

TE Verg Bescheid 2011/9/22 VKS-8224/11

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.09.2011

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23

WVRG 2007 §39 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §69

BVergG 2006 §70

BVergG 2006 §75

BVergG 2006 §123

BVergG 2006 §125

BVergG 2006 §129 Abs1

BVergG 2006 §131

BVergG 2006 §151 Abs3

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 151 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 151 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** Gesellschaft mbH, ***, vertreten durch Dr. Andreas Waldhof, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Auftrages zur Durchführung des "Schulbusbetriebes für SchülerInnen mit Behinderung in Wien", Ausschreibungsnummer: MA54-BB-77268/08-EU, Lose II - VI und VIII - XI, durch die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien, MA 56, vergebende Stelle Magistratsabteilung 54, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte in Wien, nach mündlicher Verhandlung wie folgt entschieden: Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** Gesellschaft mbH, ***, vertreten durch Dr. Andreas Waldhof, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Auftrages zur Durchführung des "Schulbusbetriebes für SchülerInnen mit Behinderung in Wien", Ausschreibungsnummer: MA54-BB-77268/08-EU, Lose römisch zwei - römisch sechs und römisch acht - römisch elf, durch die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien, MA 56, vergebende Stelle Magistratsabteilung 54, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte in Wien, nach mündlicher Verhandlung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, der Vergabekontrollsenat des Landes Wien möge das gesamte Vergabeverfahren Schulbusbetrieb MA 56 (Bekanntmachung 2010/S124-189969 vom 30.6.2010) für nichtig erklären, wird zurückgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 22.7.2011 zu den Losen II - VI und VIII - XI für nichtig zu erklären, wird abgewiesen. Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 22.7.2011 zu den Losen römisch zwei - römisch sechs und römisch acht - römisch elf für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

1. 3.Ziffer 3

Die einstweilige Verfügung vom 4.8.2011 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 4.Ziffer 4

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

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 23, 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit.a sublit.aa, 6, 69, 70, 75, 123, 125, 129 Abs. 1, 131, 151 Abs. 3 BVerG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 23, 39 WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 6, 69, 70, 75, 123, 125, 129 Absatz eins, 131, 151, Absatz 3, BVerG 2006.

Begründung:

Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 56, vertreten durch die vergebende Stelle Magistratsabteilung 54 (im folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Durchführung des Schulbusbetriebes für SchülerInnen mit Behinderung in allen 23 Wiener Gemeindebezirken. Die Leistungsfrist ist mit sechs Unterrichtsjahren, beginnend mit Schulbeginn 2011, mit der Option auf Verlängerung um weitere zwei Unterrichtsjahre vorgesehen. Der Auftragsgegenstand ist in 20 Lose unterteilt, die Vergabe erfolgt getrennt nach Losen. Die Bieter hatten die Möglichkeit für alle Lose, einzelne Lose oder auch nur für ein Los Angebote abzugeben. Der Zuschlag soll jeweils auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Die Bekanntmachung ist im Amtsblatt der EU am 30.6.2010, Zl. 2010/S124-189969, ordnungsgemäß erfolgt. Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 13.10.2010, 10 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt.

Insgesamt haben sich neun Unternehmen durch Abgabe von Angeboten am Vergabeverfahren beteiligt, darunter auch die Antragstellerin. Sie hat für alle 20 Lose Angebote gelegt.

Mit Schreiben vom 22.7.2011, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugekommen, hat die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung für alle 20 Lose bekannt gegeben. Danach ist die Antragstellerin als Zuschlagsempfängerin für kein Los vorgesehen. Für die im Spruch genannten Lose soll die Zuschlagserteilung an ein anderes Unternehmen erfolgen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 29.7.2011 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung des gesamten Vergabeverfahrens, in eventu der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Lose II - VI und VIII - XI, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Zunächst macht die Antragstellerin geltend, das Vergabeverfahren sei rechtswidrig, weil es gegen das Gleichbehandlungsgebot verstoße. Aufgrund der erheblich voneinander abweichenden Angebotspreise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Verhältnis zu den restlichen Angebotspreisen liege der Verdacht nahe, dass "die Bieter des nachprüfungsgegenständlichen Vergabeverfahrens unterschiedliche Informationsstände betreffend Kalkulationsgrundlagen sowie sonstigen Anforderungen betreffend den Leistungsgegenstand hatten". Offenbar seien der Antragstellerin nicht die selben Informationen im Zuge der Anfragen/Antworten im Vergabeverfahren erteilt worden. So sei eine schriftliche Beantwortung der Anfrage der Antragstellerin vom 9.8.2010 am 10.8.2010 ausschließlich der Antragstellerin zugestellt worden. Eine anonymisierte Beantwortung von Seiten der Antragsgegnerin an die übrigen Bieter habe es nicht gegeben. Damit habe die Antragsgegnerin "kardinale Grundsätze, die bei Durchführung von Vergabeverfahren zwingend einzuhalten sind", nämlich das Diskriminierungsverbot sowie das Gebot zur Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, verletzt. Durch diese Vorgehensweise der Antragsgegnerin würden de facto keine vergleichbaren Angebote vorliegen. Das gesamte Vergabeverfahren wäre daher für nichtig zu erklären. Weiters erblickt die Antragstellerin darin eine Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung, dass ihrer Ansicht nach die Zuschlagsentscheidung zugunsten eines Angebotes mit nicht plausibler Preisbildung erfolgen solle. Die Antragsgegnerin habe offenbar eine Prüfung der Preisangemessenheit unterlassen. So würde das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in den fraglichen neun Losen von dem von der Antragstellerin errechneten Mittelwert höherpreisiger Angebote um rund 11,33 % bis 22,7 % abweichen. Dies zeige, dass die Antragsgegnerin eine vertiefte Angebotsprüfung nicht vorgenommen habe, insbesondere nicht geprüft habe, ob die Leistungen mit der geforderten Qualität zu den angebotenen Preisen auch tatsächlich erbracht werden könnten. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 29.7.2011 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung des gesamten Vergabeverfahrens, in eventu der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Lose römisch zwei - römisch sechs und römisch acht - römisch elf, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Zunächst macht die Antragstellerin geltend, das Vergabeverfahren sei rechtswidrig, weil es gegen das Gleichbehandlungsgebot verstoße. Aufgrund der erheblich voneinander abweichenden Angebotspreise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Verhältnis zu den restlichen Angebotspreisen liege der Verdacht nahe, dass "die Bieter des nachprüfungsgegenständlichen Vergabeverfahrens

unterschiedliche Informationsstände betreffend Kalkulationsgrundlagen sowie sonstigen Anforderungen betreffend den Leistungsgegenstand hatten". Offenbar seien der Antragstellerin nicht die selben Informationen im Zuge der Anfragen/Antworten im Vergabeverfahren erteilt worden. So sei eine schriftliche Beantwortung der Anfrage der Antragstellerin vom 9.8.2010 am 10.8.2010 ausschließlich der Antragstellerin zugestellt worden. Eine anonymisierte Beantwortung von Seiten der Antragsgegnerin an die übrigen Bieter habe es nicht gegeben. Damit habe die Antragsgegnerin "kardinale Grundsätze, die bei Durchführung von Vergabeverfahren zwingend einzuhalten sind", nämlich das Diskriminierungsverbot sowie das Gebot zur Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, verletzt. Durch diese Vorgehensweise der Antragsgegnerin würden de facto keine vergleichbaren Angebote vorliegen. Das gesamte Vergabeverfahren wäre daher für nichtig zu erklären. Weiters erblickt die Antragstellerin darin eine Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung, dass ihrer Ansicht nach die Zuschlagsentscheidung zugunsten eines Angebotes mit nicht plausibler Preisbildung erfolgen solle. Die Antragsgegnerin habe offenbar eine Prüfung der Preisangemessenheit unterlassen. So würde das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in den fraglichen neun Losen von dem von der Antragstellerin errechneten Mittelwert höherpreisiger Angebote um rund 11,33 % bis 22,7 % abweichen. Dies zeige, dass die Antragsgegnerin eine vertiefte Angebotsprüfung nicht vorgenommen habe, insbesondere nicht geprüft habe, ob die Leistungen mit der geforderten Qualität zu den angebotenen Preisen auch tatsächlich erbracht werden könnten.

Die Angebotspreise der Antragstellerin hätten ihre Grundlage in den Preisen, zu welchen sie als bisherige Auftragnehmerin unter anderem den Schulbusbetrieb für Personen mit Behinderung durchgeführt habe. Hätte die Antragsgegnerin eine entsprechend den gesetzlichen Festlegungen zwingend vorgeschriebene Prüfung der Preisplausibilität durchgeführt, wäre sie zweifellos zum Ergebnis gelangt, dass die günstigen Angebotspreise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bloß darauf zurückzuführen seien, dass Ansätze bei der Kalkulation nicht berücksichtigt worden wären. Die Antragsgegnerin habe bereits einmal einem Unternehmen auf Grundlage von nicht kostendeckenden Angebotspreisen Aufträge betreffend den Schulbusbetrieb für Personen mit Behinderung vergeben. Damit habe sie bereits einmal einen Fehler gemacht, der in der Vergangenheit die Aufrechterhaltung des Schulbusbetriebes für Personen mit Behinderung erheblich gefährdet hätte, sie laufe Gefahr diesen Fehler ein weiteres Mal zu begehen. 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 Kontinuität der Leistungserbringung sei ein wesentlicher Aspekt und könne von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf Grundlage der von ihr angebotenen Angebotspreise nicht gewährleistet werden. Weiters macht die Antragstellerin geltend, der für die neun im Spruch genannten Lose vorgesehenen Bieterin würde es an den Eignungsanforderungen fehlen. So verfüge sie nicht über die geforderten Referenznachweise, ihr Befugnisnachweis erstrecke sich nur auf sechs PKW, obwohl sie eine Mindestkapazitätserfordernis von insgesamt 80 Kleinbussen nachzuweisen gehabt hätte. Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgelegten Bestätigungen eines Autohauses bzw. eines Betriebes zum Umbau von Fahrzeugen seien nicht geeignet, die nach den Ausschreibungsunterlagen geforderten Nachweise abzugeben. 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. Erklärungen von Dritten über die Möglichkeit der Beschaffung und Ausstattung der erforderlichen Fahrzeuge seien nicht mit der geforderten verbindlichen Zusage über die Beschaffung und Ausstattung der Fahrzeuge im Falle der Auftragsdurchführung gleichzusetzen. Dementsprechend verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht über die in den Angebotsunterlagen festgelegten Mindestanforderungen für die bei der Leistungserbringung zu verwendenden Fahrzeuge, wenn überhaupt nur hinsichtlich jener Fahrzeuge über welche sie bereits zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung verfügte. Die Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hinsichtlich jener Lose, für die sie den Zuschlag erhalten solle, sei daher nicht gegeben, weshalb ihr Angebot auszuschneiden gewesen wäre. Damit würde die Antragstellerin die Chance erhalten, selbst den Auftrag für diese Lose zu bekommen.

Durch die angefochtenen Entscheidungen zu den neun Losen fühlt sich die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen, den tragenden vergaberechtlichen Grundsätzen des § 19 Abs. 1 BVergG 2006, der Transparenz und der Gleichbehandlung sämtlicher Bieter sowie des freien und lauten Wettbewerbes entsprechenden Vergabeverfahrens verletzt. Da die Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hinsichtlich der im Spruch genannten Lose auszuschneiden wären, müsste die Antragstellerin den Zuschlag erhalten. Sollte die Antragstellerin die Aufträge jedoch nicht erhalten, würde ihr durch diese Nichtberücksichtigung ein näher bezifferter

Schaden durch Entfall einer entsprechenden Auslastung drohen. Dazu kämen noch die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung und die von ihr entrichteten Pauschalgebühren. Durch die angefochtenen Entscheidungen zu den neun Losen fühlt sich die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen, den tragenden vergaberechtlichen Grundsätzen des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006, der Transparenz und der Gleichbehandlung sämtlicher Bieter sowie des freien und lauter Wettbewerbes entsprechenden Vergabeverfahrens verletzt. Da die Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hinsichtlich der im Spruch genannten Lose auszuscheiden wären, müsste die Antragstellerin den Zuschlag erhalten. Sollte die Antragstellerin die Aufträge jedoch nicht erhalten, würde ihr durch diese Nichtberücksichtigung ein näher bezifferter Schaden durch Entfall einer entsprechenden Auslastung drohen. Dazu kämen noch die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung und die von ihr entrichteten Pauschalgebühren.

