befugnis habe die Zuschlagsempfängerin demnach durch Vorlage der Gewerbeberechtigung nachgewiesen. Auch hätten die für die zusätzlichen Fahrzeuge erforderlichen Abstellplätze (§ 4 Abs. 2 GewVerkG) keinen Einfluss auf die Qualität der Leistungen des Unternehmers und seine Befähigung, die Leistungen auszuführen. Der Gesetzgeber habe in § 5 Abs. 1 Gelegenheitsverkehrsgesetz klar zum Ausdruck gebracht, dass das Vorliegen der erforderlichen Abstellplätze ein aliud gegenüber der „Befähigung zur Berufsausübung“ im Sinn des Art. 46 der Vergaberichtlinie (oder der Eignung nach der Diktion des Bundesvergabegesetzes 2006) sei. Zudem sei die Anmietung der Abstellplätze für 80 Fahrzeuge für mehrere Monate, ohne die Gewissheit zu haben, mit der verfahrensgegenständlichen Leistung auch beauftragt zu werden, jenseits jeglicher Wirtschaftlichkeit der Angebotserstellung.

VII.5. Zum Vorliegen der Referenznachweise der Zuschlagsempfängerin sei das Vorbringen der Antragstellerin in diesem Punkt völlig substanzlos. Im Angebot der Zuschlagsempfängerin seien in einer zweiseitigen Beilage die Referenzen angeführt, dies sei geprüft worden und habe sich die Auftraggeberin dies vom angegebenen Auftraggeber bestätigen lassen. Das Vorbringen der Antragstellerin sei in diesem Punkt daher unzutreffend.

VII.6. Zum Vorliegen der Mindestanforderungen an die Fahrzeuge werde auf die Ausschreibung Punkt 7.3 verwiesen. Die Zuschlagsempfängerin habe mit ihrem Angebot zwei Schreiben vorgelegt und damit gemäß Punkt 7.3.a den Ausschreibungsunterlagen entsprochen. Die Bestimmung erfordere, dass die geforderten Unterlagen belegen müssten, dass der Bieter zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns über die Fahrzeuge verfügen werde. Aus der Formulierung „odgl.“ ginge hervor, dass auch andere Nachweise als Kauf-, Miet-, Leasingverträgen, Zulassungsscheine zulässig seien.

VII.7. Zur Angemessenheit der Preise wurde ausgeführt, dass eine vertiefte Angebotsprüfung entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen stattgefunden habe. Die Plausibilität der Preise sowie auch die Kalkulation der Zuschlagsempfängerin seien durch die Auftraggeberin mit Unterstützung durch einen Sachverständigen eingehend geprüft worden und sei die Zuschlagsempfängerin am 15.10.2010 zu ergänzenden Kalkulationsnachweisen aufgefordert worden. Dieser Aufforderung sei die Zuschlagsempfängerin fristgerecht nachgekommen und habe der Sachverständige die vorgelegte Kalkulation als branchenüblich beurteilt. Zudem habe am 6.6.2011 ein Aufklärungsgespräch stattgefunden, dessen Inhalt unter anderem die den Angebotspreisen zu Grunde liegende Kalkulation gewesen sei.

VIII. Im sekundären Feststellungsverfahren wurde vorgebracht:

VIII.1. Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 16.1.2015

VIII.1.a. Mit Schriftsatz vom 16.01.2015 bestritt die Antragsgegnerin das Vorbringen der Antragstellerin zur Gänze und hielt ihr bisheriges Vorbringen in dem zur Zahl VKS-8224/11 geführten Nachprüfungsverfahren vor dem VKS Wien vollinhaltlich aufrecht.

Die Antragsgegnerin gab weiters bekannt, dass der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren am 16.12.2011, damit vor der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes, rechtswirksam erteilt worden sei. Die Antragsgegnerin merkte an, dass alle Bieterinnen eine Zuschlagsentscheidung erhalten hätten, eine Auftragserteilung (Zuschlag) hätten nur die in den jeweiligen Losen ermittelten Zuschlagsempfängerinnen erhalten. Die gemäß BVergG 2006 vorgesehene Veröffentlichung der Bekanntmachung vergebener Aufträge sei im Amtsblatt der Europäischen Union am 04.01.2012 erfolgt, damit sei auch die Antragstellerin von den Zuschlägen in Kenntnis gesetzt worden.

VIII.1.b. Zum Vorbringen der Antragstellerin, dass die Preise der Zuschlagsempfängerin nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien und eine vertiefte Angebotsprüfung unterlassen worden sei, wurde vorgebracht, dass die Auftraggeberin eine den gesetzlichen Bestimmungen

entsprechende Prüfung vorgenommen habe. Die Plausibilität der Preise sowie auch die Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin durch die Auftraggeberin sei mit Unterstützung eines Sachverständigen eingehend geprüft worden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe nach Aufforderung am 18.10.2010 ihre Kalkulation für die Einheitspreise in den Positionen A bis E offen gelegt. Der Nachweis habe den Anforderungen des Punktes 8 der Ausschreibungsunterlagen entsprochen. Der Sachverständige habe die Kalkulation als branchenüblich beurteilt. In einem Aufklärungsgespräch am 6.6.2011 habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihre den Angebotspreisen zugrunde liegende Kalkulation erklärt. Die kollektivvertraglichen Mindestlöhne seien eingehalten worden und der Aufschlag für die Lohnnebenkosten und die Nichtleistungszeiten sei ausreichend kalkuliert. Die Zuschlagsempfängerin habe in den Einheitspreis neben den ausgabenwirksamen Kosten auch Geschäftsgemeinkosten einkalkuliert und sei davon auszugehen gewesen, dass die angebotenen Preise auskömmlich kalkuliert seien.

Wenn die Antragstellerin die Unangemessenheit der Preise aus der Abweichung vom Mittelwert der Angebotspreise der übrigen Bieter ableite, so sei ihr unter Hinweis auf vergaberechtliche Literatur und Judikatur entgegen zu treten. Danach sei ein Vergleich der Angebotspreise der Billigstbieterin mit den Angebotspreisen der übrigen Mitbieterinnen für sich allein genommen keine zulässige Methode für die Qualifikation eines Angebots als „Unterangebot“, da „bei der Prüfung der Preisangemessenheit (...) nicht auf einen Vergleich von Angebotssummen abzustellen sei, sondern allein darauf, ob ein Auftragnehmer mit den ihm zum Zeitpunkt der Ausschreibung zur Verfügung stehenden Mitteln im individuellen wirtschaftlichen Umfeld gesehen in der Lage sein wird, die gewünschte Leistung zu erbringen. Eine solche beträchtliche Preisdifferenz zwischen dem billigsten und dem nachfolgenden Angebot ist für sich allein daher kein Merkmal für einen unangemessen niedrigen Angebotspreis.“ (VKS-Wien, 22.2.2007, VKS-38/07).

Die Antragstellerin habe keine weiteren Anhaltspunkte für die vermeintliche Unangemessenheit der Preise vorgebracht.

VIII.1.c. Zum Vorbringen der Antragstellerin betreffend fehlende technische Leistungsfähigkeit hielt die Antragsgegnerin zunächst fest, dass dieses Vorbringen inhaltlich dem Vorbringen im Verfahren zu VKS-8224/11 entspreche und gibt die Ausführungen des VKS Wien in seinem Bescheid vom 22.9.2011 wieder. Die Ausschreibungsbedingungen seien nicht angefochten worden und sei somit Präklusion eingetreten. Auch habe der VKS Wien rechtskräftig über das Vorhandensein der technischen Leistungsfähigkeit der B. GmbH im Bescheid vom 28.4.2011, VKS-3103/11, abgesprochen. Die Einhaltung der Mindestanforderungen der Punkte 7.3 und 7.3.a der Ausschreibungsunterlage sei mit den Schreiben der P. AG und der D. GmbH nachgewiesen. Zudem habe auch der tatsächliche Leistungsbeginn gezeigt, dass die Zuschlagsempfängerin über die erforderliche Anzahl der Fahrzeuge in der geforderten Ausstattungsqualität verfüge.

VIII.1.d. Zum Punkt der mangelnden Begründung der Zuschlagsentscheidung brachte die Antragsgegnerin vor, dass die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Billigstbieterprinzips ausreichend begründet gewesen sei und zitiert Ausführungen aus dem Bescheid des VKS Wien vom 22.9.2011 zu VKS-8224/11, welche sie als zutreffend ansieht.

VIII.1.e. Weiters bringt die Antragsgegnerin vor, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen sei, da die Antragstellerin 100%-Mutter der am Vergabeverfahren beteiligten K. GmbH sei, womit ein Weisungsrecht und eine umfangreiche Einflussnahme einhergehe und davon auszugehen sei, dass der Antragstellerin die Angebote der mitbeteiligten Bieterin K. bekannt sein mussten. Es liege deshalb auf der Hand, dass es hier zu wettbewerbswidrigen, für die Auftraggeberin nachteiligen Abreden gekommen sei.

VIII.2. Replik der Antragstellerin vom 28.4.2015

VIII.2.a. Am 28.4.2015 brachte die Antragstellerin eine Replik zur Stellungnahme der Antragsgegnerin ein und führte darin zur nicht plausiblen Preisbildung im Angebot der Zuschlagsempfängerin aus, dass die Beurteilung durch einen Sachverständigen als „branchenüblich“ sich jeglicher sachlichen

Grundlage entziehe und dass die Abweichungen der von der Zuschlagsempfängerin in den einzelnen Losen angebotenen Preise von bis zu 22,7% vom jeweiligen Mittelwert der Angebotspreise der übrigen Bieter gerade die „Branchenunüblichkeit“ beweise.

VIII.2.b. Zur fehlenden technischen Leistungsfähigkeit wurde vorgebracht, dass auf Seiten der Antragstellerin begründete Zweifel vorlägen, dass vom VKS Wien der gesamte entscheidungsrelevante Inhalt der in Rede stehenden Bestätigungen wieder gegeben worden sei, weshalb Akteneinsicht in die vorgelegten Bestätigungen beantragt werde.

VIII.2.c. Zur mangelnden Begründung der Zuschlagsentscheidung wurde unter Hinweis auf das bisherige Vorbringen ausgeführt, dass es richtig sei, dass die Antragsgegnerin die Angebotspreise der Bieter zur Ermittlung des jeweiligen Zuschlagsempfängers in den einzelnen Losen herangezogen habe. Dies lasse jedoch nicht automatisch den Schluss zu, dass eine Zuschlagsentscheidung durch bloße Angabe der Vergabesumme ausreichend begründet sei. Die gesetzlich geforderte „Begründungstiefe“ sei nicht erreicht. Die vom VKS Wien ausgeführte Rechtsansicht, dass das Vorbringen zur Unbegründetheit der Zuschlagsentscheidung verspätet gewesen sei, sei und bleibe verfehlt. Die Antragstellerin führte unter Zitierung höchstgerichtlicher Judikatur aus, dass als Beschwerdepunkt unter anderem die Verletzung im Recht auf „Bekanntgabe einer gesetzmäßigen Zuschlagsentscheidung“ vorliege. Dies umfasse das Recht auf eine gesetzmäßig begründete Zuschlagsentscheidung. Dieser Beschwerdegrund wäre eindeutig vom bereits im Nachprüfungsantrag definierten Beschwerdepunkt der Antragstellerin umfasst. Daraus folge, dass das Vorbringen betreffend die Unbegründetheit der Zuschlagsentscheidung keinesfalls als verspätet zurückzuweisen gewesen wäre. Die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung wäre für die Antragstellerin gemäß § 131 BVergG 2006 nur dann überprüfbar und nachvollziehbar gewesen, wenn die Antragsgegnerin neben den zuschlagsrelevanten Angebotspreisen die Präferenzreihungen sowie die Fahrzeugkapazitäten der einzelnen für den Zuschlag in Betracht kommenden Bieter bekannt gegeben hätte. Für die Antragstellerin sei es im Übrigen ohne die Bekanntgabe dieser Informationen nicht möglich, die konkreten Lose, in denen der Antragstellerin der Zuschlag hätte erteilt werden müssen, zu bezeichnen.

Daher werde Akteneinsicht in jene Unterlagen des Vergabeaktes beantragt, aus denen die nachgewiesenen Fahrzeugkapazitäten sowie die Präferenzreihungen der einzelnen Bieter hervorgehe.

VIII.2.d. Zur echten Chance der Antragstellerin habe die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 11.8.2011 hingewiesen, dass die Antragstellerin hinsichtlich der Lose II, III, VI, VIII und IX keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt haben sollte. Dies sei aus den bereits dargelegten Gründen unzutreffend und mangels Bekanntgabe der Argumente der Ansicht der Antragsgegnerin auch nicht entgegenbar. Jedenfalls sei festzuhalten, dass die Antragstellerin hinsichtlich der diesem Verfahren zugrunde liegenden Lose IV, V, X und XI eine echte Chance auf Zuschlagserteilung hatte.

VIII.2.e. Die behauptete Bieterabsprache werde bestritten und wäre die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, den Nachweis des Vorliegens einer Abrede im Sinn des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 zu erbringen und seien die Behauptungen der Antragsgegnerin reine Mutmaßungen. K. GmbH habe in drei Losen (VI, VII und XVII) ein Angebot gelegt und seien die Lose VII und XVII nicht Gegenstand des vorliegenden Feststellungsverfahrens. Ein die Antragslegitimation der Antragstellerin in Abrede stellender „offenkundiger“ Ausscheidensgrund liege im Sinn der zitierten Judikatur nicht vor und habe auch die Antragsgegnerin im Vergabeverfahren zu keinem Zeitpunkt – trotz vertiefter Angebotsprüfung - diesen Ausscheidenstatbestand angenommen bzw. gegenüber der Antragstellerin ins Treffen geführt.

Selbst wenn das Verwaltungsgericht Wien – im Anschluss an die Feststellung, dass der Zuschlag in den Losen II bis VI und VIII bis XI nicht dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt worden sei – feststellen würde, dass die Antragstellerin keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte, stünde der Antragstellerin die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen, insbesondere aus unlauterem Wettbewerb, offen. Sohin würde selbst die Gegenfeststellung, dass die Antragstellerin keine echte Chance auf Zuschlagserteilung in den feststellungsgegenständlichen Losen gehabt hätte, keine Auswirkungen auf die Antragslegitimation der Antragstellerin haben. Aus diesem Grund dürfe die Antragslegitimation auch auf keinen Fall verneint

werden, weil der Antragstellerin selbst dann, wenn ihr Angebot auszuscheiden gewesen wäre – was ausdrücklich bestritten werde –, ein Schaden durch die rechtswidrige Vergabe und die fortgesetzte Vertragsabwicklung mit den zu Unrecht als Zuschlagsempfänger ausgewählten Unternehmen entstehe und weiter entstehen könne.

### VIII.3. Schriftsatz der Antragstellerin vom 29.4.2015

VIII.3.a. Mit Schriftsatz vom 29.04.2015 erstattete die Antragstellerin eine ergänzende Stellungnahme, in welcher sie unter Bezugnahme auf ihre Ausführungen im Feststellungsantrag zu den Bestätigungen der P. AG und der D. GmbH vom 14.10.2010 weiter ausführt wie folgt: Die beiden Unternehmen teilten in ihren „Bestätigungen“ lediglich mit, dass B. im Fall einer „Bestellung“ die Fahrzeuge „zur Lieferung August 2011“ geliefert bekommen könne. Hierbei handle es sich um eine bloße Mitteilung von vermeintlichen Tatsachen und damit um reine Wissenserklärungen. Ein etwaiger Rechtsfolgewillen der beiden Unternehmen könne aus diesen „Bestätigungen“ keinesfalls abgeleitet werden. Insbesondere würden diese Bestätigungen der Antragsgegnerin keinen klagbaren Anspruch oder sonst eine rechtlich gesicherte Position verschaffen, wodurch die von der Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen geforderte Verbindlichkeit und Leistungssicherheit nicht gewährleistet wäre.

VIII.3.b. Aus einer gemeinsamen Betrachtung der Bestätigungen der beiden Unternehmen ergebe sich, dass nach dem Erklärungsinhalt der Bestätigungen die rechtzeitige Lieferung der umgebauten Fahrzeuge nicht bloß nicht gewährleistet, sondern vielmehr ausgeschlossen gewesen sei. Einerseits habe die P. AG (Fahrzeuglieferant) bestätigt, dass bei Bestellung bis März 2011 die Lieferung der Fahrzeuge bis August 2011 möglich sei. Andererseits habe die D. GmbH (Fahrzeugumbauer) bestätigt, dass auch bei Bestellung bis März 2011 der Umbau bis August 2011 möglich sei. Damit wäre - wenn überhaupt - ausschließlich die Lieferung der Fahrzeuge bis August 2011 gesichert. Im schlechtesten Fall, also der Lieferung am 31.08.2011, wäre keine Zeit mehr für die D. GmbH übrig gewesen, die 80 Fahrzeuge entsprechend den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen umzubauen. In wie fern durch diese Bestätigungen „Rechtssicherheit“ zur rechtzeitigen Verfügung über 80 den

Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen entsprechende Fahrzeuge zum Beginn des Schuljahres 2011/2012 bestanden haben sollte, bleibe unergründlich, zumal für den Umbau genau zwei Arbeitstage zur Verfügung gestanden wären und nach dem abgeschlossenen Umbau noch eine gesonderte Typengenehmigung einzuholen gewesen wäre. Unter Berücksichtigung dieser Umstände seien diese Bestätigungen, selbst wenn sie verbindlich wären und einen klagbaren Anspruch liefern würden, wertlos, weil eben eine Verfügbarkeit von einsatzbereiten Fahrzeugen mit 05.09.2011 durch diese nicht gesichert gewesen sei.

VIII.3.c. Im Übrigen mangle es den Bestätigungen an Preisen, Leistungspflichten, Angaben zum Leistungsbeginn und zum Leistungsende etc.. Daher fehlten alle wesentlichen essentialia negotii, womit der gemäß Punkt 7.3.a der Ausschreibungsunterlagen geforderte Nachweis auch aus diesem Grund zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht vorgelegen sei.

VIII.3.d. Die Bestätigung der P. AG sei offenbar von einer einzigen Person unterfertigt worden. Aus dem Firmenbuchauszug vom 12.10.2012 ergäbe sich, dass zum Zeitpunkt der Abgabe der Bestätigung ausschließlich Geschäftsführer P. zur selbstständigen Vertretung der P. AG befugt gewesen sei. Von der Antragstellerin werde ausdrücklich bestritten, dass es sich bei der ersichtlichen Unterfertigung um die Unterschrift des Geschäftsführers handle. Die Bestätigung der P. AG wäre sohin für diese nicht verbindlich, weshalb auch aus diesem Grund die gemäß Punkt 7.3.a der Ausschreibungsunterlagen geforderte Rechtsverbindlichkeit dieser Bestätigung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht vorgelegen sei.

VIII.3.e. Im Ergebnis habe die B. GmbH die geforderte technische Leistungsfähigkeit - mangels Vorlage von verbindlichen Vereinbarungen über die Verfügung der zur Durchführung der ausgeschriebenen Leistung erforderlichen Fahrzeuge zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung für die von ihr angegebenen Lose - nicht erfüllt. Das Angebot der B. GmbH wäre daher von der Antragsgegnerin mangels Eignung zwingend auszuschneiden gewesen. Bei rechtskonformer Angebotsprüfung und Ausschneiden des Angebotes der B. GmbH wäre der Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen gewesen. Dies sei

zumindest in jenen Losen, in denen die Antragstellerin entsprechend dem festgelegten Zuschlagssystem als Billigstbieterin zu qualifizieren gewesen sei, der Fall gewesen.

#### VIII.4. Schriftsatz der Antragstellerin vom 5.6.2015

VIII.4.a. Die Antragstellerin bezog mit Schriftsatz vom 5.6.2015 zur übermittelten „Aufstellung Billigstbieterermittlung unter Berücksichtigung der Kapazität und der angegebenen Präferenz“ Stellung und führte aus, dass nach den bestandfesten Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werde, wobei die Präferenzreihung des Billigstbieters zur Anwendung komme, wenn dieser Bieter in mehr Losen als Billigstbieter gereiht sei, als er entsprechend seiner nachgewiesenen Fahrzeugkapazitäten bedienen könne. In diesem Falle erfolge ein weiterer Zuteilungsdurchgang an den nächstgereihten Bieter, wobei dieses Verfahren so lange wiederholt werde, bis alle Lose vergeben seien. Die übermittelte Aufstellung enthalte die Angebotspreise der Bieter, deren Präferenzreihungen, sowie die – vermeintlichen – Fahrzeugkapazitäten der einzelnen Bieter. In diesem Zusammenhang sei festzuhalten, dass auf Grundlage der übermittelten Aufstellung die Ermittlung des Zuschlagsempfängers je Los nicht abschließend nachvollzogen werden könne, weil die Aufstellung keine Informationen zu den Fahrzeugkapazitäten der W. GesmbH enthalte. Auf Grund des Zuschlagssystems und der übermittelten Aufstellung stehe aber fest, dass die Antragstellerin in bestimmten Losen als Bestbieterin zu qualifizieren gewesen sei.

VIII.4.b. Zur ausschreibungskonformen Ermittlung des Zuschlagsempfängers exklusive B. GmbH wurde, wie in den vorangegangenen Schriftsätzen bereits dargelegt, weiter ausgeführt, dass bei einer ausschreibungskonformen Anwendung des festgelegten Zuschlagssystems das Angebot der Teilnahmeberechtigten nicht zu berücksichtigen gewesen wäre. Aus der Ermittlung des Zuschlagsempfängers gemäß Punkt 19.1. der Ausschreibungsunterlage auf Grund der in der übermittelten Aufstellung angeführten Präferenzreihungen und Fahrzeugkapazitäten der übrigen Mitglieder folge, dass die Antragstellerin zumindest betreffend das Los XIX als Zuschlagsempfängerin zu qualifizieren sei. Im Ergebnis hätte die Auftraggeberin

bei rechtskonformem Ausscheiden des Angebots der Teilnahmeberechtigten der Antragstellerin zumindest in diesem Los den Zuschlag erteilen müssen.

