



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-123/072/10247/2014-38
L. GmbH

14.10.2015

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Mag.^a Mandl als Vorsitzende, die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner und den Richter Dr. Oppel über den Antrag der L. GmbH, vertreten durch Rechtsanwaltsgesellschaft m.b.H., betreffend das Vergabeverfahren der Stadt Wien, Magistratsabteilung 56, vergebende Stelle Magistratsabteilung 54, „Durchführung des Schulbusbetriebes für SchülerInnen mit Behinderungen in Wien, Ausschreibungsnummer MA 54-BB-77268/08/EU“,

zu Recht e r k a n n t:

I. 1. Der Antrag gemäß § 39 Abs. 2 WVRG 2014 i.V.m. § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 festzustellen, dass betreffend die Lose I., IV., V., XI., XII., XIV. und XVIII. ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde, und auf Nichtigerklärung der Verträge gemäß § 37 Abs. 2 WVRG 2014, wird als unzulässig zurückgewiesen.

2. Der Antrag gemäß § 39 Abs. 2 WVRG 2014 i.V.m. § 33 Abs. 1 Z 3 WVRG 2014 festzustellen, dass der Zuschlag betreffend die Lose I., IV., V., XI., XII., XIV. und XVIII. in rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG 2006 erteilt wurde, und auf

Nichtigerklärung der Verträge gemäß § 37 Abs. 2 WVRG 2014, wird als unzulässig zurückgewiesen.

3. Der Antrag gemäß § 39 Abs. 2 WVRG 2014 i.V.m. § 33 Abs. 1 Z 1 WVRG 2014 festzustellen, dass wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht der Zuschlag in den Losen I., IV., V., XI., XII., XIV. und XVIII. nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde, wird als unzulässig zurückgewiesen.

4. Der Antrag gemäß § 39 Abs. 2 WVRG 2014 i.V.m. § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 festzustellen, dass betreffend Los II. ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde, und auf Nichtigerklärung des Vertrages gemäß § 37 Abs. 2 WVRG 2014, wird abgewiesen.

5. Der Antrag gemäß § 39 Abs. 2 WVRG 2014 i.V.m. § 33 Abs. 1 Z 3 WVRG 2014 festzustellen, dass der Zuschlag betreffend Los II. in rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG 2006 erteilt wurde, und auf Nichtigerklärung des Vertrages gemäß § 37 Abs. 2 WVRG 2014, wird abgewiesen.

6. Gemäß § 39 Abs. 2 WVRG 2014 i.V.m. § 33 Abs. 1 Z 1 WVRG 2014 wird festgestellt, dass wegen eines Verstoßes gegen § 69 Z 1 BVergG 2006 der Zuschlag in Los II. nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde.

II. Der Antrag der Antragsgegnerin gemäß § 33 Abs. 1 vorletzter Satz WVRG 2014 festzustellen, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags in Los II. gehabt hätte, wird abgewiesen.

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

Entscheidungsgründe

I.1. Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 54 (in der Folge: Antragsgegnerin) führte als vergebende Stelle ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages nach dem Billigstbieterprinzip zur Vergabe des Schulbusbetriebs für SchülerInnen mit Behinderungen in allen 23 Gemeindebezirken für die Dauer von sechs Unterrichtsjahren (mit der Option auf Verlängerung um weitere 2 Unterrichtsjahre). Das Vergabeverfahren wurde im Amtsblatt der EU vom 30.6.2010 bekanntgemacht (siehe Vergabeakt Trennblatt 4).

Die Leistungen sollten ursprünglich beginnend mit dem Schuljahr 2011/12 erbracht werden. Aufgrund mehrerer Verlängerungen der Zuschlagsfrist erfolgte der Leistungsbeginn de facto jedoch 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 Ausschreibungsbestimmungen in Punkt 16 festgelegt. Die Ermittlung des Billigstbieters pro Los erfolgte zunächst durch Berücksichtigung des billigsten Angebotes für das jeweilige Los. Sodann wurde geprüft, ob der Billigstbieter die Kapazitätsanforderungen für dieses Los erfüllt. Bei Vorliegen der erforderlichen Fahrzeuganzahl erfolgte die Zuschlagsentscheidung für dieses Los zu Gunsten des Billigstbieters. Wenn der Billigstbieter (z.B. weil er schon in anderen Losen den Zuschlag erhalten sollte) nicht für alle Losen, 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 bekanntzugebenden 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. bis VI. und VIII. bis XI. erfolgte diese zu Gunsten der B. GmbH (in der Folge: Teilnahmeberechtigte). Die L. AG wurde für den Zuschlag in den Losen XII. und XIX. in Aussicht genommen. 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. sollte an den O. GmbH vergeben werden. Diese Zuschlagsentscheidung wurde mit dem jeweils niedrigsten Preis des präsumtiven Zuschlagsempfängers begründet.

I.2. Die L. AG (in der Folge Antragstellerin) focht die Zuschlagsentscheidung vom 22.7.2011 hinsichtlich der Lose I., XIII., XIV., XVIII. und XX., die an die H. GmbH vergeben werden sollten, und hinsichtlich der Lose II. bis VI. und VIII. bis XI., für die die Teilnahmeberechtigte als präsumtive Zuschlagsempfängerin ermittelt wurde, mit Nachprüfungsantrag gemäß § 20 WVRG 2007 vom 29.7.2011 an. Die Nachprüfungsverfahren hinsichtlich der Lose, die der H. GmbH zugeschlagen werden sollten einerseits, und der Lose, die der Teilnahmeberechtigten zugeschlagen werden sollten andererseits, wurden in der Folge vom VKS getrennt geführt. Auch die Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof behielten diese Trennung bei. Der o.a. Antrag hinsichtlich der Lose, die der Teilnahmeberechtigten zugeschlagen werden sollten, wurde mit Bescheid des VKS vom 22.9.2011, VKS-8211/11, abgewiesen.

Diese Entscheidung des VKS wurde beim Verwaltungsgerichtshof angefochten. Mit Erkenntnis vom 9.4.2013, Zahl 2011/04/0207, wurde die Abweisung behoben. Der Verwaltungsgerichtshof begründete dies im Wesentlichen damit, dass die Antragstellerin Akteneinsicht in die Schriftsätze der Antragsgegnerin trotz entsprechender Anträge nur in eingeschränktem Ausmaß erhielt, weil ihr das (seitenlange) Vorbringen der Antragsgegnerin vorenthalten worden sei. Es wäre somit Aufgabe des VKS gewesen, im Sinne des Urteils des EuGH vom 14.2.2008 in der Rechtsache C-450/06, Varec SA, Feststellungen darüber zu

treffen, welche Themen das der Antragstellerin vorenthaltene Vorbringen der Antragsgegnerin enthält, und sodann rechtlich zu beurteilen, ob und inwieweit ein überwiegendes Interesse an der Geheimhaltung des jeweiligen Vorbringens besteht und weshalb trotz der Geheimhaltung eine effektive Rechtsverfolgung durch die Antragstellerin möglich war. Der Umstand, dass eine solche Feststellung bzw. Interessenabwägung nicht erfolgt sei, begründe die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Die Zuschlagserteilung erfolgte am 16.12.2011.

I.3. Mit Schriftsatz vom 11.7.2013 stellte die Antragstellerin einen Feststellungsantrag gemäß §§ 37 i.V.m. 33 WVRG 2007 und begehrte, der VKS möge

1. gemäß § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2007 feststellen, dass ein Vergabeverfahren betreffend die Lose I, II, III, IV, V, VI, VIII, IX, X, XI, XIII, XIV, XVIII und XX in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde und auf Nichtigerklärung der Verträge gemäß § 36a WVRG 2007

in eventu

2. gemäß § 33 Abs. 1 Z 3 WVRG 2007 feststellen, dass der Zuschlag betreffend die Lose s.o. in rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG 2006 erteilt wurde und auf Nichtigerklärung der Verträge gemäß § 36a WVRG 2007

in eventu

3. gemäß § 33 Abs. 1 Z 1 WVRG 2007 feststellen, dass wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 oder gegen hiezu ergangene Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag hinsichtlich der Lose s.o. nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde

in eventu

4. gemäß § 37 Abs. 2 WVRG 2007 feststellen, dass die im Nachprüfungsverfahren angefochtene Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren „Schulbusbetrieb MA 56“ (Bekanntmachung 2010/S-189969 vom 30.6.2010) vom 22.7.2011 (§ 37 Abs. 2

WVRG 2007) betreffend die Lose I, II, III, IV, V, VI, VIII, IX, X, XI, XIII, XIV, XVIII und XX rechtswidrig war,

5. eine mündliche Verhandlung anberaumen und

6. der Antragstellerin den Ersatz der von ihr für den Antrag nach § 20 Abs. 1 WVRG 2007 sowie für den Antrag nach § 28 WVRG 2007 jeweils entrichteten Pauschalgebühren durch die Antragsgegnerin in der Höhe von 1.693,-- € und 846,50 €, sohin gesamt 2.539,50 € gemäß § 19 WVRG 2007 zusprechen.

Weiters beantragte die Antragstellerin, ihr gemäß § 17 Abs. 1 AVG vollumfänglich Akteneinsicht in den gesamten von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakt sowie die von allfälligen sonstigen Parteien eingebrachten Schriftsätze und Unterlagen zu gewähren.

Der VKS möge das gesamte Angebot der Antragstellerin samt sämtlichen Beilagen, sämtliche Ausführungen der Antragsgegnerin in ihren Schriftsätzen sowie den diesbezüglich vorgelegten gesamten Vergabeakt einschließlich Prüfbericht und sonstige Beurteilungen, soweit diese das Angebot der Antragstellerin berührten, von der Akteneinsicht der Teilnahmeberechtigten und allfälliger weiterer Parteien, außer der Antragsgegnerin, ausnehmen. In Nachweise betreffend die Befugnis, die Referenzen und die verfügbaren Fahrzeugkapazitäten möge der B. GmbH in dem Umfang Akteneinsicht gewährt werden, in dem auch die Antragstellerin hinsichtlich der Unterlagen der B. GmbH Einsicht erhalte.

Die Antragstellerin stehe mit der Zuschlagsempfängerin und weiteren Parteien des gegenständlichen Verfahrens am gleichen sachlichen Markt in Konkurrenz. Durch Gewährung von Akteneinsicht in kalkulationsrelevante Unterlagen und Angebotsbestandteile bestehe die Gefahr, dass Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse verletzt würden und die Antragstellerin in ihrem Recht auf Wahrung der Vertraulichkeit sämtlicher sie betreffender Informationen und Unterlagen sowie in ihrem Recht auf einen freien und lautereren Wettbewerb beeinträchtigt würde.

Mit Bescheid des VKS vom 3.10.2013, VKS-537973/13, wurden die Anträge zu 1., 2. und 3. hinsichtlich der der Teilnahmeberechtigten zugeschlagenen Lose II. bis VI. und VIII. bis XI. zurückgewiesen und die Antragstellerin zur Entrichtung von Pauschalgebühren in der Höhe von € 12.000,-- verpflichtet.

Dieser Bescheid wurde im Wesentlichen damit begründet, dass es sich bei den o.a. Anträgen um primäre Feststellungsanträge gemäß § 33 Abs. 1 Z 1 bis 3 WVRG 2007 handle. Die Fristen des § 36 Abs. 1 und 2 WVRG 2007 seien nicht eingehalten worden, weshalb die Anträge verspätet seien. Die Anträge seien weiters unzulässig, da die Antragstellerin die verpflichtende Entrichtung der Pauschalgebühren trotz entsprechender Aufforderung nicht vorgenommen habe.

I.4. Gegen diesen Bescheid erhob die Antragstellerin Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof. Mit Erkenntnis vom 27.10.2014, Zahl 2013/04/0140, hob der Verwaltungsgerichtshof den angefochtenen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf und führte dazu begründend aus, es handle sich gegenständlich um Feststellungsanträge gemäß § 37 Abs. 2 WVRG 2007. Der Verwaltungsgerichtshof stützte sich dabei auf die entsprechenden Hinweise im Antrag, wobei der Umstand, dass § 37 WVRG 2007 in den formulierten Anträgen nicht ausdrücklich genannt sei, nichts schade, da § 11 WVRG die Zuständigkeiten des VKS abschließend regle. Daraus folge, dass, wie bereits aus der im Erkenntnis zitierten Vorjudikatur hervorgehe, auch durch § 37 Abs. 2 WVRG 2007 keine Zuständigkeiten für eine anderslautende Feststellung als in § 11 WVRG 2007 begründet werden könnte. Da sich die in § 11 WVRG 2007 aufgezählten Feststellungskompetenzen in § 33 WVRG 2007 widerspiegeln, sei der gemäß § 37 Abs. 2 WVRG 2007 gestellte Antrag inhaltlich zutreffend auf die in § 33 Abs. 1 Z 1 bis 3 WVRG 2007 genannten Feststellungen gerichtet. Dies sei spätestens seit dem klarstellenden Schriftsatz der Antragstellerin vom 16.7.2013 auch für die Behörde erkennbar gewesen. Es sei somit keine Verspätung der Anträge eingetreten, ebenso wenig seien diese zu vergebühren.

Da der Verwaltungsgerichtshof den Bescheid des VKS aufgehoben hat, tritt das Verfahren in den Stand vor der Entscheidung des VKS zurück. Das Verwaltungsgericht Wien hat unter Berücksichtigung der Rechtsansicht des

Verwaltungsgerichtshofes über diesen sekundären Feststellungsantrag zu entscheiden.

I.5. Mit Schriftsatz vom 22.12.2014 hielt die Antragstellerin im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Wien ihre Anträge aus dem Schriftsatz vom 11.7.2013 gemäß Pkt. I.10. dieses Schriftsatzes Unterpunkte 1. bis 3. (s.o.) und 6. (Ersatz der Pauschalgebühren für die Anträge nach § 20 Abs. 1 WVRG 2007 und § 28 WVRG 2007 in der Höhe von € 1.693,-- und € 846,50, somit insgesamt € 2.539,50) vollinhaltlich aufrecht. Auch die Anträge auf Akteneinsicht und auf Ausnahme von der Akteneinsicht aus diesem Schriftsatz hielt die Antragstellerin aufrecht. Sie beantragte weiters die Fortsetzung des Feststellungsverfahrens VGW-123/72/10247/2014 (vormals: VKS-537973/13), die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und den Ersatz der für den Feststellungsantrag entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € 12.000,--.

Inhaltlich brachte die Antragstellerin folgende Beschwerdepunkte und -gründe vor:

Die Ausschreibungsunterlagen verwiesen hinsichtlich der verbindlichen Eignungsnachweise in Punkt 7.1 auf die „Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen – VD 307“. Zur Befugnis bestimme die VD 307 in Punkt 1.2.1, dass diese vom Bieter durch eine Gewerbeberechtigung oder eine andere Berechtigung zur Ausübung der angebotenen Leistungen im Sinne des § 71 BVergG 2006 nachzuweisen sei.

Bei der Durchführung des Schulbusbetriebes für SchülerInnen mit Behinderung handle es sich um die gewerbsmäßige Beförderung eines geschlossenen Teilnehmerkreises mit Kraftfahrzeugen unter Beistellung eines Lenkers aufgrund besonderer Aufträge gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 Gelegenheitsverkehrs-Gesetz, und damit um die Ausübung des Mietwagengewerbes. Dafür benötige man gemäß § 2 Gelegenheitsverkehrs-Gesetz eine Konzession, die gemäß § 4 Gelegenheitsverkehrs-Gesetz für eine bestimmte Anzahl von Fahrzeugen zu erteilen ist.

Der **Nachweis der Befugnis** sei somit durch Vorlage einer Gewerbeberechtigung für das Mietwagengewerbe zu erbringen gewesen. Die

Berechtigung hätte unter Bedachtnahme auf die bewilligte Anzahl von Fahrzeugen nur in dem Umfang berücksichtigt werden können, in dem sie erteilt worden sei. Gemäß § 4 Abs. 2 Gelegenheitsverkehrs-Gesetz bedürfe die Vermehrung der Anzahl der Fahrzeuge einer Bewilligung. Der von der Antragsgegnerin in ihrem Vorbringen angeführte „gewisse Qualitätsstandard“ der durch die bereits vorhandenen Konzessionen der Teilnahmeberechtigten eine „grundsätzliche Fachkunde“ dieser Bieterin nachweise, entspreche nicht den Ausschreibungsbedingungen.

Da es sich gegenständlich um ein offenes Verfahren gehandelt habe, hätte das Vorliegen der Befugnis zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nachgewiesen werden müssen. Eine nachträgliche Erweiterung der Gewerbeberechtigung nach Angebotsöffnung hätte außer Betracht zu bleiben gehabt.

Die ausgeschriebenen Leistungen seien ausdrücklich mit Kleinbussen, nicht mit Omnibussen, zu erbringen gewesen. Die Gewerbeberechtigung für das Mietwagengewerbe sei gemäß § 4 Gelegenheitsverkehrs-Gesetz für eine bestimmte Anzahl von PKWs oder Omnibussen zu erteilen, weshalb eine Gewerbeberechtigung für Omnibusse nicht für die Beförderung mit PKWs ausreichend sei und umgekehrt. Damit sei auch mit einer allfälligen Subsumierung des Fahrzeugtyps „Kleinbus“ unter den Begriff „Omnibus“ für die Teilnahmeberechtigte nichts zu gewinnen, zumal ein PKW laut § 2 Abs. 1 KFG „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“ sei. Auch sei in der Ausschreibung festgelegt worden, dass die Angebotspreise auf der Grundlage des Bundeskollektivvertrags für das Personenbeförderungsgewerbe mit PKW und des für den jeweiligen Betrieb geltenden einschlägigen Landeskollektivvertrags zu kalkulieren sei.