Der zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragten Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 4.8.2011 antragsgemäß stattgegeben. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 8.8.2011 ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Partei dem Verfahren beigetreten und hat ausgeführt, die Antragsgegnerin habe eine vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen. Unter Hinweis auf Punkt 7.3a der Ausschreibungsunterlagen führt die Teilnahmeberechtigte aus, dass sie den Nachweis über die benötigte Mindestanzahl an geeigneten Kleinbussen, und zwar für alle Lose, erbracht habe. Die Teilnahmeberechtigte verfüge auch über eine aufrechte Gewerbeberechtigung und damit über die Befugnis zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen. Die technische Leistungsfähigkeit sei insoweit gegeben, als die Teilnahmeberechtigte entsprechend den Ausschreibungsbedingungen nachgewiesen habe, dass sie zu Leistungsbeginn über die erforderliche Mindestanzahl an geeigneten Fahrzeugen verfügen werde. Dazu habe sie mit dem Angebot sowohl Nachweise des Fahrzeuglieferanten als auch jenes Unternehmens beigebracht, das den Umbau der Fahrzeuge entsprechend den Ausschreibungsbedingungen vornehmen werde. Auch der von ihr erbrachte Referenznachweis entspreche den Ausschreibungsbedingungen. Zur Preisangemessenheit führt die Teilnahmeberechtigte aus, dass sie einen angemessenen Preis kalkuliert habe, insbesondere keine unterkollektivvertraglichen Löhne angesetzt habe. Im Laufe des Vergabeverfahrens habe die Auftraggeberin auch eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt und Aufklärung zu diversen Preispositionen gefordert. Diesen Aufforderungen habe die Teilnahmeberechtigte jeweils fristgerecht entsprochen. Das Anfechtungsbegehren der Antragstellerin sei daher nicht begründet.

Mit Schriftsatz vom 12.8.2011 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen und zunächst vorgebracht, die Antragsgegnerin hätte keine Chance auf den Zuschlag bei fünf Losen. Bei den Losen II und VI sei sie an sechster Stelle gereiht, bei den Losen VIII und IX je an fünfter Stelle und beim Los III an vierter Stelle. Selbst wenn ihren Anträgen auf Nichtigerklärung stattgegeben werden sollte, könne sie in Folge ihrer Reihung bei diesen Losen nicht selbst den Zuschlag erhalten; diesbezüglich sei ihre Antragslegitimation nicht gegeben. Mit Schriftsatz vom 12.8.2011 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen und zunächst vorgebracht, die Antragsgegnerin hätte keine Chance auf den Zuschlag bei fünf Losen. Bei den Losen römisch zwei und römisch sechs sei sie an sechster Stelle gereiht, bei den Losen römisch acht und römisch neun je an fünfter Stelle und beim Los römisch drei an vierter Stelle. Selbst wenn ihren Anträgen auf Nichtigerklärung stattgegeben werden sollte, könne sie in Folge ihrer Reihung bei diesen Losen nicht selbst den Zuschlag erhalten; diesbezüglich sei ihre Antragslegitimation nicht gegeben.

Die Antragsgegnerin hält auch den Ausscheidungstatbestand des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 hinsichtlich der Antragstellerin gegeben, weil diese als 100%ige - Mutter der Mitbewerberin *** stets Einfluss auf das Handeln ihrer Tochtergesellschaft habe. Es sei daher die Vermutung gerechtfertigt, dass zwischen diesen Bietern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden getroffen worden sind. *** sei sowohl Geschäftsführer der Antragstellerin als auch der Bieterin ***. Er habe daher die Angebote beider Unternehmen gekannt und darauf offenbar Einfluss genommen. Die Antragsgegnerin hält auch den Ausscheidungstatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 hinsichtlich der Antragstellerin gegeben, weil diese als 100%ige - Mutter der Mitbewerberin *** stets Einfluss auf das Handeln ihrer Tochtergesellschaft habe. Es sei daher die Vermutung gerechtfertigt, dass zwischen diesen Bietern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden getroffen worden sind. *** sei sowohl Geschäftsführer der Antragstellerin als auch der Bieterin ***. Er habe daher die Angebote beider Unternehmen gekannt und darauf offenbar Einfluss genommen.

Eine Ungleichbehandlung der Antragstellerin wird von der Antragsgegnerin entschieden in Abrede gestellt. Es sei während der Angebotsfrist lediglich einmal eine Frage von einer Bieterin, nämlich der Antragstellerin, eingelangt. Die Beantwortung dieser Frage sei nur an die Antragstellerin erfolgt, weil in der Fragebeantwortung der Ausschreibungsinhalt im Wesentlichen nur wiederholt worden sei. Sonst seien von keinem Bieter Anfragen gestellt worden. Die Anfragebeantwortung sei inhaltlich als bloße Information für die Antragstellerin zu werten.

Im Übrigen bringt die Antragsgegnerin vor, dass die Befugnis der Teilnahmeberechtigten zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen im vollen Umfang gegeben wäre. Die Teilnahmeberechtigte habe auch einen entsprechenden Referenznachweis vorgelegt. Aufgrund von zwei von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten Bestätigungen sowohl des Fahrzeuglieferanten als auch jenes Betriebes, der die Umbauarbeiten vornehmen wird, sei ausreichend nachgewiesen, dass die Teilnahmeberechtigte im Zeitpunkt des Leistungsbeginnes über die erforderlichen Fahrzeuge verfügen werde. Eine Subunternehmererklärung habe die Teilnahmeberechtigte nicht abgegeben. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin habe die Antragsgegnerin unter Beachtung der Judikatur die von der Teilnahmeberechtigten angebotenen Preise einer vertieften Prüfung unterzogen und deren Angemessenheit festgestellt.

Mit Schriftsatz vom 5.9.2011 hat die Antragstellerin zum Vorbringen der Teilnahmeberechtigten Stellung genommen und ausgeführt, dass diese ihre technische Leistungsfähigkeit nicht nachgewiesen habe, da sie für jene Lose, für die sie als Zuschlagsempfängerin vorgesehen ist, über 80 Kleinbusse hätte verfügen müssen. Das Bestätigungsschreiben des Fahrzeuglieferanten betreffe nur ein Fahrzeug, nicht jedoch die erforderliche Anzahl von insgesamt 80 Fahrzeugen. Im Übrigen entspreche dieses Anbotschreiben nicht den Ausschreibungsbedingungen. Die Teilnahmeberechtigte erbringe daher weder den Nachweis der erforderlichen Gewerbeberechtigung für 80 Fahrzeuge noch der technischen Leistungsfähigkeit, was Mindestkapazität und Mindestanforderungen betreffe. Das Angebot der Teilnahmeberechtigten hinsichtlich der neun Lose wäre daher auszuschneiden gewesen. Zur Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bringt sie abermals vor, es sei nicht auszuschließen, dass die Teilnahmeberechtigte Informationen erhalten habe, die den anderen Bietern vorenthalten wurde. Zusammenfassend ergibt sich für die Antragstellerin, dass die Teilnahmeberechtigte das Fehlen einer ausreichenden, gewerberechtlichen Befugnis, das Fehlen von ausschreibungskonformen Referenznachweisen sowie die Nichterfüllung der technischen Mindestanforderungen zu vertreten habe. Über diese Befugnisse hätte die Teilnahmeberechtigte bei Schluss der Anbotsfrist verfügen müssen. Die Nichtbeachtung des Fehlens sowohl der gewerberechtlichen Befugnis als auch des Fehlens der erforderlichen Referenznachweise und der Erfüllung der technischen Mindestanforderungen stellt nach Ansicht der Antragstellerin auch eine wettbewerbsrechtliche Verletzung dar, weil dadurch dem betreffenden Bieter ein unlauterer Vorteil im Sinne des § 1 UWG gewährt werde. Zur berücksichtigen wäre aber auch "die spezifische Art des Auftragsgegenstandes nämlich des Transportes von Schülern mit Behinderung, was an die beauftragten Unternehmer eine wesentlich höhere Anforderungen stellt, als für den allgemeinen Schülertransport". Auch dieser Umstand hätte entsprechend geprüft werden müssen. Bei einer solchen Prüfung hätte sich ergeben, dass die Preisangebote der Teilnahmeberechtigten als nicht plausibel zu qualifizieren und auszuschneiden gewesen wären. Schließlich vertritt die Antragstellerin den Standpunkt, die Antragsgegnerin wäre verpflichtet gewesen, die Präferenzreihung der einzelnen Zuschlagsempfänger bekannt zu geben, um ihr die Möglichkeit zu geben, die Einhaltung des Billigstbieter-Prinzips zu überprüfen. Dies erscheine deshalb zwingend erforderlich, da ein Zusammenhang zwischen den einzelnen Losen und den Mindestkapazitäten gegeben sei, die eine Überprüfung nur dann möglich mache, wenn diese beiden Komponenten auch nachvollziehbar dargelegt werden. Da dies die Antragsgegnerin nicht getan habe, liege eine Verletzung des § 151 Abs. 3 BVergG 2006 vor, wonach die maßgeblichen Gründe für die Bewertung der Angebote in nachvollziehbarer Form festzuhalten sind. Die Zuschlagsentscheidungen für die genannten Lose sei daher aus diesem Grunde mit Nichtigkeit belastet. Mit Schriftsatz vom 5.9.2011 hat die Antragstellerin zum Vorbringen der Teilnahmeberechtigten Stellung genommen und ausgeführt, dass diese ihre technische Leistungsfähigkeit nicht nachgewiesen habe, da sie für jene Lose, für die sie als Zuschlagsempfängerin vorgesehen ist, über 80 Kleinbusse hätte verfügen müssen. Das Bestätigungsschreiben des Fahrzeuglieferanten betreffe nur ein Fahrzeug, nicht jedoch die erforderliche Anzahl von insgesamt 80 Fahrzeugen. Im Übrigen entspreche dieses Anbotschreiben nicht den Ausschreibungsbedingungen. Die Teilnahmeberechtigte erbringe daher weder den Nachweis der erforderlichen Gewerbeberechtigung für 80 Fahrzeuge noch der technischen Leistungsfähigkeit, was Mindestkapazität und Mindestanforderungen betreffe. Das Angebot der Teilnahmeberechtigten hinsichtlich der neun Lose wäre daher auszuschneiden gewesen. Zur Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bringt sie abermals vor, es sei nicht

auszuschließen, dass die Teilnahmeberechtigte Informationen erhalten habe, die den anderen Bietern vorenthalten wurde. Zusammenfassend ergibt sich für die Antragstellerin, dass die Teilnahmeberechtigte das Fehlen einer ausreichenden, gewerberechtlichen Befugnis, das Fehlen von ausschreibungskonformen Referenznachweisen sowie die Nichterfüllung der technischen Mindestanforderungen zu vertreten habe. Über diese Befugnisse hätte die Teilnahmeberechtigte bei Schluss der Anbotsfrist verfügen müssen. Die Nichtbeachtung des Fehlens sowohl der gewerberechtlichen Befugnis als auch des Fehlens der erforderlichen Referenznachweise und der Erfüllung der technischen Mindestanforderungen stellt nach Ansicht der Antragstellerin auch eine wettbewerbsrechtliche Verletzung dar, weil dadurch dem betreffenden Bieter ein unlauterer Vorteil im Sinne des Paragraph eins, UWG gewährt werde. Zur berücksichtigen wäre aber auch "die spezifische Art des Auftragsgegenstandes nämlich des Transportes von Schülern mit Behinderung, was an die beauftragten Unternehmer eine wesentlich höhere Anforderungen stellt, als für den allgemeinen Schülertransport". Auch dieser Umstand hätte entsprechend geprüft werden müssen. Bei einer solchen Prüfung hätte sich ergeben, dass die Preisangebote der Teilnahmeberechtigten als nicht plausibel zu qualifizieren und auszuschneiden gewesen wären. Schließlich vertritt die Antragstellerin den Standpunkt, die Antragsgegnerin wäre verpflichtet gewesen, die Präferenzreihung der einzelnen Zuschlagsempfänger bekannt zu geben, um ihr die Möglichkeit zu geben, die Einhaltung des Billigstbieter-Prinzips zu überprüfen. Dies erscheine deshalb zwingend erforderlich, da ein Zusammenhang zwischen den einzelnen Losen und den Mindestkapazitäten gegeben sei, die eine Überprüfung nur dann möglich mache, wenn diese beiden Komponenten auch nachvollziehbar dargelegt werden. Da dies die Antragsgegnerin nicht getan habe, liege eine Verletzung des Paragraph 151, Absatz 3, BVergG 2006 vor, wonach die maßgeblichen Gründe für die Bewertung der Angebote in nachvollziehbarer Form festzuhalten sind. Die Zuschlagsentscheidungen für die genannten Lose sei daher aus diesem Grunde mit Nichtigkeit belastet.