VIII.4.c. Bei rechts- und ausschreibungskonformer Angebotsprüfung wäre weiters auch das Angebot der H. GmbH auszuschneiden gewesen:

Aus der übermittelten Aufstellung gehe hervor, dass bei Ermittlung des Zuschlagsempfängers eine Kapazität von 60 Fahrzeugen beim Bieter H. GmbH zugrunde gelegt worden sei. Dieser Bieter habe ebenfalls, wie die Teilnahmeberechtigte, zum Nachweis der Fahrzeugkapazitäten Unterlagen vorgelegt, die nicht den in Punkt 7.3.a der Ausschreibungsunterlagen festgelegten Anforderungen entsprächen. Laut Niederschrift zur Angebotsöffnung seien vom Bieter H. GmbH zum Nachweis der Fahrzeugkapazitäten „Kapazitätsnachweise, Kopien der Zulassungsscheine, Auftragsbestätigung von Neufahrzeugankäufen“ vorgelegt worden. Der Antragstellerin sei der Fuhrpark dieses Bieters zum damaligen Zeitpunkt der Angebotsöffnung bekannt, und entsprächen diese Fahrzeugtypen jedenfalls nicht den Mindestanforderungen gemäß der Ausschreibungsunterlage in Punkt 7.3, wonach alle verwendeten Fahrzeuge ein Hochdach mit einer Innenhöhe von mindestens 1.750 mm haben müssten. Die genannten Fahrzeugtypen verfügten nicht über die in den Ausschreibungsunterlagen geforderte Innenhöhe und wären daher zur ausschreibungskonformen Auftragsdurchführung von vornherein ungeeignet. Im Übrigen seien auch vom Bieter H. GmbH ausschließlich unverbindliche Bestätigungen zur Lieferung von Fahrzeugen vorgelegt worden, welche nicht den Anforderungen gemäß der Ausschreibungsunterlage entsprechen würden. Aus der Niederschrift zur Angebotseröffnung ergebe sich auch, dass keine Bestätigungen vom Unternehmen zum ausschreibungskonformen Fahrzeugumbau vorgelegt worden seien, womit das neben der Fahrzeuglieferung wesentliche zweite Element zum Nachweis der entsprechend den Ausschreibungsbedingungen ausgestatteten Fahrzeugkapazitäten zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung jedenfalls gefehlt habe. Im Ergebnis habe daher dieser Bieter nicht nachweisen können, dass er zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns über die Mindestkapazitätserfordernisse an Fahrzeugen verfügen werde, weshalb dieser Bieter vom Auftraggeber betreffend sämtlicher Lose auszuschneiden und folglich bei der Ermittlung des Zuschlagsempfängers nicht zu berücksichtigen

gewesen wäre.

Aus der Ermittlung des Zuschlagsempfängers gemäß Punkt 19.1. der Ausschreibungsunterlagen auf Grundlage der in der übermittelten Aufstellung angeführten Präferenzreihungen und Fahrzeugkapazitäten der übrigen Bieter ohne die Bieter B. GmbH und H. GmbH folge, dass die Antragstellerin zumindest betreffend die Lose XVI, XVIII und XIX als Zuschlagsempfängerin zu qualifizieren sei.

VIII.4.d. Bei rechts- und ausschreibungskonformer Angebotsprüfung wäre darüber hinaus auch das Angebot der E. Ges.m.b.H. auszuschneiden gewesen:

Aus der übermittelten Aufstellung gehe hervor, dass bei Ermittlung des Zuschlagsempfängers eine Kapazität von 33 Fahrzeugen bei diesem Bieter zu Grunde gelegt worden sei. Dieser Bieter habe, wie die Teilnahmeberechtigte und die H. GmbH, zum Nachweis der Fahrzeugkapazitäten Unterlagen vorgelegt, die nicht den in Punkt 7.3.a der Ausschreibungsunterlagen festgelegten Anforderungen entsprechen würden. Laut Niederschrift zur Angebotsöffnung seien von Seiten dieses Bieters zum Nachweis der Fahrzeugkapazitäten „Kopien Zulassungsscheine, Kfz-Leasing-Angebote, Raiffeisenleasing, Kaufverträge für Neufahrzeuge“ vorgelegt worden. Im Hinblick auf das Leasingangebot gelte, dass dieses Angebot nicht den Anforderungen der Ausschreibungsunterlage in Punkt 7.3.a entsprechen habe können. Im Übrigen ergebe sich aus der Niederschrift zur Angebotsöffnung, dass keine Bestätigungen von Unternehmen zum ausschreibungskonformen Fahrzeugumbau vorgelegt worden seien, womit auch in diesem Fall das neben der Fahrzeuglieferung wesentliche zweite Element zum Nachweis der entsprechend den Ausschreibungsbedingungen ausgestatteten Fahrzeugkapazitäten zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht vorgelegen sei. Im Ergebnis habe somit auch dieser Bieter nicht nachweisen können, dass er zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns über die – vom Auftraggeber ausschreibungswidrig festgestellten – Fahrzeugkapazitäten verfügen werde. Das Angebot dieses Bieters wäre daher vom Auftraggeber betreffend sämtlicher Lose, für welche dieser Bieter keine Fahrzeugkapazitäten nachweisen habe können, auszuschneiden und folglich bei der Ermittlung des Zuschlagsempfängers nicht zu

berücksichtigen gewesen.

Aus der Übermittlung des Zuschlagsempfängers gemäß Punkt 19.1. der Ausschreibungsunterlage auf Grundlage der in der übermittelten Aufstellung angeführten Präferenzreihung und Fahrzeugkapazitäten der übrigen Bieter ohne die Bieter B. GmbH, H. GmbH und E. Gesellschaft m.b.H. folge, dass die Antragstellerin zumindest betreffend die Lose II, XVI und XIX als Zuschlagsempfängerin zu qualifizieren sei.

VIII.4.e. Als Ergebnis werde daher festgehalten, dass bei rechtskonformer Angebotsprüfung und Ausscheiden der Angebote der Teilnahmeberechtigten, der H. GmbH und der E. Gesellschaft m.b.H. hinsichtlich jener Lose, für welche diese Bieter nicht die erforderlichen Mindestkapazitätserfordernisse ausschreibungskonform nachweisen haben können, der Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen gewesen wäre. Dies sei zumindest in jenen Losen, in denen die Antragstellerin entsprechend dem festgelegten Zuschlagssystem als Billigstbieterin zu qualifizieren gewesen wäre, der Fall gewesen. Dies gelte selbst dann, wenn nur das Angebot der Teilnahmeberechtigten auszuschneiden gewesen wäre.

Selbst wenn das Verwaltungsgericht Wien auf Basis der obigen Ausführungen feststellen würde, dass die Antragstellerin keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages betreffend aller feststellungsgegenständlichen Lose (II bis VI und VIII bis XI) gehabt hätte, habe die Antragstellerin – wie bereits ausführlich in der Stellungnahme vom 28.4.2015 dargelegt – ein rechtliches Interesse an der beantragten Feststellung der Vergaberechtswidrigkeit der Zuschlagserteilungen zugunsten der Teilnahmeberechtigten.

Die Antragslegitimation der Antragstellerin bestehe unabhängig davon, ob ihr bei vergaberechtskonformer Ermittlung des Zuschlagsempfängers der Zuschlag in den Losen II bis VI und VIII bis XI hätte erteilt werden müssen.

VIII.4.f. Schließlich sei davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin keine vollständige, vergaberechtskonforme formelle Prüfung jener Angebote, welche dem Angebot der Antragstellerin in den einzelnen Losen vorgereicht seien,

vorgenommen habe, weil eine solche umfassende Prüfung nach dem Ergebnis der – ausschreibungswidrigen – Ermittlung der Zuschlagsempfänger nicht mehr erforderlich erschienen sei. Dies betreffe insbesondere die Prüfung der Fahrzeugkapazitäten der übrigen Bieter und die in diesem Zusammenhang vorgelegten Nachweise. Aus diesem Grund sei eine abschließende Beurteilung, in welchen Losen die Antragstellerin bei ausschreibungskonformer Vorgehensweise der Antragsgegnerin als Zuschlagsempfängerin zu qualifizieren gewesen wäre, von vornherein nicht möglich.

Dieser Stellungnahme waren folgende Aufstellungen angeschlossen: „Zuschlagsentscheidung laut Präferenzreihung – ohne B.“, „Zuschlagsentscheidung laut Präferenzreihung – ohne B., H.“ und „Zuschlagsentscheidung laut Präferenzreihung – ohne B., H., E.“.

#### VIII.5. Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 3.7.2015

VIII.5.a. Zur Stellungnahme der Antragstellerin vom 5.6.2015 wurde vorgebracht, dass den Ausführungen der Antragstellerin, dass sie auf Grundlage des Zuschlagssystems und der übermittelten Aufstellung in bestimmten Losen als Bestbieterin (gemeint Billigstbieterin) zu qualifizieren gewesen wäre, nicht richtig sei, da die Billigstbieterermittlung gemäß der Aufstellung eindeutig ergeben habe, dass die Antragstellerin in keinem Los Billigstbieterin sei.

VIII.5.b. Wenn die Antragstellerin zum wiederholten Male vorbringe, dass die Teilnahmeberechtigte auszuschneiden gewesen wäre, da die vorgelegten Unterlagen zum Nachweis der Fahrzeugkapazitäten ihrer Meinung nach nicht den in der Ausschreibung festgelegten Anforderung entsprochen hätten, so sei das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin inhaltlich gleichlautend mit dem Vorbringen im Verfahren zu VKS-8224/11. Der VKS habe im entsprechenden Bescheid vom 22.9.2011 ausreichend auf alle Punkte Bezug genommen, insbesondere auch zur Rechtsverbindlichkeit der Bestätigungen des Fahrzeuglieferanten und des Unternehmens, das den Umbau durchführe. Sofern die Antragstellerin in diesem Zusammenhang den Standpunkt vertrete, ein Zuschlagsempfänger hätte bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung über die erforderlichen Fahrzeuge verfügen müssen, sei auf die Festlegungen in der

Ausschreibung, die unangefochten geblieben seien, zu verweisen. Es werde daher ausdrücklich festgehalten, dass die Ausschreibungsbedingungen während der Angebotsfrist nicht angefochten worden seien und daher Präklusion eingetreten sei. Zum Vorhandensein der technischen Leistungsfähigkeit der Zuschlagsempfängerin habe der VKS im Bescheid vom 28.4.2011 im Verfahren VKS-3103/11 entschieden. Die Einhaltung der Mindestanforderungen der Punkte 7.3 und 7.3.a der Ausschreibungsunterlagen sei mit den Schreiben der P. AG und der D. GmbH nachgewiesen worden. Das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin sei daher unbegründet. Auch habe der tatsächliche Leistungsbeginn gezeigt, dass die Zuschlagsempfängerin über die erforderliche Anzahl der Fahrzeuge in der geforderten Ausstattungsqualität verfügt habe, sodass entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin die Bestätigungen des Fahrzeuglieferanten sowie des umbauenden Unternehmens nicht bloß unverbindliche Absichtserklärungen gewesen seien.

VIII.5.c. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin, dass die Antragstellerin bei Ausscheiden der Teilnahmeberechtigten zumindest das Los XIX erhalten hätte, sei festzuhalten, dass in Los XIX sowohl bei Berücksichtigung als auch bei Nichtberücksichtigung der Teilnahmeberechtigten die L. GmbH Zuschlagsempfängerin sei, niemals jedoch die Antragstellerin.

VIII.5.d. Dem Vorbringen der Antragstellerin, wonach die Zuschlagsempfängerin H. GmbH auszuscheiden gewesen wäre, da die vorgelegten Unterlagen zum Nachweis der Fahrzeugkapazitäten ihrer Meinung nach nicht den in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Anforderung entsprochen hätten, werde zur Gänze widersprochen.

VIII.5.e. Entgegen den Angaben der Antragstellerin, dass der Fuhrpark der H. GmbH insbesondere Fahrzeuge der Typen ... und ... umfasste, werde festgehalten, dass seitens H. nur Fahrzeuge der aus dem Vergabeakt ersichtlichen Type zum Nachweis der Kapazität angegeben worden seien, wobei für eine bestimmte Anzahl bestehender Fahrzeuge die Zulassungsscheine, Typenscheine und Bestätigungen vom Amt der NÖ Landesregierung über die Umbauten der Firma D. belegt gewesen seien. Für die restliche Anzahl an Fahrzeugen wären dem Angebot Auftragsbestätigungen der P. AG, sowie

Angebote der D. GmbH über den nötigen Umbau inklusive der entsprechenden Auftragserteilungen beigelegt gewesen. Dieser Fahrzeugtyp erfülle entgegen der Ansicht der Antragstellerin jedenfalls die Mindestanforderungen der Ausschreibung.

In diesem Zusammenhang werde angemerkt, dass die Antragstellerin in ihrem Angebot ebenfalls diesen Typus und weiters noch hauptsächlich Renault Master angegeben habe. Weiters fänden sich in der Fuhrparkaufstellung der Antragstellerin in den Positionen 73 bis 77 Fahrzeuge der Type ..., welche nach Ansicht der Antragstellerin jedenfalls nicht den Mindestanforderungen entsprochen hätten.

Die Nachweise betreffend die Kapazität der H. GmbH wären daher zum Zeitpunkt der Angebotslegung, entgegen der Auffassung der Antragstellerin, rechtskonform vorhanden gewesen. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin, dass die Antragstellerin bei Ausscheiden von B. und H. zumindest in den Losen XVI, XVIII und XIX als Zuschlagsempfängerin zu qualifizieren gewesen wäre, werde festgehalten, dass dies lediglich bei dem angesprochenen Los XVI, nicht aber bei den Losen XVIII und XIX zutreffend wäre. Dies jedoch nur unter der Voraussetzung, dass alle Lose neu zu verteilen wären, unbeachtet blieben in diesem Fall die bereits rechtskräftig vergebenen Lose.

Grundsätzlich werde zum Vorbringen gegen H. angemerkt, dass dieses Vorbringen erstmalig im Schreiben vom 5.6.2015 von der Antragstellerin angeführt worden sei, somit verspätet und aus diesem Grund unzulässig sei.

VIII.5.f. Dem Vorbringen der Antragstellerin, dass die Zuschlagsempfängerin E. auszuschneiden gewesen wäre, da die vorgelegten Unterlagen zum Nachweis der Fahrzeugkapazitäten ihrer Meinung nach nicht den in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Anforderungen entsprechen, werde zur Gänze widersprochen.

Die E. habe zum Zeitpunkt der Angebotslegung eine im Vergabeakt ersichtliche Anzahl ausschreibungskonformer Fahrzeuge, die sie mittels Zulassungsscheinen nachweisen habe können, besessen. Da die E. nur im Los XV als

Zuschlagsempfängerin ermittelt worden sei und in diesem Los eine Kapazität von 17 Fahrzeugen nötig sei, seien die Kapazitätsanforderungen alleine schon mit dem bestehenden Fuhrpark erfüllt gewesen. Die darüber hinaus angebotene Fahrzeugkapazität, welche auf Grund des Ergebnisses der Billigstbieterermittlung nicht benötigt werde, sei mittels Kaufverträgen abgesichert gewesen.

Das Vorbringen der Antragstellerin, dass die Antragstellerin bei Ausscheiden von B., H. und E. zumindest in den Losen II, XVI und XIX als Zuschlagsempfängerin zu qualifizieren gewesen wäre, wäre in diesem Fall zutreffend. Dies jedoch ebenfalls nur unter der Voraussetzung, dass alle Lose neu zu verteilen wären, unbeachtet der bereits rechtskräftig vergebenen Lose.

Grundsätzlich werde zum Vorbringen gegen E. angemerkt, dass dieses Vorbringen der Antragstellerin erstmalig im Schreiben vom 5.6.2015 angeführt worden und somit verspätet und aus diesem Grund unzulässig sei.

VIII.5.g. Nach rechtskonformer Prüfung aller Angebote seitens der Antragsgegnerin seien keine Gründe für ein Ausscheiden der B. GmbH hervorgetreten. Dies sei bereits vom VKS Wien im Verfahren VKS-8224/11 bestätigt und im Übrigen auch vom Verwaltungsgerichtshof nicht in Frage gestellt worden. Die Angebote der H. GmbH und der E. Gesellschaft m.b.H. würden ebenfalls den Ausschreibungsbedingungen entsprechen und seien daher gleichfalls nicht auszuscheiden gewesen.

Zur Überprüfung und Veranschaulichung der Angaben der Antragstellerin wurden Aufstellungen von der Antragsgegnerin erstellt, unter der Voraussetzung, dass alle Lose, unbeachtet der bereits rechtskräftig vergebenen Lose, neu zu verteilen wären. Dem Schriftsatz angeschlossen findet sich demnach als Beilage 1 „Bieterreihung bei Wegfall von B.“, als Beilage 2 „Bieterreihung bei Wegfall von B. und H.“ und als Beilage 3 „Bieterreihung bei Wegfall von B., H. und E.“.

VIII.6. Schriftsatz der mitbeteiligten Partei vom 10.7.2015

VIII.6.a. Mit Schriftsatz vom 10.7.2015 trat die Zuschlagsempfängerin dem Verfahren bei und brachte nach zusammenfassender

Darstellung des Sachverhaltes vor, dass die mitbeteiligte Partei als ermittelte Billigstbieterin und Zuschlagsempfängerin durch den Antrag der Antragstellerin in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sei, weshalb ihr auch im fortgesetzten Verfahren Parteistellung zukomme.

VIII.6.b. Zum sekundären Feststellungsantrag führte sie weiter aus, dass dieser Antrag nach Maßgabe des § 35 Abs. 3 Z 2 WVRG 2014 als unzulässig anzusehen sei, weil die Antragstellerin den behaupteten Verstoß im Rahmen eines Nichtigerklärungsverfahrens habe geltend machen können.

VIII.6.c. Inhaltlich sei der Antrag unberechtigt, weil mit Bescheid des Vergabekontrollsenates Wien vom 22.09.2011 zu VKS-8224/11 der Antrag auf Nichtigerklärung abgewiesen worden sei. Dieser sei zwar auf Grund einer unzureichenden Begründung der Ausnahme von der Akteneinsicht aufgehoben worden, inhaltlich sei jedoch die Begründung des VKS Wien, warum von einer Rechtmäßigkeit der damals angefochtenen Zuschlagsentscheidung auszugehen gewesen sei, vom VwGH in keiner Weise beanstandet worden. Es werde daher zunächst auf diese Begründung verwiesen. Der Zuschlag sei vollkommen zu Recht der mitbeteiligten Partei erteilt worden. Selbst wenn die behaupteten Rechtswidrigkeiten vorliegen sollten (was freilich bestritten bleibe), hätte die Antragstellerin keine echte Chance auf den Zuschlag. Allfällige Rechtswidrigkeiten wären auch nicht von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Soweit die Antragstellerin nunmehr darauf verweise, dass die Zuschlagsentscheidung nicht ausreichend begründet gewesen sei, sei festzuhalten, dass die gegenständliche Vergabe gemäß den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen nach dem Billigstbieterprinzip erfolgt sei. Die Begründung der Zuschlagsentscheidung sei schon deshalb als hinreichend anzusehen. Die Antragstellerin sei offensichtlich auch in der Lage gewesen, fristgerecht einen Nachprüfungsantrag zu stellen. Der VKS Wien sei auch zu Recht davon ausgegangen, dass die Geltendmachung einer (ohnehin nicht vorliegenden) mangelhaften Begründung der Zuschlagsentscheidung verfristet gewesen sei. Abgesehen davon verkenne die Antragstellerin mit ihren diesbezüglichen Ausführungen, dass Gegenstand einer Feststellung im Sinne des § 7 Abs. 3 Z 1 WVRG 2014 die Zuschlagserteilung sei. Soweit eine Zuschlagsentscheidung (ob hinreichend begründet oder nicht) im Ergebnis

korrekt sei, würde auch eine unzureichende Begründung der Zuschlagsentscheidung nichts daran ändern, dass der Zuschlag dem Billigst- bzw. Bestbieter erteilt worden sei. Die Ausführungen der Antragstellerin zur angeblich mangelhaften Begründung der Zuschlagsentscheidung seien schon insoweit unerheblich bzw. würde dies nichts daran ändern, dass die Antragstellerin keine echte Chance auf die Erteilung des Zuschlags gehabt hätte. Ein wesentlicher Einfluss auf den Ausgang des Vergabefahrens sei insoweit von vornherein auszuschließen.

VIII.6.d. Hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit könne den Ausführungen der Antragstellerin nicht gefolgt werden. Nach den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen habe ein Bieter in seinem Angebot nachzuweisen gehabt, dass er zu Leistungsbeginn über die erforderliche Mindestanzahl an geeigneten Fahrzeugen verfügen werde. Nach den bestandfesten Festlegungen habe die erforderliche Anzahl an geeigneten Fahrzeugen erst zu Leistungsbeginn vorhanden sein müssen. Die Auftraggeberin habe offensichtlich damit den Gedanken verfolgt, die Last einer wirtschaftlich höchst aufwendigen Investition, ohne Gewissheit darüber zu haben, im Vergabeverfahren auch erfolgreich zu sein, von den möglichen Bietern zu nehmen, da auf Grund der speziellen Umbaumaßnahmen eine anderweitige Verwendung der „geeigneten Fahrzeuge“ nur sehr eingeschränkt möglich sei. Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit sei somit nur der Nachweis über die mögliche Verfügbarkeit der erforderlichen Anzahl der geeigneten Fahrzeuge zu erbringen gewesen. Aus den dem Angebot beigelegten Nachweisen der P. AG und der D. GmbH ergebe sich eindeutig, welche Fahrzeuge wie umgebaut zum Listenpreis der mitbeteiligten Partei zur Verfügung stehen werden. Es ergäbe sich somit, dass alle essentialia negotii ausreichend bestimmt seien, so dass der VKS Wien rechtsrichtig einen rechtsverbindlichen Nachweis, welcher den Festlegungen der gegenständlichen Ausschreibungsunterlage entsprochen habe, festgestellt habe. Somit sei die Zuschlagsentscheidung auch aus diesem Grund nicht mit einer inhaltlichen Rechtswidrigkeit belastet gewesen.

VIII.6.e. Zu den Ausführungen im Antrag betreffend die Angemessenheit der Preise der Teilnahmeberechtigten werde auf § 129 Abs. 1 Z 3 BVerG 2006 verwiesen. Wie im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung

durch einen Sachverständigen ermittelt worden sei, entspreche das Angebot der mitbeteiligten Partei sämtlichen Festlegungen der gegenständlichen Ausschreibungsunterlage. Die angebotenen Preise seien betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar. Die mitbeteiligte Partei habe bei der Kalkulation ihrer Preise sämtliche kostenrelevanten Aspekte der Leistungserbringung berücksichtigt.

VIII.6.f. Die mitbeteiligte Partei weise darauf hin, dass sämtliche Unterlagen, welche Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse beinhalten, von der Akteneinsicht weiterhin auszunehmen seien. Insbesondere das Angebot, sämtliche Beilagen zum Angebot, sowie sämtliche Unterlagen der Auftraggeberin, welche inhaltlich Ausführungen zum Angebot oder Beilagen der mitbeteiligten Partei beinhalten, mögen von der Akteneinsicht ausgenommen werden. Dies betreffe insbesondere auch das Vorbringen der Auftraggeberin im vorangegangenen Nichtigerklärungsverfahren, soweit dieses geschwärzt worden sei. In diesen Unterlagen seien Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der mitbeteiligten Partei enthalten und diese seien daher - auch unter Berücksichtigung einer nach der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vorzunehmenden Interessenabwägung - weiterhin von einer Akteneinsicht auszunehmen.

