

TE Vwgh Erkenntnis 2017/2/1 Ra 2016/04/0002

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 01.02.2017

Index

E6j;

50/01 Gewerbeordnung;

50/03 Personenbeförderung Güterbeförderung;

97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

62009CJ0338 Yellow Cab Verkehrsbetrieb VORAB;

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2;

BVergG 2006 §19 Abs1;

BVergG 2006 §71;

GelVerkG 1996 §15 Abs1 Z1;

GelVerkG 1996 §2 Abs1;

GelVerkG 1996 §4 Abs1;

GelVerkG 1996 §4 Abs2;

GelVerkG 1996 §4 Abs3;

GelVerkG 1996 §5 Abs1 Z2;

GelVerkG 1996 §5 Abs1;

GelVerkG 1996;

GewO 1994 §5 Abs2;

GewO 1994;

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 71 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 71 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 71 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. GewO 1994 § 5 heute

2. GewO 1994 § 5 gültig ab 01.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 5 gültig von 01.08.2002 bis 30.04.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
4. GewO 1994 § 5 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
5. GewO 1994 § 5 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden): Ra 2016/04/0003

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rigler, die Hofräte Dr. Kleiser und Dr. Mayr, Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie Hofrat Dr. Pürgy als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Mitter, über die Revisionen der revisionswerbenden Parteien 1. Stadt Wien, Magistratsabteilung 56 (protokolliert zu hg. Ra 2016/04/0002), sowie 2. B GmbH in W, vertreten durch die Breitenfeld Rechtsanwälte GmbH & Co KG in 1010 Wien, Marc-Aurel-Straße 6 (protokolliert zu hg. Ra 2016/04/0003), jeweils gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 14. Oktober 2015, Zl. VGW-123/072/10247/2014-38, betreffend vergaberechtliches Feststellungsverfahren (mitbeteiligte Partei jeweils: W GmbH in W, vertreten durch die Sundström/Partner Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in 1190 Wien, Pokornygasse 21/5), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Revisionen werden als unbegründet abgewiesen.

Die revisionswerbenden Parteien haben der mitbeteiligten Partei jeweils Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Begründung

I.römisch eins.

1 1. Die Erstrevisionswerberin (Stadt Wien, Auftraggeberin) führte im Jahr 2010 ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich betreffend die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages über den "Schulbusbetrieb für SchülerInnen mit Behinderung in Wien" durch. Die Auftragsvergabe sollte auf die Dauer von sechs Unterrichtsjahren erfolgen. Der Auftrag war in 20 Lose (jeweils verschiedene Schulbezirke umfassend) unterteilt. Der Zuschlag sollte nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen.

2 Die Zweitrevisionswerberin (B GmbH) hat (ebenso wie die mitbeteiligte Partei) für alle Lose ein Angebot abgegeben.

3 Mit Schreiben vom 22. Juli 2011 teilte die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung mit. Die B GmbH war in den Losen II bis VI sowie VIII bis XI als präsumtive Zuschlagsempfängerin vorgesehen, die mitbeteiligte Partei in den Losen XII und XIX. (Die übrigen Lose sollten an andere, nicht am gegenständlichen Verfahren beteiligte Unternehmer vergeben werden.) 3 Mit Schreiben vom 22. Juli 2011 teilte die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung mit. Die B GmbH war in den Losen römisch zwei bis römisch sechs sowie römisch acht bis römisch elf als präsumtive Zuschlagsempfängerin vorgesehen, die mitbeteiligte Partei in den Losen römisch zwölf und römisch neunzehn. (Die übrigen Lose sollten an andere, nicht am gegenständlichen Verfahren beteiligte Unternehmer vergeben werden.)

4 2. Mit Schriftsatz vom 29. Juli 2011 hat die mitbeteiligte Partei die Zuschlagsentscheidung hinsichtlich (unter anderem) der Lose II bis VI sowie VIII bis XI angefochten. 4 2. Mit Schriftsatz vom 29. Juli 2011 hat die mitbeteiligte Partei die Zuschlagsentscheidung hinsichtlich (unter anderem) der Lose römisch zwei bis römisch sechs sowie römisch acht bis römisch elf angefochten.

5 Mit Bescheid des Vergabekontrollsenates des Landes Wien (im Folgenden: Behörde) vom 22. September 2011 wurde der Nachprüfungsantrag hinsichtlich dieser Lose abgewiesen. (Die gleichfalls durch die mitbeteiligte Partei erfolgte Anfechtung der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Lose I, XIII, XIV, XVIII und XX betraf einen anderen präsumtiven Zuschlagsempfänger und war nicht Gegenstand des Bescheides vom 22. September 2011). 5 Mit Bescheid des Vergabekontrollsenates des Landes Wien (im Folgenden: Behörde) vom 22. September 2011 wurde der Nachprüfungsantrag hinsichtlich dieser Lose abgewiesen. (Die gleichfalls durch die mitbeteiligte Partei erfolgte Anfechtung der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Lose römisch eins, römisch dreizehn, römisch vierzehn, römisch achtzehn und römisch zwanzig betraf einen anderen präsumtiven Zuschlagsempfänger und war nicht Gegenstand des Bescheides vom 22. September 2011).

6 Dieser Bescheid wurde mit hg. Erkenntnis vom 9. April 2013, 2011/04/0207, wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben, weil der mitbeteiligten Partei im Verfahren vor der Behörde die Akteneinsicht in wesentliche Teile der Schriftsätze dieses Verfahrens verweigert worden war, ohne dass die Behörde eine Interessenabwägung nach § 17 Abs. 3 AVG vorgenommen hatte. Die belangte Behörde habe angenommen, dem Nachprüfungsantrag der mitbeteiligten Partei komme "ohnedies Berechtigung nicht zu", und daraus unzutreffend abgeleitet, "schon aus diesen Überlegungen" sei die von der mitbeteiligten Partei begehrte Akteneinsicht nicht zu gewähren. Die Behörde habe der mitbeteiligten Partei damit eine ausreichende Stellungnahmemöglichkeit verwehrt, sodass ein wesentlicher Verfahrensmangel vorliege. 6 Dieser Bescheid wurde mit hg. Erkenntnis vom 9. April 2013, 2011/04/0207, wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben, weil der mitbeteiligten Partei im Verfahren vor der Behörde die Akteneinsicht in wesentliche Teile der Schriftsätze dieses Verfahrens verweigert worden war, ohne dass die Behörde eine Interessenabwägung nach Paragraph 17, Absatz 3, AVG vorgenommen hatte. Die belangte Behörde habe angenommen, dem Nachprüfungsantrag der mitbeteiligten Partei komme "ohnedies Berechtigung nicht zu", und daraus unzutreffend abgeleitet, "schon aus diesen Überlegungen" sei die von der mitbeteiligten Partei begehrte Akteneinsicht nicht zu gewähren. Die Behörde habe der mitbeteiligten Partei damit eine ausreichende Stellungnahmemöglichkeit verwehrt, sodass ein wesentlicher Verfahrensmangel vorliege.