In einem weiteren Schriftsatz vom 2.9.2011, eingelangt am 5.9.2011, nimmt die Antragstellerin zum Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 12.8.2011 Stellung und führt zunächst zur Reihung ihrer Angebote bei den Losen II, III, VI, VIII und IX aus "dass aufgrund der beschränkten Kapazitäten, die sich aus den vorhandenen Gewerbeberechtigungen, dem Fuhrpark und der Prioritätenliste der einzelnen Bewerber ergeben, nicht zwingend der Billigstbieter derjenige ist, der den Zuschlag erhält". Im Übrigen verweist sie zu diesem Thema auf ihr Vorbringen im einleitenden Schriftsatz. In einem weiteren Schriftsatz vom 2.9.2011, eingelangt am 5.9.2011, nimmt die Antragstellerin zum Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 12.8.2011 Stellung und führt zunächst zur Reihung ihrer Angebote bei den Losen römisch zwei, römisch drei, römisch sechs, römisch acht und römisch neun aus "dass aufgrund der beschränkten Kapazitäten, die sich aus den vorhandenen Gewerbeberechtigungen, dem Fuhrpark und der Prioritätenliste der einzelnen Bewerber ergeben, nicht zwingend der Billigstbieter derjenige ist, der den Zuschlag erhält". Im Übrigen verweist sie zu diesem Thema auf ihr Vorbringen im einleitenden Schriftsatz.

Entschieden bestreitet die Antragstellerin, Preisabsprachen getroffen zu haben, sie habe vielmehr den jetzigen, von der MA 56 bereits bezahlten, Tarif angeboten. Diese Preise seien mehrfach in der Vergangenheit geprüft worden. Zur gewerberechtlichen Befugnis der Teilnahmeberechtigten führt die Antragstellerin aus, sie bestreite natürlich nicht, dass *** bei Ablauf der Angebotsfrist über eine Berechtigung zur Ausübung des Mietwagengewerbes verfügt hatte, sie weise jedoch darauf hin, dass diese Berechtigung auf die Verwendung auf sechs PKW beschränkt war, womit eine Gewerbeberechtigung im erforderlichen Umfang, nämlich für 80 Fahrzeuge, bei weitem nicht nachgewiesen wurde, sohin auch nicht vorliege. Hingegen hält sie ihren Einwand aufrecht, dass von der Teilnahmeberechtigten ein Referenznachweis in der geforderten Form nicht erbracht worden sei. Sie verweist sowohl hinsichtlich der Fahrzeuganzahl, der Nachweise für die benötigten Fahrzeuge sowie zur Angemessenheit der Preise auf ihr bisheriges Vorbringen. Sie macht jedoch geltend, dass sie eine tiefergehende Stellungnahme nicht abgeben könne, weil ihr das Vorbringen der Antragsgegnerin nur mit Auslassungen zugekommen sei, die eine Beurteilung des Vorbringens nicht zulassen. Gründe einer berechtigten Geheimhaltung lägen ihrer Ansicht nach nicht vor.

Dieses Vorbringen hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 16.9.2011 beantwortet und nunmehr vorgebracht, dass die Antragstellerin, selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass die Teilnahmeberechtigte auszuschneiden wäre, in keinem der angefochtenen Lose den Zuschlag erhalten könnte. Dazu gibt sie eine genaue Darstellung der Reihung der Bieter bei den einzelnen Losen unter Berücksichtigung derer Präferenzwünsche. Im Übrigen bringt sie vor, dass entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin die Teilnahmeberechtigte sowohl die Befugnisse nachgewiesen habe und auch den erforderlichen Referenznachweis erbracht habe. Zum übrigen Vorbringen der Antragstellerin

insbesondere zur Behauptung, die Teilnahmeberechtigte habe eine entsprechende Referenz nicht vorgelegt, ihre Angebote wären nicht preisangemessen kalkuliert, nimmt die Antragsgegnerin ausführlich Stellung und stellt im einzelnen die Kalkulation der Teilnahmeberechtigten dar. Sie weist darauf hin, dass sie die Kalkulation der Teilnahmeberechtigten durch einen von ihr beigezogenen Kalkulationsfachmann überprüfen habe lassen, der die Plausibilität und Preisangemessenheit festgestellt habe.

Letztlich bringt die Antragsgegnerin vor, sie habe das Angebot der Antragstellerin einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen und dabei festgestellt, dass dieses Angebot nicht erklär- und nachvollziehbare Preise aufweise. So habe die Teilnahmeberechtigte in ihrer Kalkulation konkret berücksichtigt und auch entsprechend angeführt, wie viele Schüler sie pro Fahrzeug transportiert (mit Unterscheidung betreffend der verschiedenen Varianten: Geher ohne / mit Begleitung, Rollstuhlfahrer ohne / mit Begleitung) während die Antragstellerin diese Angaben unterlassen habe. Hintergrund sei, dass die Antragstellerin ihre Jahreskosten auf Tagespauschale umrechne ohne dabei mit zu berücksichtigen, wie viele Schüler konkret pro Fahrzeug transportiert werden können. Die Ausschreibungsunterlagen sehen eine Verrechnung in Form von Tagespauschalen vor und kalkuliert die Teilnahmeberechtigte somit auch entsprechend der geforderten Verrechnungsmodalität. Auch hinsichtlich des tatsächlich pro Tag für den Transport der Schüler anfallenden zeitlichen Aufwandes, sei die Kalkulation der Antragstellerin nicht nachvollziehbar. Aufgrund dieser Feststellungen wäre daher das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, womit ihre Antragslegitimation jedenfalls weg falle. Schließlich begründet die Antragsgegnerin in diesem Schriftsatz eingehend, warum Abschnitte ihrer Stellungnahme der Antragstellerin nicht mitgeteilt werden dürfen, da sonst der vertrauliche Charakter aller den Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben gefährdet wäre.

Unmittelbar vor Durchführung der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin einen weiteren Schriftsatz eingebracht und ihre bekannten Standpunkte wiederholt.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit an sich nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 22.9.2011 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Durchführung des Schulbusbetriebes für SchülerInnen mit Behinderung in allen 23 Wiener Gemeindebezirken. Die Leistungsdauer ist mit sechs Unterrichtsjahren, zunächst beginnend mit Schulbeginn 2011, in der Folge nach Verschiebung des Leistungsbeginns auf Ende der Semesterferien 2012, mit der Option auf Verlängerung um weitere zwei Unterrichtsjahre, vorgesehen. Der Auftragsgegenstand ist in 20 Lose unterteilt, die Vergabe erfolgt getrennt nach Losen. Die Bieter hatten die Möglichkeit, für alle Lose, einzelne Lose oder auch nur für ein Los Angebote abzugeben. Der Zuschlag soll jeweils auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Die Bekanntmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 13.10.2010, 10 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. In weiterer Folge hat die Antragsgegnerin die Bieter um Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist ihrer Angebote ersucht und den Leistungsbeginn auf das Ende der Semesterferien 2012 verschoben. Alle Bieter, auch die Antragstellerin und die Teilnahmeberechtigte, haben der Verlängerung der Bindefrist ihrer Angebote zugestimmt. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Durchführung des Schulbusbetriebes für SchülerInnen mit Behinderung in allen 23 Wiener Gemeindebezirken. Die Leistungsdauer ist mit sechs Unterrichtsjahren, zunächst beginnend mit Schulbeginn 2011, in der Folge nach Verschiebung des Leistungsbeginns auf Ende der Semesterferien 2012, mit der Option auf Verlängerung um weitere zwei Unterrichtsjahre, vorgesehen. Der Auftragsgegenstand ist in 20 Lose unterteilt, die Vergabe erfolgt getrennt nach Losen. Die Bieter hatten die Möglichkeit, für alle Lose, einzelne Lose oder auch nur für ein Los Angebote abzugeben. Der Zuschlag soll jeweils auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Die Bekanntmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 13.10.2010, 10 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. In weiterer Folge hat die Antragsgegnerin die Bieter um Zustimmung zur

Verlängerung der Bindefrist ihrer Angebote ersucht und den Leistungsbeginn auf das Ende der Semesterferien 2012 verschoben. Alle Bieter, auch die Antragstellerin und die Teilnahmeberechtigte, haben der Verlängerung der Bindefrist ihrer Angebote zugestimmt.

Insgesamt haben sich neun Unternehmer durch Abgabe von Angeboten am Vergabeverfahren beteiligt, darunter auch die Antragstellerin und die Teilnahmeberechtigte, die für alle 20 Lose Angebote gelegt haben. Die Zuschlagsentscheidung bezüglich der neun im Spruch genannten Lose wurde auch von einer anderen Bieterin, nämlich der *** GmbH, mit einem Nichtigkeitsantrag vom 29.7.2011 angefochten. Dieses Verfahren wurde unter VKS - 8211/11 protokolliert. Die Anfechtungsgründe in diesem Verfahren decken sich größtenteils mit den im vorliegenden Verfahren behaupteten Rechtswidrigkeiten der Zuschlagsentscheidung, nur hinsichtlich einer behaupteten Ungleichbehandlung der Bieter durch Vorenthalten von Informationen unterscheidet sich der vorliegende Nachprüfungsantrag vom parallel gestellten. Auch in diesem Parallelverfahren war die Teilnahmeberechtigte als präsumtive Zuschlagsempfängerin für die neun im Spruch genannten Lose Partei des Nachprüfungsverfahrens. Mit Bescheid des Vergabekontrollsenates vom 22.9.2011 wurde der Antrag der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin zu den Losen II - VI und VIII - XI für nichtig zu erklären abgewiesen. Dieses Verfahren hat am gleichen Tage, jedoch zeitlich vorgelagert dem gegenständlichen Verfahren, stattgefunden. Insgesamt haben sich neun Unternehmer durch Abgabe von Angeboten am Vergabeverfahren beteiligt, darunter auch die Antragstellerin und die Teilnahmeberechtigte, die für alle 20 Lose Angebote gelegt haben. Die Zuschlagsentscheidung bezüglich der neun im Spruch genannten Lose wurde auch von einer anderen Bieterin, nämlich der *** GmbH, mit einem Nichtigkeitsantrag vom 29.7.2011 angefochten. Dieses Verfahren wurde unter VKS - 8211/11 protokolliert. Die Anfechtungsgründe in diesem Verfahren decken sich größtenteils mit den im vorliegenden Verfahren behaupteten Rechtswidrigkeiten der Zuschlagsentscheidung, nur hinsichtlich einer behaupteten Ungleichbehandlung der Bieter durch Vorenthalten von Informationen unterscheidet sich der vorliegende Nachprüfungsantrag vom parallel gestellten. Auch in diesem Parallelverfahren war die Teilnahmeberechtigte als präsumtive Zuschlagsempfängerin für die neun im Spruch genannten Lose Partei des Nachprüfungsverfahrens. Mit Bescheid des Vergabekontrollsenates vom 22.9.2011 wurde der Antrag der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin zu den Losen römisch zwei - römisch sechs und römisch acht - römisch elf für nichtig zu erklären abgewiesen. Dieses Verfahren hat am gleichen Tage, jedoch zeitlich vorgelagert dem gegenständlichen Verfahren, stattgefunden.