Aus all diesen Gründen beantrage die mitbeteiligte Partei, die Anträge der Antragstellerin zurück- bzw. abzuweisen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie gemäß § 17 AVG Akteneinsicht zu gewähren. In der mündlichen Verhandlung vom 10.9.2015 konkretisierte der Vertreter der Teilnahmeberechtigten den im Schriftsatz vom 10.7.2015 gestellten Antrag gemäß § 39 Abs. 4 WVRG 2014.

VIII.7. Im Feststellungsverfahren wurde am 30.4.2015 und am 10.9.2015 vor dem Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, in welcher auch Zeugen (Ing. Hu. und Herr S.) einvernommen wurden.

IX. Nach Aufhebung der Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Wien durch den Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 5.4.2017 zur Zahl

Ra 2015/04/0097-7, wurde am 7.6.2017 von der Antragstellerin zur Vorbereitung auf das vom Verwaltungsgericht Wien fortzusetzende Verfahren eine Stellungnahme eingebracht und ergänzend vorgebracht:

Die Erbringung der gegenständlichen Beförderungsleistungen habe der Gewerbeberechtigung für das Mietwagengewerbe bedurft. Die Konzession betreffend das Mietwagengewerbe sei sowohl örtlich als auch sachlich beschränkt. In sachlicher Hinsicht bestimme § 4 Abs. 1 Gelegenheitsverkehrsgesetz, dass die Konzession für eine bestimmte Anzahl von Fahrzeugen zu erteilen sei, gemäß Abs. 2 erfordere die Vermehrung der Zahl der Fahrzeuge eine Genehmigung.

Gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 Gelegenheitsverkehrsgesetz sei die Konzession zudem für eine bestimmte Art von Fahrzeugen – PKW oder Omnibusse – zu erteilen. In den Ausschreibungsunterlagen sei ausdrücklich festgelegt worden, dass die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen mit Kleinbussen, nicht mit Omnibussen, durchzuführen seien. Es werde auf Punkt 7.3.a der Ausschreibungsunterlagen und auf Seite 11 und 14 der Ausschreibung verwiesen. Die Fahrzeugkategorie „Kleinbus“ falle nach der Rechtsprechung des VwGH unter den Begriff „Personenkraftwagen“ im Sinn des KFG und werde zwischen Omnibussen und Personenkraftwagen gemäß KFG eindeutig unterschieden. Nach § 2 Abs. 1 Z 5 KFG ist ein Personenkraftwagen ein Kraftwagen, der nach seiner Bauart und Ausrüstung ausschließlich oder vorwiegend zur Beförderung von Personen bestimmt ist und außer dem Lenkerplatz für nicht mehr als acht Personen Plätze aufweist.

In örtlicher Hinsicht sei die Gewerbeberechtigung zur Ausübung des Mietwagengewerbes gemäß § 46 ff Gewerbeordnung in Verbindung mit § 10 Abs. 7 Gelegenheitsverkehrsgesetz auf eine bestimmte Betriebsstätte und die Gemeinde, in welcher diese Betriebsstätte gelegen ist, beschränkt. Die Leistungen, welche Gegenstand der Ausschreibung gewesen seien, seien ausschließlich in der Stadt Wien durchzuführen.

Der Verwaltungsgerichtshof habe zur Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang eine Berechtigung zur Ausübung einer Tätigkeit erteilt

werde, bestätigt, dass dies nach den berufsrechtlichen Vorschriften (hier des Gelegenheitsverkehrsgesetzes) und nicht nach dem Bundesvergabegesetz zu bestimmen ist. Das Gelegenheitsverkehrsgesetz sehe keine Konzession „dem Grunde nach“ vor und könne die Konzession nicht von der jeweils genehmigten Zahl an Fahrzeugen losgelöst betrachtet werden. Folglich ist die Anzahl der Fahrzeuge, für die eine Konzession erteilt wurde, für den Umfang der Konzession und damit auch für das Vorliegen der vergaberechtlichen Befugnis maßgeblich. Im Übrigen sei auch nur die Konzession für Personenkraftfahrzeuge als maßgeblich anzusehen.

Die Zuschlagsempfängerin habe gemäß dem – mit dem Nachprüfungsantrag vorgelegten – Auszug aus dem Zentralen Gewerberegister vom 25.11.2010 über eine Gewerbeberechtigung für das Mietwagengewerbe mit Personenkraftfahrzeugen, beschränkt auf die Verwendung von sechs PKW verfügt. Für die der Zuschlagsempfängerin zugeschlagenen Lose II, III, IV, V, VI, VIII, IX, X und X betrage deren Mindestkapazitätserfordernisse gemäß der Ausschreibungsunterlage 80 Kleinbusse.

Die Zuschlagsempfängerin sei daher mangels Nachweis der Befugnis zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht in dem Umfang geeignet gewesen, in welchem die genannte Bieterin von der Auftraggeberin als Zuschlagsempfängerin festgelegt worden sei, weshalb das Angebot der Zuschlagsempfängerin zwingend auszuschneiden und nicht bei der Ermittlung des Zuschlagsempfängers zu berücksichtigen gewesen wäre.

X. Die Antragsgegnerin brachte mit Schriftsatz vom 12.7.2017 vor, dass das Vorbringen der Antragstellerin zur Gänze bestritten und das bisherige Vorbringen vollinhaltlich aufrechterhalten werde und auf alle bisher ergangenen Stellungnahmen verwiesen werde. Insbesondere werde auf die Stellungnahme vom 12.8.2011 zur Zahl VKS-8224/11, Punkt 1.2, verwiesen. Die Antragstellerin habe demnach in den damals angefochtenen Losen II, III, VI, VIII und IX keine echte Chance auf den Zuschlag und seien diese Ausführungen analog auch auf die zusätzlich angefochtenen Lose IV, V, X und XI anzuwenden. Bei den Losen IV, V und X sei die Antragstellerin jeweils nur an vierter Stelle, beim Los XI nur an fünfter Stelle gereiht. Vor der Antragstellerin sei in jedem dieser Lose die

Bieterin L. gelegen. Da diese auch über die ausreichenden Kapazitäten für diese Lose verfügt habe, wäre die genannte Bieterin ohnehin vor der Antragstellerin zum Zug gekommen. Die Antragstellerin könne daher bei den angefochtenen Losen nicht in ihren geltend gemachten Rechten verletzt werden, da sie für den Zuschlag nie in Betracht gekommen sei. Zur Befugnis werde auf die Stellungnahme vom 12.8.2011, Punkt 3.1., verwiesen.

Am 19.10.2017 fand neuerlich eine mündliche Verhandlung statt, in welcher die Standpunkte der Parteien nach Vorliegen des (aufhebenden) Erkenntnisses des VwGH vom 5.4.2017, Ra 2015/04/0097, sowie des (abweisenden) Erkenntnisses des VwGH vom 1.2.2017, Ra 2016/04/0002, 0003, auf welches im erstgenannten Erkenntnis Bezug genommen wird, erörtert wurden. Weiters wurde zur Präferenzreihung und zum Gegenantrag der AG verhandelt und wurde in Bezug auf den Prüfumfang des Verwaltungsgerichtes im gegenständlichen Feststellungsverfahren das Vorbringen der Parteien jeweils aufrechterhalten.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Ergänzend zum oben wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig angesehen werden kann, trifft das Verwaltungsgericht Wien anhand der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden, sowie den Ergebnissen der durchgeführten mündlichen Verhandlung vom 30.4.2015, vom 10.9.2015 und vom 19.10.2017 folgende Feststellungen:

XI. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin und führte das Vergabeverfahren „Schulbusbetrieb für SchülerInnen mit Behinderung in Wien“, Ausschreibungsnummer: MA54-BB-77268/08-EU als Dienstleistungsauftrag und offenes Verfahren im Oberschwellenbereich. Der Auftrag war in insgesamt 20 Lose geteilt, die Vergabe erfolgte getrennt nach Losen. Die Leistungsfrist war mit sechs Unterrichtsjahren, beginnend mit Schuljahr 2011, mit der Option auf Verlängerung um weitere zwei Unterrichtsjahre vorgesehen. Die Bieter hatten die Möglichkeit, für alle Lose, einzelne Lose oder auch nur für ein Los Angebote abzugeben. Der Zuschlag sollte jeweils auf das Angebot mit dem niedrigsten

Preis erfolgen. Die Bekanntmachung ist im Amtsblatt der EU am 30.6.2010 ordnungsgemäß erfolgt. Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 13.10.2010, die Angebotsöffnung fand anschließend statt.

Die Ausschreibungsunterlagen enthalten auf Seite 9 ff eine Leistungsbeschreibung, die die zu erbringenden Leistungen näher konkretisiert.

Die Bieter mussten die Leistungen in die Leistungspositionen A (Tagespauschale für die Beförderung (Hin- und Rückfahrt) eines Kindes ohne Begleitperson), B (Tagespauschale für die Beförderung (Hin- und Rückfahrt) eines Kindes mit Begleitperson), C (Tagespauschale für die Beförderung (Hin- und Rückfahrt) eines Kindes mit erschwerten Bedingungen (Rollstuhlbeförderung) ohne Begleitperson), D (Tagespauschale für die Beförderung (Hin- und Rückfahrt) eines Kindes mit erschwerten Bedingungen (Rollstuhlbeförderung) mit Begleitperson) und E (Sonderfahrten und Wartezeiten bei Sonderfahrten) aufgliedern.

In den Ausschreibungsunterlagen sind weiters die Beilagen A (Aufgliederung der Beförderungsfahrten nach Schuladressen und SchülerInnen entsprechend den Erfahrungswerten aus dem Schuljahr 2008/2009), B (Mindestkapazitätserfordernisse zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns und Liste für Präferenzreihung) sowie C (Gesamtleistung Pauschalen Bezirke 1-23) enthalten.

In den Angebotsbestimmungen wird hinsichtlich der Eignungsnachweise in Punkt 7 Folgendes festgelegt:

„(7) Geforderte Eignungsnachweise

(7.1) siehe VD 307

(7.2) (Ein) Referenznachweis(e), dass bereits während der letzten 3 Jahre Beförderungen von „Personen mit Behinderungen“ und/oder „Krankentransporte“ durchgeführt wurden, ist (sind) dem Angebot anzuschließen. Es müssen an mindestens 100 Tagen pro Jahr

Beförderungen von „Personen mit Behinderung“ und/oder „Krankentransporte“, wobei an mindestens 10 Tagen auch Beförderungen von „rollstuhlgebundenen Personen“ in einem rollstuhlgerechten Fahrzeug erfolgt sein müssen, durch den(die) Referenznachweis(e) bestätigt werden.

Anzugeben ist: Ort der Leistungserbringung, Art der Beförderung (aufgegliedert in Beförderungsfälle von gehfähigen und rollstuhlgebundenen Personen), Angabe des Rechnungswertes, des Erbringungszeitpunktes, sowie der Auftraggeberinnen (Name u. Telefonnr. einer Auskunftsperson). Sofern davon Leistungen in Arbeitsgemeinschaften erbracht wurden, ist der Anteil des Unternehmers an der Leistungserbringung anzugeben.

- (7.3) Als Mindestanforderung müssen die Fahrzeuge den jeweils geltenden einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen (StVO, KFG 1967, etc.) entsprechen. Weiters müssen alle verwendeten Fahrzeuge ein Hochdach mit einer Innenhöhe von mind. 1750 mm haben. Für das Einsteigen von SchülerInnen mit Gehbehinderung muss jedes Fahrzeug über mit dem Fahrzeug verbundene Trittstufen mit entsprechenden Haltegriffen verfügen. Die Trittstufenhöhe darf in unbelastetem Zustand des Fahrzeuges 300 mm im Bereich der Straßenoberfläche bis zur ersten Trittstufe nicht überschreiten. Zudem muss für alle Sitze ein 3-Punkt-Automatik-Sicherheitsgurt zur Verfügung stehen.

Erweiterte Anforderungen an alle Fahrzeuge und Ausstattung:

- .) Jedes Fahrzeug muss mit Klimaanlage, auch für den Fahrgastraum, ausgestattet sein.
- .) Jedes Fahrzeug muss über Sprechfunk bzw. Mobiltelefon oder eine ähnliche technische Einrichtung die Zentrale erreichen bzw. von der Zentrale erreichbar sein. Der Zugriff auf beförderungsrelevante Angaben muss während des Einsatzes für die Lenkerinnen jederzeit möglich sein
- .) Bei jedem Fahrzeug muss es möglich sein, bei Bedarf auch spezielle orthopädische Gurte, die das Zusammensinken des Kindes verhindern, anstatt der Normalgurte zu befestigen. Weiters sind Kindersitze bzw. Sitzerhöhungen gemäß den gesetzlichen Bestimmungen einzusetzen.

Zusätzlich zu diesen Mindestanforderungen müssen Fahrzeuge, die zur Beförderung von rollstuhlgebundenen SchülerInnen Verwendung finden der anzuwendenden relevanten ÖNORM oder inhaltlich Gleichwertigem (z.B. Fahrzeuge für die Beförderung von Personen im Rollstuhl: Ö-Norm V 5603 oder inhaltlich Gleichwertiges, ISO 10542-1, ISO 10542-2) entsprechen und ISO-zertifiziert sein. In Ergänzung zur ÖNORM V 5603 wird folgendes festgehalten:

.) Es dürfen ausschließlich Auffahrampen oder Hebeplattformen Verwendung finden - Auffahrschienen sind aus Sicherheitsgründen nicht zulässig.

.) Auffahrampen müssen mit mindestens 3000N belastbar, rutschfest und gleitsicher nach dem Stand der Technik sein.

.) Es dürfen ausschließlich Hebeplattformen zum Einsatz kommen, die in der Richtung der Wagenlängsmittelachse aus- bzw. einklappbar sind und in der gleichen Richtung den Absenk- bzw. Hebevorgang durchführen. Modelle, deren Plattform während des Absenk- bzw. Hebevorganges zusätzliche, weitere Bewegungen im Raum („Schwenklifte“) erfordern, sind unzulässig.

.) Hebeplattformen sind seitlich mittels beidseitigem Handlauf abzusichern.

.) Fahrzeuge, die für die Beförderung von SchülerInnen im Rollstuhl eingesetzt werden, müssen mit Rollstuhlrückhaltesystemen und Personenrückhaltesystemen gemäß der ISO 10542-2 oder glw. ausgestattet sein.

- (7.3.a) In der Beilage B ist die zum Zeitpunkt der Angebotslegung benötigte Mindestanzahl an Kleinbussen, die den Mindestanforderungen entsprechen pro Los/Schulstandort angeführt. Die Bieterin hat durch Vorlage der Kopien von unterfertigten Kauf-, Miet-, Leasingverträgen, Zulassungsscheinen, odgl. nachzuweisen, dass sie über die ausgeschriebenen Mindestkapazitätserfordernisse mit den Mindestanforderungen zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns verfügen wird. Aus diesen Unterlagen muss hervorgehen, dass es sich dabei um Fahrzeuge für den Transport von „Personen mit Behinderung“, bzw. von „rollstuhlgebundenen Personen“ gemäß den Mindestanforderungen lt Pkt. (7.3) handelt. Diese Mindestanzahl an Fahrzeugen zum Zeitpunkt

des Leistungsbeginns errechnet sich aus der Anzahl der zu befördernden SchülerInnen lt. Beilage A und der derzeit gesetzlich erlaubten Höchstzahl an beförderten Personen pro Bus (derzeit dürfen maximal 8 Personen abgesehen vom Lenker befördert werden) - mit dieser Anzahl an Fahrzeugen sollte somit theoretisch das Auslangen gefunden werden. Auf Grund der für SchülerInnen mit Behinderung zumutbaren Fahrtzeit von längstens 60 min. pro Beförderung, der Beförderungsart (z.B. Rollstuhl) und der daher von der Auftragnehmerin zu erstellenden Fahrtroutenplanung kann jedoch nicht garantiert werden, dass immer 8 SchülerInnen pro Bus befördert werden können. Angebote können nur für jene Lose / Schulstandorte gelegt werden, für die das Kapazitätserfordernis erfüllt wird.

Bei mehreren Losen/Schulstandorten addieren sich die Kapazitätserfordernisse der angebotenen Lose/Schulstandorte.“

Im Übrigen verweisen die Angebotsbestimmungen in Punkt 7.1 auf die VD 307, deren Geltung in Punkt 2 der Angebotsbestimmungen festgelegt wird. Die VD 307 sieht in Punkt 1.2.1 als Nachweis der Befugnis (§ 71 BVergG 2006) eine Gewerbeberechtigung oder eine andere Berechtigung zur Ausübung der angebotenen Leistung vor.

Hinsichtlich der Mindestkapazitätsanforderungen wurde in Beilage B Folgendes festgelegt:

Mindestkapazitätserfordernis zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns (siehe dazu auch Pkt. 7.3.a der Angebotsbestimmungen)

Los	Schulbezirk	Anzahl der Kleinbusse
I	1. und 2. Bezirk	13
II	3. Bezirk	22
III	4. Bezirk	2
IV	5. Bezirk	2
V	6. Bezirk	5
VI	7. und 8. Bezirk	3

VII	9. Bezirk	4
VIII	10. und 23. Bezirk	31
IX	11. Bezirk	7
X	12. Bezirk	5
XI	13. Bezirk	3
XII	14. Bezirk	18
XIII	15. Bezirk	8
XIV	16. Bezirk	4
XV	17. Bezirk	17
XVI	18. Bezirk	30
XVII	19. Bezirk	4
XVIII	20. Bezirk	9
XIX	21. Bezirk	29
XX	22. Bezirk	21

Werden mehrere Lose angeboten, so addiert sich auch das Mindestkapazitätserfordernis (Anzahl der notwendigen Kleinbusse bei Leistungsbeginn).

Zu der von den Bietern abzugebenden Präferenzreihung wird in den Angebotsbestimmungen in Punkt 16.1. Folgendes festgelegt:

„(16.1) Präferenzreihung:

Da es für die Bieterin nicht vorhersehbar ist, in welchen Losen/Schulstandorten sie das günstigste Angebot legt, ist in jedem Fall die im Angebotsteil angeführte Präferenzreihung auszufüllen. Unter Präferenzreihung versteht man die Angabe der Bieterin welches Los/Schulstandort für sie wichtiger ist. Die Präferenzreihung kommt zur Anwendung, wenn die Bieterin in mehreren Losen/Schulstandorten als Billigstbieterin gereiht ist und das Kapazitätserfordernis gesamt gesehen nicht erfüllt. Die Vergabe an diese Bieterin erfolgt dann nur für jene Lose/Schulstandorte, für die sie das Kapazitätserfordernis in Summe erfüllt - für die übrigen angebotenen Lose/Schulstandorte wird das Angebot ausgeschieden. Lose/Schulstandorte, die auf Grund der sich aus der

Kapazitätserfordernis ergebenden Beschränkung nicht an die jeweilige Billigstbieterin vergeben werden können, werden in einem weiteren Zuteilungsdurchgang an die nächstgereichte Billigste vergeben, an die noch ein Los/Schulstandort vergeben werden kann. Dabei kommt gegebenenfalls erneut das zuvor beschriebene Prinzip der Präferenzen zur Anwendung.

Dieses Verfahren wird solange wiederholt, bis alle Lose/Schulstandorte vergeben sind.“

Zur Kalkulation wird in Punkt 8 der Angebotsbestimmungen Folgendes festgelegt:

„(8) Die Bieterin hat in ihren Preisen sämtliche Kosten, die mit der Leistung mittelbar und unmittelbar zusammenhängen, wie z.B. Arbeitslohn, Sozialabgaben, evt. Arbeitskleidung, Inspektion und Kontrolle, Versicherungen etc. einzukalkulieren. Ein branchenspezifischer Kalkulationsnachweis ist dem Angebot anzuschließen. Die Angebotspreise müssen auf Basis des zum Zeitpunkt der Angebotslegung geltenden „Bundeskollektivvertrages für das Personenbeförderungsgewerbe mit PKW“ und des für den jeweiligen Betrieb geltenden einschlägigen Landeskollektivvertrages - erhältlich bei der Wirtschaftskammer Österreich, Sparte Transport und Verkehr, Fachverband für die Beförderungsgewerbe mit Personenkraftwagen, Wiedner Hauptstraße 63, Postfach 174, 1045 Wien - download unter „<http://www.portal.wko.at/wk/startseite.wk>“ kalkuliert sein.

Dem Kollektivvertrag nicht entsprechende Angebote werden ausgeschlossen.“

Der Zuschlag sollte dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden (Vergabeakt, Punkt 16 der Angebotsbestimmungen).

Die Angebotsfrist endete am 13.10.2010. An diesem Tag erfolgte auch die Angebotsöffnung.

In den Vertragsbestimmungen sind nähere Regelungen hinsichtlich der Funkzentrale und zum Personal der Auftragnehmerin enthalten. Zum Personal werden insbesondere Anforderungen an deren äußere Erscheinung, Erfahrung, bereits vorhandene und im Zuge der Leistungserbringung noch zu absolvierende Schulungen und deren Verhalten gegenüber den SchülerInnen normiert.

Die Teilnahmeberechtigte hat in allen Losen Angebote abgegeben.

Nach Angebotsöffnung (Vergabeakt Trennblatt 6) wurde von der Antragsgegnerin eine rechnerische Überprüfung der Angebote durchgeführt und die Angebotspreise in der Folge nach Bietern und Losen geordnet gegenübergestellt (Vergabeakt Trennblatt 7a).

Dem Vergabeakt wurde u.a. hinsichtlich der B. Gesellschaft m.b.H. (Teilnahmeberechtigten) ein Ausdruck aus dem ANKÖ angeschlossen (Vergabeakt Trennblatt 7c), aus dem neben anderen Informationen auch die Gewerbeberechtigungen dieses Unternehmers ersichtlich sind.

Dem ANKÖ-Auszug im Vergabeakt (Trennblatt 7c) sind zur Teilnahmeberechtigten im Zusammenhang mit dem leistungsgegenständlichen Gewerbe (Mietwagen) 24 Fahrzeuge zu entnehmen. In diesem ANKÖ-Auszug scheinen neben diesen Fahrzeugen noch 115 Omnibusse auf.

Es ist demnach festzustellen, dass die Teilnahmeberechtigte im Zeitpunkt der Angebotsöffnung über 24 Fahrzeuge zur Erbringung der gegenständlichen Leistung verfügt hat. Die Annahme der Antragstellerin in ihrem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung von sechs PKW gründet auf einem diesem Antrag angeschlossenen Auszug aus dem Gewerberegister, welcher jedoch die vollständige Befugnis der Teilnahmeberechtigten im maßgeblichen Zeitpunkt nicht abbildet. Es ist daher von der im ANKÖ zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung im Zusammenhang mit der ausgeschriebenen Leistung bzw. den einschlägigen Gewerbeberechtigungen aufscheinenden Fahrzeuganzahl auszugehen und diese der Entscheidung zugrunde zu legen.