7 3. Mit Schriftsatz vom 11. Juli 2013 beantragte die mitbeteiligte Partei im Hinblick auf die zwischenzeitig erfolgte Zuschlagserteilung gemäß den §§ 33 und 37 des Wiener Vergaberechtsschutzgesetzes 2007 (WVRG 2007) eine Reihe von Feststellungen betreffend sämtliche von ihr angefochtene Lose. 7 3. Mit Schriftsatz vom 11. Juli 2013 beantragte die mitbeteiligte Partei im Hinblick auf die zwischenzeitig erfolgte Zuschlagserteilung gemäß den Paragraphen 33 und 37 des Wiener Vergaberechtsschutzgesetzes 2007 (WVRG 2007) eine Reihe von Feststellungen betreffend sämtliche von ihr angefochtene Lose.

8 Mit Bescheid vom 3. Oktober 2013 wies die Behörde diese Anträge hinsichtlich der Lose II bis VI sowie VIII bis XI - gestützt auf die Annahme, es handle sich dabei um "primäre Feststellungsanträge" gemäß § 33 Abs. 1 WVRG 2007 - als verspätet sowie wegen fehlender Vergebührung zurück. 8 Mit Bescheid vom 3. Oktober 2013 wies die Behörde diese Anträge hinsichtlich der Lose römisch zwei bis römisch sechs sowie römisch acht bis römisch elf - gestützt auf die Annahme, es handle sich dabei um "primäre Feststellungsanträge" gemäß Paragraph 33, Absatz eins, WVRG 2007 - als verspätet sowie wegen fehlender Vergebührung zurück.

9 Dieser Bescheid wurde mit hg. Erkenntnis vom 27. Oktober 2014, 2013/04/0140, wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben, weil die gegenständlichen Anträge als "sekundäre Feststellungsanträge" nach § 37 Abs. 2 WVRG 2007 zu qualifizieren waren. 9 Dieser Bescheid wurde mit hg. Erkenntnis vom 27. Oktober 2014, 2013/04/0140, wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben, weil die gegenständlichen Anträge als "sekundäre Feststellungsanträge" nach Paragraph 37, Absatz 2, WVRG 2007 zu qualifizieren waren.

10 (Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass der im Schriftsatz vom 11. Juli 2013 enthaltene Eventualantrag, festzustellen, dass die Zuschlagsentscheidung vom 22. Juli 2011 rechtswidrig gewesen sei, mit Bescheid der Behörde vom 21. November 2013 abgewiesen wurde und die dagegen erhobene Revision der mitbeteiligten Partei mit hg. Beschluss vom 19. November 2014, 2013/04/0176, mittlerweile zurückgewiesen wurde.)

11 Mit Schriftsatz vom 22. Dezember 2014 hielt die mitbeteiligte Partei einzelne ihrer Feststellungsanträge aus dem Schriftsatz vom 11. Juli 2013 ausdrücklich aufrecht.

12 4. Mit dem angefochtenen Erkenntnis traf das zuständig gewordene Verwaltungsgericht Wien im fortgesetzten Verfahren folgende Entscheidung:

Mehrere Feststellungsanträge betreffend die Lose I, IV, V, XI, XII, XIV und XVIII wurden als unzulässig zurückgewiesen (Spruchpunkte I.1 bis I.3). Die Anträge auf Feststellung, dass betreffend Los II rechtswidriger Weise ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt bzw. der Zuschlag rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erteilt worden sei (verbunden jeweils mit einem Antrag auf Nichtigklärung des Vertrages), wurden abgewiesen (Spruchpunkte I.4 und I.5). Mehrere Feststellungsanträge betreffend die Lose römisch eins, römisch vier, römisch fünf, römisch elf, römisch zwölf, römisch vierzehn und römisch achtzehn wurden als unzulässig zurückgewiesen (Spruchpunkte römisch eins.1 bis römisch eins.3). Die Anträge auf Feststellung, dass betreffend Los römisch zwei rechtswidriger Weise ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung

durchgeführt bzw. der Zuschlag rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erteilt worden sei (verbunden jeweils mit einem Antrag auf Nichtigerklärung des Vertrages), wurden abgewiesen (Spruchpunkte römisch eins.4 und römisch eins.5).

Gemäß § 39 Abs. 2 in Verbindung mit § 33 Abs. 1 Z 1 des (nunmehr anzuwendenden) Wiener Vergaberechtsschutzgesetzes 2014 (WVRG 2014) wurde festgestellt, dass wegen eines Verstoßes gegen § 69 Z 1 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006) der Zuschlag in Los II nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt worden sei (Spruchpunkt I.6). Gemäß Paragraph 39, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 33, Absatz eins, Ziffer eins, des (nunmehr anzuwendenden) Wiener Vergaberechtsschutzgesetzes 2014 (WVRG 2014) wurde festgestellt, dass wegen eines Verstoßes gegen Paragraph 69, Ziffer eins, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006) der Zuschlag in Los römisch zwei nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt worden sei (Spruchpunkt römisch eins.6).

Der Antrag der Auftraggeberin auf Feststellung, dass die mitbeteiligte Partei auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, wurde abgewiesen (Spruchpunkt II). Der Antrag der Auftraggeberin auf Feststellung, dass die mitbeteiligte Partei auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, wurde abgewiesen (Spruchpunkt römisch zwei).

Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof wurde für unzulässig erklärt (Spruchpunkt III). Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof wurde für unzulässig erklärt (Spruchpunkt römisch drei).

1 3 4.1. Das Verwaltungsgericht gab den Inhalt der im fortgesetzten Feststellungsverfahren ergangenen Stellungnahmen sowie die Ergebnisse der am 17. September 2015 durchgeführten mündlichen Verhandlung wieder.

14 Zur zugrunde liegenden Ausschreibung hielt das Verwaltungsgericht Folgendes fest: Verlangt waren die Vorlage von Referenznachweisen sowie hinsichtlich der eingesetzten Fahrzeuge die Erfüllung von Mindestanforderungen. Pro Los wurde eine Mindestanzahl an verfügbaren Kleinbussen vorgeschrieben, wobei sich die Kapazitätsanforderungen bei einer Angebotslegung in mehreren Losen addieren. Weiters war angegeben, dass die Bieter eine Präferenzreihung anzugeben hätten, die dann zur Anwendung kommen solle, wenn ein Bieter in mehreren Losen als Billigstbieter gereiht werde, aber nicht für alle diese Lose die Kapazitätsanforderungen erfülle. Hinsichtlich der Lose, für die ein Bieter die Kapazitätsanforderungen nicht (mehr) erfülle, werde das Angebot ausgeschieden.

15 Weiters hielt das Verwaltungsgericht fest, dass die B GmbH zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung eine Konzession für das Mietwagengewerbe mit 115 Omnibussen (an anderer Stelle ist von 119 die Rede) und 24 Personenkraftfahrzeugen hatte.