Gemäß Auszug aus dem Gewerberegister habe die Teilnahmeberechtigte mit Stichtag 25.11.2010 über eine Gewerbeberechtigung für das Mietwagengewerbe mit Personenkraftfahrzeugen beschränkt auf die Verwendung von sechs PKW verfügt. Für die Erbringung der Leistungen in den ihr zugeschlagenen Losen hätte sie aber 80 Kleinbusse benötigt.

Im Übrigen sei zu beachten, dass die Gewerbeberechtigung zur Ausübung des Mietwagengewerbes auf eine bestimmte Betriebsstätte und die Gemeinde, in der diese Betriebsstätte liege, beschränkt sei. Für den Standort Wien verfüge die Teilnahmeberechtigte nur über eine Gewerbeberechtigung für sechs PKW. Die übrigen Gewerbeberechtigungen könnten für die Abdeckung der Befugnis für den gegenständlichen Auftrag daher nicht herangezogen werden.

Weiters sei von den Bietern laut Ausschreibungsunterlagen ein **Referenznachweis** darüber zu erbringen gewesen, dass diese während der letzten drei Jahre Beförderungen von Personen mit Behinderungen und/oder Krankentransporte durchgeführt hätten. Diese Beförderungen müssten für mindestens 100 Tage pro Jahr nachgewiesen werden, wobei an mindestens 10 Tagen auch Beförderungen von rollstuhlgebundenen Personen in einem rollstuhlgerechten Fahrzeug erfolgen mussten.

Die Antragstellerin habe zwar keine Akteneinsicht in die von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten Nachweise erhalten, wisse jedoch aufgrund ihrer Marktkenntnis, dass diese die geforderten Beförderungsleistungen im erforderlichen Umfang und der erforderlichen Qualität nicht erbracht hätte, weil sie bis zur Zuschlagsentscheidung keinen der ausgeschriebenen Leistung vergleichbaren Fahrtendienst ausgeführt habe.

Die Ausschreibungsunterlagen hätten ferner in Punkt 7.3 bestimmte **Mindestanforderungen an die Fahrzeuge** vorgeschrieben, da diese den besonderen Bedürfnissen der beförderten Personen angepasst werden mussten. Auch seien Mindestkapazitätsanforderungen zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns für das jeweilige Los festgelegt worden. Die Bieter hätten zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung durch Vorlage von „unterfertigten Kauf-, Miet- oder Leasingverträgen, Zulassungsscheinen odgl.“ nachweisen müssen, dass sie zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns über die erforderlichen Kleinbusse in der vorgeschriebenen Qualität verfügen würden.

Weiters sei von der Antragsgegnerin die Abgabe einer Präferenzreihung jedes Bieters für den Fall vorgesehen worden, dass ein Bieter in mehr Losen Billigstbieter wäre, als er kapazitätsmäßig bewältigen könne.

Die Teilnahmeberechtigte habe zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht über die erforderliche Anzahl an Fahrzeugen verfügt. Sie habe jedoch mit dem Angebot zwei Schreiben der P. AG und der D. AG vorgelegt, wonach bei Bestellung bis März 2011 bis August 80 Stück Mercedes Sprinter mit den ausschreibungskonformen Mindestanforderungen, jedoch ohne die Sonderumbauten, geliefert werden könnten bzw. diese Fahrzeuge bei Bestellung bis März 2011 bis August 2011 so rollstuhlgerecht umgebaut werden könnten, sodass diese Fahrzeuge mit Schuljahr 2011/12 eingesetzt werden könnten.

Dabei handle es sich um bloß unverbindliche Absichtserklärungen durch Zulieferunternehmen, die den Festlegungen in der Ausschreibung nicht entsprächen. Ein zur Annahme geeignetes Angebot liege nur dann vor, wenn es inhaltlich ausreichend festgelegt sei. Es müsse die wesentlichen Punkte des abzuschließenden Vertrages enthalten, sodass dieser durch die bloße Zustimmung des Annehmenden zustande kommen könne. Diese Voraussetzungen seien bei den von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten Schreiben nicht gegeben. Weder die konkrete Leistung noch der konkrete Preis seien aufgrund dieser „Bestätigungen“ festgestanden. Selbst die Bestellung sei noch von einem Tätigwerden der Antragsgegnerin abhängig gewesen. Die „Bestätigungen“ räumten lediglich eine unverbindliche Möglichkeit ein und könnten einer verbindlichen Zusage nicht gleichgehalten werden.

Die Antragsgegnerin wäre verpflichtet gewesen, bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung zu prüfen und sicherzustellen, dass die spätere Verfügbarkeit für den gesamten Vertragszeitraum gewährleistet sei. Dies sei gegenständlich mangels rechtsverbindlicher Vereinbarungen nicht der Fall gewesen.

Im Übrigen sei für den Umbau von 80 Fahrzeugen ein bestimmter Zeitraum erforderlich. Laut Lieferbestätigung hätten die nicht umgebauten Fahrzeuge bis August 2011 geliefert werden können, damit wäre jedoch keine ausreichende Zeit mehr für den Umbau verblieben. Schon daraus sei zu schließen, dass die Verfügbarkeit der erforderlichen Fahrzeuge zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns durch die o.a. „Bestätigungen“ nicht nachgewiesen worden sei.

Die Antragsgegnerin hätte gemäß § 129 Abs. 1 Z 2, Z 3 und Z 7 BVergG 2006 vor der Wahl des Angebots, das für den Zuschlag in Frage kommt, die Angebote der Bieter, die die erforderliche Befugnis und/oder technische Leistungsfähigkeit nicht aufwiesen, Angebote, die eine nicht plausible Zusammensetzung des Preises aufwiesen, sowie unvollständige Angebote, deren Mängel nicht behoben wurden, auszuschneiden gehabt. Diese Ausscheidensgründe seien vom Angebot der Teilnahmeberechtigten verwirklicht worden. Ihre Angebote seien jedoch nicht ausgeschieden worden, sondern sie sei als Zuschlagsempfängerin für die Lose II. bis VI. und VIII. bis XI. qualifiziert worden. Damit sei die angefochtene Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit behaftet.

Diese Rechtswidrigkeit sei insofern relevant, als sie zu einem anderen Ausgang des Vergabeverfahrens geführt hätte. Bei rechtskonformer Vorgangsweise der Antragsgegnerin hätte die Antragstellerin den Zuschlag zumindest in den Losen erhalten müssen, in denen die Antragstellerin entsprechend dem in der Ausschreibung festgelegten System der Zuschlagsempfängerermittlung als Zuschlagsempfängerin zu qualifizieren wäre.

Die Antragsgegnerin hätte richtigerweise nach vertiefter Angebotsprüfung die Angebote zu den (hier verfahrensgegenständlichen) der Teilnahmeberechtigten zugeschlagenen Losen II. bis VI. und VIII. bis XI. **mangels plausibler Preiszusammensetzung** gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 ausscheiden müssen. Die Angebote der Teilnahmeberechtigten in diesen Losen wiesen im Vergleich mit den anderen Angebotspreisen und mit dem Mittelpreis einen ungewöhnlich niederen Preis auf, es wäre daher eine vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen gewesen. Dies habe die Antragsgegnerin offenbar unterlassen.

Bei Vornahme einer solchen Prüfung hätte die Antragsgegnerin feststellen müssen, dass nicht erklärt werden könne, wie die Preise der Teilnahmeberechtigten die direkten Kosten für Personal und Fahrzeuge und die dem Auftrag zuzuordnenden Gemeinkosten (z.B. spezielle Software) abdecken könnten. Die gegenständlichen Leistungen seien personalintensiv. Es werde bestritten, dass die angebotenen Leistungen insbesondere bei Berücksichtigung der Kollektivvertragslöhne in der geforderten Qualität erbracht werden könnten.

Die unzureichende Kalkulation erkläre sich aus der mangelnden Erfahrung der Teilnahmeberechtigten mit den ausgeschriebenen Leistungen. Demgegenüber hätte die Antragstellerin die Leistungen während der letzten 11 Jahre zur vollsten Zufriedenheit der Antragsgegnerin erbracht. Ihre Preise seien unter Berücksichtigung dieser Erfahrungen knapp kalkuliert worden. Sie seien angemessen. Dies sei auch bei einer Überprüfung durch das Kontrollamt bestätigt worden.

Bei den gegenständlichen Transportleistungen sei insbesondere zu beachten, dass Schulkinder mit besonderen Bedürfnissen eine persönliche Beziehung zum Fahrpersonal aufbauten und ein Wechsel im Personal zu Verunsicherungen führten. Die Kontinuität der Leistungserbringung sei daher von besonderer Bedeutung und könne nur mit den von der Antragstellerin angesetzten Preisen sichergestellt werden.

Die Antragsgegnerin hätte prüfen müssen, ob die Teilnahmeberechtigte die erschwerenden Faktoren der Auftrags Erfüllung (überdurchschnittliche Wartungskosten, überdurchschnittliche Löhne des Fahr- und Begleitpersonals um die Fluktuation gering zu halten, kurzfristige Stundenplanänderungen zu Schulbeginn und vor Ferienbeginn, mögliche Ausfälle von Transporten bei Erkrankung eines Kindes, das Recht des Fahrgastes auf eine Begleitperson, wenn der Fahrer keine Hilfe leisten könne) mitberücksichtigt habe.

Die Antragsgegnerin hätte die Angebote der Teilnahmeberechtigten aufgrund der von ihr angebotenen, betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbaren Preise ausscheiden müssen.

Im Übrigen sei die angefochtene **Zuschlagsentscheidung nicht ausreichend begründet** gewesen. Die Antragsgegnerin habe es rechtswidrig unterlassen, die festgelegten Präferenzreihungen und Fahrzeugkapazitäten der Zuschlagsempfänger bekanntzugeben. Damit sei es der Antragstellerin unmöglich gewesen, die Einhaltung des in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Billigstbieterprinzips zu überprüfen.

Gemäß dem von der Antragsgegnerin festgelegten Zuschlagssystem habe eine unmittelbare Korrelation zwischen den am günstigsten angebotenen Losen, den dafür von der Antragsgegnerin festgelegten Mindestkapazitäten und der von den Bietern bekannt gegebenen Präferenzreihung bestanden. Die Überprüfung der Einhaltung des von der Antragsgegnerin festgelegten Zuschlagssystems wäre nur dann möglich gewesen, wenn der Antragstellerin neben den angebotenen Preisen auch die nachgewiesenen Fahrzeugkapazitäten und die Präferenzreihung der einzelnen Bieter bekannt gewesen wären.

Daran ändere auch der Umstand, dass das Billigstbieterprinzip gegolten habe, nichts, da die Ermittlung der Zuschlagsempfänger nicht ausschließlich aufgrund des billigsten Angebotspreises, sondern unter Berücksichtigung der Präferenzreihungen und der Fahrzeugkapazitäten der Bieter erfolgt sei.

Damit sei die Antragsgegnerin ihrer Pflicht zur gesetzmäßigen Begründung der Zuschlagsentscheidung nicht nachgekommen. Die Einbringung eines Nachprüfungsantrags sei entsprechend erschwert gewesen. Aus diesem Grund beantrage die Antragstellerin die Einsicht in die Unterlagen betreffend die Fahrzeugkapazitäten und die Präferenzreihung der einzelnen Bieter. Dem stünden ganz offensichtlich keine Interessen der Zuschlagsempfängerinnen entgegen, da die Antragsgegnerin diese Informationen ohnedies gemäß § 131 BVergG 2006 mitteilen hätte müssen.

Die Antragsgegnerin sei bei der Durchführung des Vergabeverfahrens wiederholt von den von ihr getroffenen Festlegungen abgewichen. Sie habe insbesondere ihre Festlegungen hinsichtlich der Befugnis (Punkt 1.2.1 „Nachweise der Befugnis“ der „Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen-VD 307“), der technischen Leistungsfähigkeit (Punkt 7.2 der Angebotsunterlagen) und der Fahrzeugkapazitäten (Punkt 7.3 und 7.3a der Angebotsunterlagen) nicht eingehalten. Andernfalls wäre sie nicht zu dem Ergebnis gekommen, dass die Angebote der Teilnahmeberechtigten nicht auszuschneiden, sondern diesen Angeboten der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre.

Die gegenständliche Auftragsvergabe habe somit keine Deckung durch die Ausschreibung. Es seien nicht die ausschreibungsgegenständlichen Verträge abgeschlossen worden. Der Zuschlag zugunsten der Teilnahmeberechtigten sei folglich ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung erfolgt. Im Anschluss an die Feststellung gemäß § 11 Abs. 3 Z 3 WVRG 2007 seien die verfahrensgegenständlichen Verträge daher gemäß § 36a WVRG 2007 für nichtig zu erklären.

Wegen mangelnder Begründungsintensität der Zuschlagsentscheidung sei der Zuschlag weiters ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erfolgt, weshalb nach Feststellung dieser Tatsache gemäß § 11 Abs. 3 Z 4 WVRG 2007 der Vertrag gemäß § 36a WVRG 2007 für nichtig zu erklären sei.

Die Antragstellerin erachtet sich durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung im Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen, den tragenden vergaberechtlichen Grundsätzen entsprechenden Vergabeverfahren verletzt. Insbesondere erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf gesetzmäßige Zuschlagserteilung in den (hier verfahrensgegenständlichen) Losen II. bis VI. und VIII. bis XI. in Folge einer gesetzmäßigen Zuschlagsentscheidung, auf eine gesetzmäßige Zuschlagsentscheidung in diesen Losen durch Auftragserteilung betreffend diese Lose zu ihren Gunsten, auf gesetzmäßige Begründung der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich dieser Lose, auf Ausscheiden bzw. Nichtberücksichtigung der Angebote der Teilnahmeberechtigten in diesen Losen mangels erforderlicher Befugnis, technischer Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit, auf Ausscheiden der Angebote der Teilnahmeberechtigten wegen nicht plausibler Preisgestaltung in diesen Losen, auf Einhaltung der Festlegungen in der Ausschreibung durch die Antragsgegnerin hinsichtlich dieser Lose, auf Durchführung einer gesetzmäßigen und den Ausschreibungsbedingungen entsprechenden Angebotsprüfung durch die Antragsgegnerin, auf gesetzmäßige Vergabe von Leistungen in einem Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung und auf Durchführung eines fairen und lautereren Vergabeverfahrens und die Vergabe an geeignete Bieter zu angemessenen Preisen als verletzt.

Sie stellt weiters dar, inwiefern ihr durch die Nichterteilung des Zuschlags in den Losen II. bis VI. und VIII. bis XI. ein Schaden entstanden ist und macht nähere Angaben zu ihrem Interesse am Vertragsabschluss. Sie führt aus, dass für die von der Antragstellerin angebotenen und noch nicht an sie vergebenen Lose keine weiteren Bieter mit günstigeren Angeboten nach Berücksichtigung der Präferenzreihung für den Zuschlag in Betracht gekommen wären. Die beantragten Feststellungen seien im Hinblick auf die Geltendmachung der der Antragstellerin aus der rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung entstehenden Ersatzansprüche erforderlich.

In ihrem Schriftsatz vom 22.12.2014 ergänzt die Antragstellerin zur Frage, welche Lose an die Antragstellerin vergeben hätten werden müssen, Folgendes:

Bei ausschließlicher Berücksichtigung der Angebotspreise wären der Antragstellerin in den einzelnen verfahrensgegenständlichen Losen andere Bieter vorzuzureihen. Entsprechend dem von der Antragsgegnerin in der Ausschreibung festgelegten Systems zur Ermittlung des Zuschlagsempfängers in den einzelnen Losen sei neben den billigsten Angebotspreisen auch das Vorhandensein der erforderlichen Fahrzeugkapazitäten pro Los erforderlich.

Dabei sei die Bieterin T. GmbH von der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren nicht weiter berücksichtigt worden. Sie habe trotz billigster Angebote in mehreren Losen keinen Zuschlag erhalten.

Die Fahrzeugkapazitäten der E. GesmbH seien durch die Zuschlagserteilung in Los XV. (17 Fahrzeuge) ausgelastet gewesen, weshalb sie für weitere Lose nicht in Betracht gekommen sei. Die Fahrzeugkapazitäten der O. GmbH seien durch die Zuschlagserteilung in Los XVI. (30 Fahrzeuge) ausgelastet gewesen, weshalb sie für weitere Lose nicht in Betracht gekommen sei. Die Fahrzeugkapazitäten der K. GmbH seien durch die Zuschlagserteilung in Los VII. (4 Fahrzeuge) und in Los XVII. (4 Fahrzeuge) ausgelastet gewesen, weshalb sie für weitere Lose nicht in Betracht gekommen sei.

Die Antragstellerin habe 103 ausschreibungskonforme Fahrzeuge nachgewiesen und den Zuschlag in den Losen XII. (18 Fahrzeuge) und XIX. (29 Fahrzeuge)

erhalten. Der Antragstellerin seien somit noch 56 Fahrzeuge verblieben, um die gegenständlichen Lose zu bedienen.

Die Antragstellerin fasste weiters ihr bereits im Nachprüfungsverfahren enthaltenes Vorbringen zum Angebot der H. GmbH zusammen und hielt fest, dass das Angebot auszuschneiden gewesen sei, weil diese Bieterin nicht die erforderlichen Fahrzeugkapazitäten für die ihr zugeschlagenen fünf Lose nachgewiesen hätte. Weiters hätte ihr Angebot eine unplausible Preisbildung aufgewiesen.

Unter Zugrundelegung dieser Tatsachen wäre die Antragstellerin entsprechend ihrer Präferenzreihung zunächst im erstpräferierten Los VIII. (31 Fahrzeuge) anstelle der Teilnahmeberechtigten als Bestbieterin zu qualifizieren und ihr der Zuschlag zu erteilen gewesen. Danach wären der Antragstellerin noch 25 Fahrzeuge verblieben.