Über Aufforderung der Antragsgegnerin vom 15.10.2010 reichte die Teilnahmeberechtigte fristgerecht einen Kalkulationsnachweis für die von ihr angebotenen Einheitspreise nach (Vergabeakt Trennblatt 10). Die Kalkulationsunterlagen wurden von der Antragsgegnerin unter Beiziehung eines Sachverständigen geprüft; das Ergebnis wurde ebenfalls unter dem o.a. Trennblatt dokumentiert. In einem Aufklärungsgespräch mit der Teilnahmeberechtigten vom 6.6.2011 wurden offene Punkte der Kalkulation angesprochen und von der Teilnahmeberechtigten beantwortet. Das Ergebnis wurde in einem Resümee festgehalten (beides: Vergabeakt Trennblatt 14a „vertiefte Angebotsprüfung B.“).

Der Vergabeakt enthält unter diesem Trennblatt weiters Unterlagen über die Prüfung der Referenzen der Bieter, wobei zur Teilnahmeberechtigten festgehalten wird, dass die von ihr vorgelegte Referenz vom Auftraggeber vollinhaltlich bestätigt wurde. Dem Angebot der Teilnahmeberechtigten war demnach ein Referenznachweis (Vergabeakt Trennblatt 36) angeschlossen, der den in der Ausschreibung geforderten Umfang abdeckt.

Die Antragsgegnerin fertigte in der Folge eine Tabelle an (Vergabeakt Trennblatt 11), die der Ermittlung der Zuschlagsempfänger für die einzelnen Lose unter Berücksichtigung der für das jeweilige Los von den Bietern angebotenen Preises, der für das Los erforderlichen Fahrzeuganzahl, der Fahrzeugkapazität der einzelnen Bieter und deren Präferenzreihung zu Grunde gelegt wurde. Die jeweilige Billigstbieterin ist in jedem Los durch Fettdruck markiert. Diese Tabelle wurde nach dem Ausscheiden der T. GmbH aktualisiert und befindet sich auch in dieser aktualisierten Version im Vergabeakt

Nachdem die T. GmbH ausgeschieden wurde (Vergabeakt Trennblatt 14a), erfolgte die Ermittlung der Zuschlagsempfänger für die einzelnen Lose, wobei die Vorgangsweise im Aktenvermerk vom 15.7.2011 (Vergabeakt Trennblatt 16) dargestellt wurde.

Die H. GmbH (Vergabeakt Trennblatt 31c) legte mit ihrem Angebot Zulassungsscheine, Auftrags- und Bestellbestätigungen, Preislisten, Kostenvoranschläge des Umbauunternehmens etc. als Nachweis für 60

ausschreibungskonforme Fahrzeuge vor. Sie erhielt laut Zuschlagsentscheidung den Zuschlag in fünf Losen und benötigte dafür 55 Fahrzeuge. Den Unterlagen zu den 60 Fahrzeugen im Angebot dieser Bieterin ist zu entnehmen, dass ein Teil der Fahrzeuge Mitte Jänner 2011 zur Verfügung stehen und umgebaut werden sollten. Die Nachweise für die der H. GmbH zur Verfügung stehenden Fahrzeuge wurden von der Antragsgegnerin geprüft. Die Bewertung ist anhand der dazu im Vergabeakt vorhandenen Unterlagen nachvollziehbar. Die Kalkulation des Angebots der H. GmbH wurde von der Antragsgegnerin unter Beiziehung eines Kalkulationssachverständigen geprüft und als nachvollziehbar beurteilt. Die entsprechenden Ergebnisse wurden von der Antragsgegnerin im Vergabeakt unter Trennblatt 11 dokumentiert. Aus dem Vergabeakt ergibt sich kein Hinweis darauf, dass das Angebot der H. GmbH aus anderen Gründen auszuschneiden gewesen wäre. Insbesondere ist dem von der Antragstellerin im Feststellungsverfahren ins Treffen geführten Ausscheidensgrund, wonach das neben der Fahrzeuglieferung wesentliche zweite Element zum Nachweis der entsprechend den Ausschreibungsbedingungen ausgestatteten Fahrzeugkapazitäten nicht vorgelegen sei, der Boden entzogen. Diese Bieterin hat den Fahrzeugumbau nachweislich in Auftrag gegeben. Diese Feststellungen zum Angebot der H. GmbH konnten aufgrund des Inhalts des Vergabeaktes getroffen werden.

Das Angebot der E. Gesellschaft m.b.H. (Trennblatt 32 im Vergabeakt) beinhaltet zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit Zulassungsscheine, Bestellungen (Kaufantrag) für Neufahrzeuge und Leasing KFZ-Angebot. Sie erhielt laut Zuschlagsentscheidung den Zuschlag in einem Los und benötigte dafür 17 Fahrzeuge. Die Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit erfolgte durch die Auftraggeberin und wurde die Bieterin als technisch leistungsfähig angesehen. (Trennblatt 14a im Vergabeakt). Die Befugnis dieser Bieterin konnte anhand des mit dem Angebot vorgelegten Konzessionsdekretes vom 7.6.1989 festgestellt werden. Die zum Ausscheiden des Angebotes dieser Bieterin von der Antragstellerin herangezogene Argumentation, wonach das neben der Fahrzeuglieferung wesentliche zweite Element zum Nachweis der entsprechend den Ausschreibungsbedingungen ausgestatteten Fahrzeugkapazitäten nicht vorgelegen sei, wurde durch den Angebotsinhalt nicht bestätigt. Diese Feststellungen zum Angebot der E. Gesellschaft m.b.H. konnten aufgrund des

Inhalts des Vergabeaktes getroffen werden.

Laut Angebot der L. GmbH (Trennblatt 33 im Vergabeakt) verfügte diese über insgesamt 103 Fahrzeuge. Es wurden Zulassungsscheine in diesem Umfang vorgelegt. Diese Bieterin wurde als präsumtive Zuschlagsempfängerin in den Losen XII und XIX ermittelt. Für das Los XII benötigte diese Bieterin 18 Fahrzeuge, für das Los XIX benötigte sie 29 Fahrzeuge. Es verblieben der Bieterin demnach 56 Fahrzeuge. Nach der rechtskräftigen Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Wien vom 14.10.2015, Zahl VGW-123/072/10247/2014, wurde der Zuschlag in Los II nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt. Dieses Los II, für welches 22 Fahrzeuge erforderlich wären, wäre daher den L. GmbH zuzuschlagen gewesen.

Dem Angebot der O. GmbH (Trennblatt 35 im Vergabeakt) sind Zulassungsscheine für die erforderlichen Fahrzeuge beigelegt, Referenzen und Befugnis wurden nachgewiesen, die Unterlagen wurden von der Antragsgegnerin geprüft. Die Bewertung dieses Angebotes ist anhand der dazu im Vergabeakt vorhandenen Unterlagen nachvollziehbar. Die Kalkulation des Angebots der O. wurde von der Antragsgegnerin unter Beiziehung eines Kalkulationssachverständigen geprüft. Die entsprechenden Ergebnisse wurden von der Antragsgegnerin im Vergabeakt unter Trennblatt 11 dokumentiert. Aus dem Vergabeakt ergibt sich auch kein Hinweis darauf, dass das Angebot der O. aus anderen Gründen auszuschneiden gewesen wäre. Diese Feststellungen zu diesem Angebot konnten aufgrund des Vergabeaktes getroffen werden.

Das Angebot der K. GmbH (Trennblatt 29 im Vergabeakt) beinhaltet Zulassungsscheine und Kaufvertrag für die erforderlichen Fahrzeuge, Referenzen und Befugnis wurden nachgewiesen. Die Unterlagen wurden von der Antragsgegnerin geprüft. Die Bewertung ist anhand der dazu im Vergabeakt vorhandenen Unterlagen nachvollziehbar. Die Kalkulation des Angebots der K. GmbH wurde von der Antragsgegnerin unter Beiziehung eines Kalkulationssachverständigen geprüft und als nachvollziehbar beurteilt. Die entsprechenden Ergebnisse wurden von der Antragsgegnerin im Vergabeakt unter Trennblatt 11 dokumentiert.

Den Bietern wurde von der Antragsgegnerin die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 22.7.2011 für alle 20 Lose übermittelt. Aus der Zuschlagsentscheidung geht hervor, welchen Bieterinnen in welchen Losen der Zuschlag erteilt werden sollte. Weiters ist darin die jeweilige Vergabesumme für die Grundlaufzeit und die Vergabesumme inklusive Verlängerungsoption pro Los angeführt. Als Merkmal und Vorteil der erfolgreichen Angebote wird der niedrigste Preis unter Berücksichtigung der Kapazität und der angegebenen Präferenz genannt.

Die Teilnahmeberechtigte war in den Losen II-VI und VIII-XI Billigstbieterin. Unter Berücksichtigung der Angebote der anderen Bieter, der Fahrzeugkapazitäten und der Präferenzreihung sowie des Ausscheidens der T. GmbH war sie laut Zuschlagsentscheidung für die Lose II bis VI und VIII bis XI für den Zuschlag vorgesehen.

Die Antragstellerin hatte für alle Lose Angebote gelegt und war für kein Los als Zuschlagsempfängerin vorgesehen. Die Antragstellerin war in keinem Los Billigstbieterin.

XII. Mit Antrag vom 29.7.2011 beehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung des gesamten Vergabeverfahrens, in eventu der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Lose II-VI und VIII-XI, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Kostenersatz. Die Beschwerdepunkte werden auf Seite 18 des Antrages auf Nichtigerklärung vom 29.7.2011 angegeben. Beschwerdegründe werden auf Seite 10 ff des Antrages auf Nichtigerklärung vom 29.7.2011 angeführt:

XII.1. Laut Vorbringen im Nichterklärungsantrag zu „Rechtswidriges Vergabeverfahren – Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot – unzureichende Information“ habe die Auftraggeberin Informationen, Aufklärungen, etc. während der Angebotsfrist nicht sämtlichen Bietern des nachprüfungsgegenständlichen Verfahrens mitgeteilt, was zur Folge habe, dass keine Vergleichbarkeit der Angebote vorliege.

Entsprechend den Angaben der Auftraggeberin im Verfahren, welche im

Vergabeakt Deckung finden, hatte lediglich die Antragstellerin eine Anfrage an die Auftraggeberin gestellt, welche von der Auftraggeberin beantwortet worden ist.

XII.2. Zu „Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung“: und „Zuschlagsentscheidung zu Gunsten von Angeboten mit nicht plausibler Preisbildung“ räumte die Antragstellerin nach Darstellung des Mittelwertes der bei Angebotsöffnung verlesenen Preise ein, dass der Vergleich der Angebotspreise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit den Preisen von Konkurrenzangeboten für sich alleine keine zulässige Methode zur Qualifizierung der Angebotspreise der Zuschlagsempfängerin als ungewöhnlich niedrige Preise sei. Dazu zitierte sie vergaberechtliche Judikatur. Die Angebotspreise der Antragstellerin hätten ihre Grundlage in jenen Preisen, zu welchen sie als bisherige Auftragnehmerin ua den Schulbusbetrieb für Personen mit Behinderung durchgeführt habe. Aufgrund der Markt- und Fachkenntnisse der Antragstellerin seien die Preise der Teilnahmeberechtigten weder seriös, noch betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar und keinesfalls kostendeckend. Es sei davon auszugehen, dass die angebotenen Preise ausschließlich durch nicht veranschlagte Aufwendungen, für Kosten der Wartung und Erneuerung auch der elektronischen Logistikeinrichtungen für die nach den Ausschreibungsbedingungen zwingend beizuschaffenden Fahrzeuge zustande gekommen seien. Bei Schulkindern mit besonderen Bedürfnissen sei die tägliche Transporterbringung eine sehr sensible Angelegenheit, die Schulkinder bauten zum Fahrpersonal eine persönliche Beziehung auf, eine Kontinuität der Leistungserbringen wäre daher ein wesentlicher Aspekt und zu gewährleisten.

Im Feststellungsverfahren wurde dazu ergänzend vorgebracht, dass die besonderen Anforderungen an das Personal nicht kalkuliert worden seien.

Nach Angebotsöffnung am 13.10.2010 wurde von der Antragsgegnerin eine rechnerische Überprüfung der Angebote durchgeführt und wurden die Angebotspreise in der Folge nach Bietern und Losen geordnet gegenübergestellt (Vergabeakt Trennblatt 7a). Über Aufforderung der Antragsgegnerin vom 15.10.2010 reichte die Teilnahmeberechtigte fristgerecht einen Kalkulationsnachweis für die von ihr angebotenen Einheitspreise nach

(Vergabeakt Trennblatt 10). In einem Aufklärungsgespräch mit der Teilnahmeberechtigten am 6.6.2011 wurden offene Punkte der Kalkulation angesprochen und von der Teilnahmeberechtigten beantwortet. Das Ergebnis wurde im Vergabeakt festgehalten (beides: Vergabeakt Trennblatt 14a). Aus dem Vergabeakt (Trennblatt 14a) ergibt sich, dass die Kalkulationsunterlagen im Angebot der Teilnahmeberechtigten vertieft und sachverständig geprüft wurden; das Ergebnis wurde unter dem o.a. Trennblatt dokumentiert.

XII.3. Laut Vorbringen im Nichterklärungsantrag zu „Zuschlagsentscheidung zu Gunsten nicht geeigneter Bieter“: und „Referenznachweis(e)“ und „Befugnis“ sei der Teilnahmeberechtigten der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit durch Vorlage von Referenznachweisen nicht gelungen und mangle es an der gewerberechtlichen Befugnis. Die Gewerbeberechtigung der Teilnahmeberechtigten erstrecke sich auf sechs PKW, Mindestkapazitätserfordernis seien jedoch 80 Kleinbusse.

Dem Angebot der Teilnahmeberechtigten war ein Referenznachweis (Vergabeakt Trennblatt 36) angeschlossen, dieser wurde von der Auftraggeberin geprüft und deckt sich mit dem in der Ausschreibung geforderten Umfang. Der Vergabeakt enthält unter Trennblatt 11 Unterlagen über die Prüfung der Referenzen der Bieter, wobei zur Teilnahmeberechtigten festgehalten wird, dass die von ihr vorgelegte Referenz vom Auftraggeber vollinhaltlich bestätigt wurde.

Die Teilnahmeberechtigte hatte zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung laut dem von der Antragsgegnerin im Zuge der Angebotsprüfung beige-schafften ANKÖ-Auszug die Konzession nach dem Gelegenheitsverkehrs-Gesetz für das Mietwagengewerbe mit 115 Omnibussen und 24 Personenkraftfahrzeugen.

Festzustellen ist daher, dass die Teilnahmeberechtigte nicht über die zur Erbringung der Leistung in den zugeschlagenen Losen erforderliche gewerberechtliche Befugnis im Umfang von 80 Fahrzeugen verfügt hat.

XII.4. Laut Vorbringen im Nichterklärungsantrag zu „Nachweis des erforderlichen Fuhrparks“ habe die Teilnahmeberechtigte dem Angebot Bestätigungen angeschlossen, in welcher erstens bloß die Möglichkeit der

Bestellung zur Auftragsdurchführung der erforderlichen Fahrzeuge bis Ende März 2011 und der Ausstattung bis Ende September 2011 bei Bestellung bis Ende März 2011 eingeräumt worden sei.

Der Antragstellerin wurde – wie von ihr beantragt – im Feststellungsverfahren Einsicht in die Textierung jener Schreiben aus dem Angebot der Teilnahmeberechtigten gewährt. Die seitens der Teilnahmeberechtigten das Angebot in wesentlichen Bereichen aus- bzw. bearbeitenden Mitarbeiter wurden im Feststellungsverfahren als Zeugen zu diesen beiden Schreiben (u.a.) vernommen und hatten somit die Parteien die Möglichkeit, Fragen an die Zeugen zu stellen.

Bei der Teilnahmeberechtigten war für die Ausarbeitung des Angebots im gegenständlichen Vergabeverfahren der Prokurist, Herr S., zuständig. Herr Hu. war für Technik und Einkauf zuständig und hat auf Ersuchen von Herrn S. für die Ausarbeitung des Angebots zunächst Erkundigungen bei in Frage kommenden Lieferanten eingeholt, welche Fahrzeuge in Frage kämen. In der Folge hat er die IBestätigungen der D. GmbH und der P. AG beschafft, in denen diese Unternehmen die o.a. Bestätigungen abgeben.

Zwischen der Teilnahmeberechtigten und den Unternehmen D. GmbH und P. AG besteht eine jahrelange Geschäftsverbindung. Auch vor der gegenständlichen Ausschreibung wurden von der Teilnahmeberechtigten an diese Unternehmen bereits entsprechende Aufträge erteilt. Die Vorgangsweise war dabei regelmäßig so, dass die Teilnahmeberechtigte die Lieferung der Fahrzeuge bei der P. AG in Auftrag gab. Der ungefähre Preis für die bestellten Fahrzeuge ergab sich dabei aus Preislisten bzw. entsprach den Vereinbarungen aus entsprechenden Voraufträgen und bekannten Rabattspannen.

In der Folge wurden die bestellten Fahrzeuge in Tranchen von jeweils 10 Fahrzeugen von der P. AG an die D. GmbH geliefert und von dieser umgebaut. Wenn die Fahrzeuge fertig waren, wurden die fertigen Fahrzeuge an die Teilnahmeberechtigte geliefert. Im gegenständlichen Fall ist ebenso vorgegangen worden.

Auch eine Kontaktaufnahme der Teilnahmeberechtigten mit der D. GmbH, die mit dem Umbau der Fahrzeuge beauftragt werden sollte, hat stattgefunden. Sowohl der D. GmbH als auch der P. AG wurden von Herrn Hu. die Ausschreibungsunterlagen, soweit sie sich auf die Anforderungen an die Fahrzeuge bezogen, übermittelt, sodass diese genau darüber informiert waren, welche Ausstattung die gelieferten Fahrzeuge aufzuweisen hatten bzw. welche Umbauten erforderlich waren.

Es wurde mit der D. GmbH und der P. AG weiters ausdrücklich vereinbart, dass die für die Auftragserfüllung erforderlichen 80 Fahrzeuge zu Leistungsbeginn, nämlich zu Beginn des Schuljahres 2011/12, in der in der Ausschreibung festgelegten Qualität zur Verfügung stehen müssen. Ein entsprechender Zeitplan wurde zwischen der D. GmbH und der P. AG akkordiert. Darauf bezogen sich auch die Bestätigungen dieser Unternehmen jeweils vom 12.10.2010. Mit dem Satzteil „so dass diese Fahrzeuge mit Schulbeginn des Schuljahres 2011/12 eingesetzt werden können“ wurde auf die erforderliche Lieferung der umgebauten Fahrzeuge bis zu diesem Zeitpunkt Bezug genommen.

Insbesondere der für Technik und Einkauf zuständige Mitarbeiter der Teilnahmeberechtigten konnte in seiner zeugenschaftlichen Einvernahme anschaulich und glaubhaft schildern, wie der Vorgang der Einholung einer Lieferbestätigung bei Unternehmen, mit denen die Teilnahmeberechtigte in ständiger Geschäftsbeziehung steht, routinemäßig abläuft und wie dies im gegebenen Fall abgelaufen ist. Nachvollziehbar erschien dem Senat die Darstellung, wie die Aufgaben im Unternehmen der Teilnahmeberechtigten geteilt sind und dass sich der für Technik und Einkauf zuständige Mitarbeiter federführend um die Lieferbestätigungen zu kümmern hatte. Der Eindruck wurde durch Detailwissen rund um Bestell- und Preislisten, Kenntnis von üblichen Rabattspannen und Namen von ständigen Kontakten sowie das Wissen um neue Mitarbeiter im anderen Unternehmen und deren Zuständigkeiten verstärkt. Dass in einem Betrieb wie der Teilnahmeberechtigten ständige Geschäftsbeziehungen zu bestimmten Unternehmen bestehen, erschien dem Senat lebensnah. Dass in ständigen Geschäftsbeziehungen nicht jede Vereinbarung sofort verschriftlicht wird, und in Fällen wie dem vorliegenden, in denen der genaue Abruf der Anzahl der Fahrzeuge im Ergebnis noch nicht feststehen konnte, weil das

Vergabeverfahren noch lief, erschien ebenso nachvollziehbar, wie der Umstand, dass in ständigen Geschäftsbeziehungen umfangreiche Preislisten zu Fahrzeugen, gewissen Ausstattungen und Extras in Verwendung stehen und der letztendlich zu gewährende Rabatt nach der abgenommenen Stückzahl sich in einem Bereich befindet, der den betroffenen Personen aus ständiger Übung bekannt ist. Im gegebenen Fall konnte die abzurufende Anzahl an Fahrzeugen erst mit Zuschlagserteilung feststehen. Ein Kostenrahmen für die Kalkulation war durch die Preislisten für die Anschaffung und den Umbau der Fahrzeuge in Verbindung mit den in diesen langjährigen Geschäftsbeziehungen bestehenden Gewohnheiten der Rabattgewährung jedenfalls gegeben.

Auch erschien dem Senat die Aussage des zeugenschaftlich einvernommenen Prokuristen der Teilnahmeberechtigten plausibel, wonach eine Verschriftlichung der mündlich vereinbarten Punkte im Zeitpunkt der Angebotserstellung zu aufwendig erschien. In ständigen Geschäftsbeziehungen sind Preise und Konditionen oftmals bekannt und müssen nicht jedes Mal aufs Neue ausverhandelt werden und umgehend in ein schriftliches Vertragswerk einfließen. Es erscheint dem Senat lebensnah, dass zwischen ständigen Geschäftspartnern zuerst ein Rahmen bezüglich Anzahl der Fahrzeuge und Ausstattung mündlich vereinbart wird und sich der Preis aus ständig verwendeten Listen und den eingespielten Rabattkonditionen ergibt und darüber eine Bestätigung errichtet wird, welche nach jahrelanger und ständiger Zusammenarbeit für beide Seiten als ausreichend und verbindlich angesehen wird.

Die Zeugen gaben auch an, dass der Zeitplan der Ausschreibung zentrales Anliegen bei Einholung der Liefer- und Leistungszusagen und „KO-Kriterium“ gewesen sei und deswegen in der Bestätigung mit dem letzten Halbsatz festgehalten worden sei, dass diese Fahrzeuge zum Leistungsbeginn Schulbeginn 2011/12 benötigt werden. Weiters erscheint lebensnah, dass laufend eine bestimmte Anzahl von Fahrzeugen vom Lieferanten an den Umbauer geliefert und von dort nach Umbau an die Teilnahmeberechtigte geliefert wird.

Dass der zeugenschaftlich vernommene Technik- und Einkaufsleiter der Teilnahmeberechtigten einerseits ohne nachzudenken die Namen aus einer ständigen Geschäftsbeziehung nennen konnte und gleichzeitig wusste, dass der

damals zuständige Verkäufer des Unternehmens P. neu angefangen hatte, bewiesen ein Hintergrund- und Detailwissen, welches sich bei ständigen Geschäftskontakten naturgemäß ergibt. Verkäufer und Techniker bzw. Einkäufer verschiedener Unternehmen pflegen naturgemäß viel Kontakt untereinander, sodass es ebenso plausibel erschien, dass als erster nicht der Lieferant der Fahrzeuge bzw. dessen neuer Verkäufer, sondern ein Mitarbeiter des Umbauunternehmens kontaktiert worden ist. Dazu kommt, dass als erwiesen anzunehmen ist, dass auch die Unternehmen D. und P. in ständiger Geschäftsbeziehung stehen und die Bestätigungen in punkto Zeitplan solcherart ineinander gegriffen haben, als eine bestimmte Anzahl gelieferter Fahrzeuge laufend vom Lieferanten bereitgestellt und vom Umbauunternehmen umgebaut werden.