Die folgend wiedergegebenen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen sind für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren von Bedeutung, sie bilden einen Teil der Feststellungen des Senates.

Pkt. 7 der Angebotsbestimmungen enthält Festlegungen zu den geforderten Eignungsnachweisen, insbesondere Referenznachweisen sowie "erweiterte Anforderungen an alle Fahrzeuge und Ausstattung". Im Pkt. 7.3a wird geregelt, wie der Nachweis der benötigten Mindestanzahl an Kleinbussen, die den Mindestanforderungen entsprechen, pro Los und Schulstandort zu erbringen ist.

Diese Festlegungen lauten auszugsweise wie folgt:

"(7) Geforderte Eignungsnachweise

(7.1) siehe VD 307

(7.2) (Ein) Referenznachweis(e), dass bereits während der letzten 3 Jahre Beförderungen von "Personen mit Behinderungen" und / oder "Krankentransporte" durchgeführt wurden, ist (sind) dem Angebot anzuschließen. Es müssen an mindestens 100 Tagen pro Jahr Beförderungen von "Personen mit Behinderung" und/oder "Krankentransporte", wobei an mindestens 10 Tagen auch Beförderungen von "rollstuhlgebundenen Personen" in einem rollstuhlgerechten Fahrzeug erfolgt sein müssen, durch den (die) Referenznachweis(e) bestätigt werden.

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

(7.3) Als Mindestanforderung müssen die Fahrzeuge den jeweils geltenden einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen (StVO, KFG 1967, etc) entsprechen. Weiters müssen alle verwendeten Fahrzeuge ein Hochdach mit einer Innenhöhe von mind. 1750 mm haben. Für das Einsteigen von SchülerInnen mit Gehbehinderung muss jedes Fahrzeug über mit

dem Fahrzeug verbundene Trittstufen mit entsprechenden Haltegriffen verfügen. Die Trittstufenhöhe darf in unbelastetem Zustand des Fahrzeuges 300 mm im Bereich der Straßenoberfläche bis zur ersten Trittstufe nicht überschreiten. Zudem muss für alle Sitze ein 3-Punkt-Automatik-Sicherheitsgurt zur Verfügung stehen.

(7.3.a) In der Beilage B ist die zum Zeitpunkt der Angebotslegung benötigte Mindestanzahl an Kleinbussen die den Mindestanforderungen entsprechen pro Los Schulstandort angeführt. Die Bieterin hat durch Vorlage der Kopien von unterfertigten Kauf, Miet-, Leasingverträgen, Zulassungsscheinen, odgl. nachzuweisen, dass sie über die ausgeschriebenen Mindestkapazitätserfordernisse mit den Mindestanforderungen zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns verfügen wird. Aus diesen Unterlagen muss hervorgehen, dass es sich dabei um Fahrzeuge für den Transport von "Personen mit Behinderung", bzw. von "rollstuhlgebundenen Personen" gemäß den Mindestanforderungen lt. Pkt. (7.3) handelt. Diese Mindestanzahl an Fahrzeugen zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns errechnet sich aus der Anzahl der zu befördernden SchülerInnen lt. Beilage A und der derzeit gesetzlich erlaubten Höchstzahl an beförderten Personen pro Bus (derzeit dürfen maximal 8 Personen abgesehen vom Lenker befördert werden) - mit dieser Anzahl an Fahrzeugen sollte somit theoretisch das Auslangen gefunden werden. Auf Grund der für SchülerInnen mit Behinderung zumutbaren Fahrtzeit von längstens 60 min. pro Beförderung, der Beförderungsart (z.B. Rollstuhl) und der daher von der Auftragnehmerin zu erstellenden Fahrtroutenplanung kann jedoch nicht garantiert werden, dass immer 8 Schülerinnen pro Bus befördert werden können. Angebote können nur für jene Lose / Schulstandorte gelegt werden, für die das Kapazitätserfordernis erfüllt wird.

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

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

Die Teilnahmeberechtigte hat einen entsprechenden Referenznachweis über die Durchführung von Beförderungen von "Personen mit Behinderungen" in der Gemeinde Oberpullendorf erbracht. Diesbezüglich ist auf den beim Angebot der Teilnahmeberechtigten in den Vergabeakten erliegenden Referenznachweis zu verweisen.

Die Teilnahmeberechtigte, die für den Zuschlag in insgesamt neun Losen vorgesehen ist, hatte nach den Ausschreibungsunterlagen dafür 80 den Ausschreibungsbedingungen entsprechende Fahrzeuge nachzuweisen. Unstrittig hat die Teilnahmeberechtigte zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung nicht über diese 80 Fahrzeuge verfügt. Unter Berufung auf die Festlegung zu Pkt. 7.3a hat sie jedoch eine Bestätigung eines Fahrzeuglieferanten sowie eine Bestätigung eines Unternehmens, das den den Ausschreibungsbedingungen entsprechenden Umbau der Fahrzeuge durchführen wird, vorgelegt. Danach hat die Teilnahmeberechtigte nachgewiesen, dass sie zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns über die ausgeschriebenen Mindestkapazitätserfordernisse mit den Mindestanforderungen für die zugeschlagenen Lose verfügen wird.

Die Teilnahmeberechtigte hat bereits mit ihrem Angebot nachgewiesen, dass sie über eine aufrechte Gewerbeberechtigung für das Mietwagengewerbe sowohl mit Personenkraftfahrzeugen als auch mit Omnibussen verfügt, womit insbesondere auch ihre fachliche Eignung zur Erbringung dieser Leistung nachgewiesen ist. Insgesamt verfügt die Teilnahmeberechtigte über sieben Gewerbeberechtigungen für das Mietwagengewerbe sowohl mit Personenkraftwagen als auch mit Omnibusse, eingeschränkt auf insgesamt 24 PKW und 119 Omnibusse.

Nach dem Inhalt der Vergabeakten hat die Antragsgegnerin eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt und in deren Zuge von der Teilnahmeberechtigten Aufklärung zu diversen Preispositionen gefordert. Die Teilnahmeberechtigte ist diesen Aufklärungen mit Schreiben vom 18.10.2010 fristgerecht nachgekommen. Nach dem Inhalt der Vergabeakten hat die Antragsgegnerin insbesondere überprüft, ob die Teilnahmeberechtigte ihrer Kalkulation die kollektivvertraglichen Löhne zu Grunde gelegt hat. Dazu hat die Antragsgegnerin einen Kalkulationsfachmann

beigezogen, der - wie sich aus den Vergabeakten ergibt - eine eingehende Prüfung einzelner Positionen im Angebot der Teilnahmeberechtigten auf Plausibilität und Angemessenheit vorgenommen hat. In der Niederschrift zur Angebotsprüfung ist die Antragsgegnerin unter Bezugnahme dieser Prüfung zum Ergebnis gelangt, dass die Teilnahmeberechtigte bei der Kalkulation ihres Angebotes den Festlegungen im Pkt. 8 der Angebotsbestimmungen vollkommen entsprochen hat (Niederschrift vom 6.6.2011). Zusammenfassend hat die Antragsgegnerin festgehalten, dass die Teilnahmeberechtigte bei der Berechnung der Fahrzeugkosten sowohl die Anschaffungskosten als auch die laufenden Betriebskosten, wobei die Kosten für die Versicherung in die Betriebskosten einkalkuliert sind, berücksichtigt und diese nachvollziehbar in die Pauschalpreise eingerechnet hat. Die Plausibilität der angebotenen Preise sowie der zugrunde liegenden Kalkulation wurde insbesondere auch im Hinblick auf die Einhaltung des einschlägigen Kollektivvertrages geprüft. Anhand der von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten Kalkulationsnachweise wurde dann festgestellt, dass bei den reinen Personalkosten für Lenker und Begleiter die kollektivvertraglichen Mindestlöhne eingehalten werden. Der Aufschlag für die Lohnnebenkosten und die Nichtleistungszeiten wurde mit einem ausreichenden und plausiblen Prozentsatz angegeben (siehe Vergabeakt Niederschriften vom 15.7.2011 und vom 22.7.2011).

In den Vertragsbestimmungen (Pkt. 6) sind ausführliche Festlegungen zum Personal der Auftragnehmerin enthalten. Danach darf eine Auftragnehmerin grundsätzlich nur verlässliches und geeignetes Personal mit gepflegtem Äußeren und angemessener Bekleidung, das entsprechend den Anforderungen geschult ist, einsetzen. Es werden nähere Festlegungen dazu getroffen, wie der zu befördernde Personenkreis zu behandeln ist. Diese Vertragsbestimmungen im Pkt. 6 sind jedoch nicht als Mindestkriterium festgelegt, der Zuschlag erfolgt ausschließlich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises pro Los.

Am 28.6.2011 hat die Teilnahmeberechtigte, am 30.6.2011 die Antragstellerin, erklärt "mit der Verschiebung des Leistungsbeginns (Semesterwechsel Schuljahr 2011/2012) einverstanden zu sein". Am 28.6.2011 hat die Teilnahmeberechtigte, am 30.6.2011 die Antragstellerin, erklärt "mit der Verschiebung des Leistungsbeginns (Semesterwechsel Schuljahr 2011 aus 2012,) einverstanden zu sein".

Vor Angebotsende hat sich lediglich die Antragstellerin am 9.8.2010 mit der Bitte um Ab- bzw. Klärung zu drei Punkten an die Antragsgegnerin gewandt. Dieses Ersuchen hat folgenden Wortlaut:

1. "1.Ziffer eins

Welche Mindestkriterien sind für den "branchenspezifischen Kalkulationsnachweis" vorgesehen?

2. 2.Ziffer 2

Laut Ausschreibungsunterlagen - Angebot - Seite 12 ist für die einzelnen Leistungspositionen (A bis Ea) jeweils der Kostenanteil für Lohn und sonstige Kosten anzugeben. Werden Angebote für mehrere Lose gelegt, ist dieser Kostenanteil dann für jedes Los einzeln anzugeben? Ist für jedes Los das Blatt Angebot - Seite 12 auszufüllen?

3. 3.Ziffer 3

Für die einzelnen Lose ist jeweils aus den einzelnen Leistungspositionen ein zivilrechtlicher Preis für 6 Jahre zu ermitteln. Bei einzelnen Losen wird die Anzahl der Leistungspositionen pro Jahr mit 1 angegeben, obwohl bei einem Beförderten pro Jahr zumindest 178 Tagespauschalen anfallen. Ist somit bei den Bezirken, wo es derzeit bei einzelnen Leistungspositionen keine Beförderungen gibt 1 Tagespauschale zu berechnen oder der Lospreis mit 0 anzugeben?"

Darauf hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 10.8.2010 wie folgt geantwortet:

"Zu Pkt. 1) Die Bieterin hat sämtliche Kosten, die mit der Leistung mittelbar und unmittelbar zusammenhängen, einzukalkulieren. Dabei wird von der MA 54 kein bestimmter Aufbau eines Nachweises verlangt. Hinsichtlich der Einhaltung des Kollektivvertrages könnte z.B. das K3-Blatt der Ö-Norm B 2061 zur Kalkulation verwendet werden.