Als nächstes wäre die Antragstellerin in Los II. (22 Fahrzeuge) anstelle der Teilnahmeberechtigten als Bestbieterin zu qualifizieren und ihr der Zuschlag zu erteilen gewesen. Danach wären der Antragstellerin noch 3 Fahrzeuge verblieben. Sie wäre somit auch im nächstpräferierten Los III. (2 Fahrzeuge) als Bestbieterin zu qualifizieren und ihr der Zuschlag in diesem Los zu erteilen gewesen. Danach wäre ihr keine Fahrzeugkapazität mehr verblieben, die die Bedienung eines weiteren Loses ermöglicht hätte. Zum selben Ergebnis komme die Antragsgegnerin in ihrer Gegenschrift vom 6.2.2012.

Mangels zuschlagsfähigem Angebot der Teilnahmeberechtigten seien auch die übrigen Lose (IV., V., VI., IX., X. und XI.) rechtswidrig nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt worden.

Die Antragstellerin hält in diesem Schriftsatz vom 22.12.2014 ihre bisherigen Anträge laut Schriftsatz vom 11.7.2013 aufrecht. Zum Antrag auf Rückerstattung der Pauschalgebühren ergänzt die Antragstellerin, dass 2.400,-- € bereits rückerstattet worden seien.

I.6. Diesem Vorbringen hielt die Antragsgegnerin in den vorangegangenen Verfahren im Wesentlichen Folgendes entgegen:

Das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 9.4.2013, Zahl 2011/04/0207, gehe nicht von einer der Antragstellerin zwingend zu gewährenden Akteneinsicht aus, sondern verweise auf eine von der Behörde vorzunehmende Interessenabwägung i.S.d. § 17 Abs. 3 AVG zwischen dem Interesse an der Geheimhaltung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen und dem Interesse der Antragstellerin auf Akteneinsicht zum Zwecke der effektiven Rechtsverfolgung. Der Verwaltungsgerichtshof beziehe sich dabei nur auf das vorenthaltene Vorbringen der Antragsgegnerin, nicht jedoch auf eine Einsichtnahme in den Vergabeakt.

Zum Geheimhaltungsinteresse sei festzuhalten, dass dieselben Überlegungen, die die Antragstellerin zu ihrem eigenen Angebot ausführe und in denen sie auf die Konkurrenzsituation zwischen den am gleichen relevanten Markt anbietenden Unternehmen hinweise, auch auf die Angebote der anderen Bieter bzw. auf die sich darauf beziehenden Ausführungen in den Schriftsätzen der Antragsgegnerin anwenden ließen. Insbesondere dort, wo die Antragstellerin Einsichtnahme in kalkulationsrelevante Unterlagen und Angebotsbestandteile fordere, würden die jeweiligen Zuschlagsempfänger in ihrem Recht auf Wahrung der Vertraulichkeit sämtlicher sie betreffenden Informationen und in ihrem Recht auf einen freien und lautereren Wettbewerb verletzt. Da auch die anderen Bieter Parteien im gegenständlichen Vergabeverfahren seien, müsste der Grundsatz der effektiven Rechtsverfolgung auch für diese gelten, zumal eine allfällige Nichtigklärung der geschlossenen Verträge vehement in deren Rechtssphäre eingreifen würde.

Noch im Nichtigklärungsverfahren wandte die Antragsgegnerin ein, dass die Antragstellerin keine echte Chance auf den Zuschlag in den Losen VI., IX. und XIII. habe, da sie in diesen Losen nur an vierter bzw. fünfter Stelle gereiht sei. Die jeweils zweitgereihten Bieter hätten ausreichend Kapazitäten für die Auftrags Erfüllung und die Lose stellten auch deren nächste Präferenz dar. Sie erfüllten auch die sonstigen Anforderungen. Dass auch die Antragstellerin dieser Ansicht sei, ergebe sich daraus, dass sie die Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Lose, die an diese Bieter vergeben werden sollten, nicht angefochten habe.

In diesen Losen könne die Antragstellerin daher für den Zuschlag nicht in Betracht kommen, weshalb ihr Antrag zurückzuweisen wäre. Selbst bei Nichtberücksichtigung der Teilnahmeberechtigten im Rahmen der Ermittlung der Zuschlagsempfänger sei die Antragstellerin in diesen Losen nicht an aussichtsreicher Stelle gereiht.

Weiters verfüge die Antragstellerin selbst nur über 103 Fahrzeuge. Wenn man die Lose berücksichtige, in denen die Antragstellerin präsumtive Zuschlagsempfängerin sei (Fahrzeugbedarf 47 Fahrzeuge), könnte sie zusätzlich maximal den Zuschlag hinsichtlich der Lose VIII., II. und III. (Schriftsatz vom 12.8.2011) erhalten.

Mit Schriftsatz vom 16.9.2011 wurde dieses Vorbringen insofern geändert, als die Antragsgegnerin dort ausführte, die Antragstellerin käme bei Ausscheiden der Teilnahmeberechtigten und der H. GmbH maximal für die Lose II., VIII. und IX. in Frage. In der Stellungnahme vom 26.7.2013 führte die Antragsgegnerin aus, die Antragstellerin käme für den Zuschlag in sämtlichen von ihr angesprochenen Losen mit Ausnahme der Lose II. und VIII. nicht in Betracht. Für die übrigen Lose habe sie **mangels der erforderlichen Fahrzeugkapazität** bzw. aufgrund der von ihr angebotenen Preise **keine echte Chance auf den Zuschlag** bzw. sei sie diesbezüglich nicht antragslegitimiert und der Antrag wäre diesbezüglich zurückzuweisen.

Zum Vorliegen der **Befugnis der Teilnahmeberechtigten** brachte die Antragsgegnerin vor, für die vergabegegenständlichen Leistungen (§ 3 Abs. 1 Z 2 Gelegenheits-Verkehrsgesetz) sei eine Konzession nach § 2 Abs. 1 Gelegenheits-Verkehrsgesetz erforderlich. Die Teilnahmeberechtigte verfüge über insgesamt sieben Gewerbeberechtigungen (eingeschränkt auf 24 PKW und 119 Omnibusse). Die Teilnahmeberechtigte habe somit in den Verfahren zur Erteilung der Konzessionen nachgewiesen, dass sie zuverlässig, finanziell leistungsfähig und fachlich geeignet sei und über die für die bereits erteilten Konzessionen erforderlichen Abstellplätze verfüge.

In vergaberechtlicher Hinsicht sei ein Unternehmer dann befugt, wenn er über die Berechtigung verfüge, bestimmte Tätigkeiten auszuüben. Es soll damit

sichergestellt werden, dass nur solche Unternehmer die verfahrensgegenständlichen Leistungen ausführten, die über ein gewisses Maß an technischem Wissen und praktischer Erfahrung verfügten. Die fachliche Eignung der Teilnahmeberechtigten zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen sei damit nachgewiesen, dass diese über eine Gewerbeberechtigung für das Mietwagengewerbe mit PKW und Omnibussen verfüge. Es könne wohl nicht in Frage gestellt werden, dass die Teilnahmeberechtigte über das nötige Maß an Fachkunde und Erfahrung verfüge, um die ausgeschriebenen Leistungen unter Sicherstellung eines gewissen Qualitätsstandards zu erbringen.

Im Übrigen seien zur Erbringung der Leistungen nicht nur PKW, sondern auch Omnibusse geeignet, sofern sie die geforderten Anforderungen an die Fahrzeuge und die Ausstattung erfüllen. Die Angaben in den Ausschreibungsunterlagen, wonach bei den Schülertransporten maximal 8 Personen abgesehen vom Lenker transportiert würden, seien rein informativ und es sei aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich, dass die Leistungen nicht mit Omnibussen erbracht werden könnten.

Der Begriff der Kleinbusse sei kraftfahrrechtlich nicht definiert. Die Antragsgegnerin wollte diesbezüglich offensichtlich einen breiten Interpretationsspielraum offen lassen. Damit seien für die Eignung auch die Gewerbeberechtigungen der Teilnahmeberechtigten zu berücksichtigen, die sich auf Omnibusse bezögen.

Die Anzahl der Fahrzeuge, auf die sich die Konzession beziehe, stelle ein rein quantitatives Element dar. Für die Genehmigung der Vermehrung der Fahrzeuge benötige der Unternehmer keinen Nachweis über die Befähigung zur Berufsausübung mehr, was mit der Eignung nach dem BVergG 2006 gleichzusetzen sei. Jedenfalls könne keinem Bieter zugemutet werden, die für eine Erhöhung der Fahrzeuganzahl in der Konzession erforderlichen zusätzlichen Stellplätze (hier im Umfang von 80 Plätzen) „auf Vorrat“ anzumieten, obwohl er noch gar nicht sicher sein könne, den Auftrag zu erhalten.

Zum Vorliegen der **Referenznachweise der Teilnahmeberechtigten** führte die Antragsgegnerin aus, dass ein Referenznachweis darüber gefordert gewesen

sei, dass bereits während der drei letzten Jahre an mindestens 100 Tagen pro Jahr Beförderungen von Personen mit Behinderungen und/oder Krankentransporte durchgeführt worden seien. An mindestens 10 Tagen pro Jahr müssten Transporte von rollstuhlgebundenen Personen mit einem rollstuhlgerechten Fahrzeug erfolgt sein. Dabei seien die in Punkt 7.2. der Ausschreibung angeführten Angaben zu machen gewesen.

Die Teilnahmeberechtigte habe die erforderlichen Referenznachweise erbracht. Dies sei von der Antragsgegnerin geprüft worden. Das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin sei daher unzutreffend.

Zum Vorliegen der **Mindestanforderungen an die Fahrzeuge** der Teilnahmeberechtigten brachte die Antragsgegnerin vor, dass in Punkt 7.3 der Ausschreibungsunterlagen die Mindestanforderungen an die Fahrzeuge, mit denen die Leistungserbringung erfolgen soll, festgelegt worden seien. Dabei sei insbesondere darauf hingewiesen worden, dass die Mindestanzahl der erforderlichen Kleinbusse pro Los, die den geforderten Mindestanforderungen entsprechen, in Beilage B angeführt sei. Die Bieter hätten durch Vorlage der Kopien von unterfertigten Kauf-, Miet- oder Leasingverträgen, Zulassungsscheinen odgl. nachzuweisen gehabt, dass sie über die ausgeschriebenen Mindestkapazitätserfordernisse mit den Mindestanforderungen zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns verfügen würden.

Die Teilnahmeberechtigte habe dazu zwei Bestätigungen vorgelegt, aus denen die Einhaltung dieser Vorgaben hervorgehe. Die P. AG habe bestätigt, dass die Teilnahmeberechtigte bei Bestellung bis März 2011 zur Lieferung August 2011 80 Stück Mercedes Sprinter in ausschreibungskonformer Ausführung, ausgenommen die nachträglichen Sonderumbauten, von ihr geliefert bekommen könne, sodass diese Fahrzeuge mit Schulbeginn des Schuljahres 2011/12 eingesetzt werden könnten.

Die D. GmbH habe bestätigt, dass die Teilnahmeberechtigte bei Bestellung bis März 2011 zur Lieferung August 2011 den rollstuhlgerechten Sonderumbau für den Transport von Personen mit Behinderung für 80 Stück beigestellter Mercedes

Sprinter von ihr geliefert bekommen könne, sodass diese Fahrzeuge mit Schulbeginn des Schuljahres 2011/12 eingesetzt werden könnten.

Damit habe die Teilnahmeberechtigte nachgewiesen, dass sie zum Leistungsbeginn, Schulbeginn 2011/12, über die erforderlichen Fahrzeuge verfügen werde. Aus der Formulierung „odgl.“ gehe eindeutig hervor, dass neben Kauf-, Miet- und Leasingverträgen sowie Zulassungsscheinen auch andere Nachweise zulässig seien.

Es treffe nicht zu, dass die Lieferung bzw. der Umbau der Fahrzeuge eine Bestellung bis März 2011 voraussetzten. Dabei handle es sich lediglich um eine reine Information über die Liefer- bzw. Leistungsfrist. Dies hätten beide Firmen auf Anfrage bestätigt. Das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin sei daher unbegründet.

Zur **Preisangemessenheit des Angebots der Teilnahmeberechtigten** brachte die Antragsgegnerin vor, dass die Antragsgegnerin entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sehr wohl eine vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen habe. Die Plausibilität der von der Teilnahmeberechtigten angebotenen Preise sei mit Unterstützung durch einen Sachverständigen eingehend geprüft worden.

Die Teilnahmeberechtigte sei zunächst aufgefordert worden, ergänzende Kalkulationsnachweise beizubringen. Dieser Aufforderung sei sie nachgekommen und habe die Einheitspreise für die Positionen A bis E offengelegt. Diese Unterlagen seien geeignet gewesen, die Preisgestaltung zu prüfen. Weiters habe auch ein Aufklärungsgespräch stattgefunden, in dem die Kalkulation der Angebotspreise gegenständlich gewesen sei. Die Angemessenheit der Preise sei von der Teilnahmeberechtigten ausreichend nachgewiesen worden. Es seien dabei die kollektivvertraglichen Mindestlöhne eingehalten und neben den ausgabenwirksamen Kosten auch Geschäftsgemeinkosten nachvollziehbar einkalkuliert worden.

Eine Qualifikation der Angebotspreise der Teilnahmeberechtigten in einzelnen Losen als Unterangebote alleine deshalb, weil sie von den Preisen der Mitbieter

abwichen, sei unzulässig. Es sei ausschließlich darauf abzustellen, ob die Teilnahmeberechtigte mit den ihr zum Zeitpunkt der Ausschreibung zur Verfügung stehenden Mitteln in der Lage sei, die ausgeschriebene Leistung zu erbringen. Eine Insolvenzgefährdung der Teilnahmeberechtigten liege jedenfalls nicht vor.

Die Teilnahmeberechtigte habe ihre Preise sehr genau kalkuliert. Demgegenüber habe die Antragstellerin ihre auch bisher verlangten Preise ihrem Angebot zu Grunde gelegt.

Die vertiefte Angebotsprüfung habe ergeben, dass die von der Teilnahmeberechtigten angebotenen Preise betriebswirtschaftlich nachvollziehbar und erklärbar seien, das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin gehe daher ins Leere.

Zum Antrag der Antragstellerin auf Nichtigklärung der Verträge sei darauf hinzuweisen, dass schon aufgrund des Wortlauts des § 37 Abs. 2 WVRG 2007 eine Nichtigklärung von Verträgen im Rahmen eines sekundären Feststellungsverfahrens nicht möglich sei. Es sei vielmehr nur festzustellen, ob die angefochtene Entscheidung der Antragsgegnerin rechtswidrig war, was allenfalls Grundlage für eine Schadenersatzforderung darstellen könne. Die entsprechenden Anträge seien daher als unzulässig zurückzuweisen.

Selbst unter der Voraussetzung, dass solche Anträge zulässig wären, werde das Vorbringen bestritten. Die Voraussetzungen für eine Nichtigklärung der Verträge (Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung, Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung) lägen nicht vor. Die gegenständlichen Leistungen seien in einem ordnungsgemäß kundgemachten offenen Verfahren vergeben worden. Ebenso habe es eine Zuschlagsentscheidung gegeben, die von der Antragstellerin auch angefochten worden sei.

Das den Anträgen auf Nichtigklärung der Verträge zu Grunde liegende Beschwerdevorbringen sei im ursprünglichen Nachprüfungsverfahren nicht vorgebracht worden, weshalb eine Ausweitung auf die nunmehr zusätzlich

gestellten Feststellungsanträge im Hinblick darauf, dass in einem Feststellungsantrag nur Rechtsverstöße aufgegriffen werden könnten, die schon Gegenstand des ursprünglichen Verfahrens waren, unzulässig sei.

In der Stellungnahme vom 25.7.2013, beim VKS eingelangt am 29.7.2013, beantragte die Antragsgegnerin, der (damals) VKS möge für den Fall, dass von der Zulässigkeit der Feststellungsanträge ausgegangen und ein gemäß § 36a WVRG 2007 relevanter Rechtsverstoß angenommen werde, gemäß § 33 Abs. 1 vorletzter Satz WVRG 2007 feststellen, dass die Antragstellerin keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags in den Losen III., IV., V., VI., IX., X. und XI. gehabt hätte und gegebenenfalls gemäß § 33 Abs. 1 letzter Satz WVRG 2007 von der Nichtigkeitklärung der Verträge hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Lose absehen.

I.7. Die Teilnahmeberechtigte verwies zum Vorbringen der Antragstellerin zunächst auf das Verfahren vor dem VKS zur Zahl VKS-3103/11. Bereits in diesem Verfahren sei die Eignung der Teilnahmeberechtigten festgestellt worden. Mit Bescheid vom 28.4.2011 sei in diesem Verfahren die Aufforderung der Antragsgegnerin vom 9.3.2011 um Zustimmung zur Verlängerung der Zuschlagsfrist gemäß § 112 Abs. 2 BVergG 2006 bis 12.5.2011 für nichtig erklärt worden.

Die Teilnahmeberechtigte verfüge entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin über eine aufrechte Gewerbeberechtigung und damit über die Voraussetzung zur Ausführung der gegenständlichen Leistungen. Dies sei auch vergaberechtskonform nachgewiesen worden. Sie habe weiters nachgewiesen, dass sie zu Leistungsbeginn über die geforderte Mindestanzahl entsprechender Fahrzeuge verfügen werde. Sie habe auch den geforderten Referenznachweis ordnungsgemäß erbracht. Die Teilnahmeberechtigte habe einen angemessenen Preis kalkuliert. Es seien insbesondere keine unterkollektivvertraglichen Löhne kalkuliert worden. Die Antragsgegnerin habe eine vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen und die Teilnahmeberechtigte zur Aufklärung in diversen Preispositionen aufgefordert. Diese Aufklärung sei fristgerecht erbracht worden. Somit sei die angefochtene Zuschlagsentscheidung vergaberechtskonform erfolgt.