16 Die mitbeteiligte Partei habe insgesamt 103 Fahrzeuge zur Verfügung gehabt. Da sie für die Lose, in denen sie den Zuschlag erhalten sollte, 47 Fahrzeuge benötige, verblieben ihr 56 Fahrzeuge. Diese Kapazität wäre für die Leistungserbringung in den (der B GmbH zugeschlagenen) Losen II, III und VIII hinreichend. Allerdings habe die mitbeteiligte Partei ihren Antrag hinsichtlich dieser drei Lose in der mündlichen Verhandlung dahingehend modifiziert, dass er nur hinsichtlich Los II aufrechterhalten werde. 16 Die mitbeteiligte Partei habe insgesamt 103 Fahrzeuge zur Verfügung gehabt. Da sie für die Lose, in denen sie den Zuschlag erhalten sollte, 47 Fahrzeuge benötige, verblieben ihr 56 Fahrzeuge. Diese Kapazität wäre für die Leistungserbringung in den (der B GmbH zugeschlagenen) Losen römisch zwei, römisch drei und römisch acht hinreichend. Allerdings habe die mitbeteiligte Partei ihren Antrag hinsichtlich dieser drei Lose in der mündlichen Verhandlung dahingehend modifiziert, dass er nur hinsichtlich Los römisch zwei aufrechterhalten werde.

1 7 4.2. Zur behaupteten Rechtswidrigkeit des Zuschlags in Los II hielt das Verwaltungsgericht fest, dass es sich vorliegend um Leistungen des Mietwagengewerbes handle, für die eine Konzession nach § 2 Gelegenheitsverkehrs-Gesetz 1996 (GelverkG) erforderlich sei. Diese Konzession sei nach § 4 GelverkG für eine bestimmte Zahl von Fahrzeugen zu erteilen, wobei eine Vermehrung der Zahl einer Genehmigung bedürfe. Der Bewerber müsse neben der Zuverlässigkeit und finanziellen Leistungsfähigkeit auch über die erforderlichen Abstellplätze außerhalb von Straßen mit öffentlichem Verkehr verfügen. 17 4.2. Zur behaupteten Rechtswidrigkeit des Zuschlags in Los römisch zwei hielt das Verwaltungsgericht fest, dass es sich vorliegend um Leistungen des Mietwagengewerbes handle, für die eine Konzession nach Paragraph 2, Gelegenheitsverkehrs-Gesetz 1996 (GelverkG) erforderlich sei. Diese Konzession sei nach Paragraph 4, GelverkG für eine bestimmte Zahl von Fahrzeugen zu erteilen, wobei eine Vermehrung der Zahl

einer Genehmigung bedürfe. Der Bewerber müsse neben der Zuverlässigkeit und finanziellen Leistungsfähigkeit auch über die erforderlichen Abstellplätze außerhalb von Straßen mit öffentlichem Verkehr verfügen.

18 Der gegenständliche Auftrag sei mit Kleinbussen und daher mit Personenkraftfahrzeugen (und nicht - wie geltend gemacht worden sei - alternativ mit Omnibussen) auszuführen gewesen. Die B GmbH hätte für die Leistungserbringung in den ihr zugeschlagenen Losen 80 Kleinbusse benötigt, sie habe aber lediglich eine Konzession für 24 Personenkraftfahrzeuge. Es sei nicht zulässig, eine Vermehrung der Anzahl der Personenkraftfahrzeuge auf die Konzession für Omnibusse zu stützen. Den Ausschreibungsunterlagen sei nicht zu entnehmen (und dies stünde auch nicht mit dem GelverkG in Einklang), dass für den Nachweis der Befugnis eine Konzession für weniger als die erforderliche Anzahl an Fahrzeugen ausreichend gewesen wäre. Da das Vorliegen der Erteilungsvoraussetzungen Gegenstand eines behördlichen Verfahrens sei, könne nicht darauf abgestellt werden, dass die Befugnis erst mit Leistungsbeginn vorzuliegen habe.

19 Da die B GmbH zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht über eine Konzession nach dem GelverkG für die Ausübung des Mietwagengewerbes mit insgesamt 80 Fahrzeugen verfügt habe, wäre sie mangels Befugnis gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen. 19 Da die B GmbH zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht über eine Konzession nach dem GelverkG für die Ausübung des Mietwagengewerbes mit insgesamt 80 Fahrzeugen verfügt habe, wäre sie mangels Befugnis gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 auszuschneiden gewesen.

2 0 4.3. Das Verwaltungsgericht prüfte die weiteren von der mitbeteiligten Partei geltend gemachten Ausscheidensgründe hinsichtlich der B GmbH (fehlender Referenznachweis, fehlender Nachweis der erforderlichen Fahrzeuge, nicht plausible Preisbildung) und verneinte jeweils deren Vorliegen. Entgegen der Auffassung der mitbeteiligten Partei erachtete das Verwaltungsgericht die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin als ausreichend begründet.

21 4.4. Dem Gegenantrag auf Feststellung, dass die mitbeteiligte Partei keine echte Chance auf Zuschlagserteilung (auch) in Los II gehabt hätte, sei nicht stattzugeben gewesen, weil die mitbeteiligte Partei unter Berücksichtigung ihrer Präferenzreihung und ihrer Fahrzeugkapazitäten sowie des Umstandes, dass die B GmbH auszuschneiden gewesen wäre, den Zuschlag für das Los II hätte erhalten müssen. 21 4.4. Dem Gegenantrag auf Feststellung, dass die mitbeteiligte Partei keine echte Chance auf Zuschlagserteilung (auch) in Los römisch zwei gehabt hätte, sei nicht stattzugeben gewesen, weil die mitbeteiligte Partei unter Berücksichtigung ihrer Präferenzreihung und ihrer Fahrzeugkapazitäten sowie des Umstandes, dass die B GmbH auszuschneiden gewesen wäre, den Zuschlag für das Los römisch zwei hätte erhalten müssen.

2 2 5. Gegen die Spruchpunkte I.6 und II dieses Erkenntnisses richten sich die vorliegenden außerordentlichen Revisionen der Auftraggeberin und der B GmbH. 22 5. Gegen die Spruchpunkte römisch eins.6 und römisch zwei dieses Erkenntnisses richten sich die vorliegenden außerordentlichen Revisionen der Auftraggeberin und der B GmbH.

Die mitbeteiligte Partei erstattete in beiden Verfahren jeweils eine Revisionsbeantwortung, in der sie die Zurückweisung, in eventu Abweisung der Revisionen beantragte.

2 3 6. Der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass die mitbeteiligte Partei ihrerseits gegen die Zurückweisung ihres Antrages, festzustellen, dass 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 worden sei (Spruchpunkt I.3), außerordentliche Revision erhoben hat. Diese Revision wurde in weiterer Folge zurückgezogen, weshalb dieses Verfahren mit hg. Beschluss vom 18. Mai 2016, Ra 2016/04/0004, eingestellt wurde. 23 6. Der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass die mitbeteiligte Partei ihrerseits gegen die Zurückweisung ihres Antrages, festzustellen, dass der Zuschlag in den Losen römisch eins, römisch vier, römisch fünf, römisch elf, römisch zwölf, römisch vierzehn und römisch achtzehn nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt worden sei (Spruchpunkt römisch eins.3), außerordentliche Revision erhoben hat. Diese Revision wurde in weiterer Folge zurückgezogen, weshalb dieses Verfahren mit hg. Beschluss vom 18. Mai 2016, Ra 2016/04/0004, eingestellt wurde.