Weiters erschien dem Senat die Aussage, dass zur im Kostenvoranschlag D. angegebenen „Lieferzeit: nach näherer Vereinbarung“, die Lieferzeit von der Anzahl der Fahrzeuge sowie der Lieferkapazität des Lieferanten abhängig sei, nachvollziehbar. Durch das laufende Ineinandergreifen der Lieferung einer Reihe von Fahrzeugen an den Umbauer und dem Umbau der gelieferten Anzahl von Fahrzeugen beim Umbauer und Auslieferung an die Teilnahmeberechtigte lässt sich ein genaues Lieferdatum seriös nicht festlegen. In ständiger Geschäftsbeziehung mit laufender Lieferung und Umbau, wie vorliegend, stellt eine „Lieferzeit nach näherer Vereinbarung“ eine nachvollziehbare und praktikable Formulierung dar.

Dass der Kostenvoranschlag mit 14.10.2010 datiert ist, wurde vom Zeugen dahin beantwortet, dass dies das Ausstellungsdatum sei. Der Kostenvoranschlag war dem Angebot der Teilnahmeberechtigten nicht beigelegt, sondern wurde im Nachprüfungsverfahren vorgelegt. In der mündlichen Verhandlung gab der zeugenschaftlich vernommene Einkaufsleiter an, dass die genaue Höhe des Rabattes erst nach Zuschlagserteilung festgestanden hätte. Der Zeuge konnte eine Bandbreite des Rabattes nennen. Der Kostenvoranschlag war an den Zeugen im Unternehmen der Teilnahmeberechtigten adressiert und belegt aus Sicht des Senates, dass die Preise des Umbaues entgegen den Preisen für die Anschaffung der Fahrzeuge nicht ständigen Preislisten zu entnehmen waren.

Zur Fertigung des Schreibens P. vom 12.10.2010 durch den Verkäufer F. gab der Zeuge an, dass dieser ein Verkäufer im Unternehmen P. und sein Ansprechpartner in dieser Angelegenheit bei P. gewesen sei. Aus den Umständen, dass in ständigen Geschäftsbeziehungen Bestätigungen vom ständigen Ansprechpartner ausgestellt und unterfertigt werden und der Verkäufer (F.) auf Grund seiner Stellung offenbar über eine entsprechende Verkaufsvollmacht verfügt hat, welche durch die Ausstellung der in Rede stehenden Bestätigung nicht überschritten wird, bestanden aus Sicht des Senates keine Zweifel an deren Verbindlichkeit.

Im Lichte der oben getroffenen Feststellung zur gewerberechtlichen Befugnis der Teilnahmeberechtigten im Umfang von lediglich 24 Fahrzeugen ist festzuhalten, dass die Zusage der Lieferung und des Umbaus gegenständlich nur noch bezogen auf die vorhandenen 24 Fahrzeuge zu beurteilen war und nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung davon auszugehen ist, dass nach dem dargestellten Prozess dieses Vorhaben bewerkstelligt werden konnte.

XIII. Im Vergabeakt der Auftraggeberin befindet sich in Ordner 5, Trennblatt 29, das Angebot der Bieterin K. GmbH. Diese Bieterin hat für drei Lose je ein Angebot gelegt. Die Angebotspreise für diese drei Lose liegen nahe an jenen der Teilnahmeberechtigten für diese drei Lose, heben sich jedoch deutlich von den Angebotspreisen der Antragstellerin für diese drei Lose ab.

Aus dem Vergabeakt und dem Angebot der K. GmbH ergibt sich weiters, dass die K. GmbH im Jahr 2000 gegründet wurde. Seit 2.12.2009 ist die Antragstellerin Gesellschafterin und ist der Geschäftsführer der Antragstellerin auch selbständiger Geschäftsführer dieser Gesellschaft. Dieser Umstand war nach Aussage der beteiligten Parteien im Verfahren und dem Inhalt des Vergabeaktes im gesamten Vergabeverfahren weder Thema einer Aufklärung zwischen Auftraggeberin und K. GmbH noch zwischen Auftraggeberin und Antragstellerin.

XIV. Mit Bescheid des VKS Wien vom 22.9.2011, VKS-8224/11, wurde der Antrag, das gesamte Vergabeverfahren für nichtig zu erklären, zurückgewiesen (Punkt 1.) und der Antrag, die Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Lose II-VI und VIII-XI für nichtig zu erklären, abgewiesen (Punkt 2.). Unter Spruchpunkt 3.

wurde die einstweilige Verfügung mit sofortiger Wirkung aufgehoben und unter Spruchpunkt 4. ausgesprochen, dass die Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen habe.

XV. Gegen diese Entscheidung wurde von der Antragstellerin Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben. Mit Erkenntnis vom 23.5.2014, zur Zahl 2012/04/0003, wurde der Bescheid des VKS Wien vom 11.9.2011 hinsichtlich des Spruchpunktes 2. wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften und hinsichtlich des Spruchpunktes 4. wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

XVI. Mit am 19.12.2014 eingebrachtem und damit rechtzeitig erhobenem Feststellungsantrag begehrte die Antragstellerin die Feststellung, dass

1. wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, in eventu
2. wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 die Zuschlagsentscheidung vom 22.7.2011 rechtswidrig war.
3. Ferner wurde der Antrag gestellt, das Verwaltungsgericht Wien möge die Antragsgegnerin zum Ersatz der von der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren entrichteten Pauschalgebühren verhalten.

Weiters beantragte die Antragstellerin unter Hinweis auf das Erkenntnis des VwGH vom 9.4.2013, ZI. 2011/04/0207, ausdrücklich Akteneinsicht in die von B. GmbH vorgelegten Eignungsnachweise, insbesondere in die beiden oben erwähnten „Bestätigungen“ und begründete dies damit, dass in Anbetracht der Wesentlichkeit der Frage für die Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung und den Ausgang des Vergabeverfahrens es völlig unverhältnismäßig wäre, den Inhalt dieser Unterlage zur Gänze – und nicht etwa nur in Bezug auf konkrete Konditionen wie z.B. Preise – geheim zu halten.

VIII. Im hg. Feststellungsverfahren wurden der Antragstellerin im Zuge einer vom Antragstellervertreter am 29.4.2015 wahrgenommenen Akteneinsicht

jeweils Kopie des Schriftsatzes der Auftraggeberin im Verfahren VwGH 2012/04/0003 vom 19.3.2012 sowie Kopie vom Kostenvoranschlag des Unternehmens D. GmbH an B. GmbH vom 14.10.2010 in vom Verwaltungsgericht anonymisierter Fassung ausgehändigt. Die Stellungnahme / Gegenschrift aus dem Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof wurde seitens der Auftraggeberin nach Aufforderung an das Verwaltungsgericht übermittelt, da das Verwaltungsgericht Wien nicht über den Akt des Beschwerdeverfahrens vor dem VwGH verfügt. Im erwähnten Schriftsatz der Auftraggeberin vom 19.3.2012 sind sämtliche Argumente aus den im behördlichen Verfahren seitens der Auftraggeberin erstatteten Schriftsätze, welche aber nur weitgehend anonymisiert der Antragstellerin zugegangen sind, enthalten.

Diese Stellungnahme der Auftraggeberin im höchstgerichtlichen Verfahren wurde vor Akteneinsicht vom Verwaltungsgericht dahin anonymisiert, dass sämtliche Beträge und Detailausführungen zur Kalkulation der mitbeteiligten Partei (Rz 60-63) sowie die Person des im Vergabeverfahren beigezogenen Sachverständigen samt dessen Schlussfolgerung (Rz 82f, insgesamt 3 Sätze) für den Empfänger unleserlich gemacht wurden. Mit dieser Stellungnahme sind der Antragstellerin auch die Textierungen der Bestätigungen der P. AG sowie der D. GmbH zugegangen, welche darin abgebildet waren.

Der dem Antragstellervertreter im Rahmen der Akteneinsicht in Kopie vorgelegte Kostenvoranschlag der D. GmbH vom 14.10.2010 enthielt weder Stückanzahl noch Preisangaben, da diese vorher hg. im Dokument unleserlich gemacht wurden.

IX. Die mitbeteiligte Partei trat mit Schriftsatz vom 10.7.2015 dem Verfahren bei.

X. Unter Zugrundelegung der verfügbaren 24 Fahrzeuge der Teilnahmeberechtigten, der Berücksichtigung, dass weder das Angebot der H. GmbH, das Angebot der E. Gesellschaft m.b.H., das Angebot der K. GmbH, der L. und der O. auszuscheiden gewesen wären und das Los II an die L. GmbH zu vergeben gewesen wäre, ergäbe sich für die der Teilnahmeberechtigten zugeschlagenen Lose II-VI und VIII-XI, wobei die anderen Lose der

Vollständigkeit wegen und aufgrund des Vorbringens im Verfahren mitgeprüft werden, in der von der Antragstellerin gewählten Präferenzreihung und unter Heranziehung der 127 Fahrzeuge der Antragstellerin folgendes Ergebnis:

Präferenz 1 der Antragstellerin ist Los XIX: (29 Fahrzeuge erforderlich)

Die Antragstellerin liegt an fünfter Stelle, sie hat das teuerste Angebot abgegeben, vor ihr liegen vier andere Bieter:

Billigstbieterin ist die Teilnahmeberechtigte, die jedoch nicht über genug Fahrzeuge für dieses Los (29) verfügt, Präferenz 18.

Nächstbilligstes Angebot ist von H., die über die erforderlichen Kapazitäten verfügt, Präferenz 20.

Nächstbilligstes Angebot ist von E., die *nicht* über die erforderlichen Fahrzeuge verfügen, Präferenz 13.

Nächstbilligstes Angebot ist von L., die über die erforderlichen Fahrzeuge verfügen, Präferenz 17.

Das billigste Angebot, ausreichende Fahrzeuge und niedrige Präferenz: L.. Dieser wäre zuzuschlagen und verblieben dieser sodann 74 Fahrzeuge.

Präferenz 2 der Antragstellerin ist Los XVI: (30 Fahrzeuge erforderlich)

Die Antragstellerin liegt an sechster Stelle, sie hat das teuerste Angebot abgegeben, vor ihr liegen sämtliche andere Bieter:

Billigstbieterin ist die Teilnahmeberechtigte, welche jedoch *nicht* über die erforderliche Fahrzeuganzahl (30) verfügt, Präferenz 12.

Nächstbilligste Bieterin ist E., die jedoch *nicht* über ausreichende Fahrzeuge verfügt, Präferenz 4.

Nächstbilligste Bieterin ist H., welche über ausreichende Fahrzeuge verfügt, Präferenz 19.

Nächstbilligste Bieterin ist die O., die über die erforderliche Fahrzeuganzahl verfügt, Präferenz 2.

Die O. hat damit ihre Fahrzeugkapazität erschöpft.

Das billigste Angebot, ausreichende Fahrzeuge und niedrige Präferenz: O.. Dieser wäre zuzuschlagen und verblieben ihr sodann keine Fahrzeuge mehr.

Präferenz 3 der Antragstellerin ist das Los XII: (18 Fahrzeuge erforderlich)

Die Antragstellerin liegt an vierter Stelle, sie hat das teuerste Angebot abgegeben, vor ihr liegen sämtliche andere Bieter:

Billigstbieterin ist die Teilnahmeberechtigte, welche über die erforderliche Fahrzeuganzahl (18) verfügt, Präferenz 16.

Nächste Billigstbieterin ist die H. GmbH, die über ausreichende Fahrzeuge verfügen, Präferenz 18.

Nächstbilligstes Angebot sind die L., welche über ausreichende Fahrzeuge verfügen, Präferenz 14.

Das billigste Angebot, ausreichende Fahrzeuge und niedrige Präferenz: L.. Dieser wäre zuzuschlagen und verblieben ihr sodann 56 Fahrzeuge.

Präferenz 4 der Antragstellerin ist das Los I: (13 Fahrzeuge erforderlich)

Die Antragstellerin liegt an fünfter Stelle, sie hat das teuerste Angebot abgegeben, vor ihr liegen sämtliche andere Bieter:

Billigstbieterin ist die Teilnahmeberechtigte, die über ausreichende Fahrzeuge (13) verfügen würde, Präferenz 14.

Nächstbilligstes Angebot ist von H. GmbH, welche über ausreichende Fahrzeuge verfügt, Präferenz 9.

Nächstbilligstes Angebot ist von E., die über ausreichend Fahrzeuge verfügt, Präferenz 12.

Das billigste Angebot, ausreichende Fahrzeuge und niedrige Präferenz: H. GmbH. Dieser wäre zuzuschlagen und verblieben ihr sodann 47 Fahrzeuge.

Präferenz 5 der Antragstellerin ist das Los XVIII: (9 Fahrzeuge erforderlich)

Die Antragstellerin liegt an fünfter Stelle, sie hat das teuerste Angebot abgegeben, vor ihr liegen sämtliche andere Bieter:

Billigstbieterin ist die Teilnahmeberechtigte, die über ausreichend Fahrzeuge (9) verfügen würde, Präferenz 13.

Nächstbilligstes Angebot ist von H. GmbH, welche über ausreichende Fahrzeuge verfügt, Präferenz 11.

Nächstbilligstes Angebot ist von E., welche über ausreichende Fahrzeuge verfügt, Präferenz 7.

Nächstbilligstes Angebot ist von L., welche über ausreichende Fahrzeuge verfügt, Präferenz 16.

Das billigste Angebot, ausreichende Fahrzeuge und niedrige Präferenz: *E. GmbH*. Dieser wäre zuzuschlagen und verblieben ihr sodann 24 Fahrzeuge.

Präferenz 6 der Antragstellerin ist das Los XX: (21 Fahrzeuge erforderlich)

Die Antragstellerin liegt an vierter Stelle, sie hat das teuerste Angebot gelegt, vor ihr liegen sämtliche andere Bieter:

Billigstbieterin ist die Teilnahmeberechtigte, die über ausreichende Fahrzeuge (21) verfügen würde, Präferenz 17.

Zweitbilligste Bieterin ist die *H. GmbH*, welche über ausreichende Fahrzeuge verfügt und deren Präferenz 1 dies ist.

Drittbilligstes Angebot ist von L., welche über ausreichende Fahrzeuge verfügen würde, Präferenz 11.

Das billigste Angebot, ausreichende Fahrzeuge und niedrige Präferenz: *H. GmbH*. Dieser wäre zuzuschlagen und verblieben ihr sodann 26 Fahrzeuge.

Präferenz 7 der Antragstellerin ist das Los XVII: (4 Fahrzeuge erforderlich)

Die Antragstellerin liegt an sechster Stelle, sie hat das teuerste Angebot abgegeben, vor ihr liegen sämtliche andere Bieter:

Billigstbieterin ist die Teilnahmeberechtigte, die über die erforderlichen Fahrzeuge (4) verfügen würde, Präferenz 15.

Zweitbilligstes Angebot ist von der *K. GmbH*, welche über ausreichende Fahrzeuge verfügt und deren Präferenz 1 dies ist.

Das billigste Angebot, ausreichende Fahrzeuge und niedrige Präferenz: *K. GmbH*. Dieser wäre zuzuschlagen und verblieben dieser sodann 9 Fahrzeuge.

Präferenz 8 der Antragstellerin ist das antragsgegenständliche Los VIII: (31 Fahrzeuge erforderlich)

Die Antragstellerin liegt an fünfter Stelle, sie hat das zweit teuerste Angebot abgegeben:

Billigstbieterin ist die Teilnahmeberechtigte, welche jedoch nicht über die

erforderliche Fahrzeuganzahl (31) verfügt.

Das nächstbilligste Angebot ist von H. GmbH, welche jedoch nach Los I und XX (insgesamt 34 Fahrzeuge erforderlich) nicht mehr über die erforderliche Fahrzeuganzahl von 31 verfügt.

Nächstbilligstes Angebot hätte die O. gelegt, welche jedoch nach Los XVI über keine Fahrzeugkapazität mehr verfügt.

Die L. wären die nächstbilligsten Bieter, sie verfügen über ausreichende Fahrzeuge, Präferenz 1.

Das billigste Angebot, ausreichende Fahrzeuge und niedrige Präferenz: L.. Dieser wäre zuzuschlagen und verblieben dieser Bieterin sodann 25 Fahrzeuge.

Präferenz 9 der Antragstellerin ist das Los XV: (17 Fahrzeuge erforderlich)

Die Antragstellerin liegt an sechster Stelle, sie hat das teuerste Angebot gelegt, vor ihr liegen sämtliche andere Bieter:

Billigstbieter ist die Teilnahmeberechtigte, welche über die erforderliche Fahrzeuganzahl (17) verfügt, Präferenz 20.

Zweitbilligstes Angebot ist von E. Gesellschaft m.b.H., welche über ausreichende Fahrzeuge verfügt, Präferenz 1.

Das billigste Angebot, ausreichende Fahrzeuge und niedrige Präferenz: E. GmbH. Dieser wäre zuzuschlagen und verblieben ihr sodann 7 Fahrzeuge.

Präferenz 10 der Antragstellerin ist das antragsgegenständliche Los II: (22 Fahrzeuge erforderlich)

Die Antragstellerin liegt an sechster Stelle, sie hat das teuerste Angebot abgegeben, vor ihr liegen sämtliche andere Bieter:

Billigstbieterin wäre die Teilnahmeberechtigte, deren Fahrzeuganzahl hinreichen würde. Nach dem rechtskräftigen Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 14.10.2015 wäre dieses Los (22 Fahrzeuge) jedoch den L. zuzuschlagen gewesen, die über eine ausreichende Anzahl an Fahrzeugen verfügen und deren zweite Präferenz dies ist.

Das billigste Angebot, ausreichende Fahrzeuge und niedrige Präferenz: L.. Dieser wäre zuzuschlagen und verblieben dieser sodann 3 Fahrzeuge.

Präferenz 11 der Antragstellerin ist das Los XIII: (8 Fahrzeuge erforderlich)

Die Antragstellerin liegt an fünfter Stelle, sie hat das teuerste Angebot abgegeben, vor ihr liegen sämtliche andere Bieter:

Billigstbieterin ist die Teilnahmeberechtigte, welche über ausreichende Fahrzeuge (8) ausreichen würde, Präferenz 11.

Nächstbilligstes Angebot ist von H. GmbH, welche auch über die erforderliche Fahrzeuganzahl verfügt, Präferenz 13.

Nächstbilligstes Angebot ist von E. GmbH, welche jedoch nicht über ausreichende Fahrzeuge mehr verfügt, Präferenz 3.

Nächstbilligstes Angebot ist von L., welche jedoch nicht über ausreichende Fahrzeuge mehr verfügen, Präferenz 4.

Das billigste Angebot, ausreichende Fahrzeuge und niedrige Präferenz: *Teilnahmeberechtigte*. Dieser wäre zuzuschlagen und verblieben ihr sodann 16 Fahrzeuge.

Präferenz 12 der Antragstellerin ist das antragsgegenständliche Los V: (5 Fahrzeuge erforderlich)

Die Antragstellerin liegt an vierter Stelle, sie hat das zweit teuerste Angebot gelegt (das teuerste Angebot ist von E. GmbH, deren Fahrzeugkapazität bereits erschöpft ist):

Billigstbieterin ist die Teilnahmeberechtigte, welche über die erforderlichen Fahrzeuge (5) verfügt, Präferenz 5.

Das billigste Angebot, ausreichende Fahrzeuge und niedrige Präferenz: *Teilnahmeberechtigte*. Dieser wäre zuzuschlagen und verblieben ihr sodann 11 Fahrzeuge.

Präferenz 13 der Antragstellerin ist das antragsgegenständliche Los X: (5 Fahrzeuge erforderlich)

Die Antragstellerin liegt an vierter Stelle, sie hat das zweit teuerste Angebot abgegeben (das teuerste Angebot ist von E. GmbH, deren Fahrzeugkapazität bereits erschöpft ist):

Billigstbieterin ist die Teilnahmeberechtigte, welche über die erforderlichen

Fahrzeuge (5) verfügen würde, Präferenz 4.

Nächstbilligstes Angebot ist von H., welche über die erforderlichen Fahrzeuge verfügt, Präferenz 3.

Das billigste Angebot, ausreichende Fahrzeuge und niedrige Präferenz: *H. GmbH*. Dieser wäre zuzuschlagen und verblieben ihr sodann 21 Fahrzeuge.

Präferenz 14 der Antragstellerin ist das Los XIV: (4 Fahrzeuge erforderlich)

Die Antragstellerin liegt an fünfter Stelle, sie hat das zweiterste Angebot abgegeben (das teuerste Angebot ist von W.):

Billigstbieterin ist die Teilnahmeberechtigte, deren Fahrzeugkapazität für die erforderlichen Fahrzeuge (4) hinreichen würde, Präferenz 12.

Nächstbilligstes Angebot ist von H. GmbH, deren Fahrzeuganzahl ausreichen würde, Präferenz 14.

Nächstbilligstes Angebot ist von E., deren Fahrzeugkapazität erschöpft ist.

Nächstbilligstes Angebot ist von L., die nicht über ausreichende Fahrzeuge verfügen, Präferenz 7.

Das billigste Angebot, ausreichende Fahrzeuge und niedrige Präferenz: *Teilnahmeberechtigte*. Dieser wäre zuzuschlagen und verblieben ihr sodann 7 Fahrzeuge.

Präferenz 15 der Antragstellerin ist das antragsgegenständliche Los IX: (7 Fahrzeuge erforderlich)

Die Antragstellerin ist an fünfter Stelle gereiht, sie hat das teuerste Angebot gelegt:

Billigstbieterin ist die Teilnahmeberechtigte, deren Fahrzeugkapazität für die erforderlichen Fahrzeuge (7) hinreichen würde, Präferenz 3.

Nächstbilligstes Angebot ist von H. GmbH, der verbliebene 21 Fahrzeuge hinreichen würden, Präferenz 12.

Nächstbilligstes Angebot ist von E. GmbH, deren Kapazität bereits erschöpft ist.

Nächstbilligstes Angebot ist von L., deren verbliebene drei Fahrzeuge nicht ausreichen.

Das billigste Angebot, ausreichende Fahrzeuge und niedrige Präferenz:

*Teilnahmeberechtigte*. Dieser wäre zuzuschlagen und verblieben ihr sodann keine Fahrzeuge mehr.

