jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Lvwg Erkenntnis 2018/1/9 VGW-123/074/6721/2017/E

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 09.01.2018

Entscheidungsdatum

09.01.2018

Index

97 Öffentliches Auftragswesen
L72009 Beschaffung Vergabe Wien
50/03 Personenbeförderung, Güterbeförderung
90/02 Kraftfahrgesetz

Norm

BVergG 2006 §19
BVergG 2006 §69 Z1
BVergG 2006 §70 Abs1
BVergG 2006 §75 Abs7
BVergG 2006 §125
BVergG 2006 §129 Abs1 Z8
BVergG 2006 §131 Abs1
WVRG 2014 §7 Abs1
WVRG 2014 §7 Abs2
WVRG 2014 §33 Abs1
WVRG 2014 §39 Abs2
WVRG 2014 §39 Abs4
GelVerkG §2 Abs1
GelVerkG §3 Abs1
GelVerkG §4
GelVerkG §5
KFG §2 Abs1 Z5
KFG §2 Abs1 Z7

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Dr. Oppel als Vorsitzenden, sowie die Richterin Maga Mandl und die Richterin Dr.in Lettner über den Antrag der A. GesmbH, vertreten durch Rechtsanwalts-Partnerschaft, auf Feststellung gemäß § 39 Abs. 2 WVRG 2014 betreffend das Vergabeverfahren "Schulbusbetrieb MA 56"

(Bekanntmachung 2010/S 124-189969 vom 30.06.2010) (Zuschlagsentscheidung vom 22.07.2011 hinsichtlich der Lose II bis VI und VIII bis XI), der Stadt Wien, Magistratsabteilung 56, vergebende Stelle Magistratsabteilung 54, 1220 Wien, Simone-de-Beauvoir-Platz 6,

zu Recht e r k a n n t:

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

II. Der Eventualantrag auf Feststellung, dass im Vergabeverfahren „Schulbusbetrieb MA 56" hinsichtlich der Lose II bis VI und VIII bis XI die Zuschlagsentscheidung vom 22.7.2011 wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 rechtswidrig war, wird abgewiesen.

III. Der Antrag, das Verwaltungsgericht Wien möge die Antragsgegnerin zum Ersatz der von der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren entrichteten Pauschalgebühren verhalten, wird abgewiesen.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

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

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

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

Die Vorgangsweise bei der Ermittlung der Zuschlagsempfänger für die einzelnen Lose ist in den Ausschreibungsbedingungen in Punkt 16 festgelegt. Die Ermittlung des Billigstbieters pro Los erfolgte zunächst durch Berücksichtigung des billigsten Angebotes für das jeweilige Los. Sodann war zu prüfen, ob der Billigstbieter die Kapazitätsanforderungen für dieses Los erfüllt. Bei Vorliegen der erforderlichen Fahrzeuganzahl erfolgte die Zuschlagsentscheidung für dieses Los zugunsten des Billigstbieters. Wenn der Billigstbieter (zum Beispiel weil er schon in anderen Losen den Zuschlag erhalten sollte) nicht für alle Lose, für die er das billigste Angebot abgegeben hatte, die erforderlichen Fahrzeuge zur Verfügung hatte, erhielt er die Lose, die er im Rahmen seiner Fahrzeugkapazitäten entsprechend der ebenfalls mit dem Angebot bekannt zu gebenden Präferenzreihung bevorzugte und es erfolgte die Zuschlagsentscheidung für das Los, für das der Billigstbieter nicht mehr ausreichend Kapazitäten hatte, an den nächstbilligeren Bieter, der die erforderlichen Fahrzeuge noch zur Verfügung hatte.

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

II. Gegen diese Entscheidung brachte die Antragstellerin einen Antrag auf Nichtigerklärung des gesamten Vergabeverfahrens, in eventu der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Lose II bis VI und VIII bis XI, Erlassung einer Einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz ein. Mit Bescheid des

Vergabekontrollsenates Wien vom 22.9.2011 zur Zahl VKS-8224/11 wurde der Antrag, das Vergabeverfahren für nichtig zu erklären, zurückgewiesen, und der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin für nichtig zu erklären, abgewiesen.