I.8. Im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren wurden von der Antragstellerin folgende weitere Schriftsätze erstattet:

Mit Schreiben vom 28.1.2015 urgierte die Antragstellerin die Erledigung ihres Antrags auf Fortsetzung des Feststellungsverfahrens vom 22.12.2014 und auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung.

Mit Schreiben vom 29.5.2015 ersuchte die Antragstellerin hinsichtlich des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens um Akteneinsicht in die nicht anonymisierte Stellungnahme der Antragsgegnerin samt Beilagen vom 12.8.2011, in die nicht anonymisierte ergänzende Stellungnahme der Antragsgegnerin samt Beilagen vom 16.9.2011, in die Unterlagen des Vergabeaktes, aus denen hervorgeht, welche Fahrzeugkapazitäten die einzelnen Bieter des diesem Feststellungsverfahren zu Grunde liegenden Vergabeverfahrens nachgewiesen haben, und in die Präferenzreihung der einzelnen Bieter des diesem Feststellungsverfahren zu Grunde liegenden Vergabeverfahrens gemäß Beilage B, Seite 15 der Angebotsunterlagen. Weiters beehrte die Antragstellerin Akteneinsicht in die von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten Nachweise der Befugnis, deren Referenznachweise und deren Nachweise über die zur Auftragsdurchführung benötigten Fahrzeugkapazitäten.

Mit Schriftsatz vom 2.6.2015 (eingelangt am 3.6.2015) hielt die Antragstellerin ihre Anträge aus dem Schriftsatz vom 11.7.2013 aufrecht und wies darauf hin, dass ihr bis dato die von ihr beantragte Akteneinsicht nicht nach Maßgabe des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofs vom 9.4.2013, Zl. 2011/04/0207, gewährt worden sei. Weiters beantragte sie eine formale Verständigung von der Trennung der Nachprüfungsverfahren zu den Zahlen VGW-123/072/10247/1014 und VGW-123/066/10246/2014, sowie im gegenständlichen Verfahren die Ladung der Zeugen Z. und Ing. Bi. zur mündlichen Verhandlung, wobei sie darauf hinwies, dass diese Zeugen von ihr stellig gemacht werden könnten.

Am 12.6.2015 übermittelte die Antragstellerin einen Schriftsatz, in dem sie zunächst die ihren Ausführungen nach noch nicht erfolgte Akteneinsicht gemäß dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 9.4.2013, Zl 2011/04/0207, beehrte. Sie stellte ausführlich dar, in welche Aktenteile sie anlässlich der Akteneinsicht vom 2.6.2015 beim Verwaltungsgericht Wien Einsicht erhalten

habe und aus welchen Gründen sie der Meinung sei, dass dies den vom Verwaltungsgerichtshof festgehaltenen Erwägungen im o.g. Erkenntnis nicht entspreche.

Weiters nahm sie zu der im Zuge der Akteneinsicht vom 2.6.2015 von ihr eingesehenen Tabelle „Billigstbieterinnenermittlung unter Berücksichtigung der Kapazitäten und der angegebenen Präferenz“ Stellung und legte im Zusammenhang mit dem von der Antragsgegnerin gestellten Antrag, das Verwaltungsgericht Wien möge feststellen, dass die Antragstellerin in diversen Losen keine echte Chance auf den Zuschlag hatte, detailliert dar, auf welchen Rang sie unter der Annahme, dass die Angebote der Mitbieterinnen T. GmbH, der H. GmbH und der Teilnahmeberechtigten auszuschneiden gewesen seien, bei der Billigstbieterermittlung gereiht hätte werden müssen.

In der Folge führte die Antragstellerin aus, dass sie vom Nichtvorliegen der Befugnis bereits durch die zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorgenommene Einsicht in das öffentlich zugängliche Gewerbeverzeichnis Kenntnis habe, betreffend die Befugnis von B. durch Einsicht in die Dokumentation der Angebotsprüfung somit nicht mehr erfahren könne, als sie bereits wisse. Auch das Fehlen der Mindestkapazität an Fahrzeugen hinsichtlich der Teilnahmeberechtigten sei der Antragstellerin bereits bekannt, weshalb auch in diesem Punkt keine Betriebsgeheimnisse mehr betroffen sein könnten.

Schließlich stellte die Antragstellerin den Antrag, die für den 18.6.2015 anberaumte mündliche Verhandlung abzubauen. Weiters beantragte sie einen weiteren Termin zur Akteneinsicht. Diesem Schriftsatz waren Beilagen angeschlossen, in denen die Ermittlung des Rangens des Angebots der Antragstellerin in den einzelnen Losen im Zuge der Billigstbieterermittlung aus dem Blickwinkel der Antragstellerin dargestellt wurde. Weiters war dem Schriftsatz ein Auszug aus dem Gewerbeverzeichnis hinsichtlich der B.-M. GmbH (ausstellende Behörde Magistrat der Stadt Wien) und ein ebensolcher Auszug (ausstellende Behörde BH ...) angeschlossen.

Mit Schreiben vom 25.8.2015, eingelangt am 26.8.2015, wurde das Verwaltungsgericht Wien unter Hinweis auf den Schriftsatz vom 12.6.2015 u.a

auch zur gegenständlichen Geschäftszahl aufgefordert, die von der Antragstellerin gestellten Anträge „gesetzmäßig zu behandeln“, da eine bescheidmäßige Behandlung bis dato nicht erfolgt sei.

Ebenfalls mit Schriftsatz vom 25.8.2015, eingelangt am 26.8.2015, beantragte die Antragstellerin u.a. auch zur gegenständlichen Geschäftszahl die Fortsetzung des Feststellungsverfahrens und die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, wobei für die zwei beim Verwaltungsgericht Wien getrennt geführten Verfahren zwei Verhandlungstermine bekanntzugeben seien.

Mit Schreiben vom 28.8.2015 stellt die Antragstellerin u.a. zur gegenständlichen Geschäftszahl neuerlich die mit Schreiben vom 29.5.2015 gestellten Anträge betreffend den Umfang der von ihr gewünschten Akteneinsicht.

Mit Schreiben vom 11.9.2015 ersuchte die Antragstellerin, die Zeugen Z., Großkundenbeauftragter der P. AG, pA ..., und Ing. Bi., Standortleiter der D. GmbH, pA. ..., zur mündlichen Verhandlung vom 17.9.2015 zu laden.

II. Aufgrund des o.a. Feststellungsantrages wurde am 17.9.2015 vor dem Verwaltungsgericht Wien eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Bei der mündlichen Verhandlung waren folgende Personen anwesend: Frau Dr. Le. und Herr F. für die Antragstellerin, diese vertreten durch Rechtsanwalts GmbH, Frau MMag.^a V.; Herr Mag. A., Herr Mag. Ha. und Herr Ing. Tr. für die Antragsgegnerin; Herr Sch. für die Teilnahmeberechtigte, diese vertreten durch Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Herrn Mag. Kr.; sowie der Zeuge Herr Ing. Hu..

Die Verhandlung hatte folgenden Verlauf:

„Aus dem Senat wird die Antragstellerin gefragt, auf welche Lose des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens sich der Antrag auf Feststellung, der heute verhandelt werden soll, bezieht. Hingewiesen wird darauf, dass heute nur die Lose verfahrensgegenständlich sein können, für die die B. GmbH präsumtive Zuschlagsempfängerin war. Die Lose für die die H. Zuschlagsempfängerin war, werden in einem gesonderten Verfahren behandelt. Hingewiesen wird auch auf den Antrag der Antragstellerin vom 11.07.2013 (sekundärer Feststellungsantrag) und auf den Schriftsatz vom 22.12.2014, in denen sich die dort gestellten Anträge auf die Lose I., II., III., IV., V., VI., VIII., IX., X., XI., XIII., XIV., XVIII. und XX. beziehen. Von diesen Losen wurden die

Lose I., XIII., XIV., XVIII. und XX. der H. zugeschlagen. Die Lose II., III., IV., V., VI., VIII., IX., X. und XI. wurden der B. GmbH zugeschlagen.

Die Antragstellervertreterin bringt dazu vor, dass die Lose, die an die Teilnahmeberechtigte vergeben wurden, dieser nicht zugeschlagen hätten werden dürfen. Ihr Antrag beziehe sich daher auf die Lose I., II., IV., V., XI., XII., XIV. und XVIII.

Auf Grund der mathematischen Berechnungen ergibt sich aus der Tabelle Billigstbieterermittlung, die der Antragstellerin am 02.06.2015 im Zuge einer Akteneinsicht zur Kenntnis gebracht wurde, bei richtiger Reihung und Ausscheidung der auszuscheidenden Bieter, dass die Antragstellerin in den oben genannten Losen Billigstbieterin gewesen wäre und daher den Zuschlag hätte erhalten müssen. Verwiesen wird weiters auf den Schriftsatz vom 12.06.2015, in dessen Beilage ./A die entsprechende Berechnung enthalten ist.

Zur Frage der Pauschalgebühr bringt die Antragstellerin vor, dass sie alle Zahlungen, die sie diesbezüglich zu erhalten hatte, bereits erhalten hat. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren ist damit erledigt.

Zum Thema Akteneinsicht wird festgehalten, dass der Antragstellerin am 24.09.2013 beim VKS Akteneinsicht in den Vergabeakt in dem im Aktenvermerk vom 24.09.2013 festgehaltenen Umfang (siehe Akt des VKS) gewährt wurde. Die einzelnen eingesehenen Aktenteile werden mit der AST durchgegangen. Sie bestätigt, diesbezüglich Akteneinsicht erhalten zu haben.

Weiters wurde der Antragstellerin am 02.06.2015 beim VGW Akteneinsicht gewährt hinsichtlich der Schriftsätze der Antragsgegnerin vom 12.08.2011 und vom 16.09.2011, wobei diese Schriftsätze in geschwärzter Form zur Verfügung gestellt wurden. Die Schriftsätze sind im entsprechenden Aktenvermerk im Akt des VGW ersichtlich. Weiters wurde der Antragstellerin Akteneinsicht gewährt in die Tabelle Billigstbieterermittlung. Die Antragstellerin bestätigt auch, diesbezüglich Akteneinsicht erhalten haben.

Die Antragstellerin hält dazu fest, dass zum Schriftsatz vom 12.06.2015 kein ergänzendes Vorbringen erstattet wird, der Antrag 2 hinsichtlich der Durchführung einer mündlichen Verhandlung sei jedoch erledigt.

Die Antragsgegnerin entgegnet, dass die Antragstellerin das Los XII. ohnedies zugeschlagen erhalten hätte. Zum Schreiben vom 12.06.2015, in dem die Antragstellerin darstellt, in welchen Losen sie korrekterweise als Billigstbieterin ermittelt hätte werden müssen, sei festzuhalten, dass die T. ausgeschieden worden sei und bei der Ermittlung der Zuschlagsempfänger ohnedies nicht berücksichtigt worden sei.

Die Antragstellerin entgegnet, dass in der Tabelle, die sie am 02.06.2015 im Zuge der Akteneinsicht erhalten hat, die T. noch enthalten sei. Die Antragsgegnerin habe offenbar diese Bieterin bei der Ermittlung der Zuschlagsempfänger mitberücksichtigt, was gegen § 130 Abs. 1 BVergG 2006 verstoße. Vor der Ermittlung der Zuschlagsempfänger seien auszuscheidende Bieter auszuscheiden. Gegenständlich führe die Berücksichtigung von T. dazu, dass die Reihung eine andere sei, als wenn diese ausgeschieden worden wäre.

Die Antragsgegnerin bringt vor, dass die Tabelle, die der Antragstellerin zur Verfügung gestellt worden sei, zwar die T. noch enthalte, es gebe im Vergabeakt jedoch auch eine Tabelle, die die Situation nach dem Ausscheiden der T. darstelle. Der Antragstellerin hätte bekannt sein müssen, dass die T. ausgeschieden wurde, da in der Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung kein Los für diese vorgesehen gewesen sei. Eine Information über die Ausscheidensentscheidung an die Antragstellerin sei im Hinblick darauf nicht erfolgt, dass diese im Verfahren betreffend das Ausscheiden der T. keine Parteistellung gehabt hätte.

Die Zuschlagsentscheidung habe im gegenständlichen Fall die Teilnahmeberechtigten (korrekt: Zuschlagsempfängerinnen) in allen einzelnen Losen ausgewiesen. Die Antragstellerin habe diese Zuschlagsentscheidung am 22.07.2011 um 14:32 Uhr erhalten. Sie konnte daraus erkennen, dass T. in keinem Los Zuschlagsempfängerin sein sollte. T. wurde bei der Ermittlung der Teilnahmeberechtigten (korrekt: Zuschlagsempfänger) nicht berücksichtigt.

Die Antragstellerin bestreitet dieses Vorbringen und hält fest, dass sie anlässlich der Akteneinsicht vom 02.06.2015 ausdrücklich nachgefragt habe, ob es eine weitere Bewertungstabelle gebe. Dies sei verneint worden. Die Tabelle Billigstbieterermittlung sei im Hinblick § 129 Abs. 1 Z 2 und § 130 Abs. 2 BVergG 2006 eine kardinale Voraussetzung für die Antragstellerin hinsichtlich ihrer Argumentation zum Antrag der Antragsgegnerin, dass sie keine echte Chance auf den Zuschlag gehabt hätte und hinsichtlich der Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung.

Verwiesen wird weiters darauf, dass gegenständlich ein sekundäres Feststellungsverfahren anhängig ist.

Die Antragsgegnerin gibt bekannt, dass der Antrag, dass die Antragstellerin keine echte Chance auf die Erteilung des Zuschlages hatte, hinsichtlich aller Lose, die verfahrensgegenständlich sind, aufrecht bleibt.

Von Senat wird hingewiesen auf das nun mehr in Geltung stehende WVRG 2014. Die Antragstellerin führt ergänzend und präzisierend zum Antrag der Antragsgegnerin gemäß § 37 Abs. 2 WVRG 2007 gerichtet auf Feststellung gemäß § 11 Abs. 3 Z 1 WVRG 2007 aus, sie beantrage im Rahmen des von der Antragstellerin bereits mit Schriftsätzen vom 11.07.2013, 16.07.2013 und

12.06.2015 vorgebrachten Antrages festzustellen, dass wegen eines Verstoßes gegen § 19 Abs. 1 iVm § 69 Z 1 iVm § 108 Abs. 2 iVm § 123 Abs. 2 Z 1 – 4, iVm § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 im Hinblick auf die vorgenommene Angebotsbewertung und Reihung in der der Antragstellerin bei der Akteneinsicht vom 02.06.2015 erstmals vorgelegten Tabelle „Billigstbieterermittlung“ festgehaltenen Reihungen der Zuschlag auf Grund der nicht erfolgten Ausscheidung der losweisen Angebote von T., B. und H. nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung mangels Nachweis und technischer Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde und der Antragstellerin rechtmäßig der Zuschlag in den oben genannten Losen im Auftragswert von EUR 34.719.541,-- zu erteilen gewesen wäre.

Verwiesen wird diesbezüglich auf § 11 Abs. 3 Z 1 WVRG 2007.

Die Teilnahmeberechtigte bringt dazu vor, dass dieser Antrag verfristet sei.

Die Antragstellerin bestreitet das Vorbringen der Teilnahmeberechtigte und bringt dazu vor, dass aus dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes zur GZ ZL 2013/04/0140 vom 21.10.2014 hervorgehe, dass die Antragstellerin einen sekundären Feststellungsantrag gemäß § 37 Abs. 2 WVRG 2007 gerichtet auf Feststellungen gemäß § 11 Abs. 3 WVRG 2007 gestellt habe. Dieser Antrag wurde vom VKS fälschlich als primärer Feststellungsantrag qualifiziert, weshalb der entsprechende Bescheid vom Verwaltungsgerichtshof behoben wurde und der Antrag gemäß § 37 Abs. 2 WVRG 2007 noch unerledigt und daher noch aufrecht ist. Der Verwaltungsgerichtshof führt auch aus und ist das VWG auch daran gebunden, dass der Antrag der Antragstellerin gemäß § 37 Abs. 2 WVRG 2007 gerichtet auf Feststellungen gemäß § 11 Abs. 3 WVRG 2007 rechtzeitig gestellt worden sei und daher nicht verfristet sein kann.

Die Antragstellerin bringt zum Thema, der erforderlichen Nachweise über das Vorhandensein der notwendigen Fahrzeugkapazitäten zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns vor, dass in einer Verhandlung beim VKS Herrn D. in einer Zeugeneinvernahme ausgesagt habe, dass in (korrekt: das) ihm vorgelegte Dokument (es wird davon ausgegangen, dass es sich dabei um die Bestätigung über den Umbau der für die Teilnahmeberechtigte zu bestellenden Fahrzeuge ging) keine verbindliche Zusage von Seiten der D. GmbH beinhalte. Aus diesem Grund wird beantragt, Herrn Ing. Bi., Leiter Standort D. GmbH, ..., als Zeugen zu diesem Themenkomplex zu laden. Gleichermaßen wird beantragt Herrn Z., Großkundenbeauftragter der P. AG, p.A. ..., als Zeugen zu diesem Themenkomplex zu laden, zum Beweis dafür, dass auch das weitere Dokument, auf das sich die Antragsgegnerin stützt, und wonach die Mindestkapazität der mitbeteiligten Partei nachgewiesen sein soll, keine rechtsgültige Unterfertigung aufweist, wodurch eine Verbindlichkeit der Firma P. AG nicht gegeben ist und dadurch die technische Leistungsfähigkeit der mitbeteiligten Partei gemäß den

Angebotsunterlagen gegen § 69 Z 1 BVergG 2006 nicht zum Zeitpunkt der Angebotslegung nachgewiesen war.

Die Antragsgegnerin verweist zu diesem Themenkomplex auf ihr Vorbringen in den Verfahren vor dem VKS und dem Verwaltungsgerichtshof.