II.römisch zwei.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die Revisionen auf Grund ihres sachlichen und rechtlichen Zusammenhangs verbunden und sodann erwogen:

1. Zulässigkeit:

24 Beide revisionswerbenden Parteien bringen zur Zulässigkeit ihrer Revision - inhaltlich im Wesentlichen gleichlautend - unter anderem vor, dass Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage fehle, ob ein nach dem GelverkG (dem Grunde nach) konzessioniertes Unternehmen berechtigt sei, Leistungen wie die hier gegenständlichen anzubieten, oder ob es bereits einer Genehmigung der Vermehrung der Zahl der Fahrzeuge nach § 4 Abs. 2 GelverkG bedürfe. Das Verwaltungsgericht Wien sei in diesem Zusammenhang von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes im Erkenntnis vom 21. Dezember 2005, 2003/04/0061, abgewichen, wonach die Befugnis anhand der ausgeschriebenen Leistung zu prüfen sei. Vorliegend wären für das gegenständliche Los II lediglich 22 Fahrzeuge benötigt gewesen. Da die B GmbH über eine Konzession für 24 Fahrzeuge verfügt habe, sei die Befugnis für das Los II vorgelegen. Das Verwaltungsgericht hätte die Frage der Befugnis allein im Hinblick auf dieses Los beurteilen müssen, es habe aber zu Unrecht das Erfordernis einer Konzession für 80 Fahrzeuge (Summe der Fahrzeuge, die für die Lose benötigt worden seien, hinsichtlich derer die B GmbH als Zuschlagsempfängerin vorgesehen war) angenommen.

24 Beide revisionswerbenden Parteien bringen zur Zulässigkeit ihrer Revision - inhaltlich im Wesentlichen gleichlautend - unter anderem vor, dass Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage fehle, ob ein nach dem GelverkG (dem Grunde nach) konzessioniertes Unternehmen berechtigt sei, Leistungen wie die hier gegenständlichen anzubieten, oder ob es bereits einer Genehmigung der Vermehrung der Zahl der Fahrzeuge nach Paragraph 4, Absatz 2, GelverkG bedürfe. Das Verwaltungsgericht Wien sei in diesem Zusammenhang von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes im Erkenntnis vom 21. Dezember 2005, 2003/04/0061, abgewichen, wonach die Befugnis anhand der ausgeschriebenen Leistung zu prüfen sei. Vorliegend wären für das gegenständliche Los römisch zwei lediglich 22 Fahrzeuge benötigt gewesen. Da die B GmbH über eine Konzession für 24 Fahrzeuge verfügt habe, sei die Befugnis für das Los römisch zwei vorgelegen. Das Verwaltungsgericht hätte die Frage der Befugnis allein im Hinblick auf dieses Los beurteilen müssen, es habe aber zu Unrecht das Erfordernis einer Konzession für 80 Fahrzeuge (Summe der Fahrzeuge, die für die Lose benötigt worden seien, hinsichtlich derer die B GmbH als Zuschlagsempfängerin vorgesehen war) angenommen.

Die Revisionen sind zulässig.

2. Rechtslage:

25 2.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17 in der Fassung BGBl. I Nr. 10/2012 (§ 70) bzw. BGBl. I Nr. 15/2010 (§§ 71 und 129), lauten auszugsweise: 25 2.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, (Paragraph 70,) bzw. Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (Paragraphen 71 und 129), lauten auszugsweise:

"Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung

§ 69. Unbeschadet der Regelung des § 20 Abs. 1 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens Paragraph 69, Unbeschadet der Regelung des Paragraph 20, Absatz eins, muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens

1. beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der

Angebotsöffnung,

...

vorliegen.

Eigenerklärung, Verlangen der Nachweise durch den

Auftraggeber

§ 70. (1) Der Auftraggeber hat festzulegen, mit

welchen Nachweisen gemäß den §§ 71 bis 75 Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre

1. berufliche Befugnis,
2. berufliche Zuverlässigkeit,
3. finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

sowie

4. technische Leistungsfähigkeit

zu belegen haben. Nachweise dürfen nur so weit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. ...

...

Nachweis der Befugnis

§ 71. Der Auftraggeber hat als Nachweis für das Vorliegen der einschlägigen Befugnis gemäß § 70 Abs. 1 Z 1, dass der Unternehmer nach den Vorschriften seines Herkunftslandes befugt ist, die konkrete Leistung zu erbringen, festzulegen: Paragraph 71, Der Auftraggeber hat als Nachweis für das Vorliegen der einschlägigen Befugnis gemäß Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer eins,, dass der Unternehmer nach den Vorschriften seines Herkunftslandes befugt ist, die konkrete Leistung zu erbringen, festzulegen:

1. nach Maßgabe der Vorschriften des Herkunftslandes

des Unternehmers eine Urkunde über die Eintragung im betreffenden in Anhang VII angeführten Berufs- oder Handelsregister des Herkunftslandes oder die Vorlage der betreffenden in Anhang VII genannten Bescheinigung oder eidesstattlichen Erklärung, oder des Unternehmers eine Urkunde über die Eintragung im betreffenden in Anhang römisch sieben angeführten Berufs- oder Handelsregister des Herkunftslandes oder die Vorlage der betreffenden in Anhang römisch sieben genannten Bescheinigung oder eidesstattlichen Erklärung, oder

2. im Falle eines Dienstleistungsauftrages die Vorlage

der im Herkunftsland des Unternehmers zur Ausführung der betreffenden Dienstleistung erforderlichen Berechtigung oder eine Urkunde betreffend die im Herkunftsland des Unternehmers zur Ausführung der betreffenden Dienstleistung erforderliche Mitgliedschaft zu einer bestimmten Organisation.

...

Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Paragraph 129, (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

...

2. Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle,

wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

..."

2 6 2.2. Die relevanten Bestimmungen des Gelegenheitsverkehrs-Gesetzes 1996 (GelverkG), BGBl. Nr. 112 in der Fassung BGBl. I Nr. 32/2013 (§§ 1, 2, 4 und 5) bzw. BGBl. I Nr. 63/2014 (§ 3), lauten auszugsweise: 26 2.2. Die relevanten Bestimmungen des Gelegenheitsverkehrs-Gesetzes 1996 (GelverkG), BGBl. Nr. 112 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 32 aus 2013, (Paragraphen eins, 2, 4 und 5) bzw. Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 63 aus 2014, (Paragraph 3), lauten auszugsweise:

"Geltungsbereich

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz gilt für

1. die gewerbsmäßige Beförderung von Personen mit

Kraftfahrzeugen sowie

2. die Arbeitszeit von selbstständigen Kraftfahrern

bei der gewerbsmäßigen Beförderung von Personen mit Omnibussen.

Dieses Bundesgesetz gilt nicht für die gewerbsmäßige Beförderung von Personen im Kraftfahrlinienverkehr auf Grund des Kraftfahrliniengesetzes, BGBl. I Nr. 203/1999. Dieses Bundesgesetz gilt nicht für die gewerbsmäßige Beförderung von Personen im Kraftfahrlinienverkehr auf Grund des Kraftfahrliniengesetzes, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 203 aus 1999,.