Die Zuschlagserteilung erfolgte am 16.12.2011.

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

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

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

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

V. In ihrem Antrag auf Feststellung gemäß § 39 Abs. 2 WVRG 2014 vom 19.12.2014 hat die Antragstellerin ausgeführt, dass der Zuschlag in dem dem Nachprüfungsverfahren vor dem VKS Wien zu Grunde liegenden Vergabeverfahren vor der Entscheidung des VwGH offensichtlich bereits erteilt worden sei, daher habe das Verwaltungsgericht Wien unter Zugrundelegung der Rechtsanschauung des VwGH nun festzustellen, ob die angefochtene Entscheidung der Auftraggeberin rechtswidrig gewesen sei. Wie § 39 Abs. 2 letzter Satz WVRG 2014 normiere und der VwGH in seiner Entscheidung vom 27.10.2014, GZ: 2013/04/0140, klargestellt habe, sei ein solcher Antrag im Rahmen eines sekundären Feststellungsverfahrens auf Feststellung gemäß § 33 leg. cit. gerichtet.

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

V.1. Zum Punkt nicht plausible Preisbildung im Angebot der Zuschlagsempfängerin brachte die Antragstellerin vor, dass die von der Zuschlagsempfängerin gebotenen Preise betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar sein könnten. Die Zuschlagsempfängerin habe die besonderen, aus der Leistungsbeschreibung resultierenden Anforderungen an die Lenker sowie Begleitpersonen von Transporten von Schülern mit Behinderungen nicht einkalkuliert. Ferner hätten die von der Zuschlagsempfängerin für die einzelnen Lose angebotenen Preise den jeweiligen Mittelwert der Angebotspreise der übrigen Bieter um bis zu 22,7 % unterschritten, was deren Unplausibilität belege. Mit den von der Zuschlagsempfängerin angebotenen Preisen könne auf Grund der Erfahrungen der Antragstellerin aus der Erbringung solcher Leistungen eine kostendeckende Leistungserbringung nicht möglich sein. Im Verfahren vor dem VKS Wien habe sich der VKS über dieses Vorbringen hinweggesetzt und lediglich den Standpunkt der Stadt Wien zu dieser Frage ohne jede sachverständige Überprüfung in der eigenen Entscheidung referiert. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei jedoch die Nachprüfungsbehörde verpflichtet, zur Frage, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien, ein Sachverständigengutachten einzuholen. Die Einholung eines derartigen Sachverständigengutachtens werde nach Ansicht der Antragstellerin belegen, dass die von ihr dargelegten Bedenken gegen die Angemessenheit der von der Zuschlagsempfängerin gebotenen Preise berechtigt und die Angebote der Zuschlagsempfängerin mangels angemessener Preise auszuscheiden gewesen wären. Daher beantrage die Antragstellerin die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Überprüfung der Angemessenheit der von der Zuschlagsempfängerin angebotenen Preise, sofern das Verwaltungsgericht Wien nicht bereits auf Grund der nachfolgend dargelegten Gründe die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung vom 22.07.2011 bestätige.