Die Teilnahmeberechtigte bestreitet das Vorbringen der Antragstellerin und verweist auf ihr Vorbringen in den Schriftsätzen.

Auf Fragen aus dem Senat, ob der Antragstellerin Einsicht in die Bestätigungen der Firma P. und D. gewährt werden könne, teilt die Teilnahmeberechtigte mit, dass sie sich nach wie vor dagegen ausspreche, dass die Antragstellerin Einsicht in ihre Angebotsunterlagen erhalte.

Die Antragstellerin bringt dazu vor, dass ohne die Einsicht in diese Dokumente die zweckentsprechende Rechtsverfolgung der Antragstellerin verhindert wird und wird auf die Ausführungen im Schriftsatz vom 12.06.2015 verwiesen.

Die Antragsgegnerin bestätigt auf Frage aus dem Senat, dass für die Erfüllung des Auftrages hinsichtlich der Teilnahmeberechtigten zugeschlagenen Lose 80 Fahrzeuge erforderlich waren.“

Der Zeuge, Herr Ing. Hu., sagte unter Wahrheitspflicht Folgendes aus:

„Ich bin Prokurist bei der B. GmbH, und zwar seit 28 Jahren. Herr Sch. hat die Ausschreibung bearbeitet. Ich bin für Technik und Einkauf zuständig. Er ist an mich herangetreten und hat mir mitgeteilt, dass B. an der Ausschreibung teilnehmen wird. Er hat sich erkundigt, welche Fahrzeuge für den Auftrag in Frage kämen und zu welchen Preisen diese zu beschaffen wären. In der Folge hat er mir mitgeteilt, dass er eine Lieferbestätigung über diese Fahrzeuge benötigt, um ein konkretes Angebot zu erstellen.

Ich habe mich daraufhin an unseren Lieferanten, die Firma D., gewendet. Dort war Herr Bi. der zuständige Bearbeiter. Ich habe ihm mitgeteilt, dass ich eine Bestätigung darüber brauche, dass die erforderlichen Fahrzeuge bei einer Bestellung zum Termin x zum Zeitpunkt des Leistungsbeginnes zur Verfügung stehen. Die Fahrzeuge wurden von der Firma P. geliefert und von der Firma D. entsprechend den Festlegungen der Ausschreibung umgebaut.

Wir haben mit den Firmen P. und D. bereits eine längere Geschäftsbeziehung. Die Geschäftsbeziehung zur Firma P. geht bereits 25 bis 30 Jahre zurück, die Geschäftsbeziehung zur Firma D. jedenfalls mehr als 10 Jahre. Wir haben auch vor der gegenständlichen Ausschreibung bereits entsprechende Aufträge an diese Firmen erteilt, die immer ordnungsgemäß und zeitgerecht erledigt wurde. P. ist der Händler, der die Fahrzeuge von der Fabrik bestellt. Diese werden in der Folge

zur Firma D. geliefert und dort umgebaut. Wenn sie umgebaut sind, werden sie an den Endkunden ausgeliefert. Die Fahrzeuge werden nicht alle auf einmal angeliefert, sondern es werden jeweils ca. 10 Fahrzeuge angeliefert und in der Folge umgebaut. Der Zeitplan wird zwischen den Firmen P. und D. abgestimmt.

Die Leistungserbringung durch die Firmen P. und D., so dass die erforderlichen Fahrzeuge zum Zeitpunkt unseres Leistungsbeginns, nämlich dem Schulbeginn 2011/2012, zur Verfügung standen, war ein KO-Kriterium. Dies war den Firmen auch bekannt. Den Firmen wurden von unserer Seite aus die Ausschreibungsbestimmungen übermittelt, damit diese genau wissen, welche Qualitäten die gelieferten Fahrzeuge aufzuweisen haben.

Die Preise für die Fahrzeuge waren mir bekannt, da sich diese aus Preislisten ergeben und die Firma B. bereits zuvor Bestellungen von Mercedes Sprintern getätigt hat. Das konkrete Angebot für die Fahrzeuge ist erst später gekommen. Das hat Zug um Zug mit der Auftragsbestätigung stattgefunden. Mir war auch bekannt, welche Zusatzausstattungen von der Antragsgegnerin gefordert waren und was diese Zusatzausstattungen kosten würden. Es war mir auch bekannt, welchen Preis die erforderlichen Umbauten haben würden, da wir solche Umbauten bereits zuvor bei der Firma D. in Auftrag gegeben hatten. Ich habe einen Kontakt mit Herrn Bi. hergestellt und mit diesem den konkreten Preis vereinbart.

Auf Frage aus dem Senat teilt der Zeuge mit: Das konkrete Angebot wie oben angegeben stellte die schriftliche Ausfertigung des mündlich Besprochenen dar.

Auf die Frage, aus welchen Grund die Lieferungen und Umbauten nicht vertraglich festgehalten werden, teile ich mit, dass B. ein Privatunternehmen ist und diese Vereinbarungen mündlich ablaufen. Es sind immer die gleichen handelnden Personen und Firmen beteiligt. Wenn ein Lieferant seine Zusage nicht einhält, wird mit diesem keine weitere Geschäftsbeziehung gepflegt. Üblicherweise geht eine Auftragsbestätigung von der Firma B. an den Lieferanten. Dieser übermittelt der Firma B. in der Folge eine Rechnung über die gelieferten bzw. umgebauten Fahrzeuge.

Zur Finanzierung der erforderlichen Fahrzeuge teilt der Zeuge Folgendes mit: Die Finanzierung der Fahrzeuge hat ein dritter Prokurist über. Damit bin ich nicht befasst. Er entscheidet, ob die Finanzierung über ein Leasing oder einen Kredit erfolgt, dies läuft parallel zur Bestellung ab.

Der Zeuge teilt zur (ersten) Protokollrüge der Antragstellerin (siehe Verhandlungsprotokoll) mit, dass er das so nicht gesagt habe.

Auf Frage aus dem Senat zur Unterfertigung des Schreiben P.: Dieses Schreiben wurde von Herrn Fr. unterfertigt, das war der zuständige Verkäufer bei P. und mein Kontakt in dieser Angelegenheit.

Auf Frage der Antragstellerin teilt der Zeuge folgendes mit: Die Firma B. hat 80 Fahrzeuge bestellt, es hat sich dabei um Mercedes Sprinter mit mittlerem Radstand und einem Hochdach gehandelt. Es waren Kleinbusse. Die Fahrzeuge wurden auf einmal nach der Zuschlagserteilung bestellt. Wenn ich gefragt werde, wie der zeitliche Ablauf war, teile ich mit, dass zunächst die Ausschreibung durch die MA 54 erfolgt ist. In der Folge wurden die Ausschreibungsbedingungen hinsichtlich der Fahrzeuge an die Lieferanten übermittelt und es kam zu Verhandlungen darüber, welche Fahrzeuge die richtigen wären und welche am geeignetsten wären. Es wurde auch besprochen, wie viele Fahrzeuge wir benötigen. In der Lieferbestätigung, die für die Ausschreibung erforderlich war ist kein Preis genannt, es steht darin aber, dass bei Bestellung zu einem bestimmten Zeitpunkt die Fahrzeuge bis zu einem bestimmten Zeitpunkt geliefert werden können. In der Bestätigung der Firma D. steht, dass bei Bestellung zu einem bestimmten Zeitpunkt die Fahrzeuge bis zu einem bestimmten Zeitpunkt umgebaut werden können. Wenn ich gefragt werde, wann der Preis ausgehandelt wurde, gebe ich an, dass der Preis für die Umbauten relativ klar war. Unklar war nur die Anzahl der zugeschlagenen Fahrzeuge. Die Anzahl wird sich wohl auf den Preis ausgewirkt haben. Die endgültige Preisfixierung erfolgte nach der Zuschlagserteilung durch die Antragsgegnerin.

Wenn ich gefragt werde, wann die Fahrzeuge an D. geliefert werden sollten, gebe ich an, dass es uns wichtig war, dass die Fahrzeuge bei Schulbeginn 2011/2012 zur Verfügung stehen. Im Übrigen verweise ich auf die der Antragstellerin nunmehr zur Verfügung stehenden Bestätigungen.

Die Fahrzeuge wurden 10-Stück-weise aus der Fabrik an die Firma D. geliefert und von dieser umgebaut. Wenn die Fahrzeuge fertig waren, wurden sie an die (Firma) B. geliefert. Der Zeitplan der Firma P. und D. war für mich nicht relevant. Wichtig war, dass der 80. Sprinter am 31.08.2011 fertig umgebaut im Hof der B. GmbH stand.

Wenn ich gefragt werde, wie die endgültigen Preise zustande gekommen sind, so gebe ich an, ich kann nur zu den Preisen der Lieferanten etwas aussagen, da ich mit der Ausarbeitung des Angebotes an die MA 54 nicht befasst war. Der Preis war für 80 Fahrzeuge ausgemacht. Hätten wir nicht den Zuschlag für 80 Fahrzeuge bekommen, hätten wir möglicherweise nicht um diese Preise einkaufen können.

Auf die (zweite) Protokollrüge der Antragstellerin teile ich mit, dass ich die Aussage so gemacht habe, wie sie im Zeugenprotokoll protokolliert wurde.

Wenn ich gefragt werde, welche AGB im Verhältnis zu den Firmen D. und P. gegolten haben, teile ich mit, dass ich kein Jurist bin und das nicht weiß.

Wenn ich gefragt werde, bis zu welchem Zeitpunkt alles mündlich abgelaufen ist bzw. wann etwas Schriftliches ausgestellt wurde, teile ich mit, dass ich mir

Notizen über die Besprechungen gemacht habe. Es gibt zu den Fahrzeugen Rechnungen, (in denen) meines Wissens nach auch Angaben z.B. zum Gerichtsstand angeführt sind.

Wenn ich gefragt werde, was bei Lieferverzug geschieht, so gebe ich an, dass keine Pönale vereinbart war. Es war jedoch allen Beteiligten klar, dass der Liefertermin eingehalten werden muss. Wenn ich gefragt werde, was gilt wenn ein Zahlungsverzug eintritt, so gebe ich an, dass es dazu keine schriftliche Festlegung gegeben hat.

Wenn ich gefragt werde, ob wir 80 Kleinbusse gestellt (korrekt: bestellt) haben und wie es mit der Konzession für diese 80 Busse aussieht, gebe ich an, dass ich dafür nicht zuständig bin und daher dazu nichts sagen kann.“

(Fortsetzung Verhandlungsprotokoll) „Die Antragstellerin macht einen (ersten) Widerspruch zum Protokoll des Zeugen und bringt vor, dass nach der Wahrnehmung von Frau Dr. Le., von Herrn F. und der Antragstellervertreterin der Zeuge Folgendes ausdrücklich gesagt habe: „Dass erst später über die Preise gesprochen wurde“ bzw. „Die Finanzierung wird erst nach der Rechnung geklärt“.

Nach ausdrücklicher Zustimmung der Teilnahmeberechtigten werden der Antragstellerin die Bestätigungen der Firmen D. und P. zur Einsicht überreicht.

Die Antragstellerin macht einen (zweiten) Widerspruch zum Protokoll des Zeugen und bringt vor, dass ihre Fragestellung war: „Wie der Herr Prokurist die Angebotskalkulation an den Auftraggeber vornahm, wenn die Preisfixierung erst nach Zuschlagserteilung erfolgte.“ Darauf antwortete der Zeuge: „Dass er von 80 Fahrzeugen ausgegangen sei und hätte er den Zuschlag nicht für 80 Fahrzeuge erhalten dann wäre der Preis nicht günstig gewesen. Auf die Frage der Teilnahmeberechtigten antwortete der Zeuge, dass er diese Kalkulation nach den ihm bekannten Preislisten gemacht hatte“.

Die Antragstellervertreterin beantragt die Einvernahme des Herrn F. zum Beweis dafür, dass der Bestellvorgang bei der D. GmbH systematisch und schriftlich vorgenommen wird, sofern verbindliche Angebote der D. gelegt werden und verbindliche Lieferzugsagen erteilt werden. Zum gleichen Thema zum Beweis dafür, dass auch bei der P. AG Schriftlichkeit in den Verkaufsabwicklungen gegeben ist, sofern verbindliche Bestellungen entgegengenommen werden und Lieferverpflichtungen eingegangen werden.

Zu den in der mündlichen Verhandlung eingesehenen Bestätigungen der Firma D. und P. bringt die Antragstellerin vor, dass darin nur Kann-Formulierungen enthalten seien und daher ein verbindlicher Bestellvorgang bei dem der Preis bzw. die wechselseitigen Verpflichtungen (feststünden), nicht verbindlich festgelegt sei.

Die Antragstellerin führt zum Thema der Befugnis der Teilnahmeberechtigten aus, dass die Teilnahmeberechtigte im Schriftsatz vom 12.08.2011 auf Seite 8 zugestehe, dass sie zum Zeitpunkt der Angebotslegung nicht über den erforderlichen Befugnisumfang verfügt habe, nämlich dass (ein) Bieter nicht ohne die Gewissheit mit der verfahrensgegenständlichen Leistung beauftragt zu werden, über die erforderlichen Abstellplätze verfügen müsse. Sie verweist dazu auf Beilage ./C und ./D zu ihrem Schreiben vom 12.06.2015. Daraus ergebe sich, dass die Teilnahmeberechtigte nicht über die erforderliche Berechtigung verfügt habe, den verfahrensgegenständlichen Auftrag auszuführen. Sie habe weiters nicht über die erforderlichen Stellplätze verfügt und damit auch nicht über den erforderlichen Konzessionsumfang für die Leistungserbringung gemäß Gelegenheitsverkehrsgesetz für das Mietwagengewerbe mit PKW. Die Befugnis der Teilnahmeberechtigte sei daher zum Zeitpunkt der Angebotslegung nicht gegeben gewesen.

Die Antragsgegnerin entgegnet, dass bereits im Bescheid des VKS der Umfang der Gewerbeberechtigung der Teilnahmeberechtigten dargestellt sei. Teilnahmeberechtigte und Zuschlagsempfängerin in den verfahrensgegenständlichen Losen siehe oben sei die B. GmbH. Die von der Antragstellerin vorgelegten Beilagen ./C und ./D bezögen sich auf eine andere Rechtsperson, nämlich die B. M. GmbH. Demgegenüber wurde auf der Vorderseite des Schriftsatzes die Teilnahmeberechtigte von der Antragstellerin korrekt bezeichnet.

Die Teilnahmeberechtigte verweist zum Thema Befugnis auf ihr bisheriges Vorbringen und auf die Begründung des Bescheides des VKS zu diesem Thema. Die dortigen Ausführungen seien vom Verwaltungsgerichtshof nicht beanstandet worden.

Die Antragstellerin bringt ausgehend von den Angaben der Antragsgegnerin, wonach die B. GmbH den Zuschlag erhalten habe, vor, es stehe fest, dass die B. GmbH die Konzession gemäß Gelegenheitsverkehrsgesetz für Mietwagengewerbe für PKW nicht im erforderlichen Umfang vorweisen konnte.

Die Antragstellervertreterin bestreitet, das Vorbringen der Antragsgegnerin und verweist auf Punkt 7.3.a der Angebotsunterlagen, die (korrekt: der) unter Hinweis auf Beilage ./A die Anzahl der erforderlichen Fahrzeuge festlegt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass diese Fahrzeuge 8 Personen und den Lenker pro Fahrzeug umfassen sollten. Der Auftrag sei daher ausschließlich mit Kleinbussen und nicht mit Omnibussen durchzuführen gewesen. Hingewiesen wird auch auf die Leistungsbeschreibung Seite 9 wonach Großraumbusse, wo dies in den Ausschreibungsunterlagen für zulässig erklärt wurde, durch Kleinbusse im Notfall ersetzt werden müssen. Auf Seite 11 der Ausschreibungsunterlagen sei festgelegt, dass für die vertragliche Leistungserbringung eine ausreichende Anzahl an Kleinbussen erforderlich sei. Daraus gehe hervor, dass der gegenständliche Auftrag mit Kleinbussen auszuführen gewesen sei. Für die

Leistungserbringung sei eine Konzession nach dem Gelegenheitsverkehrsgesetz (Mietwagengewerbe mit PKW) ausschlaggebend gewesen. Die Teilnahmeberechtigte habe diese Konzession für die erforderlichen 80 PKW nicht aufgewiesen.

Die Antragsgegnerin entgegnet, dass dieses Vorbringen nicht zutreffe. Verwiesen werde auf den im Vergabeakt befindlichen ANKÖ-Auszug, aus dem die Gewerbeberechtigung der Teilnahmeberechtigte hervorgehe. Verwiesen werde weiters auf die Stellungnahmen der Antragsgegnerin vom 12.08.2011 und 16.09.2011, in denen auf diese Problematik ausführlich eingegangen werde. Auch im Schriftsatz an den Verwaltungsgerichtshof vom 06.02.2012 sei dieses Thema behandelt worden. Der VKS habe in seinem Bescheid vom 22.09.2011 auf Seite 24 zu der Argumentation der Antragstellerin (seine) Erwägungen dargestellt und die Befugnis der Teilnahmeberechtigte als gegeben erachtet.

Die Teilnahmeberechtigte bestreitet das Vorbringen der Antragstellerin.

Die Antragstellerin bestreitet das Vorbringen der Antragsgegnerin und bringt ergänzend vor, dass die Konzessionen für das Mietwagengewerbe mit PKWs und Omnibussen gemäß § 3 Gelegenheitsverkehrsgesetz wechselseitig nicht ausgetauscht werden dürften.