Konzessionspflicht

§ 2. (1) Die gewerbsmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen im Umfang des § 1 Abs. 1 darf nur auf Grund einer Konzession ausgeübt werden. Paragraph 2, (1) Die gewerbsmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen im Umfang des Paragraph eins, Absatz eins, darf nur auf Grund einer Konzession ausgeübt werden.

1. (2) Absatz 2, Eine Konzession auf Grund des Kraftfahrliniengesetzes, BGBl. I Nr. 203/1999, gilt auch als Konzession für das Ausflugswagen- und Mietwagen-Gewerbe mit Omnibussen. Die Anzahl der für diese Gelegenheitsverkehrs-Gewerbe zulässigen Fahrzeuge richtet sich nach der im Kraftfahrlinienverkehr eingesetzten Anzahl der Fahrzeuge. Eine Konzession auf Grund des Kraftfahrliniengesetzes, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 203 aus 1999,, gilt auch als Konzession für das Ausflugswagen- und Mietwagen-Gewerbe mit Omnibussen. Die Anzahl der für diese Gelegenheitsverkehrs-Gewerbe zulässigen Fahrzeuge richtet sich nach der im Kraftfahrlinienverkehr eingesetzten Anzahl der Fahrzeuge.
2. (3) Absatz 3, Wer ein Gewerbe gemäß § 3 Abs. 1 ausüben will, hat einen Antrag auf Erteilung einer Konzession bei der Behörde, die für den beabsichtigten Standort zuständig ist, einzubringen. Dem Antrag sind die Belege gemäß § 339 Abs. 3 Z 1 bis 3 GewO 1994 und, die Nachweise der Konzessionsvoraussetzungen gemäß § 5 anzuschließen. ... Wer ein Gewerbe gemäß Paragraph 3, Absatz eins, ausüben will, hat einen Antrag auf Erteilung einer Konzession bei der Behörde, die für den beabsichtigten Standort zuständig ist, einzubringen. Dem Antrag sind die Belege gemäß Paragraph 339, Absatz 3, Ziffer eins bis 3 GewO 1994 und, die Nachweise der Konzessionsvoraussetzungen gemäß Paragraph 5, anzuschließen. ...

Arten der Konzessionen für die gewerbsmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen

§ 3. (1) Konzessionen für die gewerbsmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen (§ 2 Abs. 1) dürfen nur für folgende Arten des gewerbsmäßigen Gelegenheitsverkehrs erteilt werden: Paragraph 3, (1) Konzessionen für die gewerbsmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen (Paragraph 2, Absatz eins,) 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); oder

...

Umfang der Konzession

§ 4. (1) Die Konzession ist für eine bestimmte Zahl von Fahrzeugen zu erteilen Paragraph 4, (1) Die Konzession ist für eine bestimmte Zahl von Fahrzeugen zu erteilen.

1. (2) Absatz 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.
2. (3) Absatz 3, Setzt der Konzessionsinhaber weniger Kraftfahrzeuge ein, als vom Konzessionsumfang umfasst sind, so bedarf dies keiner Genehmigung. Die finanzielle Leistungsfähigkeit ist jedoch, solange keine entsprechende Änderung des Konzessionsumfanges beantragt wird, weiterhin für den in der Konzession angeführten Umfang nachzuweisen. ...

Voraussetzungen für die Erteilung der Konzession

§ 5. (1) Die Konzession darf nur erteilt werden, wenn neben den allgemeinen Voraussetzungen für die Ausübung eines

reglementierten Gewerbes folgende Voraussetzungen gemäß Art. 3 Verordnung (EG) Nr. 1071/09 erfüllt sind: Paragraph 5, (1) Die Konzession darf nur erteilt werden, wenn neben den allgemeinen Voraussetzungen für die Ausübung eines reglementierten Gewerbes folgende Voraussetzungen gemäß Artikel 3, Verordnung (EG) Nr. 1071/09 erfüllt sind:

1. die Zuverlässigkeit,
2. die finanzielle Leistungsfähigkeit,
3. die fachliche Eignung (Befähigungsnachweis) und
4. eine tatsächliche und dauerhafte Niederlassung in

Österreich.

Z 1 bis 4 gilt auch für die nicht von der Verordnung (EG) Nr. 1071/09 erfassten Gewerbe. 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. ...Ziffer eins bis 4 gilt auch für die nicht von der Verordnung (EG) Nr. 1071/09 erfassten Gewerbe. Der Bewerber hat überdies entsprechend dem beabsichtigten Konzessionsumfang (Paragraph 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. ...

...

Strafbestimmungen

§ 15. (1) Abgesehen von gemäß dem V. Hauptstück der GewO 1994 zu ahndenden Verwaltungsübertretungen begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit einer Geldstrafe bis zu 7 267 Euro zu ahnden ist, wer als Unternehmer Paragraph 15, (1) Abgesehen von gemäß dem römisch fünf. Hauptstück der GewO 1994 zu ahndenden Verwaltungsübertretungen begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit einer Geldstrafe bis zu 7 267 Euro zu ahnden ist, wer als Unternehmer

1. die Zahl der Fahrzeuge ohne Genehmigung gemäß § 4 Abs. 2 vermehrt; 1. die Zahl der Fahrzeuge ohne Genehmigung gemäß Paragraph 4, Absatz 2, vermehrt;

..."

27 2.3. § 2 des Kraftfahrzeuggesetzes 1967, BGBl. Nr. 267 in der Fassung BGBl. I Nr. 43/2013, lautet auszugsweise: 27 2.3. Paragraph 2, des Kraftfahrzeuggesetzes 1967, BGBl. Nr. 267 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 43 aus 2013,, lautet auszugsweise:

"§ 2. Begriffsbestimmungen

1. (1) Absatz eins, Im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt als

...

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; 5. Personenkraftwagen ein Kraftwagen (Ziffer 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;

...

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

..."

3. Überraschungsverbot:

28 Die Zweitrevisionswerberin bringt vor, das Verwaltungsgericht sei von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Überraschungsverbot abgewichen, indem es von der von der Behörde im Bescheid vom 22. September 2011 vertretenen Rechtsansicht (wonach die B GmbH die Voraussetzung der Befugnis erfülle) abgegangen sei, ohne die Parteien darauf entsprechend hinzuweisen.

29 Dazu genügt der Hinweis, dass sich das zum Überraschungsverbot in Beziehung gesetzte Parteiengehör nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nur auf die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts, nicht aber auf die - von der Zweitrevisionswerberin mit ihrem Vorbringen angesprochene - vorzunehmende rechtliche Beurteilung erstreckt (siehe das hg. Erkenntnis vom 17. Dezember 2014, Ro 2014/03/0066, mwN).

30 Auch mit dem insoweit unsubstantiierten Vorbringen der Erstrevisionswerberin zur Verletzung von Verfahrensvorschriften wird keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Erkenntnisses aufgezeigt.

4. Umfang der Konzession nach dem Gelegenheitsverkehrs-Gesetz:

31 4.1. Nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichtes war in der Ausschreibung als Nachweis der Befugnis nach § 71 BVergG 2006 eine Gewerbeberechtigung oder eine andere Berechtigung zur Ausübung der angebotenen Leistung vorgesehen. 31 4.1. Nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichtes war in der Ausschreibung als Nachweis der Befugnis nach Paragraph 71, BVergG 2006 eine Gewerbeberechtigung oder eine andere Berechtigung zur Ausübung der angebotenen Leistung vorgesehen.