Zu Pkt. 2) Die auf Seite 12 anzugebenden Prozente für Lohn und Sonstiges sollen nur einmal ausgefüllt werden und somit für alle angebotenen Lose gelten.

Zu Pkt. 3) Es sind für jedes Los (I-XX) genau jene Mengen zu kalkulieren, die in jedem Punkt angegeben sind, d.h. bei nur 1 Tagespauschale/ Schuljahr ist der Einzelpreis gleich dem Gesamtpreis."

Nicht festgestellt werden konnte, dass Frageersuchen und Antwort in anonymisierter Form allen damals bekannten Bietern mitgeteilt worden wären. Aus den Vergabeakten ist nicht feststellbar, dass darüber hinausgehend von der

Antragsgegnerin Bieter, insbesondere der Teilnahmeberechtigten, Informationen zugänglich gemacht oder Auskünfte erteilt worden wären. Dass die Teilnahmeberechtigte über einen Informationsvorsprung gegenüber anderen Bietern, insbesondere die Antragstellerin, verfügte, kann nach der Aktenlage nicht festgestellt werden.

Einziges Zuschlagskriterium war der niedrigste Preis pro Los. Lediglich in den Allgemeinen Vertragsbestimmungen Pkt. 6 finden sich Festlegungen dazu, welchen Anforderungen das Personal der Auftragnehmer zu entsprechen hat, ohne dass diese Anforderungen als Kriterium, insbesondere Zuschlagskriterium, festgelegt worden sind.

Entsprechend ihrer Präferenzangaben und nach Maßgabe der zur Verfügung stehenden Fahrzeuge sowie des Angebotspreises ist die Teilnahmeberechtigte als Zuschlagsempfängerin für insgesamt neun Lose vorgesehen, nämlich für die Lose II - VI und VIII - XI die Antragstellerin hingegen für kein Los. Die Zuschlagsentscheidung betreffend alle 20 Lose ist am 22.7.2011 der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen. Diese Zuschlagsentscheidung "gemäß § 131 BVergG 2006" enthält als Begründung folgende Angaben: Entsprechend ihrer Präferenzangaben und nach Maßgabe der zur Verfügung stehenden Fahrzeuge sowie des Angebotspreises ist die Teilnahmeberechtigte als Zuschlagsempfängerin für insgesamt neun Lose vorgesehen, nämlich für die Lose römisch zwei - römisch sechs und römisch acht - römisch elf die Antragstellerin hingegen für kein Los. Die Zuschlagsentscheidung betreffend alle 20 Lose ist am 22.7.2011 der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen. Diese Zuschlagsentscheidung "gemäß Paragraph 131, BVergG 2006" enthält als Begründung folgende Angaben:

"Merkmale und Vorteile der erfolgreichen Angebote:

Niedrigster Preis unter Berücksichtigung der Kapazität und der angegebenen Präferenz". Weiters wird angegeben die Vergabesumme inklusive USt für die Grundlaufzeit und inklusive der Verlängerungsoption.

Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidungen betreffend die im Spruch genannten neun Lose ist am 29.7.2011 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen wie die Entrichtung der Pauschalgebühr für ein Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwelkenbereich.

Bei seinen Feststellungen ist der Vergabekontrollsenat zunächst aus verfahrensökonomischen Gründen davon ausgegangen, dass die Antragslegitimation der Antragstellerin hinsichtlich der Anfechtung der Zuschlagsentscheidungen zu den neun im Spruch genannten Losen gegeben ist, weil dem Nichtigerklärungsantrag - wie im Rahmen der rechtlichen Beurteilung auszuführen sein wird - ohnedies Berechtigung nicht zukommt. Schon aus diesen Überlegungen war daher dem Antrag der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 5.9.2011 zum Vorbringen der Antragsgegnerin vom 12.8.2011 um umfangreiche Akteneinsicht nicht Folge zu geben. Auch dem darüber hinausgehenden Antrag der Antragstellerin auf Akteneinsicht, insbesondere Einsicht in den vollständigen Inhalt der von der Antragsgegnerin erstatteten Schriftsätze, war nicht Folge zu geben. Gemäß § 23 Abs. 1 BVergG 2006 haben Auftraggeber, Bewerber und Bieter den vertraulichen Charakter aller den Auftraggeber als auch den Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu wahren. Sofern das BVergG 2006 nichts anderes bestimmt, dürfen Auftraggeber keine ihnen vom Unternehmer übermittelten und von diesen als vertraulich bezeichneten Informationen weitergeben. Dies betrifft insbesondere technische Geheimnisse, Betriebsgeheimnisse, vertrauliche Aspekte der Angebote sowie insbesondere Angaben zur Kalkulation von Angeboten (vgl. VKS Wien, 11.3.2008, VKS - 274/08 u. a.). In diesem Sinne hat auch der VwGH mit Erkenntnis vom 25.1.2011, Zl. 2006/04/0238, entschieden. Auch aus der Bestimmung des § 128 BVergG 2006 ergibt sich, dass einem Bieter nur in jene Teile der Vergabeakten Einsicht zu gewähren ist, die sein Angebot betreffen. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin darauf, dass eine Einsicht der Antragstellerin in den vollständigen Inhalt der Stellungnahmen der Antragsgegnerin zu einer Verletzung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen anderer Bieter führen würde. Zutreffend verweist sie dazu auch auf die Bestimmungen des § 17 Abs. 3 AVG, wonach Akteneinsicht dann zu verwehren ist, wenn dadurch "eine Schädigung berechtigter Interessen einer Partei oder dritter Personen" herbei geführt würde. Unter berechtigten Interessen sind auch wirtschaftliche Interessen, wie z.B. das Interesse am Schutz von Betriebsgeheimnissen zu verstehen (vgl. Hengstschläger / Leeb AVG, § 17 RZ 10). Nach Ansicht des Senates hat die Teilnahmeberechtigte eindeutig nachgewiesen, dass sie zum Zeitpunkt des Leistungsbeginnes über die benötigten Fahrzeuge verfügen wird. Ob eine plausible Preisgestaltung vorliegt, ist letztlich eine Rechtsfrage. Dass die Antragsgegnerin eine vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen hat, ergibt sich eindeutig aus den Vergabeakten, dass sie in deren Zuge alle Kalkulationsgrundlagen der Teilnahmeberechtigten einer

Überprüfung unterzogen hat, insbesondere nach Pkt. 8 der allgemeinen Angebotsbestimmungen dabei vorgegangen ist, ist nachvollziehbar in den Vergabeakten dokumentiert. An der Richtigkeit dieses Ergebnisses der Prüfung bestehen für den Senat keine Bedenken, weshalb er das Ergebnis der von der Antragsgegnerin vorgenommenen Angebotsprüfung als unbedenklich übernehmen und auch seinen Feststellungen zu Grunde legen konnte. Bei seinen Feststellungen ist der Vergabekontrollsenat zunächst aus verfahrensökonomischen Gründen davon ausgegangen, dass die Antragslegitimation der Antragstellerin hinsichtlich der Anfechtung der Zuschlagsentscheidungen zu den neun im Spruch genannten Losen gegeben ist, weil dem Nichtigerklärungsantrag - wie im Rahmen der rechtlichen Beurteilung auszuführen sein wird - ohnedies Berechtigung nicht zukommt. Schon aus diesen Überlegungen war daher dem Antrag der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 5.9.2011 zum Vorbringen der Antragsgegnerin vom 12.8.2011 um umfangreiche Akteneinsicht nicht Folge zu geben. Auch dem darüber hinausgehenden Antrag der Antragstellerin auf Akteneinsicht, insbesondere Einsicht in den vollständigen Inhalt der von der Antragsgegnerin erstatteten Schriftsätze, war nicht Folge zu geben. Gemäß Paragraph 23, Absatz eins, BVergG 2006 haben Auftraggeber, Bewerber und Bieter den vertraulichen Charakter aller den Auftraggeber als auch den Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu wahren. Sofern das BVergG 2006 nichts anderes bestimmt, dürfen Auftraggeber keine ihnen vom Unternehmer übermittelten und von diesen als vertraulich bezeichneten Informationen weitergeben. Dies betrifft insbesondere technische Geheimnisse, Betriebsgeheimnisse, vertrauliche Aspekte der Angebote sowie insbesondere Angaben zur Kalkulation von Angeboten (vergleiche VKS Wien, 11.3.2008, VKS - 274/08 u. a.). In diesem Sinne hat auch der VwGH mit Erkenntnis vom 25.1.2011, Zl. 2006/04/0238, entschieden. Auch aus der Bestimmung des Paragraph 128, BVergG 2006 ergibt sich, dass einem Bieter nur in jene Teile der Vergabeakten Einsicht zu gewähren ist, die sein Angebot betreffen. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin darauf, dass eine Einsicht der Antragstellerin in den vollständigen Inhalt der Stellungnahmen der Antragsgegnerin zu einer Verletzung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen anderer Bieter führen würde. Zutreffend verweist sie dazu auch auf die Bestimmungen des Paragraph 17, Absatz 3, AVG, wonach Akteneinsicht dann zu verwehren ist, wenn dadurch "eine Schädigung berechtigter Interessen einer Partei oder dritter Personen" herbei geführt würde. Unter berechtigten Interessen sind auch wirtschaftliche Interessen, wie z.B. das Interesse am Schutz von Betriebsgeheimnissen zu verstehen (vergleiche Hengstschläger / Leeb AVG, Paragraph 17, RZ 10). Nach Ansicht des Senates hat die Teilnahmeberechtigte eindeutig nachgewiesen, dass sie zum Zeitpunkt des Leistungsbeginnes über die benötigten Fahrzeuge verfügen wird. Ob eine plausible Preisgestaltung vorliegt, ist letztlich eine Rechtsfrage. Dass die Antragsgegnerin eine vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen hat, ergibt sich eindeutig aus den Vergabeakten, dass sie in deren Zuge alle Kalkulationsgrundlagen der Teilnahmeberechtigten einer Überprüfung unterzogen hat, insbesondere nach Pkt. 8 der allgemeinen Angebotsbestimmungen dabei vorgegangen ist, ist nachvollziehbar in den Vergabeakten dokumentiert. An der Richtigkeit dieses Ergebnisses der Prüfung bestehen für den Senat keine Bedenken, weshalb er das Ergebnis der von der Antragsgegnerin vorgenommenen Angebotsprüfung als unbedenklich übernehmen und auch seinen Feststellungen zu Grunde legen konnte.

Die von der Teilnahmeberechtigten vorgelegte Referenz entspricht den Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen und ist sowohl inhaltlich als auch in ihrer äußeren Form als unbedenklich anzusehen. Die Befugnis ist durch die im Vergabeakt erliegenden Urkunden unbedenklich nachgewiesen. Für eine bevorzugte Information der Teilnahmeberechtigten fehlt jegliche Grundlage.