Die Antragstellerin bringt auf die Frage aus dem Senat, ob es zu dem von ihr bereits im Nachprüfungsverfahren vorgebrachten Themenbereich der Begründung der Zuschlagsentscheidung (Anführung der Preise, jedoch nicht der Präferenzreihungen und Kapazitäten der einzelnen Bieter) Folgendes vor: Der Antrag gemäß § 37 Abs. 2 WVRG 2007, der sich auf Feststellung nach § 11 WVRG 2007 bezieht, wird aufrechterhalten. Verwiesen wird auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 21.10.2014 wonach es sich gegenständlich um ein sekundäres Feststellungsverfahren handelt, in dem dieser Antrag gerichtet ist auf Feststellungen gemäß § 11 Abs. 3 WVRG 2007, wobei sich die Feststellungen gemäß § 33 WVRG 2007 in den Feststellungen nach § 11 Abs. 3 WVRG 2007 widerspiegeln.

Die Antragsgegnerin erstattet kein ergänzendes Vorbringen zu diesem Thema und verweist auf ihre Schriftsätze.

Die Teilnahmeberechtigte verweist darauf, dass es im sekundären Feststellungsverfahren nicht um die Zuschlagsentscheidung sondern um die Zuschlagserteilung geht.

Die Antragstellerin verweist dazu auf § 11 Abs. 3 Z 4 WVRG 2007 und ergänzt, dass laut ihrem Vorbringen die Zuschlagsentscheidung gänzlich unbegründet erfolgt sei, was den völligem Unterbleiben einer Zuschlagsentscheidung gleichzuhalten sei.

Die Teilnahmeberechtigte entgegnet, dass es sehr wohl eine Zuschlagsentscheidung gegeben habe, die von der Antragstellerin auch angefochten wurde. Mit der Entscheidung des VKS über diesen Nachprüfungsantrag sei die Zuschlagsentscheidung bestandsfest geworden. Der Zuschlag sei folglich erteilt worden. Es könne daher nicht davon ausgegangen, dass keine Zuschlagsentscheidung erfolgt sei.

Zum Thema Referenzen der Teilnahmeberechtigte erstatten die Parteien kein ergänzendes Vorbringen.“

Im Anschluss an die mündliche Verhandlung hatten die Parteien Gelegenheit, die Verhandlungsschrift durchzulesen. In der Folge wurden die Protokollkorrekturen hinsichtlich ihres eigenen Vorbringens, die die Antragstellerin nach ausführlichem Studium der Verhandlungsschrift monierte, durchgeführt.

Mit Schriftsatz vom 23.9.2015 übermittelte die Antragstellerin dem Verwaltungsgericht Wien einen Antrag auf Protokollberichtigung wegen ihrer Ansicht nach unvollständiger bzw. unrichtiger Protokollierung ihres Vorbringens in der Verhandlung vom 17.9.2015 in dem in diesem im Akt des Verwaltungsgerichts Wien enthaltenen Schriftsatz dargestellten Umfang.

Da der Senat der Ansicht ist, dass das Vorbringen der Antragstellerin im Protokoll vom 17.9.2015 unter Berücksichtigung der Bestimmungen der §§ 44 Abs. 1 i.V.m. 14 Abs. 1 AVG i.V.m. 2 Abs. 3 WVRG 2014, wonach in einer Verhandlungsschrift Anbringen von Beteiligten ihrem wesentlichen Inhalt nach festzuhalten sind und alles nicht zur Sache Gehörige wegzulassen ist, die Verhandlungsschrift somit ein Resumeeprotokoll darstellt, und die Parteien keinen Anspruch auf wortwörtliche Protokollierung eines aus vorbereiteten Unterlagen verlesenen Vorbringens haben, vollständig und richtig festgehalten wurde, war diesem Antrag keine Folge zu geben.

Hinzuweisen ist auch darauf, dass die in der Verhandlung anwesenden Vertreter der Antragstellerin und ihre Rechtsvertreterin im Anschluss an die mündliche Verhandlung das Protokoll zur Durchsicht erhalten haben, dieses ausgiebig studiert haben und die von ihnen gewünschten Korrekturen ihres Vorbringens vorgenommen wurden. In der Folge wurde das Protokoll von den Vertretern der Antragstellerin (wie auch von den Vertretern der anderen Parteien) unterfertigt, womit sie zum Ausdruck gebracht haben, dass die Protokollierung, nach

Vornahme der von ihnen eingeforderten Änderungen hinsichtlich ihres Vorbringens, mit dem tatsächlichen Ablauf der Verhandlung übereinstimmt.

III. Aufgrund des von der Antragsgegnerin vorgelegten, gut strukturierten und übersichtlichen Vergabeaktes, der von den Parteien in diesem und in den Vorverfahren erstatteten Schriftsätze und der mündlichen Verhandlung vom 17.9.2015 werden folgende ergänzende **Feststellungen** getroffen:

Bei der Antragsgegnerin, Stadt Wien – Magistratsabteilung 56, vertreten durch die Magistratsabteilung 54, handelt es sich unbestritten um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Der verfahrensgegenständliche Feststellungsantrag ist rechtzeitig. Er enthält die gemäß § 35 Abs. 1 WVRG 2014 erforderlichen Angaben, insbesondere auch solche zum Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss und zum behaupteten drohenden Schaden.

Der Feststellungsantrag der Antragstellerin vom 11.7.2013 bezog sich auf die Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Lose I., XIII., XIV., XVIII. und XX., die der H. GmbH zugeschlagen wurden, und hinsichtlich der Lose II. bis VI. und VIII. bis XI., die der Teilnahmeberechtigten zugeschlagen wurden. Im vorliegenden Verfahren sind nur die Losen verfahrensgegenständlich, die der Teilnahmeberechtigten zugeschlagen wurden, da sich der Bescheid des VKS Wien vom 3.10.2013, VKS-537973/13, ebenfalls nur auf diese Losen bezog, und das diesen behebende Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 27.10.2014, Zahl VwGH 2013/04/0140, somit ebenfalls nur diese Lose betraf. Die Anträge hinsichtlich der der H. GmbH zugeschlagenen Lose werden vom Verwaltungsgericht Wien in einem eigenen Verfahren behandelt. Im gegenständlichen Verfahren war nur zu beurteilen, ob die Bedenken der Antragstellerin gegen das Angebot der H. GmbH (Fehlen des Nachweises der erforderlichen Fahrzeuge, unplausible Preisbildung) eine Grundlage im Vergabeakt haben, das Angebot dieser Bieterin daher auszuschneiden und bei der Beurteilung, welche Lose der Antragstellerin allenfalls zuzuschlagen gewesen wären, nicht zu berücksichtigen gewesen wäre.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien vom 17.9.2015 bestand die Antragstellerin, trotz Hinweis aus dem Senat, dass die Lose I., XIII., XIV., XVIII. und XX., die der H. GmbH zugeschlagen wurden, in einem gesonderten Feststellungsverfahren behandelt würden und daher in diesem Verfahren nicht gegenständlich seien, und trotz Hinweis der Antragsgegnerin, dass sie den Zuschlag in Los XII. ohnedies erhalten habe, auf der Protokollierung ihres Vorbringens auf die Frage, auf welche Lose des Vergabeverfahrens sich ihr Antrag auf Feststellung beziehe, wonach sich ihr Antrag auf die Lose I., II., IV., V., XI., XII., XIV. und XVIII. beziehe. Die Antragstellerin bestand weiters im Zuge der Durchsicht des Verhandlungsprotokolls nach dem Schluss der Verhandlung darauf, dass dort, wo „ihre Anträge“ protokolliert wurde, dies auf „ihr Antrag“ ausgebessert werde.

Der im sekundären Feststellungsantrag vom 11.7.2013 gestellte dritte Eventualantrag, gemäß § 37 Abs. 2 WVRG 2007 festzustellen, dass die im Nachprüfungsverfahren angefochtene Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren „Schulbusbetrieb MA 56“ hinsichtlich der der Teilnahmeberechtigten zugeschlagenen Lose rechtswidrig war, wurde in einem gesonderten Verfahren behandelt, das mit der die Revision gegen den Bescheid des VKS Wien vom 21.11.2013, Zahlen VKS-537973/13 und VKS-538093/13, zurückweisenden Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 19.11.2014, Zahl 2013/04/0176, abgeschlossen wurde.

Ausschreibungsgegenstand des dem gegenständlichen Feststellungsantrag zu Grunde liegenden Vergabeverfahrens war die Dienstleistung des Schulbusbetriebs für SchülerInnen mit Behinderung für sechs Unterrichtsjahre ab Schulbeginn 2011 mit der Option auf Verlängerung um weitere zwei Unterrichtsjahre. 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. 1750mm 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 Auffahrrampen oder Hebeplattformen Verwendung finden - Auffahrschienen sind aus Sicherheitsgründen nicht zulässig.

.) Auffahrrampen 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 It Pkt. (7.3) handelt. Diese Mindestanzahl an Fahrzeugen zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns errechnet sich aus der Anzahl der zu befördernden SchülerInnen It. 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 Lose/Schulstandorte 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 Bieterinnen 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 a 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 ausgeschrieben.“

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 Teilnahmeberechtigten haben 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 Teilnahmeberechtigten ein Ausdruck aus dem ANKÖ angeschlossen (Vergabeakt Trennblatt 7c), aus dem neben anderen Informationen auch die Gewerbeberechtigungen dieses Unternehmers ersichtlich sind. Die Teilnahmeberechtigte hatte zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung laut dem von der Antragsgegnerin im Zuge der Angebotsprüfung beigeschafften ANKÖ-Auszug die Konzession nach den Gelegenheitsverkehrs-Gesetz für das Mietwagengewerbe mit 115 Omnibussen und 24 Personenkraftfahrzeugen.

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 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. Die aktualisierte Tabelle enthält jedoch keine zusätzlichen Fakten, die für die Nachvollziehung der Ermittlung der Zuschlagsempfängerinnen durch die Antragsgegnerin erforderlich wären. Festzuhalten ist, dass in den Tabellen in der Spalte der Präferenzreihung der Antragstellerin bei Los I. irrtümlich die Reihung 1. angegeben ist. Zutreffend wäre bei Los I. jedoch 19. anzugeben. Präferenz 1. bestand, wie aus dem Angebot der Antragstellerin hervorgeht, für das Los VIII.

Die erste Tabelle betreffend die Billigstbieterinnenermittlung unter Berücksichtigung der Präferenzen und Fahrzeugkapazitäten (mit Ausnahme der Vermerke, welche Fahrzeuganzahl jede Bieterin zur Verfügung hatte und welche Fahrzeuganzahl sie beschaffen musste) wurde der Antragstellerin im Zuge einer

von ihr beantragten Akteneinsicht zur Kenntnis gebracht. Die Verletzung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen war nach Ansicht des Senates in diesem Zusammenhang insofern auszuschließen, als die angebotenen Preise pro Los den Bieterinnen aus der Angebotsöffnung bereits bekannt waren. Die den einzelnen Bieterinnen zur Verfügung stehenden Fahrzeugkapazitäten stellen aufgrund des Zeitablaufs seit der Angebotsabgabe keine Geschäfts- und Betriebsgeheimnis mehr dar. Ebenso lassen sich aus der bekanntgegebenen Präferenzreihung keine Schlüsse auf Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse ziehen, da die Ursachen für die Präferenz einzelner Lose vielfältig sein können. Anhand dieser Tabelle ist die Ermittlung der Zuschlagsempfängerinnen durch die Antragsgegnerin nachvollziehbar. Die Kenntnis dieser Entscheidungsgrundlage ist daher für die Antragstellerin insbesondere im Zusammenhang mit der Frage, ob sie in einzelnen Losen eine echte Chance auf den Zuschlag hatte, zur effektiven Rechtsverfolgung erforderlich.

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 ein Referenznachweis (Vergabeakt Trennblatt 36) angeschlossen, der den in der Ausschreibung geforderten Umfang abdeckt.

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 zur Zufriedenheit der Antragsgegnerin beantwortet. Das Ergebnis wurde in einem Resümee festgehalten (beides: Vergabeakt Trennblatt 14a „vertiefte Angebotsprüfung B.“).

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 legte mit ihrem Angebot Zulassungsscheine, Auftrags- und Bestellbestätigungen, Preislisten, Kostenvoranschläge des Umbauunternehmens etc. als Nachweis für 60 ausschreibungskonforme Fahrzeuge vor (Vergabeakt Trennblatt 31 C). Sie erhielt den Zuschlag in fünf Losen und benötigte dafür 55 Fahrzeuge. Die Nachweise für die der H. GmbH zur Verfügung stehenden Fahrzeuge wurden von der Antragsgegnerin geprüft und in Ordnung befunden. Diese 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 auch kein Hinweis darauf, dass das Angebot der H. GmbH aus anderen Gründen auszuschneiden gewesen wäre. Diese Feststellungen zum Angebot der H. GmbH konnten aufgrund des Inhalts des Vergabeaktes getroffen werden.

Im weiteren Vergabeverfahren wurde den Bietern von der Antragsgegnerin die angefochtene Zuschlagsentscheidung 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., III., VIII., IX. und 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. Der H. GmbH sollten die Lose I., XIII., XIV., XVIII. und XX. zugeschlagen werden.

Die Zuschlagsentscheidung erfolgte in diesem Sinne.

Die Antragstellerin hatte insgesamt 103 Fahrzeuge zur Verfügung. Sie wurde als präsumtive Zuschlagsempfängerin in den Losen XII. und XIX. ermittelt. Für das Los XII. benötigte die Antragstellerin eine Fahrzeuganzahl von 18 Fahrzeugen, für das Los XIX. benötigte sie eine Fahrzeuganzahl von 29 Fahrzeugen. Damit verblieb der Antragstellerin nach Abzug der für die Lose XII. und XIX. erforderlichen Fahrzeuge eine Fahrzeugkapazität von 56 Fahrzeugen.

Zum Angebot der H. GmbH kam der Senat zu dem Schluss, dass die Bedenken der Antragstellerin, soweit aus dem Vergabeakt ersichtlich, nicht berechtigt waren, weil diese Bieterin die erforderliche Eignung aufwies und die Preiskalkulation plausibel war. Ihr Angebot war daher nicht auszuschneiden und die Zuschlagserteilung hinsichtlich der an sie vergebenen Lose erfolgte zu Recht. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Mitbieterin T. GmbH ausgeschieden wurde, das Angebot der H. GmbH nicht auszuschneiden war, und unter der Voraussetzung, dass die Antragstellerin mit ihrer Argumentation, die Teilnahmeberechtigte wäre auszuschneiden gewesen und hätte daher in keinem Los den Zuschlag erhalten dürfen, durchdringen würde, ergäbe sich für die der Teilnahmeberechtigten zugeschlagenen Lose II., III. und VIII. in der von der Antragstellerin gewählten Präferenzreihung somit Folgendes:

Für Los VIII. (Präferenz 1) ist die Antragstellerin zwar nicht Billigstbieterin, sie weist aber, anders als die Bieterinnen mit billigeren Angeboten (O. und H.), nach Abzug der für die bereits ihr zugedachten Lose die erforderliche Fahrzeugkapazität von 31 Fahrzeugen auf. Dieses Los wäre der Antragstellerin daher zuzuschlagen gewesen. Danach wäre der Antragstellerin eine Fahrzeugkapazität von 25 Fahrzeugen verblieben.

Für Los II. (Präferenz 2) ist die Antragstellerin ebenfalls nicht Billigstbieterin, sie weist aber, anders als die Bieterinnen mit billigeren Angeboten (E., H., O.), nach Abzug der für die bereits ihr zugedachten Lose die erforderliche Fahrzeugkapazität von 22 Fahrzeugen auf. Dieses Los wäre der Antragstellerin daher zuzuschlagen gewesen. Danach wäre der Antragstellerin eine Fahrzeugkapazität von 3 Fahrzeugen verblieben.

Die Lose XV. (Präferenz 3) und XIII. (Präferenz 4) sind nicht antragsgegenständlich, da sie nicht an die Teilnahmeberechtigte vergeben werden sollten. Für die Lose Los IX. (Präferenz 5), X. (Präferenz 6), XIV. (Präferenz 7) und XI. (Präferenz 8) ist jeweils eine andere Bieterin die billigste Bieterin, die auch die erforderlichen Fahrzeugkapazitäten hat.

Für Los III. (Präferenz 9) ist die Antragstellerin zwar nicht Billigstbieterin, sie weist aber, anders als die Billigstbieterin (H.), die erforderliche Fahrzeugkapazität von 2 Fahrzeugen nach den ursprünglich vergebenen und nach der Vergabe der im vorigen Absatz genannten Lose noch auf. Los III. wäre daher an die Antragstellerin zu vergeben gewesen.

Damit verbliebe der Antragstellerin nur mehr ein Fahrzeug, sodass sie kein weiteres Los mehr erhalten hätte können. Da ihre Präferenzreihung das Los IV. erst an 10. und das Los V. erst an 12. Position aufweist, verblieben ihr dafür nicht die erforderlichen Fahrzeuge, weshalb sie den Zuschlag in diesen Losen nicht erhalten konnte.

Die Antragstellerin hat ihren Antrag hinsichtlich der Lose II., III., und VIII., für die sie, wie oben dargestellt, den Zuschlag bei Wegfall der Teilnahmeberechtigten erhalten hätte müssen, in der mündlichen Verhandlung vom 17.9.2015 dahingehend modifiziert, dass er nur hinsichtlich Los II. aufrecht blieb.

Zum Themenbereich des Nachweises der erforderlichen Fahrzeugkapazität ist darauf hinzuweisen, dass dem Angebot der Teilnahmeberechtigten zwei Bestätigungen angeschlossen waren, mit denen einerseits die P. AG bestätigt, dass die Teilnahmeberechtigte bei Bestellung bis März 2011 zur Lieferung August 2011 80 Stück Mercedes Sprinter in ausschreibungskonformer Ausführung, ausgenommen die nachträglichen Sonderumbauten, von ihr geliefert bekommen könne, sodass diese Fahrzeuge mit Schulbeginn des Schuljahres 2011/12 eingesetzt werden könnten. Andererseits bestätigte die D. GmbH, dass die Teilnahmeberechtigte bei Bestellung bis März 2011 zur Lieferung August 2011 den rollstuhlgerechten Sonderumbau für den Transport von Personen mit Behinderung für 80 Stück beigestellter Mercedes Sprinter von ihr geliefert

bekommen könne, sodass diese Fahrzeuge mit Schulbeginn des Schuljahres 2011/12 eingesetzt werden könnten (Vergabeakt Trennblatt 36).