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

Die Zuschlagsempfängerin hätte mit ihren Angeboten lediglich „Bestätigungen" einer P. AG und einer D. GmbH über die angeblich in Zukunft mögliche Lieferung bzw. den Umbau der Fahrzeuge vorgelegt. Laut dem Bescheid des VKS Wien vom 22.9.2011 sollten derartige Bestätigungen unter dem in Punkt 7.3.a der Angebotsbestimmung verwendeten Terminus „odgl." fallen. Eine solche Auslegung der Vorgabe sei jedoch aus mehreren Gründen unzutreffend: So spreche der zitierte Punkt der Angebotsbestimmungen ausdrücklich von der Vorlage von unterfertigten Verträgen. Der Sinn einer solchen Vorgabe könne offenkundig nur darin bestehen, dass der Bieter nachweisen müsse, dass er, hinsichtlich der für die Auftragsabwicklung erforderlichen Ressourcen - wenn er über sie zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung noch nicht verfügt, wie das an sich nach dem Gesetz erforderlich wäre - zumindest bereits eine rechtlich gesicherte Position habe. Nach dieser Vorgabe müsse also zumindest ein bereits rechtsverbindlicher Vertrag vorgelegt werden, aus dem sich ein klagbarer Anspruch auf Herstellung bzw. Bereitstellung dieser Ressourcen ergebe. Von „dergleichen" könne angesichts dessen aber nur dann die Rede sein, wenn der Bieter ein Dokument vorlege, welches ihm allenfalls einen klagbaren Anspruch verschaffe. Schon nach dem üblichen Sprachgebrauch könne die Wendung „odgl." keineswegs im Sinne von „oder irgend ein anderer Nachweis" verstanden werden; vielmehr ergebe sich schon aus der üblichen Bedeutung des Wortes „dergleichen" die Notwendigkeit eines gleichartigen Nachweises. Umso mehr sei ein solches Verständnis der Wendung „odgl." vor dem Hintergrund der geltenden gesetzlichen Bestimmungen geboten. Nach der Judikatur sind Festlegungen in einer Ausschreibung im Zweifel möglichst gesetzeskonform zu interpretieren. Nach der Gesetzeslage müsste aber ohnedies jeder Bieter bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung über die notwendigen Fahrzeuge verfügen. Wenn nun die Angebotsbestimmung davon schon insoweit abwichen, als sie auch den bloßen Nachweis genügen ließen, dass der Bieter erst zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns über die erforderlichen Fahrzeuge verfügen werde, dann könne dies bei möglichst gesetzeskonformer Interpretation zweifellos nicht auch dahin verstanden werden, dass der Bieter überhaupt nur irgendein Papier vorzulegen brauche, in welchem die Behauptung aufgestellt werde, der Bieter werde zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns über die erforderlichen Fahrzeuge verfügen. Vielmehr müsse der oben zitierte Punkt aus den Angebotsbestimmungen bei möglichst gesetzeskonformer Auslegung so verstanden werden, dass der Bieter zumindest einen solchen Nachweis vorzulegen habe, aus dem sich zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung bereits ein klagbarer Anspruch des Bieters ergäbe, also eine rechtlich gesicherte Position in Bezug auf den Besitz der erforderlichen Fahrzeuge zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns. Bloß zur Klarstellung werde hinzugefügt, dass eine Bestätigung irgendeines Dritten nicht genüge, sie liefere keinen unmittelbaren Beweis für das Bestehen eines klagbaren Anspruchs. Ob der Bieter über die zur Auftragsabwicklung erforderlichen Ressourcen verfüge, habe aber der Auftraggeber selbst zu überprüfen.

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

V.3. Zur mangelnden Begründung der Zuschlagsentscheidung brachte die Antragstellerin vor, dass sich in der Zuschlagsentscheidung vom 22.07.2011 als Begründung bloß der allgemeine Hinweis auf den niedrigsten Preis unter Berücksichtigung der Kapazität und der angegeben Präferenz finde, ohne dass im Detail dargelegt werde, welche