32 Nicht bestritten wird, dass es sich bei den nachgefragten Leistungen um solche des Mietwagengewerbes im Sinn des § 3 Abs. 1 Z 2 GelverkG handelt. Die gewerbsmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen darf nach § 2 Abs. 1 GelverkG nur auf Grund einer Konzession ausgeübt werden, die nach § 4 Abs. 1 GelverkG für eine bestimmte Zahl von Fahrzeugen zu erteilen ist. 32 Nicht bestritten wird, dass es sich bei den nachgefragten Leistungen um solche des Mietwagengewerbes im Sinn des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, GelverkG handelt. Die gewerbsmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen darf nach Paragraph 2, Absatz eins, GelverkG nur auf Grund einer Konzession ausgeübt werden, die nach Paragraph 4, Absatz eins, GelverkG für eine bestimmte Zahl von Fahrzeugen zu erteilen ist.

33 4.2. Strittig ist vorliegend zunächst, ob die für die vergaberechtliche Eignung erforderliche Befugnis durch das Bestehen einer Konzession nach dem GelverkG an sich - unabhängig von der Zahl der Fahrzeuge, für die diese Konzession erteilt wurde - erfüllt wird, oder ob es darauf ankommt, dass die Konzession für die Anzahl an Fahrzeugen erteilt wurde, die fallbezogen für die Leistungserbringung erforderlich sind.

34 4.3. § 71 BVergG 2006 verweist für den Nachweis der Befugnis auf die Vorschriften des Herkunftslandes bzw. auf die im Herkunftsland zur Ausführung der betreffenden Leistung erforderliche Berechtigung. Das BVergG 2006 normiert nicht selbst, wann ein Unternehmer über die erforderliche Befugnis verfügt, sondern es knüpft an die entsprechenden Vorschriften (des Berufsrechts) an (siehe Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2006 (2012), § 71 Rz. 2, mwN; auch im hg. Erkenntnis vom 21. Dezember 2005, 2003/04/0061, wurde für die Beurteilung der Befugnis auf die maßgebliche Rechtslage der GewO 1994 abgestellt). Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang eine Berechtigung zur Ausübung einer Tätigkeit erteilt wurde, bestimmt sich nach den berufsrechtlichen Vorschriften (hier des GelverkG) und nicht nach dem BVergG 2006. 34 4.3. Paragraph 71, BVergG 2006 verweist für den Nachweis der Befugnis auf die Vorschriften des Herkunftslandes bzw. auf die im Herkunftsland zur Ausführung der betreffenden Leistung erforderliche Berechtigung. Das BVergG 2006 normiert nicht selbst, wann ein Unternehmer über die erforderliche Befugnis verfügt, sondern es knüpft an die entsprechenden Vorschriften (des Berufsrechts) an (siehe Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2006 (2012), Paragraph 71, Rz. 2, mwN; auch im hg. Erkenntnis vom 21. Dezember 2005, 2003/04/0061, wurde für die Beurteilung der Befugnis auf die maßgebliche Rechtslage der GewO 1994 abgestellt). Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang eine Berechtigung zur Ausübung einer Tätigkeit erteilt wurde, bestimmt sich nach den berufsrechtlichen Vorschriften (hier des GelverkG) und nicht nach dem BVergG 2006.

35 4.4. Nach § 4 Abs. 1 GelverkG ist eine Konzession für eine bestimmte Zahl von Fahrzeugen zu erteilen. Eine - von der Anzahl an Fahrzeugen losgelöste - Konzession dem Grunde nach sieht das GelverkG nicht vor. Auch die Regelungen

des § 4 Abs. 2 GelverKG, wonach eine Vermehrung der Zahl der Fahrzeuge ebenfalls einer Genehmigung bedarf (für die - ausgenommen das Erfordernis der Erbringung eines Befähigungsnachweises - dieselben Vorschriften wie für die Erteilung einer Konzession gelten), sowie des § 15 Abs. 1 Z 1 GelverKG, wonach die Vermehrung der Zahl der Fahrzeuge ohne Genehmigung strafbar ist, sprechen dafür, dass die Konzession nicht von der jeweils genehmigten Zahl an Fahrzeugen losgelöst betrachtet werden kann. Gleiches gilt für die Regelung des § 4 Abs. 3 zweiter Satz GelverKG, der zufolge die finanzielle Leistungsfähigkeit - nach § 5 Abs. 1 Z 2 GelverKG eine der Voraussetzungen für die Konzessionserteilung - für den in der Konzession angeführten Umfang nachzuweisen ist. 35 4.4. Nach Paragraph 4, Absatz eins, GelverKG ist eine Konzession für eine bestimmte Zahl von Fahrzeugen zu erteilen. Eine - von der Anzahl an Fahrzeugen losgelöste - Konzession dem Grunde nach sieht das GelverKG nicht vor. Auch die Regelungen des Paragraph 4, Absatz 2, GelverKG, wonach eine Vermehrung der Zahl der Fahrzeuge ebenfalls einer Genehmigung bedarf (für die - ausgenommen das Erfordernis der Erbringung eines Befähigungsnachweises - dieselben Vorschriften wie für die Erteilung einer Konzession gelten), sowie des Paragraph 15, Absatz eins, Ziffer eins, GelverKG, wonach die Vermehrung der Zahl der Fahrzeuge ohne Genehmigung strafbar ist, sprechen dafür, dass die Konzession nicht von der jeweils genehmigten Zahl an Fahrzeugen losgelöst betrachtet werden kann. Gleiches gilt für die Regelung des Paragraph 4, Absatz 3, zweiter Satz GelverKG, der zufolge die finanzielle Leistungsfähigkeit - nach Paragraph 5, Absatz eins, Ziffer 2, GelverKG eine der Voraussetzungen für die Konzessionserteilung - für den in der Konzession angeführten Umfang nachzuweisen ist.