Präferenz 16 der Antragstellerin ist das antragsgegenständliche Los XI:

(3 Fahrzeuge erforderlich)

Die Antragstellerin liegt an fünfter Stelle, sie hat das teuerste Angebot gelegt: Billigstbieterin ist die Teilnahmeberechtigte, deren Kapazität jedoch nicht mehr ausreicht.

Nächstbilligstes Angebot ist von H., deren 21 Fahrzeuge die erforderliche Fahrzeuganzahl (3) abdecken würden, Präferenz 17.

Nächstbilligstes Angebot ist von von E. GmbH, deren Kapazität bereits erschöpft ist.

Nächstbilligstes Angebot ist von L., deren verbliebene drei Fahrzeuge ausreichen würden, Präferenz 8.

Das billigste Angebot, ausreichende Fahrzeuge und niedrige Präferenz: L.. Dieser wäre zuzuschlagen und verblieben ihr sodann keine Fahrzeuge mehr.

Präferenz 17 der Antragstellerin ist das Los VII: (4 Fahrzeuge erforderlich)

Die Antragstellerin liegt hier an sechster Stelle, sie hat das teuerste Angebot gelegt:

Billigstbieterin ist die Teilnahmeberechtigte, deren Fahrzeugkapazitäten jedoch nicht mehr ausreichen.

Das nächstbilligste Angebot ist jenes der K. GmbH, die erforderliche Fahrzeuganzahl (4) wäre vorhanden, Präferenz 2.

Nächstbilligstes Angebot ist von H. GmbH, deren 21 Fahrzeuge ausreichen würden, Präferenz 8.

Das billigste Angebot, ausreichende Fahrzeuge und niedrige Präferenz: K. GmbH. Dieser wäre zuzuschlagen und verblieben dieser sodann 5 Fahrzeuge.

Präferenz 18 der Antragstellerin ist das antragsgegenständliche Los VI:

(3 Fahrzeuge erforderlich)

Die Antragstellerin liegt hier an sechster Stelle, sie hat das teuerste Angebot gelegt:

Billigstbieterin ist die Teilnahmeberechtigte, deren Fahrzeugkapazitäten jedoch erschöpft sind.

Das nächstbilligste Angebot ist jenes der Bieterin K. GmbH, deren Fahrzeuganzahl hinreichen würde, Präferenz 3.

Das billigste Angebot, ausreichende Fahrzeuge und niedrige Präferenz: *K. GmbH*. Dieser wäre zuzuschlagen und verblieben dieser sodann 2 Fahrzeuge.

Präferenz 19 der Antragstellerin ist das antragsgegenständliche Los IV:  
(2 Fahrzeuge erforderlich)

Die Antragstellerin hier liegt hier an vierter Stelle, sie hat das zweit teuerste Angebot gelegt (das teuerste Angebot ist von E. GmbH, deren Fahrzeugkapazität bereits erschöpft ist):

Billigstbieterin wäre die Teilnahmeberechtigte, deren Fahrzeugkapazität jedoch erschöpft ist.

Das nächstbilligste Angebot ist jenes der H. GmbH, deren 21 Fahrzeuge ausreichen würden (2), Präferenz 6.

Die Kapazitäten der nächstbilligsten Bieter Bieter E. sowie L. sind bereits erschöpft.

Das billigste Angebot, ausreichende Fahrzeuge und niedrige Präferenz: *H. GmbH*. Dieser wäre zuzuschlagen und verblieben ihr sodann 19 Fahrzeuge.

Präferenz 20 der Antragstellerin ist das antragsgegenständliche Los III:  
(2 Fahrzeuge erforderlich)

Die Antragstellerin liegt hier an vierter Stelle, sie hat das zweit teuerste Angebot gelegt (das teuerste Angebot ist von E. GmbH, deren Fahrzeugkapazität bereits erschöpft ist):

Billigstbieterin wäre die Teilnahmeberechtigte, deren Fahrzeugkapazität jedoch erschöpft ist.

Das nächstbilligste Angebot ist jenes der H. GmbH, deren Fahrzeugkapazität von 19 für die erforderliche Anzahl (2) ausreichen würde, Präferenz 5.

Die Kapazitäten der nächstgereihten Bieter E. sowie L. sind bereits erschöpft.

Das billigste Angebot, ausreichende Fahrzeuge und niedrige Präferenz: *H. GmbH*.

Dieser wäre zuzuschlagen und verblieben ihr sodann 17 Fahrzeuge.

Festzuhalten ist sohin, dass unter Berücksichtigung der im Zeitpunkt der Angebotsöffnung bei der Teilnahmeberechtigten verfügbaren Fahrzeuge diese in den angeführten Losen den Zuschlag erhalten hätte können.

Festzustellen ist auch, dass die Antragstellerin unter der Annahme von 24 verfügbaren Fahrzeugen bei der Teilnahmeberechtigten und unter der Annahme, dass die Angebote der K. GmbH, der H. GmbH, der E. GmbH, der L. und der O. nicht auszuschneiden sind, in keinem der Lose zum Zuschlag vorzusehen war, da sie in keinem Los Billigstbieterin war.

Auch unter der seitens der Antragstellerin im Verfahren vorgebrachten Annahme, dass die Teilnahmeberechtigte lediglich über sechs Fahrzeuge verfügt habe, ergibt sich kein für die Antragstellerin wesentliches, anderes Ergebnis, da die Antragstellerin in keinem Los Billigstbieterin war und die vor ihr liegenden Angebote nicht auszuschneiden waren. Zudem deckt sich der im ANKÖ-Auszug der Teilnahmeberechtigten im Vergabeakt angegebene Fahrzeugstand von 24 Fahrzeugen zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung auch mit der im rechtskräftigen Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 14.10.2015 zur Zahl VGW-123/072/10247/2014 festgestellten Fahrzeuganzahl, welches Erkenntnis vom Verwaltungsgerichtshof bestätigt wurde (vgl. VwGH 1.2.2017, Ra 2016/04/0002, 0003).

XI. Im Verfahren wurden von der Antragstellerin als auch von der Antragsgegnerin Aufstellungen zur Bestbieterermittlung unter Zugrundelegung des bestandfesten Zuschlagssystems erstellt. Nach den getroffenen Feststellungen waren die Angebote der Bieter H. GmbH und E. GmbH nicht auszuschneiden. Es erfolgt demnach gegenständlich eine Auseinandersetzung mit den von den beiden Parteien erstellten Aufstellungen ohne Beteiligung der Teilnahmeberechtigten:

Die Antragstellerin kommt dazu in ihrem Schriftsatz vom 5.6.2015 zum Ergebnis, „dass die Antragstellerin zumindest betreffend das Los XIX als Zuschlagsempfängerin zu qualifizieren“ sei.

Die Antragsgegnerin gelangt im Schriftsatz vom 3.7.2015 (Beilage „Bieterreihung bei Wegfall von B.“) unter der Annahme der Nichtberücksichtigung der Teilnahmeberechtigten zum Ergebnis, dass die Antragstellerin nicht als Zuschlagsempfängerin in Betracht komme, da in diesem Fall Zuschlagsempfängerin die L. sei.

Das von der Antragsgegnerin dargestellte Ergebnis deckt sich mit der seitens des Verwaltungsgerichtes oben festgestellten Reihung der Angebote unter Beachtung der bestandfesten Zuschlagskriterien, nach welcher der Antragstellerin in keinem Los der Zuschlag zu erteilen war.

Maßgebliche Rechtsvorschriften:

§ 19 BVergG 2006 lautet:

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

§ 69 Z 1 BVergG 2006 lautet:

Unbeschadet der Regelung des § 20 Abs. 1 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen.

§ 70 Abs. 1 BVergG 2006 lautet:

Der Auftraggeber hat festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den §§ 71 bis 75 Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre berufliche Befugnis, berufliche Zuverlässigkeit, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie technische Leistungsfähigkeit zu belegen haben. Nachweise dürfen nur so weit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Dabei hat der Auftraggeber die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen.

§ 75 Abs. 7 BVergG 2006 lautet:

Als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit können bei Dienstleistungsaufträgen verlangt werden:

1. eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Dienstleistungen;
2. eine Beschreibung der technischen Ausrüstung, der Maßnahmen des Unternehmers zur Qualitätssicherung und der Untersuchungs- und Forschungsmöglichkeiten des Unternehmers;
3. Angaben über die technischen Fachkräfte oder die technischen Stellen, unabhängig davon, ob diese dem Unternehmen angeschlossen sind oder nicht, und zwar insbesondere über diejenigen, die mit der Qualitätskontrolle beauftragt sind;
4. bei Dienstleistungen komplexer Art oder bei Dienstleistungen, die ausnahmsweise einem besonderen Zweck dienen sollen, eine Kontrolle, die vom Auftraggeber oder in dessen Namen von einer zuständigen amtlichen Stelle im Herkunftsland des Unternehmers durchgeführt wird. Diese Kontrolle betrifft die technische Leistungsfähigkeit und erforderlichenfalls die Untersuchungs- und Forschungsmöglichkeiten des Unternehmers sowie die von diesem für die Qualitätskontrolle getroffenen Vorkehrungen;
5. Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmers und der Führungskräfte des Unternehmers, insbesondere der für die Erbringung der Dienstleistungen verantwortlichen Personen;
6. bei Dienstleistungen, deren Art ein entsprechendes Verlangen des Auftraggebers rechtfertigt, die Angabe der Umweltmanagementmaßnahmen, die der Unternehmer bei der Ausführung des Auftrages gegebenenfalls anwenden will;
7. eine Erklärung, aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, welche Geräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung des Auftrages verfügen wird;
8. eine Erklärung, aus der das jährliche Mittel der vom Unternehmer in den letzten drei Jahren Beschäftigten und die Anzahl seiner Führungskräfte in den letzten drei Jahren ersichtlich sind;
9. eine Angabe, welche Teile des Auftrages der Unternehmer unter Umständen als Subaufträge zu vergeben beabsichtigt;
10. die Bescheinigung, dass der Unternehmer die für die Erbringung der Dienstleistung erforderliche berufliche Befähigung, Fachkunde und Erfahrung besitzt.

§ 125 BVergG 2006 lautet:

(1) Die Angemessenheit der Preise ist in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen.

(2) Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen.

(3) Der Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Abs. 4 und 5 vertieft prüfen, wenn

1. Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen,
2. Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß § 79 Abs. 4 aufweisen, oder
3. nach Prüfung gemäß Abs. 2 begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

(4) Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Geprüft werden kann insbesondere, ob

1. im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar sind;
2. der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringerwertige Leistungen;
3. die gemäß § 97 Abs. 3 Z 3 geforderte oder vom Bieter gemäß § 109 Abs. 2 vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist.

(5) Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung muss der Auftraggeber vom Bieter eine verbindliche schriftliche – bei minder bedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische – Aufklärung verlangen. Die anschließende Prüfung hat unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen bzw. der vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise zu erfolgen. Der Auftraggeber hat insbesondere Erläuterungen in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit des gewählten Fertigungs- oder Bauverfahrens bzw. der Erbringung der Dienstleistung, die gewählten technischen Lösungen, außergewöhnlich günstige Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfügt, die Originalität der vom Bieter angebotenen Leistung, die am Ort der Leistungserbringung geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an den Bieter bei der Überprüfung entsprechend zu berücksichtigen. Die vom Bieter erteilten Auskünfte sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Sofern der geschätzte Auftragswert 120 000 Euro nicht erreicht, kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.

§ 129 BVergG 2006 lautet:

(1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

1. Angebote von Bietern, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 20 Abs. 5 oder gemäß § 68 Abs. 1 auszuschließen sind;
2. Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

3. Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen;

(...)

(2) (...)

(3) Der Auftraggeber hat den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich elektronisch oder mittels Telefax zu verständigen.

§ 131 Abs. 1 BVergG 2006 lautet:

Der Auftraggeber hat den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132 Abs. 1, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde.

§ 7 WVRG 2014 lautet auszugsweise:

(1) Das Verwaltungsgericht Wien ist auf Antrag zur Durchführung der Verfahren nach den Bestimmungen dieses Hauptstückes zuständig. Die Anträge sind unmittelbar beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen.

(...)

(3) Nach Zuschlagserteilung ist das Verwaltungsgericht Wien zuständig

1. im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 oder gegen die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde;

2. auf Antrag der Auftraggeberin oder des Auftraggebers in einem Verfahren gemäß Z 1, 4 und 5 zur Feststellung, ob die Antragstellerin oder der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte;

3. zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde;

4. zur Feststellung, ob der Zuschlag in rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 BVergG 2006 erteilt wurde;

5. zur Feststellung, ob der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung auf Grund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen

eines Verstoßes gegen § 152 Abs. 4 bis 6, § 158 Abs. 2 bis 5 oder § 290 Abs. 2 bis 5 BVergG 2006 rechtswidrig war;

6. in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Nichtigklärung oder Aufhebung des Vertrages;

7. in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 betreffend die Vergabe einer Leistung, deren geschätzter Auftragswert zumindest die in den §§ 12 Abs. 1 bzw. 180 Abs. 1 BVergG 2006 genannten Schwellenwerte erreicht, zur Verhängung von Sanktionen gemäß § 37 Abs. 6.

§ 33 Abs. 1 WVRG 2014 lautet:

Eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihr oder ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass

1. der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde,

2. die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war,

3. die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 BVergG 2006 wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war,

4. der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung auf Grund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen eines Verstoßes gegen § 152 Abs. 4 bis 6, § 158 Abs. 2 bis 5 oder § 290 Abs. 2 bis 5 BVergG 2006 rechtswidrig war oder

5. die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.

Die Antragstellerin oder der Antragsteller kann in einem Antrag mehrere Feststellungen gemäß § 7 Abs. 3 Z 1, 3 und 4 beantragen. Bei einem Antrag auf Feststellung gemäß § 33 Abs. 1 Z 1, 3, 4 oder 5 kann die Auftraggeberin oder der Auftraggeber die Feststellung beantragen, dass die Antragstellerin oder der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Bei einem Antrag auf Feststellung gemäß § 33 Abs. 1 Z 2 bis 4 kann die Auftraggeberin oder der Auftraggeber beantragen, von der Nichtigklärung des Vertrages abzusehen oder den Vertrag frühestens mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung aufzuheben.

§ 39 WVRG 2014 lautet auszugsweise:

(2) Wird ein Erkenntnis oder Beschluss des Verwaltungsgerichtes Wien vom Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof aufgehoben und wurde vor der Entscheidung des Verfassungs- oder des Verwaltungsgerichtshofes der Zuschlag rechtswirksam erteilt oder das Verfahren zur Vergabe von Aufträgen rechtswirksam widerrufen, so ist das Verwaltungsgericht Wien zuständig, auf Antrag jener Unternehmerin oder jenes Unternehmers, die oder der den Antrag gemäß § 20 gestellt hat, unter Zugrundelegung der Rechtsanschauung des Verfassungs- oder des Verwaltungsgerichtshofes festzustellen, ob die angefochtene Entscheidung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers rechtswidrig war. Ein Antrag auf Feststellung ist spätestens sechs Monate ab Zustellung des Erkenntnisses des Verfassungs- oder des Verwaltungsgerichtshofes zulässig. Unabhängig davon kann ein Antrag auf Feststellung gemäß § 33 gestellt werden.

(...)

(4) Nach der rechtswirksamen Zuschlagserteilung oder der rechtswirksamen Widerrufserklärung der Ausschreibung nach Angebotsöffnung ist das Verwaltungsgericht Wien in Feststellungsverfahren nach den Abs. 1 bis 3 ferner zuständig, auf Antrag der Auftraggeberin oder des Auftraggebers oder der allfälligen Zuschlagsempfängerin oder des allfälligen Zuschlagsempfängers festzustellen, ob die antragstellende Bieterin oder der antragstellende Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 2006 und der hierzu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte.

§ 2 Abs. 1 Gelegenheitsverkehrs-Gesetz 1996 lautet:

Die gewerbsmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen im Umfang des § 1 Abs. 1 darf nur auf Grund einer Konzession ausgeübt werden.

§ 3 Abs. 1 Gelegenheitsverkehrs-Gesetz 1996 lautet:

Konzessionen für die gewerbsmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen (§ 2 Abs. 1) dürfen nur für folgende Arten des gewerbsmäßigen Gelegenheitsverkehrs erteilt werden:

(...)

2. für die Beförderung eines geschlossenen Teilnehmerkreises mit Kraftfahrzeugen (Omnibussen oder Personenkraftwagen), unter Beistellung des Lenkers auf Grund besonderer Aufträge (Bestellungen) (Mietwagen-Gewerbe);

(...).

§ 4 Abs. 1 und 2 Gelegenheitsverkehrs-Gesetz 1996 lauten:

(1) Die Konzession ist für eine bestimmte Zahl von Fahrzeugen zu erteilen.

(2) Eine Vermehrung der Zahl der Fahrzeuge bedarf einer Genehmigung, für die, ausgenommen das Erfordernis der Erbringung des Befähigungsnachweises, dieselben Vorschriften wie für die Erteilung der Konzession gelten.

§ 5 Gelegenheitsverkehrs-Gesetz 1996 lautet auszugsweise:

(1) Die Konzession darf nur erteilt werden, wenn neben den allgemeinen Voraussetzungen für die Ausübung eines reglementierten Gewerbes

1. die Zuverlässigkeit,
2. die finanzielle Leistungsfähigkeit und
3. die fachliche Eignung (Befähigungsnachweis)

vorliegen. Der Bewerber hat überdies entsprechend dem beabsichtigten Konzessionsumfang (§ 4) in der in Aussicht genommenen Standortgemeinde oder einer daran unmittelbar angrenzenden Gemeinde über die erforderlichen Abstellplätze außerhalb von Straßen mit öffentlichem Verkehr zu verfügen. Sämtliche Voraussetzungen müssen während der gesamten Dauer der Gewerbeausübung vorliegen. Werden diese Voraussetzungen vom Gewerbetreibenden nicht mehr erfüllt, so ist die Konzession zu entziehen. Die §§ 87 bis 91 GewO 1994 bleiben hiervon unberührt. Die zuständige Gliederung der Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft ist vor der Erteilung der Konzession aufzufordern, zur Frage der Leistungsfähigkeit des Betriebes ein Gutachten abzugeben.

(...)

(5a) Die Voraussetzung der fachlichen Eignung (Befähigungsnachweis) für das Taxi-Gewerbe, das Mietwagen-Gewerbe mit Personenkraftwagen und das mit Omnibussen ausgeübte Gästewagen-Gewerbe wird nachgewiesen durch

1. eine Bescheinigung gemäß Abs. 8 Z 5 über die erfolgreiche Ablegung einer Prüfung vor einer Prüfungskommission, die von der Landeshauptfrau/vom Landeshauptmann bestellt wird, oder
2. eine Bescheinigung der Prüfungskommission aufgrund von Universitäts-, Fachhochschul- oder Fachschuldiplomen sowie sonstigen Prüfungszeugnissen, die gründliche Kenntnisse von Sachgebieten der Prüfung im Sinne des Abs. 8 Z 1 gewährleisten. Werden durch die Universitäts-, Fachhochschul- und Fachschuldiplome sowie sonstigen Prüfungszeugnisse nicht alle Sachgebiete der Prüfung abgedeckt, so ersetzt die Bescheinigung die Prüfung im Sinne der Z 1 nur für jene Sachgebiete, für die aufgrund der Universitäts-, Fachhochschul- oder Fachschuldiplome sowie sonstigen Prüfungszeugnisse gründliche Kenntnisse gewährleistet sind.

Beim Taxi-Gewerbe und Mietwagen-Gewerbe mit Personenkraftwagen ist zusätzlich eine mindestens dreijährige fachliche Tätigkeit in dem jeweils angestrebten Gewerbe selbst oder in einem Betrieb, in dem dieses Gewerbe gemeinsam mit anderen Gewerben ausgeübt wird, oder in einem dem Gewerbe fachlich nahestehenden Berufszweig durch eine Bestätigung eines Sozialversicherungsträgers nachzuweisen. Bestätigungen über ein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 5 Abs. 2 Allgemeines

Sozialversicherungsgesetz, BGBl. Nr. 189/1955, können auf die mindestens dreijährige fachliche Tätigkeit nicht angerechnet werden. Die §§ 18 und 19 GewO 1994 sind nicht anzuwenden.

§ 2 Abs. 1 Z 5 KFG lautet:

Personenkraftwagen ein Kraftwagen (Z. 3), der nach seiner Bauart und Ausrüstung ausschließlich oder vorwiegend zur Beförderung von Personen bestimmt ist und außer dem Lenkerplatz für nicht mehr als acht Personen Plätze aufweist;

§ 2 Abs. 1 Z 7 KFG lautet:

Omnibus: ein Kraftwagen (Z. 3), der nach seiner Bauart und Ausrüstung zur Beförderung von Personen bestimmt ist und außer dem Lenkerplatz für mehr als acht Personen Plätze aufweist;

Rechtlich folgt daraus:

Mangelnde Befugnis

Zum Vorbringen der Antragstellerin, die Teilnahmeberechtigte habe die erforderliche Befugnis nicht gehabt, da sie die erforderliche Konzession für die 80 Kleinbusse, die laut Ausschreibungsunterlagen für die Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen in allen Losen erforderlich gewesen seien, zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht innegehabt habe, ist Folgendes festzuhalten:

In Punkt (7) der Angebotsbestimmungen wird hinsichtlich der Eignungsnachweise auf die VD 307 verwiesen. Weitere Regelungen zum Nachweis der Befugnis enthalten die Angebotsbestimmungen nicht. Die VD 307 sind die „ALLGEMEINEN ANGEBOTSBESTIMMUNGEN DER STADT WIEN FÜR LEISTUNGEN“, die zur Befugnis in Punkt 1.2.1 „Nachweise der Befugnis (§ 71 BVergG 2006)“ bestimmen, dass eine Gewerbeberechtigung oder eine andere Berechtigung zur Ausübung der angebotenen Leistung nachgewiesen werden muss.

Der gegenständliche Auftrag wurde in einem offenen Verfahren vergeben. Gemäß § 69 Z 1 BVergG 2006 hat die Eignung, und damit auch die Befugnis,

beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorzuliegen. Die Angebotsöffnung erfolgte am 13.10.2010.

Bei den Leistungen, die im gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschrieben waren, handelt es sich unbestritten um solche des Mietwagengewerbes (Beförderung eines geschlossenen Teilnehmerkreises mit Kraftfahrzeugen (Omnibussen oder Personenkraftwagen), unter Beistellung des Lenkers auf Grund besonderer Aufträge (Bestellungen)), weshalb dafür eine Konzession nach § 2 Gelegenheitsverkehrs-Gesetz erforderlich war. Diese Konzession ist gemäß § 4 Gelegenheitsverkehrs-Gesetz für eine bestimmte Zahl von Fahrzeugen zu erteilen. Eine Vermehrung der Zahl der Fahrzeuge bedarf einer Genehmigung, für die, ausgenommen das Erfordernis der Erbringung des Befähigungsnachweises, dieselben Vorschriften wie für die Erteilung der Konzession gelten.