Präferenzen und welche Kapazitäten der einzelne Bieter in seinem Angebot angegeben habe. Dies führe dazu, dass nicht abschließend beurteilt werden könne, ob die Zuschlagsentscheidung rechtskonform getroffen worden sei, weil deren Rechtskonformität auch davon abhänge, welche Präferenz der einzelne Bieter in seinem Angebot angegeben habe und welche Kapazitäten diesem Bieter zur Verfügung stünden. Die Berücksichtigung der Präferenzreihung ergebe sich aus Punkt 16 der Ausschreibungsunterlagen. Nach den gesetzlichen Bestimmungen und nach der Judikatur des EuGH müsse die Begründung der Zuschlagsentscheidung die Überlegungen des Auftraggebers so klar und eindeutig zum Ausdruck bringen, dass der betroffene Bieter seine Rechte geltend machen könne. Durch die Unterlassung der Bekanntgabe der Präferenzreihung als auch der Kapazitäten habe daher der Zuschlagsentscheidung ein wesentliches Begründungselement gefehlt und belaste dies die Entscheidung mit Rechtswidrigkeit.

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

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

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

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

Zum Nachweis des erforderlichen Fuhrparks wurde vorgebracht, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin dem Angebot eine Bestätigung eines Autohauses angeschlossen habe, in welcher bloß die Möglichkeit der Bestellung der zur Auftragsdurchführung erforderlichen Fahrzeuge bis Ende März 2011 eingeräumt worden sei. Darüber hinaus sei eine Bestätigung erfolgt, wonach die Ausstattung dieser Fahrzeuge bis Ende September 2011 durchgeführt werden könne, sofern die Fahrzeuge bis Ende März 2011 geliefert würden. Diese Bestätigungen würden nicht den Ausschreibungsanforderungen entsprechen: Einerseits werde ohne Rechtsverbindlichkeit die bloße Möglichkeit einer Bestellung in Aussicht gestellt, andererseits beziehe sich diese Möglichkeit auf eine Bestellung im März 2011 und nicht August 2011. Weiters mangle es den unverbindlichen Bestätigungen jeglicher Angebotspreise, der Angabe konkreter Fahrzeuge sowie Lieferzeiträume. Im Ergebnis würden somit sämtliche essentialia negotii fehlen, weshalb eine wie in den Angebotsunterlagen geforderte verbindliche Vereinbarung nicht nachgewiesen sei. Die Antragsgegnerin hätte daher im Ergebnis die in ihrer Zuschlagsentscheidung vom 22.7.2011 angegebene Zuschlagsempfängerin wegen nicht vorhandener Befugnis bzw. technischer Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung auszuscheiden gehabt.

Weiters wurde vorgebracht, dass durch die besonders niedrigen Angebotspreise der B. GmbH davon auszugehen sei, dass diese zusätzliche Informationen erhalten habe und die Beantwortung von Bieterfragen selektiv erfolgt sei.

Beispielsweise sei die schriftliche Beantwortung der Anfrage der Antragstellerin vom 9.8.2010 am 10.8.2010 erfolgt und ausschließlich der Antragstellerin zugestellt worden. Es habe keine anonymisierte Anfragebeantwortung von Seiten der Antragsgegnerin an die übrigen Bieter gegeben. Die Vergleichbarkeit der Angebote sei damit nicht gewährleistet.

Dazu, dass die Zuschlagsentscheidung zugunsten von Angeboten mit nicht plausibler Preisbildung erfolgt sei, brachte die Antragstellerin zusammengefasst vor, dass ein losweiser Vergleich der Angebotspreise der Teilnahmeberechtigten, hinsichtlich welcher Lose sie als Billigstbieterin beurteilt worden sei, zu dem Mittelwert sämtlicher höherpreisiger Angebotspreise der anderen Bieter das im Nichtigerklärungsantrag (Seite 13) in einer Tabelle dargestellte Ergebnis liefere. Aufgrund der auf Seiten der Antragstellerin vorhandenen Markt- und Fachkenntnis, seien die Angebotspreise der Zuschlagsempfängerin weder seriös, noch betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar und keinesfalls kostendeckend. Es sei davon auszugehen, dass die angebotenen Preise ausschließlich durch nicht veranschlagte Aufwendungen, für Kosten der Wartung und Erneuerung auch der elektronischen Logistikeinrichtungen für die nach den Ausschreibungsbedingungen zwingend beizuschaffenden Fahrzeuge zustande gekommen seien. Bei Schulkindern mit besonderen Bedürfnissen sei die tägliche Transporterbringung eine sehr sensible Angelegenheit und dürfe die gegenständliche Dienstleistung nicht bloß anhand von wirtschaftlichen Gesichtspunkten determiniert werden. Die Antragsgegnerin hätte erkennen müssen, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin weder betriebswirtschaftlich erklär- noch nachvollziehbar – und somit zwingend auszuscheiden – sei.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VII.4.a Zum Vorliegen der Befugnis der Zuschlagsempfängerin wurde vorgebracht, dass diese Tätigkeit gemäß § 2 Abs.