In der rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Durchführung des Schulbusbetriebes für SchülerInnen mit Behinderung in allen 23 Wiener Gemeindebezirken. Die Leistung soll durch sechs Unterrichtsjahre, mit einer Option auf Verlängerung um zwei Unterrichtsjahre erbracht werden. Der Auftragsgegenstand ist in 20 Lose unterteilt, die Vergabe erfolgt getrennt nach Losen. Die Bieter hatten die Möglichkeit, für alle Lose, einzelne Lose oder auch für ein Los Angebote abzugeben. Der Zuschlag soll jeweils pro Los auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Durchführung des Schulbusbetriebes

für SchülerInnen mit Behinderung in allen 23 Wiener Gemeindebezirken. Die Leistung soll durch sechs Unterrichtsjahre, mit einer Option auf Verlängerung um zwei Unterrichtsjahre erbracht werden. Der Auftragsgegenstand ist in 20 Lose unterteilt, die Vergabe erfolgt getrennt nach Losen. Die Bieter hatten die Möglichkeit, für alle Lose, einzelne Lose oder auch für ein Los Angebote abzugeben. Der Zuschlag soll jeweils pro Los auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der von ihr angefochtenen Entscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs.1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen, wobei im Hinblick darauf, dass die Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zu neun Losen angefochten hat, die Pauschalgebühr nicht nach dem Auftragswert je Los (und damit mehrfach) vorzuschreiben war, sondern, da durch die Auftragssummen der neun Lose die Grenze zum Oberschwellenbereich eindeutig überschritten wird, nur eine Pauschalgebühr für ein Verfahren im Oberschwellenbereich zu entrichten war. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der von ihr angefochtenen Entscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen, wobei im Hinblick darauf, dass die Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zu neun Losen angefochten hat, die Pauschalgebühr nicht nach dem Auftragswert je Los (und damit mehrfach) vorzuschreiben war, sondern, da durch die Auftragssummen der neun Lose die Grenze zum Oberschwellenbereich eindeutig überschritten wird, nur eine Pauschalgebühr für ein Verfahren im Oberschwellenbereich zu entrichten war. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Die Zuschlagsentscheidung bezüglich der im Spruch genannten Lose vom 22.7.2011 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen. Ihr am 29.7.2011 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007. Die Zuschlagsentscheidung bezüglich der im Spruch genannten Lose vom 22.7.2011 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen. Ihr am 29.7.2011 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidungen für die mehrfach genannten Lose erweist sich im Ergebnis jedoch als nicht berechtigt.

Der Ausschreibung liegt eine umfangreiche, dreiseitige Leistungsbeschreibung zugrunde, in der im Detail die erwartete Leistungserbringung beschrieben wird. Darin wird darauf hingewiesen, dass sich auf Grund schwankender SchülerInnenzahlen das tatsächliche Kapazitätserfordernis pro Schuljahr verändern kann. Es habe die Erfahrung jedoch gezeigt "dass bei einer Anzahl von ca. 1.800 Beförderungsfällen pro Schuljahr mit durchschnittlich 300 Neuanmeldungen, 200 Abmeldungen und 400 Änderungen (z.B. Adressänderungen, Änderung bei der Anzahl der Fahrer pro Tag) während eines Schuljahres zu rechnen ist". Offenbar unter Berücksichtigung der in der Leistungsbeschreibung dargestellten Änderungen haben die Bieter entsprechend Seite 12 der

Ausschreibungsunterlagen das Angebot nach fünf Leistungspositionen als Tagespauschalen (Leistungspositionen A-D), beziehungsweise in der Leistungsposition E als Einzelleistungen im Rahmen von Sonderfahrten und Wartezeiten bei Sonderfahrten kalkuliert. In diesen Leistungspositionen waren sämtliche Aufwendungen für die Erbringung der vertragsgemäßen Leistungen (Fahrzeuge, Personal, Funkzentrale, Organisation, Routenplanung, Elterninformation, Beschwerdebearbeitung, allfällige Neuinvestitionen z.B. Ankauf von Fahrzeugen bei Mehrbedarf etc.) pauschal anzubieten, wobei bei den Tagespauschalen für die Beförderung jeweils der Transport eines Kindes (Hin- und Rückfahrt) mit oder ohne Begleitperson bzw. des Kindes mit erschwerten Bedingungen (Rollstuhlbeförderung) mit und ohne Begleitperson anzubieten waren. Den Ausschreibungsunterlagen war angeschlossen als Anhang A1 die Ausschreibungspositionen für den 1. - 23. Wiener Schulbezirk mit genauer Angabe der im Schuljahr 2008/2009 beförderten SchülerInnen. Diese Schülerbeförderung, die nach örtlichen Gesichtspunkten geordnet ist, enthält die Anschriften der Schule, den Zeitpunkt der Abholung, die Abholadresse und die Zieladresse. Ebenso ist angeführt die Anzahl der Fahrten pro Tag, ob mit Rollstuhl, Spezialrollstuhl oder Begleitperson. So wird etwa für den zweiten Bezirk für das Schuljahr 2008/2009 eine GesamtschülerInnenanzahl von 101 angeführt, davon Geher ohne Begleitperson 44, Geher mit Begleitperson 56, Rollstuhl/Spezialrollstuhl ohne Begleitperson 0, Rollstuhl/Spezialrollstuhl mit Begleitperson 1. Diese Informationen konnten von den Bietern ihren Kalkulationen ebenfalls zu Grunde gelegt werden. Der Ausschreibung liegt eine umfangreiche, dreiseitige Leistungsbeschreibung zugrunde, in der im Detail die erwartete Leistungserbringung beschrieben wird. Darin wird darauf hingewiesen, dass sich auf Grund schwankender SchülerInnenzahlen das tatsächliche Kapazitätserfordernis pro Schuljahr verändern kann. Es habe die Erfahrung jedoch gezeigt "dass bei einer Anzahl von ca. 1.800 Beförderungsfällen pro Schuljahr mit durchschnittlich 300 Neuanmeldungen, 200 Abmeldungen und 400 Änderungen (z.B. Adressänderungen, Änderung bei der Anzahl der Fahrer pro Tag) während eines Schuljahres zu rechnen ist". Offenbar unter Berücksichtigung der in der Leistungsbeschreibung dargestellten Änderungen haben die Bieter entsprechend Seite 12 der Ausschreibungsunterlagen das Angebot nach fünf Leistungspositionen als Tagespauschalen (Leistungspositionen A-D), beziehungsweise in der Leistungsposition E als Einzelleistungen im Rahmen von Sonderfahrten und Wartezeiten bei Sonderfahrten kalkuliert. In diesen Leistungspositionen waren sämtliche Aufwendungen für die Erbringung der vertragsgemäßen Leistungen (Fahrzeuge, Personal, Funkzentrale, Organisation, Routenplanung, Elterninformation, Beschwerdebearbeitung, allfällige Neuinvestitionen z.B. Ankauf von Fahrzeugen bei Mehrbedarf etc.) pauschal anzubieten, wobei bei den Tagespauschalen für die Beförderung jeweils der Transport eines Kindes (Hin- und Rückfahrt) mit oder ohne Begleitperson bzw. des Kindes mit erschwerten Bedingungen (Rollstuhlbeförderung) mit und ohne Begleitperson anzubieten waren. Den Ausschreibungsunterlagen war angeschlossen als Anhang A1 die Ausschreibungspositionen für den 1. - 23. Wiener Schulbezirk mit genauer Angabe der im Schuljahr 2008 aus 2009, beförderten SchülerInnen. Diese Schülerbeförderung, die nach örtlichen Gesichtspunkten geordnet ist, enthält die Anschriften der Schule, den Zeitpunkt der Abholung, die Abholadresse und die Zieladresse. Ebenso ist angeführt die Anzahl der Fahrten pro Tag, ob mit Rollstuhl, Spezialrollstuhl oder Begleitperson. So wird etwa für den zweiten Bezirk für das Schuljahr 2008 aus 2009, eine GesamtschülerInnenanzahl von 101 angeführt, davon Geher ohne Begleitperson 44, Geher mit Begleitperson 56, Rollstuhl/Spezialrollstuhl ohne Begleitperson 0, Rollstuhl/Spezialrollstuhl mit Begleitperson 1. Diese Informationen konnten von den Bietern ihren Kalkulationen ebenfalls zu Grunde gelegt werden.

Zur Prüfung des Angebotes der Teilnehmereberechtigten hat die Antragsgegnerin im Aktenvermerk vom 25.2.2011, nachdem sie eine ausführliche Detailkalkulation vom Unternehmen erhalten hat, festgehalten, dass "die reinen Personalkosten für Lenker und Begleiter immer über dem KV-Mindestlohn" liegen. Der Aufschlag für die Lohnnebenkosten und Nichtleistungszeiten sei in mehr als ausreichender Höhe angegeben worden. Bei der Prüfung der Preisangemessenheit hat die Antragsgegnerin auch ein Schreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft, Familie und Jugend zu den KV-Tarifen für die Schülerfreifahrten im Gelegenheitsverkehr ab dem Schuljahr 2010/2011 berücksichtigt. In der Niederschrift vom 6.6.2011 werden von der Antragsgegnerin jene Gründe festgehalten, die zur Beurteilung des Angebotes der Teilnehmereberechtigten als preisangemessen geführt haben. (Vergabeakt Trennblatt 12 und Trennblatt 14). Zur Prüfung des Angebotes der Teilnehmereberechtigten hat die Antragsgegnerin im Aktenvermerk vom 25.2.2011, nachdem sie eine ausführliche Detailkalkulation vom Unternehmen erhalten hat, festgehalten, dass "die reinen Personalkosten für Lenker und Begleiter immer über dem KV-Mindestlohn" liegen. Der Aufschlag für die Lohnnebenkosten und Nichtleistungszeiten sei in mehr als ausreichender Höhe angegeben worden. Bei der Prüfung der Preisangemessenheit hat die Antragsgegnerin auch ein Schreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft, Familie und Jugend zu den KV-Tarifen für die Schülerfreifahrten im Gelegenheitsverkehr ab dem Schuljahr 2010 aus 2011,

berücksichtigt. In der Niederschrift vom 6.6.2011 werden von der Antragsgegnerin jene Gründe festgehalten, die zur Beurteilung des Angebotes der Teilnehmereberechtigten als preisangemessen geführt haben. (Vergabeakt Trennblatt 12 und Trennblatt 14).

Die Antragstellerin hat in ihrem Nichtigerklärungsantrag zunächst vorgebracht, der Teilnehmereberechtigte würde es an der zur Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen erforderlichen Berechtigung fehlen. Nach dem Inhalt der Vergabeakten hatte die Teilnehmereberechtigte bereits mit dem Angebot eine Gewerbeberechtigung für das Mietwagengewerbe und zwar für den Betrieb mit 24 Pkw und 119 Omnibussen inne. Damit steht fest, dass die Teilnehmereberechtigte jedenfalls die Befugnis zur Ausübung der ausgeschriebenen Leistungen hat, wobei berücksichtigt werden muss, dass nach den Bestimmungen des Gelegenheitsverkehrsgesetzes nachzuweisen ist, dass der Konzessionsinhaber zuverlässig, finanziell leistungsfähig und fachlich geeignet ist und er über die erforderlichen Abstellplätze verfügt. Mit der Konzession zur gewerbsmäßigen Beförderung eines geschlossenen Teilnehmerkreises mit Kraftfahrzeugen unter Beistellung des Lenkers ist die Befugnis zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen damit ausreichend nachgewiesen. Dabei spielt es keine Rolle, dass in der Konzessionsurkunde eine bestimmte Anzahl von Fahrzeugen angeführt wird, weil diese Anzahl über Antrag jeweils erweitert werden kann, sofern der Konzessionsinhaber nachweist, dass er für die zusätzlichen Fahrzeuge über die erforderlichen Abstellplätze verfügt. Diese Voraussetzungen zur Befugnis werden von der Teilnehmereberechtigten erfüllt, weshalb ein Grund zur Ausscheidung ihres Angebotes nach § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 nicht vorliegt. Die Antragstellerin hat in ihrem Nichtigerklärungsantrag zunächst vorgebracht, der Teilnehmereberechtigten würde es an der zur Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen erforderlichen Berechtigung fehlen. Nach dem Inhalt der Vergabeakten hatte die Teilnehmereberechtigte bereits mit dem Angebot eine Gewerbeberechtigung für das Mietwagengewerbe und zwar für den Betrieb mit 24 Pkw und 119 Omnibussen inne. Damit steht fest, dass die Teilnehmereberechtigte jedenfalls die Befugnis zur Ausübung der ausgeschriebenen Leistungen hat, wobei berücksichtigt werden muss, dass nach den Bestimmungen des Gelegenheitsverkehrsgesetzes nachzuweisen ist, dass der Konzessionsinhaber zuverlässig, finanziell leistungsfähig und fachlich geeignet ist und er über die erforderlichen Abstellplätze verfügt. Mit der Konzession zur gewerbsmäßigen Beförderung eines geschlossenen Teilnehmerkreises mit Kraftfahrzeugen unter Beistellung des Lenkers ist die Befugnis zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen damit ausreichend nachgewiesen. Dabei spielt es keine Rolle, dass in der Konzessionsurkunde eine bestimmte Anzahl von Fahrzeugen angeführt wird, weil diese Anzahl über Antrag jeweils erweitert werden kann, sofern der Konzessionsinhaber nachweist, dass er für die zusätzlichen Fahrzeuge über die erforderlichen Abstellplätze verfügt. Diese Voraussetzungen zur Befugnis werden von der Teilnehmereberechtigten erfüllt, weshalb ein Grund zur Ausscheidung ihres Angebotes nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 nicht vorliegt.