Für die Vermehrung der Anzahl der Fahrzeuge ist somit eine behördliche Genehmigung erforderlich, die den Nachweis der Zuverlässigkeit und der finanziellen Leistungsfähigkeit voraussetzt. Der Bewerber hat überdies entsprechend dem beabsichtigten Konzessionsumfang in der in Aussicht genommenen Standortgemeinde oder einer daran unmittelbar angrenzenden Gemeinde über die erforderlichen Abstellplätze außerhalb von Straßen mit öffentlichem Verkehr zu verfügen.

Die Teilnahmeberechtigte verfügte laut dem im Vergabeakt befindlichen, von der Antragsgegnerin im Zuge der Angebotsprüfung beige-schafften ANKÖ-Auszug vom 5.7.2011 zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung über eine Konzession für das Mietwagengewerbe mit 115 Omnibussen und 24 Personenkraftwagen.

Der gegenständliche Auftrag war ausschreibungsgemäß mit Kleinbussen, das heißt mit Fahrzeugen mit einer Transportkapazität von acht Fahrgästen und einem Fahrer, somit laut § 2 KFG mit Personenkraftfahrzeugen, auszuführen. Die Teilnahmeberechtigte hat für die Erfüllung des Auftrages in den ihr zugeschlagenen Losen unbestritten 80 Kleinbusse (PKW) mit der in der Ausschreibung festgelegten Ausstattung benötigt. Sie hatte zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung lediglich die Konzession für die Ausübung des

Mietwagengewerbes mit 24 Personenkraftwagen. Eine behördliche Genehmigung für die Vermehrung der Fahrzeuge auf 80 Stück im Rahmen der ihr bereits zuvor erteilten Konzession für das Mietwagengewerbe mit Personenkraftfahrzeugen lag zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht vor.

Der Argumentation der Antragsgegnerin, sie hätte den Auftrag mit den Omnibussen ausführen können, für die sie eine Konzession innehatte, ist entgegenzuhalten, dass für die Erfüllung des gegenständlichen Auftrags ausschreibungsgemäß Kleinbusse erforderlich waren, die die sehr speziellen, in den Ausschreibungsunterlagen festgehaltenen Sonderausstattungen und Umbauten aufweisen mussten. Die Teilnahmeberechtigte hat mit ihrem Angebot einen Nachweis darüber vorgelegt, dass sie über diese Kleinbusse zum Leistungsbeginn verfügen würde. Die Fahrzeuge sollten angekauft und entsprechend den Festlegungen in der Ausschreibung umgebaut werden. Die Teilnahmeberechtigte hatte daher weder die Absicht, den Auftrag mit Omnibussen auszuführen, noch wäre ein derartiges Angebot ausschreibungskonform gewesen. Ebenso wenig wäre es nicht zulässig gewesen, die Vermehrung der Personenkraftfahrzeuge auf die rechtliche Grundlage der Konzession für Omnibusse zu stützen. Die Konzession ist jeweils auf das Mietwagengewerbe mit einer bestimmten Anzahl von Omnibussen oder Personenkraftfahrzeugen beschränkt, weshalb ein gegenseitiger Austausch nicht zulässig ist.

Dass für den Nachweis der Befugnis gegenständlich das Vorliegen einer Konzession für weniger als die erforderlichen Fahrzeuge ausgereicht hätte, weil es nur ganz allgemein auf das Vorhandensein des nötigen Maßes an Fachkunde und Erfahrung angekommen sei, ist aus den Ausschreibungsunterlagen nicht abzulesen und würde nicht im Einklang mit dem Gelegenheitsverkehrs-Gesetz stehen. Es sind vielmehr, wie oben dargestellt, die Bestimmungen des Gelegenheitsverkehrs-Gesetzes zu erfüllen. Auch ist es nicht denkbar, dass, wie beim Nachweis der erforderlichen Fahrzeugkapazitäten im Zuge der technischen Leistungsfähigkeit, die Befugnis erst mit Leistungsbeginn vorzuliegen hat, da die Überprüfung, ob die im Gelegenheitsverkehrs-Gesetz normierten Voraussetzungen für eine Vermehrung der Fahrzeuge im Rahmen einer Konzession für das Mietwagengewerbe vorliegen, gerade Gegenstand des

behördlichen Verfahrens sind, und die Befugnis erst mit der behördlichen Genehmigung gegeben ist.

Aus den getroffenen Feststellungen und dargestellten Erwägungen ergibt sich, dass die Teilnahmeberechtigte zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht über die Konzession nach dem Gelegenheitsverkehrs-Gesetz für die Ausübung des Mietwagengewerbes mit insgesamt 80 Fahrzeugen sondern nur für insgesamt 24 Fahrzeugen verfügte. Sie wäre daher bei der Zuschlagsentscheidung mit lediglich 24 Fahrzeugen zu berücksichtigen gewesen.

Auch wurde diese Fahrzeuganzahl im abweisenden Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 1.2.2017 zur Zahl Ra 2016/04/0002 (miterledigt Ra 2016/04/0003), auf welches im (gegenständlich) aufhebenden Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 5.4.2017 zur Zahl Ra 2015/04/0097 Bezug genommen wird, nicht in Frage gestellt.

#### Fehlender Referenznachweis

Zum Vorbringen der Antragstellerin, die Teilnahmeberechtigte weise nicht die in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Referenzen auf, ist auf den von der Teilnahmeberechtigten mit ihrem Angebot vorgelegten Referenznachweis zu verweisen, der den in der Ausschreibung geforderten Voraussetzungen entspricht. Weiters wurde von der Antragsgegnerin im Zuge der Angebotsprüfung eine Bestätigung des Referenzgebers eingeholt und dies im Vergabeakt dokumentiert (Vergabeakt Trennblatt 11). Es besteht daher kein Grund daran zu zweifeln, dass die Teilnahmeberechtigte die in der Ausschreibung geforderten Referenzen ordnungsgemäß nachgewiesen hat. Die von der Teilnahmeberechtigten im Vergabeverfahren beigebrachte und vom Referenzgeber bestätigte Referenz erfüllt auch den in der Ausschreibung geforderten Umfang. Der Argumentation der Antragstellerin war daher in diesem Punkt nicht zu folgen.

#### Fehlender Nachweis der erforderlichen Fahrzeuge

Die Antragstellerin hat weiters bemängelt, dass die Teilnahmeberechtigte zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung keinen geeigneten Nachweis darüber vorgelegt hätte, dass sie mit Leistungsbeginn über die erforderliche Anzahl an Kleinbussen in der geforderten Ausführung verfügen werde.

In Punkt 7 der Angebotsbestimmungen ist zum Nachweis der erforderlichen Fahrzeuge neben Festlegungen über die erforderliche Ausstattung festgehalten, dass in Beilage B die Mindestanzahl an Kleinbussen pro Los/Schulstandort angeführt sei. Die Bieterin habe durch Vorlage der Kopien von unterfertigten Kauf-, Miet-, Leasingverträgen, Zulassungsscheinen odgl. nachzuweisen, dass sie über die ausgeschriebenen Mindestkapazitätserfordernisse mit den Mindestanforderungen zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns verfügen werde.

Die Teilnahmeberechtigte hat zu diesem Zweck die oben näher umschriebenen Bestätigungen der P. AG und der D. GmbH vorgelegt. In diesen Schreiben wird bestätigt, dass die Teilnahmeberechtigte bei Bestellung bis März 2011 zur Lieferung August 2011 80 Stück ... in Ausführung der in den Angebotsbestimmungen angeführten Mindestanforderungen (bzw. den rollstuhlgerechten Sonderumbau für den Transport von Personen mit Behinderungen) geliefert bekommen kann, so dass diese Fahrzeuge mit Schulbeginn des Schuljahres 2011/12 eingesetzt werden können.

Wie sich bereits aus der Formulierung in den Ausschreibungsbestimmungen („...zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns“) ergibt, musste das Vorhandensein der erforderlichen Fahrzeuge erst für den Leistungsbeginn nachgewiesen werden. Zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung musste somit nur der ausschreibungskonforme Nachweis darüber, dass die Fahrzeuge zum Leistungsbeginn zur Verfügung stehen würden, vorliegen. Diese Festlegung steht im Einklang mit § 75 Abs. 7 Z 7 BVergG 2006, wonach auch die Vorlage einer Erklärung, aus der hervorgeht, über welche Ausstattung (...) der Unternehmer für die Ausführung des Auftrags verfügen wird, als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit gefordert werden kann.

Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen, hier des BVergG 2006,

zu lesen (VwGH vom 1.7.2010, Zahl 2007/04/0136, dort in Bezug auf § 32 GewO 1994). Bei gesetzeskonformer Interpretation der Ausschreibungsbedingungen im Sinne des § 69 Abs. 1 BVergG 2006, der das Vorliegen der Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung verlangt, musste die Teilnahmeberechtigte zum maßgeblichen Zeitpunkt der Angebotsöffnung zwar nicht schon tatsächlich über die erforderlichen Fahrzeuge verfügen, sondern (bloß) einen - über Aufforderung vorzulegenden - Nachweis für die Verfügbarkeit dieser Fahrzeuge zu Leistungsbeginn besitzen (VwGH vom 27.10.2014, Zahl 2012/04/0065).

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass die o.a. Bestätigungen keine rechtsverbindlichen Vereinbarungen darstellen, weil die Bestellung noch von einem Tätigwerden der Teilnahmeberechtigten abhängig gewesen wäre und noch einer Einigung über Preis, Leistungsumfang, Leistungsbeginn und -ende bedurft hätte, und deshalb von unverbindlichen Absichtserklärungen auszugehen sei, ist dieser Argumentation nicht zu folgen. Die Ausschreibungsbestimmungen schränken gegenständlich den Nachweis, dass zu Leistungsbeginn die erforderlichen Fahrzeuge vorhanden sein würden, nicht auf die Vorlage eines unterfertigten Vertrages ein, sondern führen mehrere Möglichkeiten für die Erbringung dieses Nachweises (unterfertigten Kauf-, Miet-, Leasingverträgen, Zulassungsscheinen odgl.) an.

Allen diesen Nachweisen ist gemeinsam, dass sie eine rechtlich gesicherte Grundlage für die Annahme der Antragsgegnerin darstellen, dass die jeweilige Bieterin die erforderlichen Fahrzeuge zu Leistungsbeginn zur Verfügung haben würde. Sollten bereits unterfertigte Verträge vorgelegt werden, so wäre damit die jeweilige Bieterin zweifellos in der Lage, ein allfälliges Unterbleiben der rechtzeitigen Lieferung bzw. des Umbaus der Fahrzeuge bei ihren Vertragspartnern gerichtlich geltend zu machen. Zulassungsscheine über bereits vorhandene Fahrzeuge weisen nach, dass die jeweilige Bieterin bereits über die diesbezüglichen Fahrzeuge verfügt. Die Antragsgegnerin hat in ihre Angebotsbestimmungen auch das Kürzel „odgl.“ aufgenommen, wodurch sie zum Ausdruck gebracht hat, dass nicht nur Verträge und Zulassungsscheine, sondern auch andere Nachweise ausreichen, die eine ähnliche Verbindlichkeit aufweisen.

Die von den Unternehmen P. AG und D. GmbH ausgestellten Bestätigungen weisen nach, dass der Teilnahmeberechtigten bei zeitgerechter Bestellung die erforderliche Anzahl an Kleinbussen in der ausschreibungskonformen Ausstattung zu Schulbeginn 2011/12 zur Verfügung stehen würde. Dabei ist die Wendung „... geliefert bekommen kann“ der Sinn beizumessen, dass dies aus der Sicht der bestätigenden Unternehmen faktisch möglich ist.

Es schadet nicht, dass in diesen Bestätigungen der konkrete Preis und die konkrete Leistung nicht enthalten sind. Wie vom Zeugen Hu. in der mündlichen Verhandlung vom 17.9.2015 nachvollziehbar und glaubhaft dargestellt, war den Unternehmen P. AG und D. GmbH der Leistungsumfang bekannt, da ihnen die Ausschreibungsunterlagen übermittelt wurden. Ebenso war der Preis für die Lieferung und den Umbau der ausschreibungskonformen Fahrzeuge im Wesentlichen bekannt, da dieser sich aus Preislisten ableiten ließ und die Teilnahmeberechtigte bereits zuvor entsprechende Bestellungen bei diesen Unternehmen getätigt hatte. Der exakte Preis musste zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung noch nicht feststehen, da geringfügige Änderungen am Listenpreis z.B. durch die Änderung von Rabatten an der rechtzeitigen Lieferbarkeit der Fahrzeuge nichts geändert hätten.

Es bestand auch kein Anlass, daran zu zweifeln, dass der Zeuge Hu. den üblichen Ablauf von Bestellungen im Zuge der langjährigen Geschäftsbeziehungen der Teilnahmeberechtigten zu diesen Unternehmen den Tatsachen entsprechend dargestellt hat, wenn er angab, dass die Lieferung und der Umbau der bestellten Fahrzeuge nicht in einem Block, sondern in Tranchen von jeweils 10 Fahrzeugen erfolgten, die jeweils umgebaut und an die Teilnahmeberechtigte geliefert wurden, und diese Vorgangsweise, die sich langjährig bewährt hatte, auch im gegenständlichen Fall beabsichtigt gewesen sei.

Die Darstellung des Zeugen, wonach aufgrund der langen Geschäftsbeziehung der Teilnahmeberechtigten mit dem Liefer- und Umbauunternehmen und der wiederkehrenden Auftragsvergabe an diese der Ablauf einer solchen Fahrzeuglieferung und der Umbau dieser Fahrzeuge für die Beteiligten auch ohne detaillierte schriftliche Festlegungen klar war, erschien dem Senat praxisnah und nachvollziehbar. Für diese Sichtweise sprach auch, dass der genaue Preis für die

Fahrzeuge zum Zeitpunkt der Angebotslegung noch nicht feststand, da allfällig zu gewährende Rabatte auch davon abhängig waren, in wie vielen Losen eine Bieterin den Zuschlag erhalten sollte und wie viele Fahrzeuge daher erforderlich waren.

Dies erklärt auch die Formulierung der Bestätigungen, die beide von einer Bestellung bis März 2011 und einer Lieferung bis August 2011 ausgehen. Diese Formulierung ist dann missverständlich, wenn man annimmt, dass die gesamte Anzahl an Fahrzeugen zunächst an die D. GmbH geliefert werden und erst dann umgebaut werden sollte, da bei Lieferung der Fahrzeuge an die D. GmbH im August 2011 nicht mehr die für den Umbau erforderliche Zeit verblieben wäre. Wenn man hingegen von einem wie vom Zeugen Hu. geschilderten Ineingangreifen der Leistungen Lieferung bzw. Umbau der Fahrzeuge ausgeht, und berücksichtigt, dass die Bestätigungen abschließend aussagen, dass die Fahrzeuge mit Schulbeginn 2011/12 eingesetzt werden könnten, weist die Formulierung der Bestätigungen keinen Widerspruch mehr auf.

Der Zeuge Hu. hat in der mündlichen Verhandlung klar angegeben, dass die Lieferung bzw. der Umbau der Fahrzeuge bis zum Beginn des Schuljahres 2011/12 in der Vereinbarung mit den Unternehmen P. AG und D. GmbH als k.o.-Kriterium festgelegt war und diesen Unternehmen daher bekannt war, dass spätestens zu diesem Zeitpunkt alle Fahrzeuge in ausschreibungskonformer Ausstattung zur Verfügung stehen mussten.

Abschließend ist festzuhalten, dass die Bestätigungen keinesfalls unverbindliche Absichtserklärungen waren, sondern die Unternehmen P. AG und D. GmbH bei Nichteinhaltung dieser Zusagen mit zivilrechtlichen Konsequenzen hätten rechnen müssen.

Zur Frage der Unterfertigung der Bestätigung der P. AG hat die mündliche Verhandlung ergeben, dass diese von Herrn F. erfolgte, der zum Bestätigungszeitpunkt der zuständige Verkäufer dieses Unternehmens war. Dies wurde in der Folge nicht bestritten. Im Hinblick auf die Bestimmungen der §§ 54 Abs. 1 und 55 Unternehmensgesetzbuch (UGB), wonach sich die Handlungsvollmacht auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb

eines derartigen Unternehmens oder die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt, erstreckt, wenn jemand ohne Erteilung der Prokura zum Betrieb eines Unternehmens oder zur Vornahme einer bestimmten zu einem Unternehmen gehörigen Art von Geschäften oder zur Vornahme einzelner zu einem Unternehmen gehöriger Geschäfte ermächtigt ist, und ein Dritter sonstige Beschränkungen der Handlungsvollmacht nur dann gegen sich gelten zu lassen braucht, wenn er sie kannte oder kennen musste, ist davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin von einer verbindlichen Erklärung der P. GmbH ausgehen durfte. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass Herr F. der für den Verkauf der gegenständlichen Fahrzeuge zuständige Mitarbeiter und damit der Ansprechpartner der Teilnahmeberechtigten bei diesem Unternehmen war.

Nach den getroffenen Feststellungen hatte die Antragstellerin im Zeitpunkt der Angebotsöffnung lediglich die Befugnis für 24 Fahrzeuge nachgewiesen, weshalb die rechtlichen Ausführungen auf diese den Feststellungen zugrunde gelegte Anzahl von 24 Fahrzeugen abstellen. Die zu den für 80 Fahrzeuge geführten Ermittlungsschritte und Zeugeneinvernahmen, welche zum dargestellten Ergebnis und den angeführten rechtlichen Erwägungen führten, muss bei logischer Schlussfolgerung umso mehr für weniger Fahrzeuge, wie gegenständlich 24, Geltung haben.

#### Nicht plausible Preisbildung bzw. keine vertiefte Angebotsprüfung

Die Antragstellerin brachte weiters vor, die Antragsgegnerin hätte die Angebote der Teilnahmeberechtigten in den verfahrensgegenständlichen Losen nach Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung wegen nicht plausibler Preisbildung ausscheiden müssen.

Die Antragsgegnerin führte hinsichtlich der Angebote der Teilnahmeberechtigten eine vertiefte Prüfung durch. Die Teilnahmeberechtigte wurde im Zuge der Angebotsprüfung zunächst schriftlich aufgefordert, einen detaillierten Kalkulationsnachweis ihrer Einheitspreise nachzureichen. Diese Unterlagen wurden in der Folge vorgelegt. Die Teilnahmeberechtigte berücksichtigte darin die verschiedenen Hilfsleistungen, die Schüler mit unterschiedlichen

Unterstützungsbedürfnissen benötigen, und gliederte die jeweiligen Angebotspreise für das Personal detailliert auf.

In Punkt (8) der Angebotsbestimmungen werden nähere Festlegungen zur Preiskalkulation getroffen. Insbesondere wird hier festgelegt, dass die Angebote auf der Grundlage des Bundeskollektivvertrags für das Personenbeförderungsgewerbe mit PKW und des anzuwendenden Landeskollektivvertrags zu kalkulieren waren.

Die Kalkulationen der diversen Angebote wurden in der Folge unter Heranziehung eines kalkulationstechnischen Sachverständigen geprüft. Im Vergabeakt wurde in einem Aktenvermerk festgehalten, dass die Kalkulation der Teilnahmeberechtigten den Kollektivvertrag einhält und die Lohnnebenkosten in ausreichendem Ausmaß berücksichtigt wurden.

Soweit noch Fragen zur Kalkulation offen waren, wurden diese in einem Aufklärungsgespräch mit der Teilnahmeberechtigten von dieser beantwortet. Dabei wurde insbesondere geklärt, wie die Teilnahmeberechtigte die Personal- und Fahrzeugkosten sowie die Verwaltungskosten bei ihrer Kalkulation berücksichtigt hat. Das Ergebnis aus der Sicht der Antragsgegnerin wurde im Vergabeakt in einem Resümee festgehalten.

In Punkt (6) der Vertragsbestimmungen werden nähere Festlegungen zu dem von den Bietern zu beschäftigenden Personal getroffen. Den Bietern waren diese Vorgaben somit bekannt und konnten bei der Angebotsausarbeitung berücksichtigt werden. Hätte eine Bieterin Bedenken gehabt, dass die Umschreibung der erforderlichen Qualifikationen des Personals in der Ausschreibung ausreichend war, hätte sie diese Ausschreibung anfechten können. Dies erfolgte jedoch nicht; die Ausschreibung wurde bestandsfest.

Wie aus dem Vergabeakt ersichtlich, gelangte die Antragsgegnerin nach der vertieften Angebotsprüfung zu dem Ergebnis, dass die unterschiedlichen Leistungen der Lenker und Begleitpersonen je nach den Bedürfnissen der SchülerInnen (Geher, Rollstuhlfahrer, Begleitperson) von der Teilnahmeberechtigten in ihrer Kalkulation berücksichtigt wurden. Der

Mindestlohn für Lenker nach dem Bundeskollektivvertrag für das Personenbeförderungsgewerbe mit PKW wurde von der Teilnahmeberechtigten eingehalten. Die Lohnnebenkosten wurden in nachvollziehbarem Ausmaß einkalkuliert. Bei den Fahrzeugkosten wurden die Anschaffungskosten und die laufenden Betriebskosten berücksichtigt.

Die Antragsgegnerin hat diese vertiefte Angebotsprüfung und die daraus resultierenden Ergebnisse nachvollziehbar im Vergabeakt dokumentiert. Die Bedenken der Antragstellerin dahin, dass die besonderen Anforderungen an das Personal nicht kalkuliert worden wären, haben sich nicht bestätigt.

Auch besteht keine Grundlage für die Annahme der Antragstellerin, die Teilnahmeberechtigte habe unterpreisig angeboten, werde die ausgeschriebenen Leistungen zum angebotenen Preis nicht während des gesamten Leistungszeitraumes erbringen können bzw. es werde zu einem den SchülerInnen unzumutbaren Personalwechsel kommen.

Der Umstand, dass die Antragstellerin unter Berücksichtigung ihrer Erfahrungen aus den bereits für die Antragsgegnerin erbrachten Leistungen zu einer anderen Preisgestaltung kam und die Angebotspreise der Antragstellerin ihre Grundlage in jenen Preisen haben, zu welchen sie als bisherige Auftragnehmerin ua den Schulbusbetrieb für Personen mit Behinderung durchgeführt habe, kann kein Indiz dafür sein, dass die von der Teilnahmeberechtigten angebotenen Preise näher zu prüfen wären. Diese von der Antragsgegnerin ohnedies durchgeführte vertiefte Angebotsprüfung hatte jedoch nicht einen Vergleich mit der Kalkulation der Antragstellerin anzustellen, sondern die betriebswirtschaftliche Erklärbarkeit der Angebote der Teilnahmeberechtigten unter Berücksichtigung der ihr zur Verfügung stehenden Mittel im individuellen wirtschaftlichen Umfeld in den Losen, die ihr zugeschlagen werden sollten, zu prüfen, und wurde von der Antragsgegnerin mit dem Ergebnis durchgeführt, dass die Teilnahmeberechtigte angemessene Preise angeboten hat.