1 Gelegenheitsverkehrsgesetz nur aufgrund einer Konzession ausgeübt werden dürfe. Gemäß Auszug des ANKÖ habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin über insgesamt sieben Gewerbeberechtigungen für das Mietwagengewerbe sowohl mit Personenkraftwagen als auch mit Omnibussen verfügt. Demnach sei die Zuschlagsempfängerin berechtigt gewesen, das Mietwagengewerbe eingeschränkt auf insgesamt 24 PKW und 119 Omnibussen auszuüben. Um eine Konzession im Sinne des Gelegenheitsverkehrsgesetzes zu erhalten, müssten die Voraussetzungen der §§ 4, 5 und 6 Gelegenheitsverkehrsgesetz erfüllt werden. In vergaberechtlicher Hinsicht sei ein Unternehmen dann befugt, wenn es über eine Berechtigung verfüge, bestimmte Tätigkeiten auszuüben. Art 46 Vergaberichtlinie spreche von der „Befähigung zur Berufsausübung". Mit den Anforderungen an die Befugnis solle sichergestellt werden, dass nur solche Unternehmer die verfahrensgegenständlichen Leistungen ausführen, die über ein gewisses Maß an technischem Wissen und praktischer Erfahrung verfügen. Die Auftraggeberin könne somit bei Vorliegen eines Nachweises einer Gewerbeberechtigung oder dergleichen von einem gewissen Qualitätsstandard der Leistungen des befugten Unternehmers ausgehen. Die vorliegende Gewerbeberechtigung habe demnach dargelegt, dass die Zuschlagsempfängerin über die notwendige Berechtigung verfüge, die ausgeschriebene Leistung, nämlich die Durchführung des Schulbusbetriebs für SchülerInnen mit Behinderung, auszuüben.

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

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

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

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

VII.7. Zur Angemessenheit der Preise wurde ausgeführt, dass eine vertiefte Angebotsprüfung entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen stattgefunden habe. Die Plausibilität der Preise sowie auch die Kalkulation der

Zuschlagsempfängerin seien durch die Auftraggeberin mit Unterstützung durch einen Sachverständigen eingehend geprüft worden und sei die Zuschlagsempfängerin am 15.10.2010 zu ergänzenden Kalkulationsnachweisen aufgefordert worden. Dieser Aufforderung sei die Zuschlagsempfängerin fristgerecht nachgekommen und habe der Sachverständige die vorgelegte Kalkulation als branchenüblich beurteilt. Zudem habe am 6.6.2011 ein Aufklärungsgespräch stattgefunden, dessen Inhalt unter anderem die den Angebotspreisen zu Grunde liegende Kalkulation gewesen sei.