Die Antragstellerin hat weiters vorgebracht, dass nach ihrer Marktkennntnis die Teilnehmereberechtigte in den letzten drei Jahren "jedenfalls keine Beförderungen von Personen mit Behinderungen und/oder Krankentransporte" im geforderten Umfang durchgeführt habe.

Welche Qualität ein Referenznachweis aufzuweisen hat, wird im Punkt 7.2 der Angebotsbestimmungen festgelegt. Dieser Anforderung hat der von der Teilnehmereberechtigten bereits mit dem Angebot vorgelegte Referenznachweis, der von der Gemeinde Oberpullendorf stammt, vollkommen entsprochen. Nach diesem Referenznachweis, der das Datum 11.10.2010 trägt, hat die Teilnehmereberechtigte in dem im Punkt 7.2 festgelegten Umfang Transporte durchgeführt und nachgewiesen, sodass auch hier der Ausscheidungsgrund eines fehlenden Referenznachweises im Sinne des § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 nicht gegeben ist. Welche Qualität ein Referenznachweis aufzuweisen hat, wird im Punkt 7.2 der Angebotsbestimmungen festgelegt. Dieser Anforderung hat der von der Teilnehmereberechtigten bereits mit dem Angebot vorgelegte Referenznachweis, der von der Gemeinde Oberpullendorf stammt, vollkommen entsprochen. Nach diesem Referenznachweis, der das Datum 11.10.2010 trägt, hat die Teilnehmereberechtigte in dem im Punkt 7.2 festgelegten Umfang Transporte durchgeführt und nachgewiesen, sodass auch hier der Ausscheidungsgrund eines fehlenden Referenznachweises im Sinne des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 nicht gegeben ist.

Schließlich hat die Antragstellerin vorgebracht, die Teilnehmereberechtigte habe entgegen den Ausschreibungsbedingungen nicht nachgewiesen, dass sie über die zur Auftragsdurchführung erforderlichen Fahrzeuge in der in den Ausschreibungsbestimmungen festgelegten Ausstattung verfügen werde. Dazu vertritt sie überdies die Ansicht, dass der Nachweis über die zur Verfügung stehende Anzahl von entsprechend ausgerüsteten Fahrzeugen gemäß Punkt 7.3a bereits im Zeitpunkt der Angebotsöffnung hätte vorliegen müssen. Punkt 7.3a der

Angebotsbestimmungen legt fest, dass die Bieter "durch Vorlage von unterfertigten Kauf-, Miet-, Leasingverträgen, Zulassungsscheinen, odgl. nachzuweisen" haben, dass sie über die von der Antragsgegnerin festgelegten Mindestkapazitätserfordernisse an entsprechend Punkt 7.3 der Angebotsunterlagen ausgestatteten Kleinbussen im Zeitpunkt des Leistungsbeginns verfügen werden.

Die Teilnahmeberechtigte hatte für die neun Lose, für die sie zur Zuschlagserteilung vorgesehen ist, die Verfügbarkeit über 80 Fahrzeuge nachzuweisen. Dazu hat die Teilnahmeberechtigte Bestätigungen sowohl des Fahrzeuglieferanten als auch Bestätigungen jenes Betriebes vorgelegt, in dem die Umrüstung der Fahrzeuge vorgenommen werden soll. In beiden Bestätigungen, die bereits mit dem Angebot vorgelegt worden sind, wird festgehalten, dass der Fahrzeugbestand in der den Ausschreibungsbestimmungen entsprechenden Ausrüstung zum Leistungsbeginn gesichert ist. Diese Bestätigung des Fahrzeuglieferanten bzw. des Unternehmens, das den Umbau durchführen wird, entspricht durchaus in seiner rechtlichen Qualität den Ausschreibungsbedingungen und ist, wenn auch unter die Anführung "odgl."

fallend, durchaus "unterfertigten Kauf-, Miet-, Leasingverträgen, Zulassungsscheinen" gleichzuhalten, weil die Teilnahmeberechtigte nur nachzuweisen hatte, dass sie in einer verbindlichen, zivilrechtlich durchsetzbaren Form den Fahrzeugbestand gesichert hat und Vereinbarungen mit Lieferanten bzw. Umbauunternehmen der Gestalt vorliegen, dass sie zum Leistungsbeginn über die erforderlichen Fahrzeuge auch tatsächlich verfügen werde. Sofern die Antragstellerin in diesem Zusammenhang den Standpunkt vertritt, ein Zuschlagsempfänger hätte bereits im Zeitpunkt der Angebotsöffnung über die erforderlichen Fahrzeuge verfügen müssen, ist sie auf die Festlegungen in der Ausschreibung, die unangefochten geblieben sind, zu verweisen. Die von der Antragsgegnerin gewählte Festlegung, die offenbar von allen Bietern akzeptiert wurde, entspricht auch durchaus ökonomischen Überlegungen, weil andernfalls Bieter Anschaffungen von Fahrzeugen tätigen müssten, ohne Gewissheit darüber zu haben, ob sie den Zuschlag überhaupt erhalten werden.

Da die Teilnahmeberechtigte durch die von ihr vorgelegten Bestätigungen nachgewiesen hat, dass sie im Zeitpunkt des Leistungsbeginns über die erforderliche Anzahl der Fahrzeuge verfügen wird, liegt der von der Antragstellerin behauptete Ausscheidungsgrund nicht vor.

Die Antragstellerin macht letztlich geltend, das Angebot der Teilnahmeberechtigten würde eine nicht plausible Preisbildung darstellen, es wäre daher auszuschneiden. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin ist zunächst festzustellen, dass die Antragsgegnerin ihrer Verpflichtung zur Vornahme einer vertieften Angebotsprüfung im Sinne des § 125 BVergG 2006 vollkommen entsprochen hat. Dazu hat sie mehrere Aufklärungen eingeholt (Amtsvermerk vom 25.2.2011 und Aufklärungsgespräch vom 6.6.2011). Die Antragsgegnerin hat, wie in den Vergabeakten eindeutig dokumentiert, vor allem geprüft, ob bei der Kalkulation des Angebotes der Teilnahmeberechtigten der Mindestlohn für Lenker nach dem Bundeskollektivvertrag für das Personenbeförderungsgewerbe mit Pkw eingehalten worden ist. Dazu finden sich in den Vergabeakten nachvollziehbar dokumentierte Kontrollrechnungen aus denen sich ergibt, dass die Teilnahmeberechtigte bei ihrer Kalkulation jedenfalls die kollektivvertraglichen Bestimmungen eingehalten hat. Die Lohnnebenkosten wurden in mehr als ausreichender Höhe berücksichtigt, bei den Fahrzeugkosten wurden sowohl die Anschaffungskosten als auch die laufenden Betriebskosten berücksichtigt. Ebenso scheinen in der Kalkulation die Verwaltungskosten auf. Nachvollziehbar und schlüssig hat die Antragsgegnerin dazu festgehalten, dass alle Kostenfaktoren in den Angebotspreisen der Teilnahmeberechtigten eingerechnet wurden, sich die angebotenen Preise als betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar erwiesen haben und damit die Preisangemessenheit gegeben ist. Der Senat, der diese Beurteilung als schlüssig und nachvollziehbar übernommen und auch seiner Entscheidung zu Grunde gelegt hat, hält die dagegen vorgebrachten Argumente der Antragstellerin für nicht stichhaltig. Die Antragstellerin stützt ihre Argumentation vor allem darauf, dass sie bisher die ausgeschriebenen Leistungen erbracht hätte, wobei sie keine überhöhten Preise in Anschlag gebracht habe. Sie haben diese Preise auch ihrem Angebot zu Grunde gelegt (Antrag vom 29.7.2022, Seite 13). Da lediglich das Angebot der Teilnahmeberechtigten auf seine Preisangemessenheit zu prüfen war und dies in einer den Bestimmungen der §§ 125, 126 BVergG 2006 entsprechenden Art und Weise geschehen ist, wobei die Antragsgegnerin zutreffend zum Ergebnis gelangte, dass die Preise angemessen sind, war der Frage nicht weiter nachzugehen, wie der Preisunterschied im Angebot der Teilnahmeberechtigten zu den Angeboten der übrigen Bieter, vor allem der Antragstellerin zu erklären ist. Die Antragstellerin hat in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen, dass an das Personal, wie sich aus der Leistungsbeschreibung ergibt, auch bestimmte Anforderungen zu stellen sind, die nicht den üblichen Anforderungen

an Kraftfahrer entsprechen. Dies ist zwar richtig, ob und in welchem Ausmaß jedoch dieser Umstand von den einzelnen Bietern, hier der Teilnehmberechtigten, bei ihrer Kalkulation berücksichtigt wurde, kann dahingestellt bleiben, weil es sich bei der Anforderung an das eingesetzte Personal nicht um ein Zuschlagskriterium handelt, sondern vorliegend der Zuschlag ausschließlich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen soll. Ob das von den Auftragnehmern eingesetzte Personal den Anforderungen der Vertragsbestimmungen Punkt 6 entspricht, wird im Rahmen der Leistungserbringung zu beurteilen sein. Da die Antragsgegnerin die von der Teilnehmberechtigten in ihrem Angebot angeführten Preise zu den neun Losen entsprechend geprüft und zutreffend dazu festgestellt hat, dass die Zusammensetzung des Gesamtpreises plausibel und nachvollziehbar erfolgte, liegt der Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 gleichfalls nicht vor. Die Antragstellerin macht letztlich geltend, das Angebot der Teilnehmberechtigten würde eine nicht plausible Preisbildung darstellen, es wäre daher auszuschneiden. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin ist zunächst festzustellen, dass die Antragsgegnerin ihrer Verpflichtung zur Vornahme einer vertieften Angebotsprüfung im Sinne des Paragraph 125, BVergG 2006 vollkommen entsprochen hat. Dazu hat sie mehrere Aufklärungen eingeholt (Amtsvermerk vom 25.2.2011 und Aufklärungsgespräch vom 6.6.2011). Die Antragsgegnerin hat, wie in den Vergabeakten eindeutig dokumentiert, vor allem geprüft, ob bei der Kalkulation des Angebotes der Teilnehmberechtigten der Mindestlohn für Lenker nach dem Bundeskollektivvertrag für das Personenbeförderungsgewerbe mit Pkw eingehalten worden ist. Dazu finden sich in den Vergabeakten nachvollziehbar dokumentierte Kontrollrechnungen aus denen sich ergibt, dass die Teilnehmberechtigte bei ihrer Kalkulation jedenfalls die kollektivvertraglichen Bestimmungen eingehalten hat. Die Lohnnebenkosten wurden in mehr als ausreichender Höhe berücksichtigt, bei den Fahrzeugkosten wurden sowohl die Anschaffungskosten als auch die laufenden Betriebskosten berücksichtigt. Ebenso scheinen in der Kalkulation die Verwaltungskosten auf. Nachvollziehbar und schlüssig hat die Antragsgegnerin dazu festgehalten, dass alle Kostenfaktoren in den Angebotspreisen der Teilnehmberechtigten eingerechnet wurden, sich die angebotenen Preise als betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar erwiesen haben und damit die Preisangemessenheit gegeben ist. Der Senat, der diese Beurteilung als schlüssig und nachvollziehbar übernommen und auch seiner Entscheidung zu Grunde gelegt hat, hält die dagegen vorgebrachten Argumente der Antragstellerin für nicht stichhaltig. Die Antragstellerin stützt ihre Argumentation vor allem darauf, dass sie bisher die ausgeschriebenen Leistungen erbracht hätte, wobei sie keine überhöhten Preise in Anschlag gebracht habe. Sie haben diese Preise auch ihrem Angebot zu Grunde gelegt (Antrag vom 29.7.2022, Seite 13). Da lediglich das Angebot der Teilnehmberechtigten auf seine Preisangemessenheit zu prüfen war und dies in einer den Bestimmungen der Paragraphen 125, 126, BVergG 2006 entsprechenden Art und Weise geschehen ist, wobei die Antragsgegnerin zutreffend zum Ergebnis gelangte, dass die Preise angemessen sind, war der Frage nicht weiter nachzugehen, wie der Preisunterschied im Angebot der Teilnehmberechtigten zu den Angeboten der übrigen Bieter, vor allem der Antragstellerin zu erklären ist. Die Antragstellerin hat in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen, dass an das Personal, wie sich aus der Leistungsbeschreibung ergibt, auch bestimmte Anforderungen zu stellen sind, die nicht den üblichen Anforderungen an Kraftfahrer entsprechen. Dies ist zwar richtig, ob und in welchem Ausmaß jedoch dieser Umstand von den einzelnen Bietern, hier der Teilnehmberechtigten, bei ihrer Kalkulation berücksichtigt wurde, kann dahingestellt bleiben, weil es sich bei der Anforderung an das eingesetzte Personal nicht um ein Zuschlagskriterium handelt, sondern vorliegend der Zuschlag ausschließlich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen soll. Ob das von den Auftragnehmern eingesetzte Personal den Anforderungen der Vertragsbestimmungen Punkt 6 entspricht, wird im Rahmen der Leistungserbringung zu beurteilen sein. Da die Antragsgegnerin die von der Teilnehmberechtigten in ihrem Angebot angeführten Preise zu den neun Losen entsprechend geprüft und zutreffend dazu festgestellt hat, dass die Zusammensetzung des Gesamtpreises plausibel und nachvollziehbar erfolgte, liegt der Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 gleichfalls nicht vor.