Die vertiefte Angebotsprüfung der Antragsgegnerin war im Hinblick darauf, dass es sich dabei um eine Plausibilitätsprüfung handelt, jedenfalls ausreichend und hat zu dem Ergebnis geführt, dass die Kalkulation der Angebote für die Lose, die

der Teilnahmeberechtigten zugeschlagen wurden, betriebswirtschaftlich nachvollziehbar ist und die in der Ausschreibung festgelegten Anforderungen an die zu erbringenden Leistungen ausreichend berücksichtigen. Dem Vorbringen der Antragstellerin in diesem Punkt war daher nicht zu folgen.

Zum Antrag der Antragstellerin auf Einholung eines Sachverständigen ist nach den o.a. Feststellungen und Ausführungen festzuhalten, dass der sorgfältig geführte Vergabeakt die Angebotsprüfung nachvollziehbar darstellt und die Prüfung der Kalkulation der Teilnahmeberechtigten unter Zuziehung eines kalkulationstechnischen Sachverständigen erfolgt ist. Dieser Vorgang ist im Vergabeakt dokumentiert (Vergabeakt Trennblatt 11 und 14a). Der Prüfvermerk des Sachverständigen zum Angebot der Teilnahmeberechtigten enthält die in Prüfung gezogenen Positionen und war aus Sicht des Senates damit eine Nachvollziehbarkeit und Plausibilität der Kalkulation im Angebot der Teilnahmeberechtigten auf sachverständiger Ebene in ausreichendem Maße gegeben. Es war daher dem Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens im Feststellungsverfahren nicht statt zu geben.

Zuschlagsentscheidung nicht ausreichend begründet

Die Antragstellerin bemängelt, dass in der Zuschlagsentscheidung die Fahrzeugkapazitäten und Präferenzreihungen der einzelnen Bieter nicht bekanntgegeben worden seien. Erst dadurch wäre die Antragstellerin aber in die Lage versetzt worden, die Einhaltung des in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Billigstbieterprinzips zu überprüfen.

Die Antragsgegnerin hat in der Zuschlagsentscheidung aufgegliedert, welche Bieterinnen in den jeweiligen Losen zum Zug kommen sollten und zu welchen Preisen die Vergabe hinsichtlich der Grundlaufzeit bzw. der Grundlaufzeit inklusive der Verlängerungsoption erfolgen soll.

Wie von der Antragstellerin selbst festgehalten, war im gegenständlichen Vergabeverfahren laut den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen der Zuschlag der Billigstbieterin zu erteilen. Dabei waren auch die Fahrzeugkapazitäten der einzelnen Bieterinnen und die von diesen

bekanntgegebene Präferenzreihung zu berücksichtigen. Diesbezüglich enthält die Zuschlagsentscheidung keine Information.

Dazu ist auf den Wortlaut des § 131 Abs. 1 BVergG 2006 zu verweisen, in dem normiert wird, dass den Bietern in der Zuschlagsentscheidung u.a. die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots bekanntzugeben sind, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentliche Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen widersprechen oder dem freien und lautereren Wettbewerb schaden würden.

Die Bieterinnen des gegenständlichen Vergabeverfahrens sowie andere Unternehmen dieses Geschäftszweiges, die sich nicht am Vergabeverfahren beteiligt haben, stehen sich hinsichtlich der Erlangung von Aufträgen für Personenbeförderungsleistungen auf demselben Markt gegenüber. Die Kenntnis von betriebsinternen Details, wie bei anderen Bieterinnen aktuell vorhandene Kapazitäten an Fahrzeugen in einer hier sehr speziellen Qualität, hätte somit zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen können. Die Antragsgegnerin hat daher diese Informationen zu Recht nicht in die Zuschlagsentscheidung aufgenommen.

Auch aus der Tatsache, dass die Antragsgegnerin die von den Bieterinnen bekannt gegebenen Präferenzreihungen nicht in die Zuschlagsentscheidung aufgenommen hat, kann nicht auf eine rechtswidrige Vorgangsweise der Antragsgegnerin geschlossen werden, da die Präferenzreihungen alleine, ohne Kenntnis der Fahrzeugkapazitäten, für die Bieterinnen keinen Informationswert hatten.

Im Übrigen ist nicht erkennbar, inwieweit das Fehlen dieser Angaben dazu geführt hätte, dass die Antragstellerin die von ihr bemängelten Rechtswidrigkeiten des gegenständlichen Vergabeverfahrens nicht geltend machen hätte können. Ihr Nachprüfungsantrag hat vielmehr dazu geführt, dass sich das Gericht unter Berücksichtigung der damaligen Fahrzeugkapazitäten und Präferenzreihungen mit der Ermittlung der Zuschlagsempfänger auseinandersetzen und festzustellen hat, ob der Zuschlag bei Einhaltung der in

der Ausschreibung festgelegten Voraussetzungen an diese erfolgen hätte müssen.

Zum Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006

Die Antragsgegnerin brachte im gesamten Nachprüfungsverfahren vor, dass die Antragstellerin gemäß § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 auszuschneiden wäre, da nachteilige, gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden über die Preise im Angebot der Antragstellerin und der Bieterin K. GmbH stattgefunden hätten. Die Antragstellerin sei somit nicht antragslegitimiert.

Die Antragstellerin brachte dagegen vor, dass die Verschmelzung mit dieser Bieterin im Jahr 2012 nicht verfahrensrelevant sei und ihr dieser Ausscheidensgrund im Verfahren nicht vorgehalten worden sei.

Nach hA trägt der Auftraggeber die „Beweislast“ für das Vorliegen einer Abrede iSd § 129 Abs. 1 Z 8 leg.cit.. Kann der Auftraggeber einem Bieter das Vorliegen einer solchen Abrede nicht mit der für die Prüfung von Angeboten erforderlichen Sicherheit begründen, hat er vom Ausscheiden des betroffenen Angebotes Abstand zu nehmen. (S/A/F/T, BVergG 2006; zu § 129, Rz 114).

Aus dem Vergabeakt ergibt sich, dass dieser Ausscheidensgrund der Antragstellerin im Vergabeverfahren nicht vorgehalten worden ist.

Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH ist die Nachprüfungsbehörde befugt und bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei verpflichtet, bei der Beurteilung, ob der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und ihr Antrag daher zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre (VwGH 12.5.2011, 2011/04/0043).

Es mag sachverhaltsmäßig zutreffend sein, dass die Antragstellerin als 100%-Mutter der K. GmbH davon wusste, dass die K. GmbH sich am selben Vergabeverfahren beteiligt und auch ein Angebot gelegt hat. Die Antragsgegnerin gab im verwaltungsgerichtlichen Verfahren an, dass die Preise im Angebot der

K. GmbH und die Preise der Teilnahmeberechtigten nahezu ident seien. Die Antragstellerin gab in der mündlichen Verhandlung an, dass der Auftrag aufgrund dieser Preise ein Verlustgeschäft sei. Beweis wurde dazu nicht angeboten.

Aus dem Vergabeakt erschließt sich, dass die Angebote der Teilnahmeberechtigten sowie der Bieterin K. GmbH preislich ähnlich kalkuliert wurden.

Da im vorliegenden Fall nach den oben getroffenen Feststellungen nicht mit der erforderlichen Sicherheit davon ausgegangen werden konnte, dass die Antragstellerin mit der Bieterin K. GmbH nachteilige, gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden getroffen hatte, war die Antragslegitimation daher im gegebenen Fall zu bejahen.

Zum Antrag, dass die Antragstellerin keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte

Dieser Antrag wurde sowohl von der Antragsgegnerin als auch von der Teilnahmeberechtigten im Feststellungsverfahren gestellt.

Da die Antragstellerin nach den getroffenen Feststellungen in keinem der Lose für den Zuschlag vorzusehen war, sie demnach auch bei Einhaltung der Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens keine echte Chance, dh aufgrund der Umstände des Einzelfalles keine konkrete Möglichkeit, auf Zuschlagserteilung gehabt hätte und aufgrund der Akzessorietät zum Feststellungsantrag nur im Fall der Stattgebung des Antrages der Antragstellerin über diesen Antrag abzusprechen ist, konnte eine spruchgemäße Behandlung dieses Gegenantrages nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (z.B. VwGH 27.6.2007, 2006/04/0106) gegenständlich unterbleiben (*Heid Schiefer Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 4. Auflage, Rz 2261 f).

Der Antragstellerin wäre demnach auch bei Durchführung eines rechtmäßigen Vergabeverfahrens der Zuschlag nicht zu erteilen gewesen, da sie in keinem Los an aussichtsreicher Stelle gereiht ist.

## Zum Antrag auf Pauschalgebührenersatz

Gemäß § 16 Abs. 1 WVRG 2014 hat die vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß § 15 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin. Ferner hat die Antragstellerin Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß § 15 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin, wenn sie während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt (§ 21) wird.

Die Antragstellerin hat im Nichtigerklärungsverfahren vor dem VKS Wien ihre Pauschalgebühren ordnungsgemäß entrichtet. Mit Bescheid des VKS Wien zur Zahl VKS-8224/11 vom 22.9.2011 wurde in Spruchpunkt 4. ausgesprochen, dass die Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen habe. Mit Erkenntnis des VwGH vom 23.5.2014, ZI. 2012/04/0003, wurde Spruchpunkt 4. wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben. Im Feststellungsantrag der Antragstellerin vom 19.12.2014 wurde beantragt, das Verwaltungsgericht Wien möge die Antragsgegnerin zum Ersatz der von der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren entrichteten Pauschalgebühren verhalten.

Gemäß § 15 WVRG 2014 sind für Anträge gemäß §§ 20 Abs. 1, 28 und 33 Abs. 1 und 2 jeweils von der Antragstellerin Pauschalgebühren zu entrichten. Für sekundäre Feststellungsanträge gemäß § 39 Abs. 2 WVRG 2014 sind keine Pauschalgebühren zu entrichten.

Im Feststellungsverfahren findet kein Gebührenersatz statt, wenn der Antrag ab- oder zurückgewiesen wird (*S/A/F/T*, Bundesvergabegesetz 2006, Rz 11 zu § 319). Über den Kostenersatzanspruch im Nachprüfungsverfahren ist entsprechend dem Ausgang und nach Abschluss des Feststellungsverfahrens zu entscheiden, zumal der Feststellungsantrag nicht gesondert zu vergebühren ist (*S/A/F/T*, Bundesvergabegesetz 2006, Rz 15 zu § 319). Der gegenständliche Feststellungsantrag war abzuweisen, weshalb ein Pauschalgebührenersatz nach gegenständlich nicht in Betracht kommt.

Nachdem ein Pauschalgebührenersatz in den Verfahren nach §§ 20, 28 und 33

Abs. 1 und 2 WVRG 2014 lediglich bei teilweisem Obsiegen der Antragstellerin vorgesehen ist und im Feststellungsverfahren nicht hervorgekommen ist, dass die Zuschlagsentscheidung vom 22.7.2011 rechtswidrig ergangen ist und der Nichtigerklärungsantrag vom 29.7.2011 demnach nicht abzuweisen gewesen wäre, war der Antrag auf Erstattung der Pauschalgebühren abzuweisen.

#### Zur Akteneinsicht

Zentrale Aussage des den Bescheid des VKS Wien vom 22.9.2011 aufhebenden Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 23.5.2014 ist, dass der Antragstellerin im behördlichen Verfahren (seitenlanges) Vorbringen der Auftraggeberin in deren Stellungnahmen vorenthalten wurde, ohne dass vom VKS Wien Feststellungen darüber getroffen wurden, welche Themen das der Antragstellerin vorenthaltene Vorbringen betroffen hat, um daran anknüpfend rechtlich zu beurteilen, ob und inwieweit ein – überwiegendes - Interesse an der Geheimhaltung des jeweiligen Vorbringens bestanden hat und weshalb trotz Geheimhaltung eine effektive Rechtsverfolgung durch die Antragstellerin möglich gewesen ist.

Im fortgesetzten Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Wien wurden der Antragstellerin, wie von dieser beantragt, Einsicht in das Vorbringen der Auftraggeberin im behördlichen Verfahren des VKS Wien gewährt. Der Antragstellerin wurde der das Vorbringen der Auftraggeberin zusammenfassende Schriftsatz vom 19.3.2013 in Kopie im Zuge einer Akteneinsicht am 29.4.2015 übergeben. Dieser Schriftsatz wurde vom Verwaltungsgericht dahin anonymisiert, dass Beträge und Detailausführungen zum zeitlichen Ablauf bei Durchführung des Auftrages, welche die Kalkulation erklärten, sowie weiters die Person des prüfenden Sachverständigen und dessen Ausführung zur Kalkulation der mitbeteiligten Partei unleserlich gemacht wurden. Die Offenlegung von Details der Kalkulation der mitbeteiligten Partei ist nach Ansicht des Senates geeignet, die mitbeteiligte Partei in ihrem Geschäftsgeheimnis zu verletzen. Die besondere Schutzwürdigkeit von Kalkulationsdetails kommt auch in den vergaberechtlichen Bestimmungen über die Prüfung der Angebote zum Ausdruck. § 125 Abs. 5 bestimmt, dass die vom Bieter der Auftraggeberin im Zuge der vertieften Angebotsprüfung erteilten Auskünfte der Niederschrift über die Prüfung

der Angebote beizuschließen sind. § 128 Abs. 3 BVergG 2006 normiert, dass jeder Bieter nur in den sein Angebot betreffenden Teil der Niederschrift Einsicht nehmen darf.

Damit steht fest, dass die Antragstellerin im gegenständlichen Feststellungsverfahren nunmehr Einsicht in das im behördlichen Verfahren noch vorenthaltene Vorbringen der Auftraggeberin erhalten hat. Dass der Antragstellerin auch im gegenständlichen Feststellungsverfahren Details im Schriftsatz der Auftraggeberin vorenthalten wurden, ist – wie unten ausgeführt wird - rechtlich gerechtfertigt, weil ein überwiegendes Interesse an der Vertraulichkeit dieser Details besteht, während für die Antragstellerin auch bei Unkenntnis dieses Details eine effektive Rechtsverfolgung gewahrt bleibt.

Dieser Schriftsatz vom 19.3.2013 enthielt auch die Textierung der Bestätigungen der P. AG und der D. GmbH, in die die Einsichtnahme seitens der Antragstellerin ausdrücklich beantragt worden war. An der Textierung der Bestätigung konnte im fortgesetzten Verfahren kein überwiegendes Interesse der mitbeteiligten Partei an Geheimhaltung gesehen werden, während die Antragstellerin bei weiterer Unkenntnis an einer effektiven Rechtsverfolgung gehindert wäre. Die Bestätigungen enthielten weder Beträge noch Stückanzahl oder Produktbezeichnungen etc., welche ein Kalkulationsgeheimnis der mitbeteiligten Partei darstellen konnten.

Der ebenfalls im Zuge der Akteneinsicht der Antragstellerin zugänglich gemachte Kostenvoranschlag der D. GmbH wurde zuvor bezüglich Stückzahl und Preise anonymisiert. In einem Kostenvoranschlag festgelegte Stückzahlen sowie Preisangaben sind ohne Zweifel Geschäftsgeheimnisse der beteiligten Unternehmen, welche anderen Wirtschaftsteilnehmer nicht bekanntzumachen sind. Es überwiegt in diesem Fall das Interesse an der Geheimhaltung gegenüber dem Zugangsrecht des Antragstellers zu Dokumenten, welche einer effektiven Rechtsverfolgung dienen, weshalb in den Kostenvoranschlag lediglich anonymisiert Einsicht zu gewähren war.

Der Antragstellerin wurde weiters mit Schreiben vom 4.5.2015 eine Kopie der Aufstellung „Billigstbieterermittlung unter Berücksichtigung der Kapazität und der

angegebenen Präferenz“ aus dem Vergabeakt mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt. Die tabellarische Aufstellung enthielt die Lose in absteigender Reihenfolge, die Bieter samt Angebotspreise für das jeweilige Los, die Anzahl der nötigen sowie der verfügbaren Fahrzeuge und die vom Bieter angegebene Präferenz für ein bestimmtes Los. Der Antragstellerin wurde damit – wie von ihr beantragt – die Möglichkeit geboten, die Ermittlung des Zuschlagsempfängers anhand der in der Anlage gelisteten Kriterien selbst nachzuvollziehen.

Die Angaben aus dieser Tabelle waren teilweise insofern bekannt, als die vergebenen Lose samt Zuschlagsempfänger und Vergabesumme pro Los mit Zuschlagsentscheidung vom 22.7.2011 allen im Verfahren verbliebenen Bietern mitgeteilt worden sind. Gegen die Mitteilung der Präferenz sowie der Anzahl der Busse hat sich die Antragsgegnerin im Zuge der mündlichen Verhandlung ausgesprochen, da nach ihrer Ansicht, über die Präferenzreihung auf die Zahl der Busse geschlossen werden könne und die Zahl der Busse ein Geschäfts- bzw. Betriebsgeheimnis der einzelnen Bieter darstelle. Diesem Vorbringen war insofern zu folgen, da durch die Anzahl von Fahrzeugen, Maschinen, Geräten etc. eines Bieters auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Bieters, dessen Liquidität etc. geschlossen werden kann, weshalb die Aufstellung, welche der Antragstellerin übermittelt wurde, um die genaue Anzahl der bei den einzelnen Bietern vorhandenen und neu bestellten Fahrzeuge bereinigt wurde, sodass nur die beim Bieter vorhandenen Fahrzeuge bekannt gegeben wurden. Die Tatsache, dass das Vergabeverfahren längst abgeschlossen ist und die Schulbusfahrten seit Semesterwechsel 2011/12 längst stattfinden, konnte daran nichts ändern, da zum einen nicht ausgeschlossen ist, dass sich die Bieter in anderen Vergabeverfahren als Bewerber bzw. Konkurrenten gegenüber stehen und das konkrete Wissen um den Fuhrpark des jeweils anderen eine Wettbewerbsverzerrung bewirken kann; dies insbesondere im zeitlichen Kontext, wonach der verfahrensgegenständliche Auftrag in den nächsten Jahren wieder auszuschreiben sein wird. Das öffentliche Interesse an der Geheimhaltung dieser Information liegt demnach in der Aufrechterhaltung eines Wettbewerbs. Das Interesse der Mitbewerber an der Geheimhaltung ihrer Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sowie das öffentliche Interesse ist dem Interesse des Antragstellers an der Offenlegung zum Zwecke der zweckentsprechenden

Rechtsverfolgung gegenüber als überwiegend anzusehen.

Die von der Teilnahmeberechtigten im Nachprüfungsverfahren vor dem VKS Wien erstatteten Schriftsätze wurden der Antragstellerin weiterhin nicht zugänglich gemacht, da die im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes geäußerte und oben zitierte Rechtsansicht „das der Beschwerdeführerin vorenthaltene Vorbringen der Auftraggeberin betrifft“. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes im oben genannten Erkenntnis war das (seitenlange) begründungslose Vorenthalten des Vorbringens der „Auftraggeberin“ in ihren vor dem VKS Wien erstatteten Schriftsätzen ausschlaggebend für die Aufhebung des Bescheides vom 22.9.2011 und nicht jene wenigen Stellen in den Schriftsätzen der Teilnahmeberechtigten. Weiters ist durch die Gewährung der Akteneinsicht in die Schriftsätze der Auftraggeberin aus dem Verfahren vor dem VKS Wien auch jenes Vorbringen der Teilnahmeberechtigten in deren im VKS-Verfahren eingebrachten Schriftsätze jedenfalls größtenteils mitumfasst, weshalb diese Schriftsätze der Antragstellerin im Feststellungsverfahren nicht offengelegt wurden. Die Antragstellerin hat im Übrigen Akteneinsicht in die Schriftsätze der Teilnahmeberechtigten im Feststellungsverfahren auch nicht begehrt.

Am 28.7.2015 wurden der Antragstellerin die Schriftsätze der Antragsgegnerin vom 12.8.2011 und 16.9.2011 aus dem Verfahren vor dem VKS Wien übermittelt. Die Schriftsätze wurden hg. zuvor hinsichtlich Beträge und Details zur Kalkulation aus dem Angebot der Teilnahmeberechtigten, Anzahl der bei der Teilnahmeberechtigten vorhandenen PKW und Omnibusse, Details zur (unstrittigen) Referenz und Name des Sachverständigen anonymisiert. Details und Detailausführungen zur Kalkulation aus dem Angebot bzw. den Aufklärungsgesprächen zwischen der Teilnahmeberechtigten und dem Auftraggeber unterliegen der Geheimhaltung, da sie Geschäftsgeheimnisse der Teilnahmeberechtigten beinhalten. Eine Offenlegung stünde dem Recht auf Geheimhaltung der Teilnahmeberechtigten ihrer Kalkulationsgeheimnisse sowie dem öffentlichen Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb entgegen, während die Antragsteller vor einem nachprüfenden Gericht auch ohne diese Detailkenntnisse ihre Rechte geltend zu machen im Stande ist und war.

Zu den Beweisanträgen

Den Beweisanträgen der Antragstellerin auf Einvernahme des Geschäftsführers des Unternehmens D. GmbH, des Herrn Bi., des Herrn Z. sowie des Herrn F. wurde keine Folge gegeben.

Die zeugenschaftliche Einvernahme des Ing. Hu. und des Herrn S. ermöglichte es dem Senat, sich ein Bild von den Geschäftsbeziehungen zwischen der Teilnahmeberechtigten, der D. GmbH und der P. AG sowie den Vorgängen um das Zustandekommen der Bestätigungen dieser Unternehmen durch die Teilnahmeberechtigte zu machen. Insbesondere ergab sich aufgrund dieser Zeugenaussage, dass die Antragsgegnerin, wie oben dargestellt, zu Recht davon ausging, dass diese Bestätigungen ausreichend zum Nachweis dafür anzusehen waren, dass die erforderliche Anzahl an bestimmten Fahrzeugen in einer in der Ausschreibung festgelegten Ausstattung mit den ausschreibungskonformen Umbauten zum Leistungsbeginn bei der Teilnahmeberechtigten vorhanden sein würden. Von der Einvernahme der beantragten Zeugen konnte daher abgesehen werden. Die Aufnahme weiterer Beweise war nicht erforderlich.

### Zusammenfassung

Abschließend ist daher festzuhalten, dass die Befugnis der Teilnahmeberechtigten im maßgeblichen Zeitpunkt nicht in ausreichendem Ausmaß vorgelegen ist, Ausscheidensgründe weder im Angebot der Teilnahmeberechtigten noch im Angebot der anderen Bieter hervorgetreten sind, die Antragstellerin in keinem Los Billigstbieterin war und auch bei Berücksichtigung der bei der Teilnahmeberechtigten vorhandenen 24 Fahrzeuge die Antragstellerin in keinem Los für den Zuschlag vorzusehen war, da nach den bestandfesten Zuschlagskriterien andere Bieter vor ihr zum Zug kamen, weshalb gegenständlicher Feststellungsantrag im Ergebnis abzuweisen war.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

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 diese Entscheidung 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 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 für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

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. Oppel