VIII. Im sekundären Feststellungsverfahren wurde vorgebracht:

VIII.1. Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 16.1.2015

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

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

VIII.1.b. Zum Vorbringen der Antragstellerin, dass die Preise der Zuschlagsempfängerin nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien und eine vertiefte Angebotsprüfung unterlassen worden sei, wurde vorgebracht, dass die Auftraggeberin eine den gesetzlichen Bestimmungen entsprechende Prüfung vorgenommen habe. Die Plausibilität der Preise sowie auch die Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsemfängerin durch die Auftraggeberin sei mit Unterstützung eines Sachverständigen eingehend geprüft worden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe nach Aufforderung am 18.10.2010 ihre Kalkulation für die Einheitspreise in den Positionen A bis E offen gelegt. Der Nachweis habe den Anforderungen des Punktes 8 der Ausschreibungsunterlagen entsprochen. Der Sachverständige habe die Kalkulation als branchenüblich beurteilt. In einem Aufklärungsgespräch am 6.6.2011 habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihre den Angebotspreisen zugrunde liegende Kalkulation erklärt. Die kollektivvertraglichen Mindestlöhne seien eingehalten worden und der Aufschlag für die Lohnnebenkosten und die Nichtleistungszeiten sei ausreichend kalkuliert. Die Zuschlagsempfängerin habe in den Einheitspreis neben den ausgabenwirksamen Kosten auch Geschäftsgemeinkosten einkalkuliert und sei davon auszugehen gewesen, dass die angebotenen Preise auskömmlich kalkuliert seien.

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

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

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

der geforderten Ausstattungsqualität verfüge.

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

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

VIII.2. Replik der Antragstellerin vom 28.4.2015

VIII.2.a. Am 28.4.2015 brachte die Antragstellerin eine Replik zur Stellungnahme der Antragsgegnerin ein und führte darin zur nicht plausiblen Preisbildung im Angebot der Zuschlagsempfängerin aus, dass die Beurteilung durch einen Sachverständigen als „branchenüblich“ sich jeglicher sachlichen Grundlage entziehe und dass die Abweichungen der von der Zuschlagsempfängerin in den einzelnen Losen angebotenen Preise von bis zu 22,7% vom jeweiligen Mittelwert der Angebotspreise der übrigen Bieter gerade die „Branchenunüblichkeit“ beweise.

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

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

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

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

Treffen geführt.

Selbst wenn das Verwaltungsgericht Wien – im Anschluss an die Feststellung, dass der Zuschlag in den Losen II bis VI und VIII bis XI nicht dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt worden sei – feststellen würde, dass die Antragstellerin keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte, stünde der Antragstellerin die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen, insbesondere aus unlauterem Wettbewerb, offen. Sohin würde selbst die Gegenfeststellung, dass die Antragstellerin keine echte Chance auf Zuschlagserteilung in den feststellungsgegenständlichen Losen gehabt hätte, keine Auswirkungen auf die Antragslegitimation der Antragstellerin haben. Aus diesem Grund dürfe die Antragslegitimation auch auf keinen Fall verneint werden, weil der Antragstellerin selbst dann, wenn ihr Angebot auszuscheiden gewesen wäre – was ausdrücklich bestritten werde –, ein Schaden durch die rechtswidrige Vergabe und die fortgesetzte Vertragsabwicklung mit den zu Unrecht als Zuschlagsempfänger ausgewählten Unternehmen entstehe und weiter entstehen könne.