Bei der Teilnahmeberechtigten war für die Ausarbeitung des Angebots im gegenständlichen Vergabeverfahren Herr Sch. zuständig. Herr Hu. war und ist auch aktuell noch für Technik und Einkauf zuständig und hat auf Ersuchen von Herrn Sch. für die Ausarbeitung des Angebots zunächst Erkundigungen bei in Frage kommenden Lieferanten eingezogen, welche Fahrzeuge in Frage kämen. In der Folge hat er die Bestätigungen der D. GmbH und der P. AG beschafft, in denen diese Unternehmen die o.a. Bestätigungen abgeben. Für die Finanzierung der Fahrzeuge war bei der Teilnahmeberechtigten eine dritte Person zuständig.

Zwischen der Teilnahmeberechtigten und den Unternehmen D. GmbH und P. AG besteht eine jahrelange Geschäftsverbindung, die Bestellungen der Teilnahmeberechtigten wurden stets zu deren Zufriedenheit erfüllt. 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, wobei geringfügige Abweichungen, z.B. wegen einer höheren oder geringeren Zahl an aufgrund der tatsächlichen Zuschlagserteilung bestellten Fahrzeugen, erst nach Zuschlagserteilung feststanden.

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 sollte ebenso vorgegangen werden. Es erfolgte auch eine Kontaktaufnahme mit der D. GmbH, die mit dem Umbau der Fahrzeuge beauftragt werden sollte. 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 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 Bezug auf die erforderliche Lieferung der umgebauten Fahrzeuge bis zu diesem Zeitpunkt genommen.

Die Bestätigung der P. AG wurde von Herrn Fr. unterfertigt, der zu diesem Zeitpunkt der zuständige Verkäufer dieses Unternehmens war.

Diese Feststellungen zu den Abläufen im Zusammenhang mit der Bestellung von umgebauten Fahrzeugen durch die Teilnahmeberechtigte bzw. mit der Beschaffung der o.a. Bestätigungen beruhen auf der Zeugenaussage des Zeugen Hu., der die vom Senat gestellten Fragen fachkundig und widerspruchsfrei beantwortete. Er machte seine Aussage ohne Zögern und beantwortete auch die Fragen der Parteienvertreter exakt und klar. Der Senat gewann den Eindruck, dass er die Vorgänge, über die er befragt wurde, noch gut in Erinnerung hatte. Es bestand daher keine Ursache, an der Richtigkeit seiner Aussage zu zweifeln.

Zur Frage der Befugnis der Teilnahmeberechtigten ist festzuhalten, dass diese zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung Konzessionen für das Mietwagengewerbe für 24 PKW und 119 Omnibusse aufwies (Vergabeakt Trennblatt 7c).

Die ausgeschriebenen Leistungen waren mit Kleinbussen (8 Sitzplätze und Fahrer) zu erbringen (Vergabeakt Trennblatt 4, Punkt 7.3.a der Angebotsbestimmungen, Beilage B), die die in den Ausschreibungsunterlagen festgehaltene Ausstattung aufwiesen (Vergabeakt Trennblatt 4, Punkt 7.3 der Angebotsbestimmungen).

Die Antragstellerin hat ebenfalls für alle Lose Angebote abgegeben. Sie war in Los XIX. Billigstbieterin und wurde unter Berücksichtigung der Angebote der anderen Bieter sowie der Fahrzeugkapazitäten und der Präferenzreihung für die Lose XII. und XIX. als Zuschlagsempfängerin vorgesehen.

Der Zuschlag wurde am 16.12.2011 entsprechend der Zuschlagsentscheidung erteilt.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes festzuhalten:

§ 19 BVergG 2006 lautet:

§ 19. (1) 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:

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

§ 70 BVergG 2006 lautet:

§ 70. (1) 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:

§ 75 (7) 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:

§ 125. (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:

§ 129. (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 BVergG 2006 lautet:

§ 131. (1) 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:

§ 7. (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:

§ 33. (1) 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 Nichtigkeitserklärung des Vertrages abzusehen oder den Vertrag frühestens mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung aufzuheben.

§ 37 WVRG 2014 lautet auszugsweise:

§ 37 (1) Soweit in den Abs. 3 bis 5 nicht Anderes bestimmt ist, hat das Verwaltungsgericht Wien den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 7 Abs. 3 Z 3 bis 5 für nichtig zu erklären.

(...)

(3) Das Verwaltungsgericht Wien hat von einer Nichtigklärung des Vertrages im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 7 Abs. 3 Z 3 bis 5 abzusehen, wenn die Auftraggeberin oder der Auftraggeber dies beantragt hat und zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten. Wirtschaftliche Interessen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag stehen, können die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht rechtfertigen, andere wirtschaftliche Interessen nur dann, wenn die Nichtigkeit in Ausnahmefällen unverhältnismäßige Folgen hätte.

§ 39 WVRG 2014 lautet:

§ 39. (1) Wird während eines Nichtigklärungsverfahrens gemäß dem 2. Abschnitt des 3. Hauptstückes in dem betreffenden Verfahren zur Vergabe von Aufträgen 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, festzustellen, ob der behauptete Rechtsverstoß vorliegt. Ein Antrag auf Feststellung ist spätestens sechs Wochen ab dem Zeitpunkt der Kenntnis des Zuschlages, ab Kenntnis des Widerrufs der Ausschreibung oder ab dem Zeitpunkt, in dem man hiervon Kenntnis hätte haben können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten, nach dem der Zuschlag erteilt oder das Verfahren zur Vergabe von Aufträgen widerrufen wurde oder als widerrufen gilt, zulässig. Unabhängig davon kann ein Antrag auf Feststellung gemäß § 33 gestellt werden.

(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.

(3) Wird die Wiederaufnahme oder Wiedereinsetzung des Nichtigklärungsverfahrens in einem Zeitpunkt bewilligt oder verfügt, in dem das Vergabeverfahren durch rechtswirksame Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung beendet ist, hat das Verwaltungsgericht Wien über Antrag nur mehr festzustellen, ob die behaupteten Rechtswidrigkeiten vorliegen.

(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.

§ 41 Abs. 1 WVRG 2014 lautet:

§ 41. (1) Die mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beim Vergabekontrollsenat anhängigen Verfahren sind nach den Bestimmungen dieses Landesgesetzes beim Verwaltungsgericht Wien fortzuführen.

§ 2 Gelegenheitsverkehrs-Gesetz 1996 lautet:

§ 2. (1) 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:

§ 3. (1) 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:

§ 4. (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 Abs. 1 Gelegenheitsverkehrs-Gesetz 1996 lautet:

§ 5. (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:

§ 2 (1) Z 5 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:

§ 2 (1) Z 7 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;

V. Der Senat hat zu den Feststellungsanträgen **Folgendes erwogen:**

Vorab ist festzuhalten, dass gemäß § 41 Abs. 1 WVRG 2014 die mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beim Vergabekontrollsenat anhängigen Verfahren nach den Bestimmungen dieses Landesgesetzes beim Verwaltungsgericht Wien fortzuführen sind. Das gegenständliche sekundäre Feststellungsverfahren wurde durch den Antrag vom 11.7.2013 beim VKS Wien eingeleitet. Es ist nach Aufhebung der Entscheidung des VKS durch den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien fortzuführen. Gemäß § 41 Abs. 1 WVRG 2014 sind daher die Bestimmungen dieses Gesetzes, und nicht die des WVRG 2007, auf das gegenständliche Verfahren anzuwenden.

V.1. Zur Antragslegitimation der Antragstellerin ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sie, wie sie in ihrem Schriftsatz vom 22.12.2014 selbst nachvollziehbar ausführt, und wie dies auch vom Verwaltungsgericht Wien anhand der Tabelle Billigstbieterermittlung festgestellt wurde (s.o.), nach Zuschlag der Lose XII. und XIX., nur mehr die Fahrzeugkapazität für die Lose II., III. und VIII. gehabt hätte. Danach wäre der Antragstellerin nur mehr ein Fahrzeug verblieben, mit dem sie kein weiteres der beanspruchten Lose mehr hätte bedienen können.

Sie hätte daher bei Berücksichtigung der von ihr bekanntgegebenen Präferenzreihung und ihrer Fahrzeugkapazität nach ihren eigenen Ausführungen den Zuschlag hinsichtlich der Lose IV., V., VI., IX., X. und XI., die ebenfalls der Teilnahmeberechtigten zugeschlagen wurden und auf die sich ihr Feststellungsantrag vom 11.7.2013 ebenfalls bezog, auch in dem Fall nicht erhalten können, dass die Antragsgegnerin ihrer Argumentation bei der Ermittlung der Zuschlagsempfänger gefolgt wäre und der Teilnahmeberechtigten keine Lose zugeschlagen hätte. Gemäß Punkt (16.1) der Angebotsbestimmungen im Vergabeakt waren Angebote, für die die Bieterin die Kapazitätsanforderungen nicht (mehr) erfüllte, auszuschneiden, weshalb der Antragstellerin hinsichtlich der

Lose IV., V., VI., IX., X. und XI. schon aus diesem Grund keine Antragslegitimation gemäß § 39 Abs. 2 WVRG 2014 zugekommen wäre.

Dies ergibt sich schon daraus, dass § 33 WVRG 2014 für die Zulässigkeit eines Feststellungsantrags vorschreibt, dass dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Der vergaberechtliche Rechtsschutz soll somit der Durchsetzung subjektiver Rechte des Bieters und nicht der Sicherung der objektiven Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens dienen.

In der mündlichen Verhandlung vom 17.9.2015 hat die Antragstellerin vorgebracht, dass sich ihr Antrag auf die Lose I., II., IV., V., XI., XII., XIV. und XVIII. beziehe. Damit sind die im ursprünglichen Feststellungsantrag noch enthaltenen Losen III., VI., VIII., IX., und X. nicht mehr verfahrensgegenständlich, weshalb darüber nicht mehr abzusprechen war.

Hinsichtlich der Lose IV., V. und XI. bleiben die o.a. Erwägungen jedoch aufrecht, weshalb die Anträge der Antragstellerin, hinsichtlich dieser Lose 1.) gemäß § 39 Abs. 2 WVRG 2014 i.V.m. § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 festzustellen, dass ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde und auf Nichtigerklärung der Verträge gemäß § 37 Abs. 2 WVRG 2014, 2.) gemäß § 39 Abs. 2 WVRG 2014 i.V.m. § 33 Abs. 1 Z 3 WVRG 2014 festzustellen, dass der Zuschlag betreffend die o.a. Lose in rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG 2006 erteilt wurde und auf Nichtigerklärung der Verträge gemäß § 37 Abs. 2 WVRG 2014 und 3.) gemäß § 39 Abs. 2 WVRG 2014 i.V.m. § 33 Abs. 1 Z 1 WVRG 2014 festzustellen, dass wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 oder gegen hiezu ergangene Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag hinsichtlich der Lose s.o. nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde, mangels Antragslegitimation der Antragstellerin als unzulässig zurückzuweisen sind.

Hinsichtlich Los I., XIV. und XVIII. waren die o.a. Anträge zurückzuweisen, da das Vergabeverfahren und die Zuschlagserteilung in diesen Losen nicht

verfahrensgegenständlich sind. Diese Lose wurden, wie oben ausgeführt, der H. GmbH zugeschlagen. Soweit sich der Feststellungsantrag auf die der H. GmbH zugeschlagenen Lose bezieht, wird er vom Verwaltungsgericht Wien, wie auch schon vom VKS und vom Verwaltungsgerichtshof, in einem gesonderten Verfahren behandelt. Weder das behebende Erkenntnis des VwGH vom 27.10.2014, Zahl 2013/04/0140, noch der dadurch aufgehobene Bescheid des VKS vom 3.10.2013, Zahl VKS-537973/13, bezogen sich auf diese Lose.

Hinsichtlich Los XII. waren die o.a. Anträge ebenfalls zurückzuweisen, da dieses Los ohnedies der Antragstellerin zugeschlagen wurde, weshalb ihr durch eine allfällige Rechtswidrigkeit dieses Zuschlages kein Schaden entstanden sein kann.

V.2. Soweit sich die Anträge auf Los II. beziehen, ist zunächst festzuhalten, dass sowohl die Antragstellerin als auch die Antragsgegnerin in ihrem Vorbringen davon ausgegangen sind, dass die Antragstellerin bei Berücksichtigung der von ihr bekanntgegebenen Präferenzreihung und ihrer Fahrzeugkapazitäten den Zuschlag für dieses Los erhalten hätte können. Dies lässt sich anhand der Tabelle Billigstbieterermittlung nachvollziehen.

V.2.1. Zum Antrag gemäß § 39 Abs. 2 WVRG 2014 i.V.m. § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014, festzustellen, dass ein Vergabeverfahren betreffend Los II. in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde und auf Nichtigerklärung des Vertrages gemäß § 37 Abs. 2 WVRG 2014, führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Antragsgegnerin bei der Durchführung des Vergabeverfahrens wiederholt (hinsichtlich der Befugnis, der technischen Leistungsfähigkeit und der Fahrzeugkapazitäten) von den von ihr getroffenen Festlegungen abgewichen sei. Andernfalls hätte der Teilnahmeberechtigten nicht der Zuschlag erteilt werden dürfen, sondern hätte ihr Angebot ausgeschieden werden müssen. Daraus folge, dass die hier gegenständliche Auftragsvergabe nicht von der erfolgten Ausschreibung der Antragsgegnerin gedeckt sei und der nachfolgende Vertragsabschluss keine Grundlage in einem von der Antragsgegnerin durchgeführten Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung habe.

Dieser Argumentation ist insofern nicht zu folgen, als das gegenständliche Vergabeverfahren, wie aus dem Vergabeakt ersichtlich, im Amtsblatt der EU vom 30.6.2010 bekanntgemacht wurde. Die Tatsache, dass die Antragstellerin die Rechtsansicht der Antragsgegnerin darüber, ob die Teilnahmeberechtigte die Vorgaben der Ausschreibung hinsichtlich der Befugnis, der technischen Leistungsfähigkeit und der Fahrzeugkapazitäten erfüllt und mit Angebotslegung ausreichend nachgewiesen hat, nicht teilt, berechtigt nicht zu dem Schluss, dass es sich bei den Leistungen, auf die sich die Zuschlagsentscheidung bezieht, nicht um dieselben Leistungen handelt, die ausschreibungsgegenständlich und damit auch Inhalt der EU-weiten Kundmachung waren, und dass daher hinsichtlich dieser Leistungen keine ordnungsgemäße Bekanntmachung erfolgt sei.

Der Antragsgegnerin wurde es durch die Kundmachung ermöglicht, ein Angebot abzugeben. Die Frage, ob ihr zu Unrecht in Los II. der Zuschlag nicht erteilt wurde, ist Gegenstand des vorliegenden Feststellungsverfahrens. Die Antragsgegnerin hat jedoch gegenständlich kein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt, weshalb der entsprechende Feststellungsantrag abzuweisen war.

V.2.2. Zum Antrag, gemäß § 39 Abs. 2 WVRG 2014 i.V.m. § 33 Abs. 1 Z 3 WVRG 2014 festzustellen, dass der Zuschlag betreffend Los II. in rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG 2006 erteilt wurde und auf Nichtigerklärung des Vertrages gemäß § 37 Abs. 2 WVRG 2014, führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Antragsgegnerin die angefochtene Zuschlagsentscheidung insofern unzureichend begründet habe, als sie neben den präsumtiven Zuschlagsempfängern und den jeweiligen Vergabesummen pro Los weder die Präferenzreihung noch die Fahrzeugkapazitäten der präsumtiven Zuschlagsempfänger bekanntgegeben habe. Es sei der Antragstellerin somit nicht möglich gewesen, die Zuschlagsentscheidung nachzuvollziehen. Damit sei ihr ein effektiver Zugang zum vergaberechtlichen Rechtsschutz verweigert worden.

Diesem Vorbringen war insofern nicht zu folgen, als eine unzureichende Begründung der Zuschlagsentscheidung zwar einen Verstoß gegen § 131 BVergG 2006 darstellen und die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig machen kann, wenn

den unterlegenen Bietern dadurch die Möglichkeit einer effektiven Rechtsverfolgung genommen wurde. Selbst wenn die Begründung einer Zuschlagsentscheidung jedoch nicht den Vorgaben des § 131 BVergG 2006 entsprechen sollte, wäre die Zuschlagserteilung nicht „ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung“ erfolgt.

Dies ist schon daraus erkennbar, dass den unterlegenen Bietern, so auch der Antragstellerin, im vorliegenden Fall die Zuschlagsentscheidung zugegangen ist und sie damit in die Lage versetzt wurden, unter Geltendmachung der von ihnen angenommenen Rechtswidrigkeiten einen diesbezüglichen Nachprüfungsantrag sowie in der Folge einen Feststellungsantrag zu stellen und damit die von ihnen behaupteten Rechtsverletzungen zum Gegenstand einer Überprüfung zu machen, was beim völligen Unterbleiben einer Zuschlagsentscheidung nicht der Fall gewesen wäre. Die Antragstellerin hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und die Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung beantragt, wobei das Nachprüfungsverfahren nach zweimaliger Befassung des Verwaltungsgerichtshof und mittlerweile erfolgter Zuschlagserteilung aufgrund des Feststellungsantrages der Antragstellerin nunmehr als Feststellungsverfahren fortgeführt wird.