Im einleitenden Schriftsatz hat die Antragstellerin auch geltend gemacht, ihre Analyse der Zuschlagsentscheidung habe ergeben, "dass offenkundig die Firma *** Reisen GmbH mehr Informationen von der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren erhalten hat als wir. Offenbar wurden Bieteranfragen selektiv beantwortet. Offenbar wurden Bieteranfragen nicht in anonymisierter Form an alle Bieter ausgesandt". Dazu hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass nur eine einzige Bieteranfrage zur Auslegung der Ausschreibungsbestimmungen vor Ablauf der Angebotsfrist eingelangt ist, nämlich jene in den Feststellungen wiedergegebene Anfrage der Antragstellerin. Hier ist zunächst darauf hinzuweisen, dass das Ende der Angebotsfrist der 13.10.2010 war, die Anfrage der Antragstellerin vom 9.8.2010 stammt. In diesem Stadium vor Angebotslegung kommt naturgemäß eine Verständigung möglicher Bieter

vom Ergebnis des Aufklärungsversuchens nicht in Frage. Die Anfrage hat auch nicht zu einer Berichtigung der Ausschreibung geführt, die ihrerseits nach § 90 BVergG 2006 bekannt zu machen gewesen wäre. Zutreffend verweist in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerin auch darauf, dass es sich bei der Beantwortung dieser Fragen im Wesentlichen um eine Wiedergabe des bezüglichen Ausschreibungstextes gehandelt hat und daher die Antwort nur der Antragstellerin erteilt wurde. Bei dieser Sachlage kann daher nicht die Rede davon sein, dass die Antragsgegnerin entgegen der Bestimmung des § 19 Abs. 1 BVergG 2006 die Bieter des Verfahrens, insbesondere die Antragstellerin, ungleich behandelt hätte. Im einleitenden Schriftsatz hat die Antragstellerin auch geltend gemacht, ihre Analyse der Zuschlagsentscheidung habe ergeben, "dass offenkundig die Firma *** Reisen GmbH mehr Informationen von der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren erhalten hat als wir. Offenbar wurden Bieteranfragen selektiv beantwortet. Offenbar wurden Bieteranfragen nicht in anonymisierter Form an alle Bieter ausgesandt". Dazu hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass nur eine einzige Bieteranfrage zur Auslegung der Ausschreibungsbestimmungen vor Ablauf der Angebotsfrist eingelangt ist, nämlich jene in den Feststellungen wiedergegebene Anfrage der Antragstellerin. Hier ist zunächst darauf hinzuweisen, dass das Ende der Angebotsfrist der 13.10.2010 war, die Anfrage der Antragstellerin vom 9.8.2010 stammt. In diesem Stadium vor Angebotslegung kommt naturgemäß eine Verständigung möglicher Bieter vom Ergebnis des Aufklärungsversuchens nicht in Frage. Die Anfrage hat auch nicht zu einer Berichtigung der Ausschreibung geführt, die ihrerseits nach Paragraph 90, BVergG 2006 bekannt zu machen gewesen wäre. Zutreffend verweist in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerin auch darauf, dass es sich bei der Beantwortung dieser Fragen im Wesentlichen um eine Wiedergabe des bezüglichen Ausschreibungstextes gehandelt hat und daher die Antwort nur der Antragstellerin erteilt wurde. Bei dieser Sachlage kann daher nicht die Rede davon sein, dass die Antragsgegnerin entgegen der Bestimmung des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 die Bieter des Verfahrens, insbesondere die Antragstellerin, ungleich behandelt hätte.

Nun hat die Antragstellerin, ausgehend von ihrem Standpunkt nicht über dieselben Informationen im Zuge der Anfragen / Antworten im Vergabeverfahren verfügt zu haben wie andere Bieter, beantragt, das gesamte Vergabeverfahren für nichtig zu erklären. Dieser Antrag war als unbegründet zurück zu weisen. Nach § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Bieter nur die Nichtigkeitserklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin beantragen. Ein Vergabeverfahren an sich stellt keine gesondert anfechtbare Entscheidung dar, wie sich klar aus der Bestimmung des § 2 Z 16 lit. a BVergG 2006 ergibt. Auch die behauptete Unterlassung der Bekanntmachung aller Informationen in gleicher Weise an alle Bieter stellt keine "sonstige anfechtbare Festlegung" dar, sodass auch diesbezüglich jeglicher Ansatzpunkt für eine Kompetenz des Senates fehlt, womit dieser Antrag auf Nichtigkeitserklärung mangels gesetzlicher Grundlage jedenfalls zurück zu weisen war. Nun hat die Antragstellerin, ausgehend von ihrem Standpunkt nicht über dieselben Informationen im Zuge der Anfragen / Antworten im Vergabeverfahren verfügt zu haben wie andere Bieter, beantragt, das gesamte Vergabeverfahren für nichtig zu erklären. Dieser Antrag war als unbegründet zurück zu weisen. Nach Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Bieter nur die Nichtigkeitserklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin beantragen. Ein Vergabeverfahren an sich stellt keine gesondert anfechtbare Entscheidung dar, wie sich klar aus der Bestimmung des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVergG 2006 ergibt. Auch die behauptete Unterlassung der Bekanntmachung aller Informationen in gleicher Weise an alle Bieter stellt keine "sonstige anfechtbare Festlegung" dar, sodass auch diesbezüglich jeglicher Ansatzpunkt für eine Kompetenz des Senates fehlt, womit dieser Antrag auf Nichtigkeitserklärung mangels gesetzlicher Grundlage jedenfalls zurück zu weisen war.

In ihrem Schriftsatz vom 5.9.2011 hat die Antragstellerin vorgebracht, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin sei "entgegen der Bestimmung des § 151 Abs. 3 BVergG 2006 nicht gesetzentsprechend bekannt gemacht, und zwar insofern als die maßgeblichen Gründe für die Bewertung der Angebote nicht in nachvollziehbarer Form festgehalten sind. Der allgemeine Hinweis auf den niedrigsten Preis unter Berücksichtigung der Kapazität und der angegebenen Präferenz erscheint nicht ausreichend weil in dieser Form unüberprüfbar. Dieser Mangel belastet die Zuschlagsentscheidung (...) mit Nichtigkeit". In ihrem Schriftsatz vom 5.9.2011 hat die Antragstellerin vorgebracht, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin sei "entgegen der Bestimmung des Paragraph 151, Absatz 3, BVergG 2006 nicht gesetzentsprechend bekannt gemacht, und zwar insofern als die maßgeblichen Gründe für die Bewertung der Angebote nicht in nachvollziehbarer Form festgehalten sind. Der allgemeine Hinweis auf den niedrigsten Preis unter Berücksichtigung der Kapazität und der angegebenen Präferenz erscheint nicht ausreichend weil in dieser Form unüberprüfbar. Dieser Mangel belastet die Zuschlagsentscheidung (...) mit Nichtigkeit".

Die Antragsgegnerin hat ihre Zuschlagsentscheidung nach § 131 Abs. 1 BVergG 2006 und nicht - wie von der Antragstellerin angegeben - nach § 151 Abs. 3 BVergG 2006 bekannt gegeben. Gegenständlich ist ein Dienstleistungsauftrag nach dem Billigstbieterprinzip vergeben worden und nicht eine Rahmenvereinbarung nach § 25 Abs. 7 BVergG 2006. Auch die Bekanntmachung nach § 46 BVergG 2006 betrifft die Bekanntmachung der beabsichtigten Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im offenen Verfahren. Die der Antragstellerin zugewandene Zuschlagsentscheidung ist, da die Vergabe nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen soll, ausreichend begründet. Auch hätten diese Gründe, die erstmals am 5.9.2011 vorgebracht wurden, bereits mit dem einleitenden Schriftsatz vom 29.7.2011 innerhalb der Frist des § 24 Abs. 1 WVRG 2007 geltend gemacht werden müssen. Aus all diesen Gründen war der Antrag auf Nichtigerklärung des gesamten Vergabeverfahrens zurück zu weisen und der Eventualantrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidungen betreffend die neun im Spruch genannten Lose abzuweisen. Die Antragsgegnerin hat ihre Zuschlagsentscheidung nach Paragraph 131, Absatz eins, BVergG 2006 und nicht - wie von der Antragstellerin angegeben - nach Paragraph 151, Absatz 3, BVergG 2006 bekannt gegeben. Gegenständlich ist ein Dienstleistungsauftrag nach dem Billigstbieterprinzip vergeben worden und nicht eine Rahmenvereinbarung nach Paragraph 25, Absatz 7, BVergG 2006. Auch die Bekanntmachung nach Paragraph 46, BVergG 2006 betrifft die Bekanntmachung der beabsichtigten Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im offenen Verfahren. Die der Antragstellerin zugewandene Zuschlagsentscheidung ist, da die Vergabe nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen soll, ausreichend begründet. Auch hätten diese Gründe, die erstmals am 5.9.2011 vorgebracht wurden, bereits mit dem einleitenden Schriftsatz vom 29.7.2011 innerhalb der Frist des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007 geltend gemacht werden müssen. Aus all diesen Gründen war der Antrag auf Nichtigerklärung des gesamten Vergabeverfahrens zurück zu weisen und der Eventualantrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidungen betreffend die neun im Spruch genannten Lose abzuweisen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 2.8.2011 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 2.8.2011 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Zuschlagsentscheidung; Abweisung; Nachweis der Mindestkapazität zum Zeitpunkt des Leistungsbeginnes;

Zuletzt aktualisiert am

10.02.2012

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at