VIII.3. Schriftsatz der Antragstellerin vom 29.4.2015

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

VIII.3.b. Aus einer gemeinsamen Betrachtung der Bestätigungen der beiden Unternehmen ergebe sich, dass nach dem Erklärungsinhalt der Bestätigungen die rechtzeitige Lieferung der umgebauten Fahrzeuge nicht bloß nicht gewährleistet, sondern vielmehr ausgeschlossen gewesen sei. Einerseits habe die P. AG (Fahrzeuglieferant) bestätigt, dass bei Bestellung bis März 2011 die Lieferung der Fahrzeuge bis August 2011 möglich sei. Andererseits habe die D. GmbH (Fahrzeugumbauer) bestätigt, dass auch bei Bestellung bis März 2011 der Umbau bis August 2011 möglich sei. Damit wäre - wenn überhaupt - ausschließlich die Lieferung der Fahrzeuge bis August 2011 gesichert. Im schlechtesten Fall, also der Lieferung am 31.08.2011, wäre keine Zeit mehr für die D. GmbH übrig gewesen, die 80 Fahrzeuge entsprechend den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen umzubauen. In wie fern durch diese Bestätigungen „Rechtssicherheit“ zur rechtzeitigen Verfügung über 80 den Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen entsprechende Fahrzeuge zum Beginn des Schuljahres 2011/2012 bestanden haben solle, bleibe unergründlich, zumal für den Umbau genau zwei Arbeitstage zur Verfügung gestanden wären und nach dem abgeschlossenen Umbau noch eine gesonderte Typengenehmigung einzuholen gewesen wäre. Unter Berücksichtigung dieser Umstände seien diese Bestätigungen, selbst wenn sie verbindlich wären und einen klagbaren Anspruch liefern würden, wertlos, weil eben eine Verfügbarkeit von einsatzbereiten Fahrzeugen mit 05.09.2011 durch diese nicht gesichert gewesen sei.

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

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

VIII.3.e. Im Ergebnis habe die B. GmbH die geforderte technische Leistungsfähigkeit - mangels Vorlage von verbindlichen Vereinbarungen über die Verfügung der zur Durchführung der ausgeschriebenen Leistung erforderlichen Fahrzeuge zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung für die von ihr angegebenen Lose - nicht erfüllt. Das

Angebot der B. GmbH wäre daher von der Antragsgegnerin mangels Eignung zwingend auszuscheiden gewesen. Bei rechtskonformer Angebotsprüfung und Ausscheiden des Angebotes der B. GmbH wäre der Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen gewesen. Dies sei zumindest in jenen Losen, in denen die Antragstellerin entsprechend dem festgelegten Zuschlagssystem als Billigstbieterin zu qualifizieren gewesen sei, der Fall gewesen.

VIII.4. Schriftsatz der Antragstellerin vom 5.6.2015

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

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

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

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

Aus der Ermittlung des Zuschlagsempfängers gemäß Punkt 19.1. der Ausschreibungsunterlagen auf Grundlage der in

der übermittelten Aufstellung angeführten Präferenzreihungen und Fahrzeugkapazitäten der übrigen Bieter ohne die Bieter B. GmbH und H. GmbH folge, dass die Antragstellerin zumindest betreffend die Lose XVI, XVIII und XIX als Zuschlagsempfängerin zu qualifizieren sei.

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

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

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

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

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

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

VIII.4.f. Schließlich sei davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin keine vollständige, vergaberechtskonforme formelle Prüfung jener Angebote, welche dem Angebot der Antragstellerin in den einzelnen Losen vorgereiht seien, vorgenommen habe, weil eine solche umfassende Prüfung nach dem Ergebnis der – ausschreibungswidrigen – Ermittlung der Zuschlagsempfänger nicht mehr erforderlich erschienen sei. Dies betreffe insbesondere die Prüfung der Fahrzeugkapazitäten der übrigen Bieter und die in diesem Zusammenhang vorgelegten Nachweise. Aus diesem Grund sei eine abschließende Beurteilung, in welchen Losen die Antragstellerin bei ausschreibungskonformer Vorgehensweise der Antragsgegnerin als Zuschlagsempfängerin zu qualifizieren gewesen wäre, von vornherein nicht möglich.

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

Präferenzreihung – ohne B., H., E.“.

VIII.5. Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 3.7.2015

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

VIII.5.b. Wenn die Antragstellerin zum wiederholten Male vorbringe, dass die Teilnahmeberechtigte auszuscheiden gewesen wäre, da die vorgelegten Unterlagen zum Nachweis der Fahrzeugkapazitäten ihrer Meinung nach nicht den in der Ausschreibung festgelegten Anforderung entsprochen hätten, so sei das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin inhaltlich gleichlautend mit dem Vorbringen im Verfahren zu VKS-8224/11. Der VKS habe im entsprechenden Bescheid vom 22.9.2011 ausreichend auf

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at