Die Antragsgegnerin hat somit gegenständlich keinen Zuschlag ohne vorhergegangene Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erteilt, weshalb der Antrag abzuweisen war.

V.2.3. Nachdem das WVRG 2014 die Nichtigklärung von Verträgen nur im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 7 Abs. 3 Z 3 bis 5 WVRG 2014 vorsieht, die von der Antragstellerin diesbezüglich gestellten Anträge zu Los II. jedoch abzuweisen waren, lagen die Voraussetzungen für die Nichtigklärung von Verträgen gemäß § 37 Abs. 2 WVRG 2014 nicht vor. Die Anträge der Antragstellerin, die Verträge gemäß § 37 Abs. 2 WVRG 2014 für nichtig zu erklären, waren daher abzuweisen.

V.2.4. Zum Antrag der Antragstellerin, gemäß § 39 Abs. 2 WVRG 2014 i.V.m. § 33 Abs. 1 Z 1 WVRG 2014 festzustellen, dass wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 oder gegen hiezu ergangene Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag

hinsichtlich Los II. nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde, ist zu prüfen, ob die von der Antragstellerin bereits in ihrem Nichtigerklärungsantrag vom 29.7.2011 behaupteten und mit Feststellungsantrag vom 11.7.2013 neuerlich relevierten Rechtswidrigkeiten des vorliegenden Vergabeverfahrens vorliegen.

V.3.1. 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 somit 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 beigeschafften 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 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 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 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 Fahrzeuge verfügte, und damit zu diesem Zeitpunkt die erforderliche Befugnis nicht hatte. Sie wäre daher gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen.

V.3.2. 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. Der Argumentation der Antragstellerin, die ihre Bedenken mangels Einsicht in das Angebot der Teilnahmeberechtigten nur auf ihre Marktkenntnis stützen konnte, war daher nicht zu folgen.

V.3.3. 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 Mercedes Sprinter 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 würden hingegen nachweisen, dass die jeweilige Bieterin bereits über die diesbezüglichen Fahrzeuge verfügt. Die Antragsgegnerin hat in ihre Angebotsbestimmungen jedoch 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 glaubwürdig 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 ablesen ließ und die Teilnahmeberechtigten 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 Ineinandergreifen 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 Fr. 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 Fr. der für den Verkauf der gegenständlichen Fahrzeuge zuständige Mitarbeiter und damit der Ansprechpartner der Teilnahmeberechtigten bei diesem Unternehmen war.

V.3.4. 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.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die Teilnahmeberechtigte nur in fünf Losen das billigste Angebot abgab, in vier weiteren Losen kam sie erst nach Ausscheiden einer weiteren Bieterin, die in diesen Losen die billigsten Preise angeboten hatte, zum Zug. In einem Los war die Teilnahmeberechtigte zwar Billigstbieterin, hat den Zuschlag mangels der erforderlichen Fahrzeugkapazitäten jedoch nicht erhalten.

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. Die Befürchtung der Antragstellerin, Bieter, die zuvor noch keine ähnlichen Leistungen erbracht hätten, könnten in Unkenntnis der Bedeutung qualifizierten Personals für den reibungslosen Ablauf der Auftragserfüllung bei der Kalkulation vom Einsatz ungeeigneten Personals ausgehen, ist daher unbegründet. 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.

Es besteht daher keine Grundlage für die Befürchtung 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, kann zwar ein 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.

V.3.5. Zuschlagsentscheidung nicht ausreichend begründet

Die Antragstellerin bemängelt, dass in der Zuschlagsentscheidung die Fahrzeugkapazitäten und Präferenzreihungen der einzelnen Bieter nicht bekanntgegeben wurden. Erst dadurch wäre die Antragstellerin 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 Bieterinnen 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 lauterem 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 vorhandenen 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 in Los II.,

hinsichtlich dessen die Antragstellerin laut ihren eigenen Angaben ausreichend Fahrzeugkapazitäten gehabt hätte, bei Einhaltung der in der Ausschreibung festgelegten Voraussetzungen an diese erfolgen hätte müssen.

VI. Zum Antrag, dass die Antragstellerin keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags hat

Die Antragsgegnerin hat zunächst im Feststellungsverfahren vor dem VKS mit Schriftsatz vom 25.7.2013 den Antrag gestellt, der VKS möge feststellen, dass die Antragstellerin in den Losen III., IV., V., VI., IX., X. und XI. keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags hatte. In diesem Antrag ist Los II. nicht enthalten, weil die Antragsgegnerin nach ihrem eigenen Vorbringen davon ausging, dass die Antragstellerin in Los II. den Zuschlag erhalten hätte können.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien vom 17.9.2015 brachte die Antragsgegnerin vor, dass sich ihr Antrag auf alle verfahrensgegenständlichen Lose beziehe. Da das WVRG 2014 für einen Antrag gemäß § 33 Abs. 1 vorletzter Satz keine Frist vorsieht, war davon auszugehen, dass der Antrag in der mündlichen Verhandlung auf Los II. erweitert wurde.

Dem Antrag war jedoch hinsichtlich Los II. keine Folge zu geben, da die Antragstellerin, wie oben dargestellt, für Los II. unter Berücksichtigung ihrer Referenzreihung und ihrer Fahrzeugkapazitäten den Zuschlag hätte erhalten müssen, da die Teilnahmeberechtigte mangels ausreichender Befugnis auszuschneiden war. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin in anderen Losen den Zuschlag erhalten hat, da die Antragsgegnerin nach Durchführung des Vergabeverfahrens zu dem Ergebnis gelangte, dass die Antragstellerin die erforderliche Befugnis aufwies und ihr Angebot den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen entsprach. Auch im gegenständlichen Feststellungsverfahren sind keine Umstände hervorgekommen, die an diesem Ergebnis zweifeln ließen.

Da den Anträgen der Antragstellerin hinsichtlich der übrigen Lose keine Folge gegeben wurde, war diesbezüglich über den Gegenantrag der Antragsgegnerin nicht abzusprechen (VwGH vom 27.06.2007, Zahl 2006/04/0106).

VII. Akteneinsicht

Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 9.4.2013, Zahl 2011/04/0207, den im Vorverfahren ergangenen Bescheid des VKS Wien vom 22.9.2011, Zahl VKS-8211/11, mit der Begründung behoben, dass der VKS Wien der Antragstellerin im Verfahren über den Nachprüfungsantrag das seitenlange Vorbringen der Antragsgegnerin vorenthalten habe, ohne Feststellungen darüber zu treffen, welche Themen das der Antragstellerin vorenthaltene Vorbringen betraf, um daran anknüpfend rechtlich zu beurteilen, ob und inwieweit ein – überwiegendes - Interesse an der Geheimhaltung des jeweiligen Vorbringens besteht und weshalb trotz der Geheimhaltung eine effektive Rechtsverfolgung durch die Antragstellerin möglich war.

Aus den Verfahrensakten des VKS Wien ergibt sich, dass einem Vertreter der Antragstellerin am 24.9.2013 Einsicht in das Inhaltsverzeichnis des Vergabeaktes gegeben wurde. In der Folge erhielt er nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften über die Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen in folgende Teile des Vergabeaktes Einsicht:

Trennblatt 6 (Angebotsöffnung), 7a (Gegenüberstellung eigenes Angebot), 7b (Prüfung L.), 14b (vertiefte Angebotsprüfung L.) sowie 33 (eigenes Angebot L.). Der Vertreter der Antragstellerin erhielt Kopien von Aktenbestandteilen und des Aktenvermerks über die Akteneinsicht.

Im gegenständlichen Feststellungsverfahren wurden der Antragstellerin entsprechend ihrem Antrag vom 29.5.2015 die Schriftsätze der Antragsgegnerin vom 12.8.2011 und vom 16.9.2011 im Zuge einer Akteneinsicht vom 2.6.2015 (nochmals) zur Kenntnis gebracht. Eine Unkenntlichmachung von Textpassagen erfolgte durch die zuständige Berichterin nur insoweit, als Details der Kalkulation, des Referenznachweises bzw. der Befugnis (Konzessionen) der Teilnahmeberechtigten betroffen waren, da es sich diesbezüglich um Informationen handelt, die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Teilnahmeberechtigten betreffen. Ebenso wurden die Passagen der Schriftsätze unkenntlich gemacht, die Vorbringen der Antragsgegnerin zum Parallelverfahren mit der Teilnahmeberechtigte H. GmbH enthielten, da diese Textpassagen der Teilnahmeberechtigten Einblick in Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse dieser

Bieterin gegeben hätten. Aus dem Verfahrensakt des Verwaltungsgerichts Wien ist ersichtlich, welche Passagen unkenntlich gemacht wurden (Aktenvermerk vom 2.6.2015 samt Anhang).

Wie die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag zutreffend ausgeführt hat, steht die Teilnahmeberechtigte mit der Antragstellerin und weiteren Parteien des gegenständlichen Verfahrens am gleichen sachlichen Markt in Konkurrenz. Durch Gewährung von Akteneinsicht in kalkulationsrelevante Unterlagen und Angebotsbestandteile besteht die Gefahr, dass Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse verletzt werden und die Parteien in ihrem Recht auf Wahrung der Vertraulichkeit sämtlicher sie betreffenden Informationen und Unterlagen sowie in ihrem Recht auf einen freien und lautereren Wettbewerb beeinträchtigt würden.

Die Rechtsverfolgung der Antragstellerin wurde dadurch nicht beeinträchtigt, da sie aufgrund der im Text belassenen Überschriften und allgemeinen Textpassagen die Argumentation der Antragsgegnerin im Wesentlichen nachvollziehen konnte. Sie konnte entsprechende Gegenargumente formulieren, die dann vom Gericht unter Berücksichtigung der anlässlich der Akteneinsicht geschwärzten, aber diesem bekannten Details geprüft wurden.

Die Antragstellerin hat weiters in ihrem Schriftsatz vom 12.6.2015 ausgeführt, dass ihr der Gewerberegisterauszug der Teilnahmeberechtigten ohnedies bekannt sei. Auch das Fehlen der erforderlichen Fahrzeuge sei ihr bekannt, weshalb durch eine diesbezügliche Akteneinsicht keine Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Teilnahmeberechtigten mehr verletzt werden könnten. Wenn die Antragstellerin aber den Gewerberegisterauszug kennt, aus dem die Befugnis der Teilnahmeberechtigten zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung hervorgeht, kann sie nicht mit Erfolg vorbringen, dass ihr diesbezüglich Informationen vorenthalten worden wären, die sie zur zweckmäßigen Rechtsverfolgung benötigt hätte, und dass daraus eine Mangelhaftigkeit des Feststellungsverfahrens resultiere.

Sowohl der Antragstellerin als auch der Teilnahmeberechtigten wurde weiters die Tabelle „Billigstbieterinnenermittlung unter Berücksichtigung der Kapazität und

der bekanntgegebenen Präferenz“ aus dem Vergabeakt zur Kenntnis gebracht, wobei nur die Angaben zu den vorhandenen bzw. zu beschaffenden Fahrzeugen unkenntlich gemacht wurden. Geschwärzt wurden weiters die diesbezüglichen Rechenbeispiele hinsichtlich anderer Bieter in den Schriftsätzen der Antragsgegnerin, da die Antragstellerin und die Teilnahmeberechtigte zur Nachvollziehbarkeit der Ermittlung der Zuschlagsempfängerinnen unter Berücksichtigung der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Vorgangsweise nur die Angaben zu den Angebotspreisen, Fahrzeugkapazitäten und Präferenzen der einzelnen Bieterinnen pro Los benötigt.

Dies erschien dem Gericht im Hinblick auf die Prüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin und den Antrag der Antragsgegnerin, festzustellen, dass die Antragstellerin hinsichtlich der von ihr genannten Lose keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte, erforderlich, da eine Darstellung der jeweiligen Rechtspositionen durch die Antragstellerin und durch die Teilnahmeberechtigte ohne Kenntnis der Fahrzeugkapazitäten der einzelnen Bieterinnen und deren Präferenzreihung wesentlich erschwert ist. Die sonstigen aus dieser Tabelle ersichtlichen Informationen waren den Bieterinnen aus der Angebotsöffnung ohnedies bekannt.

Das Interesse der Bieterinnen am Schutz allfälliger Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse im Zusammenhang mit den Fahrzeugkapazitäten und Präferenzreihungen dieser Bieterinnen zum Zeitpunkt der Angebotslegung im Jahr 2011 überwiegt angesichts des Zeitablaufs und des dadurch bewirkten Aktualitätsverlustes dieser Informationen nach Ansicht des Gerichtes das Interesse der Antragstellerin an einer effektiven Rechtsverfolgung bzw. der Antragsgegnerin an der Erörterung der Voraussetzungen für die Erledigung des von ihr gestellten Gegenantrages nicht mehr.

Abschließend ist festzuhalten, dass die Antragstellerin, wie auch aus ihren Schriftsätzen hervorgeht, im Zuge der zum gegenständlichen Vergabeverfahren durchgeführten Verfahren vor dem VKS Wien bzw. dem Verwaltungsgerichtshof mittlerweile jedenfalls über deutlich mehr Informationen über das Angebot der Teilnahmeberechtigten verfügt, als dies zum Zeitpunkt der Einbringung des ursprünglichen Nachprüfungsantrags der Fall war, was sich letztlich auch im

umfangreichen Vorbringen im gegenständlichen Feststellungsverfahren widerspiegelt.

Der Antragstellerin wurde somit Akteneinsicht in die Schriftsätze der Antragsgegnerin in dem Umfang gewährt, wie er der im Erkenntnis vom 9.4.2013, Zahl 2011/04/0207, geäußerten Rechtsansicht des Verwaltungsgerichtshofs entspricht. Auch in die zu einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Teile des Vergabeaktes wurde der Antragstellerin im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen über die Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen Akteneinsicht gewährt.

VIII. Antrag auf Rückerstattung der Pauschalgebühren

Die Antragstellerin hat dem ursprünglichen Nachprüfungsantrag vom 29.7.2011 einen Nachweis über die Entrichtung von Pauschalgebühren in der Höhe von EUR 2.539,50 (€ 1.693,-- für den Nichtigerklärungsantrag, € 846,50 für den Antrag auf Erlassung einer Einstweilige Verfügung) beigelegt. Sie hat im Nachprüfungsantrag den Antrag auf Ersatz dieser Pauschalgebühren gestellt und diesen im Feststellungsverfahren aufrechterhalten.

Nach den Ausführungen der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 22.12.2014 wurden ihr € 2.400,-- bereits zurückerstattet.

Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 22.12.2014 u.a. den Antrag gestellt, es mögen ihr die für den gegenständlichen Feststellungsantrag entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € 12.000,-- rückerstattet werden.

Die Entrichtung dieses Betrages wurde der Antragstellerin zwar mit dem Bescheid des VKS Wien vom 3.10.2013, Zahl VKS-537973/13, vorgeschrieben, in den Verfahrensakten des VKS Wien befindet sich jedoch kein Nachweis darüber, dass ein solcher Betrag an Pauschalgebühren von der Antragstellerin geleistet worden wäre.

In der mündlichen Verhandlung vom 17.9.2015 gab die Antragstellerin an, dass hinsichtlich der Pauschalgebühren keine Zahlungen mehr offen seien. Der Antrag auf Rückerstattung der Pauschalgebühren sei daher erledigt.

IX.: Abschließend ist nochmals darauf hinzuweisen, dass sich die Trennung der Feststellungsverfahren hinsichtlich der Lose, die der Teilnahmeberechtigten zugeschlagen wurden und der Lose, die der H. GmbH zugeschlagen wurden, aus der Trennung in den Vorverfahren ergibt. Im vorliegenden Feststellungsverfahren ist die Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Lose verfahrensgegenständlich, die der Teilnahmeberechtigten zugeschlagen wurden, da sich nur darauf der vom Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 27.10.2014, Zahl 2013/04/0140, aufgehobene Bescheid des VKS vom 3.10.2013, Zahl VKS 537973/13, bezog und im gegenständlichen Verfahren über die hinsichtlich dieser Lose daher wieder offenen Feststellungsanträge abgesprochen werden muss.

X.: Den Beweisanträgen der Antragstellerin, Herrn Z., Herrn Ing. Bi. sowie Herrn F. als Zeugen einzuvernehmen, wurde keine Folge gegeben.

Die zeugenschaftliche Einvernahme des Herrn Ing. Hu. ermöglichte es dem Senat, sich ein Bild von den Geschäftsbeziehungen zwischen der Teilnahmeberechtigten, der D. GmbH und der P. AG sowie den Vorgängen um die Beschaffung 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 als ausreichend zum Nachweis dafür anzusehen sind, dass die erforderliche Anzahl an Fahrzeugen mit den ausschreibungskonformen Umbauten zum Leistungsbeginn (Beginn des Schuljahres 2011/12) bei der Teilnahmeberechtigten vorhanden sein würden. Von der Einvernahme der Zeugen Z. und Bi. konnte daher abgesehen werden. Weiters ist darauf hinzuweisen, dass die Bearbeitung seitens der P. AG durch den damals zuständigen Verkäufer, Herrn Fr., erfolgte.

Herr F. ist Geschäftsführer der Antragstellerin. Das von der Antragstellerin beantragte Beweisthema bezog sich daher auf die übliche Gestaltung der

Bestellvorgänge zwischen der Antragstellerin und den Unternehmen D. GmbH und P. AG. Dies ist jedoch nicht entscheidungsrelevant. Zu entscheidungswesentlichen Fragen der Ausarbeitung des Angebots durch die Teilnahmeberechtigte und die Beschaffung der Bestätigungen der D. GmbH und P. AG über die zeitgerechte Lieferung der ausschreibungskonform umgebauten Fahrzeuge an die Teilnahmeberechtigte im gegenständlichen Vergabeverfahren konnte dieser Zeuge keine Aussage machen, da er damit nicht betraut war.

Die Aufnahme weiterer Beweise war nicht erforderlich.

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

B e l e h r u n g

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