An dieser Sichtweise ändert - entgegen der Auffassung der Erstrevisionswerberin - auch nichts, dass für eine Vermehrung der Zahl der Fahrzeuge nicht erneut ein Befähigungsnachweis erbracht werden muss, weil der Befähigungsnachweis nur eine von mehreren Voraussetzungen für die Konzessionserteilung ist und weil das vergaberechtliche Verlangen nach einem befugten Bieter unabhängig vom Erfordernis eines Befähigungsnachweises ist. Auch die Ausübung eines freien Gewerbes, für das nach § 5 Abs. 2 GewO 1994 kein Befähigungsnachweis zu erbringen ist, bedarf einer Gewerbeberechtigung, die - abhängig vom Auftragsgegenstand - für die Erfüllung des vergaberechtlichen Eignungskriteriums der Befugnis erforderlich sein kann. Die in § 5 Abs. 1 dritter Satz GelverKG angesprochenen erforderlichen Abstellplätze stellen auch kein "aliud" gegenüber der Befähigung zur Berufsausübung dar, sondern eine von mehreren Voraussetzungen für die Konzessionserteilung, die nach § 5 Abs. 1 vierter Satz GelverKG sämtliche während der gesamten Dauer der Gewerbeausübung vorliegen müssen. An dieser Sichtweise ändert - entgegen der Auffassung der Erstrevisionswerberin - auch nichts, dass für eine Vermehrung der Zahl der Fahrzeuge nicht erneut ein Befähigungsnachweis erbracht werden muss, weil der Befähigungsnachweis nur eine von mehreren Voraussetzungen für die Konzessionserteilung ist und weil das vergaberechtliche Verlangen nach einem befugten Bieter unabhängig vom Erfordernis eines Befähigungsnachweises ist. Auch die Ausübung eines freien Gewerbes, für das nach Paragraph 5, Absatz 2, GewO 1994 kein Befähigungsnachweis zu erbringen ist, bedarf einer Gewerbeberechtigung, die - abhängig vom Auftragsgegenstand - für die Erfüllung des vergaberechtlichen Eignungskriteriums der Befugnis erforderlich sein kann. Die in Paragraph 5, Absatz eins, dritter Satz GelverKG angesprochenen erforderlichen Abstellplätze stellen auch kein "aliud" gegenüber der Befähigung zur Berufsausübung dar, sondern eine von mehreren Voraussetzungen für die Konzessionserteilung, die nach Paragraph 5, Absatz eins, vierter Satz GelverKG sämtliche während der gesamten Dauer der Gewerbeausübung vorliegen müssen.

Die Anzahl der Fahrzeuge, für die eine Konzession erteilt wurde, ist somit für den Umfang der Konzession und damit auch für das Vorliegen der vergaberechtlichen Befugnis maßgeblich.

36 Auch mit ihrem Hinweis auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zur Erwerbsausübungsfreiheit sowie die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union in der Rs. C-338/09, Yellow Cab Verkehrsbetriebs GmbH, vermögen die revisionswerbenden Parteien nicht aufzuzeigen, dass bei der Beurteilung der Befugnis die Anzahl der Fahrzeuge, für die eine Konzession erteilt wurde, außer Betracht zu bleiben hätte.

37 Ausgehend davon ist es nicht als rechtswidrig anzusehen, dass das Verwaltungsgericht für die Prüfung der Befugnis der B GmbH darauf abgestellt hat, für wie viele Fahrzeuge die Konzession erteilt worden ist.

38 4.5. Dem Vorbringen der Erstrevisionswerberin, der gegenständliche Auftrag hätte auch mit Omnibussen erbracht werden können und demnach wäre bei der Prüfung der Befugnis auch zu berücksichtigen gewesen, für wie viele Omnibusse die Konzession der B GmbH bestand, ist entgegenzuhalten, dass das Verwaltungsgericht in nicht zu beanstandender Weise auf die Verwendung des Begriffes Kleinbus sowie auf die Höchstzahl der zu befördernden Personen pro Bus (neben dem Fahrer acht) abgestellt und unter Verweis auf die Definition des § 2 Abs. 1 Z 5 KFG nur

die Konzession für Personenkraftfahrzeuge als maßgeblich angesehen hat (siehe diesbezüglich auch das hg. Erkenntnis vom 21. September 1988, 87/03/0265, in dem Kleinbusse als Personenkraftwagen angesehen wurden). Nach den Ausführungen im angefochtenen Erkenntnis habe die B GmbH auch nicht die Absicht gehabt, die Leistung mit Omnibussen zu erbringen. 38 4.5. Dem Vorbringen der Erstrevisionswerberin, der gegenständliche Auftrag hätte auch mit Omnibussen erbracht werden können und demnach wäre bei der Prüfung der Befugnis auch zu berücksichtigen gewesen, für wie viele Omnibusse die Konzession der B GmbH bestand, ist entgegenzuhalten, dass das Verwaltungsgericht in nicht zu beanstandender Weise auf die Verwendung des Begriffes Kleinbus sowie auf die Höchstzahl der zu befördernden Personen pro Bus (neben dem Fahrer acht) abgestellt und unter Verweis auf die Definition des Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer 5, KFG nur die Konzession für Personenkraftfahrzeuge als maßgeblich angesehen hat (siehe diesbezüglich auch das hg. Erkenntnis vom 21. September 1988, 87/03/0265, in dem Kleinbusse als Personenkraftwagen angesehen wurden). Nach den Ausführungen im angefochtenen Erkenntnis habe die B GmbH auch nicht die Absicht gehabt, die Leistung mit Omnibussen zu erbringen.

39 4.6. Ebenso hat das Verwaltungsgericht zu Recht darauf hingewiesen, dass es für das Vorliegen der Befugnis - anders als hinsichtlich der tatsächlichen Verfügbarkeit über die Fahrzeuge - nicht darauf ankommt, ob diese mit Leistungsbeginn gegeben ist, weil das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Genehmigung Gegenstand eines (hier betreffend die Vermehrung der Zahl der Fahrzeuge noch ausstehenden) behördlichen Verfahrens ist.

5. Konkreter Beurteilungsmaßstab:

40 5.1. Die revisionswerbenden Parteien machen darüber hinaus geltend, das Verwaltungsgericht habe die Befugnis zu Unrecht nicht isoliert für das Los II, sondern kumuliert mit anderen Losen geprüft. Dazu ist Folgendes festzuhalten: 40 5.1. Die revisionswerbenden Parteien machen darüber hinaus geltend, das Verwaltungsgericht habe die Befugnis zu Unrecht nicht isoliert für das Los römisch zwei, sondern kumuliert mit anderen Losen geprüft. Dazu ist Folgendes festzuhalten:

41 5.2. Das Verwaltungsgericht legt seiner Entscheidung zugrunde, dass die B GmbH für die Erfüllung des Auftrags in den ihr zugeschlagenen Losen II bis VI sowie VIII bis XI 80 Kleinbusse benötigt habe. Dem stellt es die auf 24 Personenkraftfahrzeuge begrenzte Konzession nach § 4 Abs. 1 GelverkG gegenüber und gelangt so zum Ergebnis, dass die B GmbH zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht die erforderliche Befugnis hatte und daher gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 auszuscheiden gewesen wäre. 41 5.2. Das Verwaltungsgericht legt seiner Entscheidung zugrunde, dass die B GmbH für die Erfüllung des Auftrags in den ihr zugeschlagenen Losen römisch zwei bis römisch sechs sowie römisch acht bis römisch elf 80 Kleinbusse benötigt habe. Dem stellt es die auf 24 Personenkraftfahrzeuge begrenzte Konzession nach Paragraph 4, Absatz eins, GelverkG gegenüber und gelangt so zum Ergebnis, dass die B GmbH zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht die erforderliche Befugnis hatte und daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 auszuscheiden gewesen wäre.

Die hier gegenständliche, in Spruchpunkt I.6 getroffene Feststellung erstreckt sich allerdings lediglich auf die Zuschlagserteilung in Los II, für das 22 Kleinbusse gefordert waren. Die hier gegenständliche, in Spruchpunkt römisch eins.6 getroffene Feststellung erstreckt sich allerdings lediglich auf die Zuschlagserteilung in Los römisch zwei, für das 22 Kleinbusse gefordert waren.

42 5.3. Strittig ist, ob die Befugnis insgesamt für alle zugeschlagenen Lose vorhanden sein muss und das Fehlen der Befugnis für einzelne Lose zum Verlust der Befugnis insgesamt führt, oder ob die Befugnis für jedes Los getrennt - und damit fallbezogen im Hinblick auf den Inhalt des Spruchpunktes I.6 nur für Los II - zu prüfen gewesen wäre. 42 5.3. Strittig ist, ob die Befugnis insgesamt für alle zugeschlagenen Lose vorhanden sein muss und das Fehlen der Befugnis für einzelne Lose zum Verlust der Befugnis insgesamt führt, oder ob die Befugnis für jedes Los getrennt - und damit fallbezogen im Hinblick auf den Inhalt des Spruchpunktes römisch eins.6 nur für Los II - zu prüfen gewesen wäre.

43 5.4. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 21. Dezember 2005, 2003/04/0061, allgemein festgehalten, dass die Befugnis anhand der ausgeschriebenen Leistung zu beurteilen ist. Da bei einer Losvergabe mehrere Teilleistungen im Rahmen einer Ausschreibung gemeinsam ausgeschrieben werden (vgl. Schiefer/Berger, in Heid/Preslmayr (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht⁴ (2015), Rz. 1304), ist - im Hinblick auf den Grundsatz der Vergabe an befugte Unternehmer nach § 19 Abs. 1 BVergG 2006 - jedenfalls zu prüfen, ob die Vergabe weiterer Lose an einen Unternehmer Auswirkungen auf seine Befugnis hat. Es wäre somit unzulässig, die Befugnisprüfung für jedes Los völlig isoliert und unter Außerachtlassung dessen, für welche Lose der Zuschlag insgesamt erteilt werden soll, vorzunehmen.

43 5.4. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 21. Dezember 2005, 2003/04/0061, allgemein festgehalten, dass die Befugnis anhand der ausgeschriebenen Leistung zu beurteilen ist. Da bei einer Losvergabe mehrere Teilleistungen im Rahmen einer Ausschreibung gemeinsam ausgeschrieben werden vergleiche , Schiefer/Berger, in Heid/Preslmayr (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht⁴ (2015), Rz. 1304), ist - im Hinblick auf den Grundsatz der Vergabe an befugte Unternehmer nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 - jedenfalls zu prüfen, ob die Vergabe weiterer Lose an einen Unternehmer Auswirkungen auf seine Befugnis hat. Es wäre somit unzulässig, die Befugnisprüfung für jedes Los völlig isoliert und unter Außerachtlassung dessen, für welche Lose der Zuschlag insgesamt erteilt werden soll, vorzunehmen.

44 Zwar kann es Konstellationen geben - etwa bei der Vergabe unterschiedlicher Gewerke, für die verschiedene Befugnisse erforderlich sind -, in denen das Fehlen der Befugnis für ein Los ohne jeden Einfluss auf das Vorhandensein der Befugnis für andere Lose ist. Der vorliegende Fall ist aber dadurch gekennzeichnet, dass die erforderliche Konzession nach dem GelverKG für eine bestimmte Anzahl von Fahrzeugen erteilt wird und ihr Umfang somit in Relation zum Ausmaß der zu erbringenden Leistungen zu setzen ist.

45 Es kann im vorliegenden Zusammenhang dahinstehen, ob bei der Ermittlung des präsumtiven Zuschlagsempfängers die für die technische Leistungsfähigkeit in der Ausschreibung normierte Vorgehensweise - nämlich anhand der Präferenzreihung zu prüfen, wie weit die Kapazitäten des Unternehmers an Kleinbussen reichen und das Angebot nur hinsichtlich der "übrigen Lose" auszuschneiden -

auf die Prüfung der Befugnis zu übertragen gewesen wäre.

46 Im Hinblick auf die Abhängigkeit der Befugnis vom Umfang der zu erbringenden Leistungen ist für die hier zu klärende Frage, ob die Zuschlagserteilung in Los II an einen unbefugten Unternehmer erfolgt ist, nämlich maßgeblich, dass an die B GmbH im Rahmen des vorliegenden Vergabeverfahrens tatsächlich Leistungen in einem Ausmaß vergeben worden sind, die den Umfang ihrer Befugnis überschritten haben. Es ist daher nicht als rechtswidrig anzusehen, dass das Verwaltungsgericht vom fehlenden Nachweis der Befugnis der B GmbH auch betreffend Los II, das im Übrigen von der 46 Im Hinblick auf die Abhängigkeit der Befugnis vom Umfang der zu erbringenden Leistungen ist für die hier zu klärende Frage, ob die Zuschlagserteilung in Los römisch zwei an einen unbefugten Unternehmer erfolgt ist, nämlich maßgeblich, dass an die B GmbH im Rahmen des vorliegenden Vergabeverfahrens tatsächlich Leistungen in einem Ausmaß vergeben worden sind, die den Umfang ihrer Befugnis überschritten haben. Es ist daher nicht als rechtswidrig anzusehen, dass das Verwaltungsgericht vom fehlenden Nachweis der Befugnis der B GmbH auch betreffend Los römisch zwei, das im Übrigen von der

B GmbH auch nicht an erster Stelle gereiht war, ausgegangen ist.

6. Ergebnis:

47 Die Revisionen waren daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. 47 Die Revisionen waren daher gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG als unbegründet abzuweisen.

48 Von der (von der Zweitrevisionswerberin beantragten) mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG abgesehen werden, weil das Verwaltungsgericht - ein Tribunal im Sinn des Art. 6 MRK und ein Gericht im Sinn des Art. 47 GRC - eine mündliche Verhandlung durchgeführt hat, weshalb weder Art. 6 MRK noch Art. 47 GRC der Abstandnahme von einer mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof entgegenstehen (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 10. Oktober 2016, Ra 2016/04/0104 bis 0107, mwN). 48 Von der (von der Zweitrevisionswerberin beantragten) mündlichen Verhandlung konnte gemäß Paragraph 39, Absatz 2, Ziffer 6, VwGG abgesehen werden, weil das Verwaltungsgericht - ein Tribunal im Sinn des Artikel 6, MRK und ein Gericht im Sinn des Artikel 47, GRC - eine mündliche Verhandlung durchgeführt hat, weshalb weder Artikel 6, MRK noch Artikel 47, GRC der Abstandnahme von einer mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof entgegenstehen vergleiche , dazu das hg. Erkenntnis vom 10. Oktober 2016, Ra 2016/04/0104 bis 0107, mwN).

49 Die Entscheidung über den Aufwandsatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2014. Das Mehrbegehren war abzuweisen, weil mit dem Pauschalbetrag für Schriftsataufwand auch die Umsatzsteuer abgegolten wird. Wien, am 1. Februar 2017 49 Die Entscheidung über den

Aufwandersatz beruht auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014. Das Mehrbegehren war abzuweisen, weil mit dem Pauschalbetrag für Schriftsatzaufwand auch die Umsatzsteuer abgegolten wird. Wien, am 1. Februar 2017

Gerichtsentscheidung

EuGH 62009CJ0338 Yellow Cab Verkehrsbetrieb VORAB

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2017:RA2016040002.L00

Im RIS seit

10.03.2017

Zuletzt aktualisiert am

23.03.2017

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at