

# TE Verg Bescheid 2011/3/24 VKS-781/11

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.03.2011

## 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 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 Abs7 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §12 Abs1 Z1

BVergG 2006 §163

BVergG 2006 §165

BVergG 2006 §196 und 187 Abs4

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 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
- 
1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
- 
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 163 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 165 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 196 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

## Text

### BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden \*\*\* über den Antrag der \*\*\* GmbH, \*\*\*, vertreten durch Mag. Christian Kux, MBL, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Auftrages zur Personenbeförderung im Linienverkehr auf einer behördlich-konzessionierten Fahrstrecke, Ausschreibungsnummer: 05/52/2010, Betrieb der Autobuslinie 52A und 52B in 1140 Wien, durch die Wiener Linien GmbH & Co KG, Abteilung V49 Autobusbetrieb, Erdbergstraße 202, 1031 Wien, vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1) Ziffer eins

Der Antrag der Antragstellerin, die Ausschreibung der Antragsgegnerin für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

2. 2) Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 25.01.2011 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

3. 3) Ziffer 3

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 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 31 Abs. 7 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 6, 12 Abs. 1 Z 1, 163, 165, 196 und 187 Abs. 4 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 31, Absatz 7, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 6, 12, Absatz eins, Ziffer eins, 163, 165, 196 und 187 Absatz 4, BVergG 2006.

### Begründung:

Die Wiener Linien GmbH & Co KG (im folgenden Antragsgegnerin genannt) führen ein offenes Verfahren zur Vergabe des Betriebes der Autobuslinien 52A und 52B in 1140 Wien. Es handelt sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellerbereich nach den vergaberechtlichen Bestimmungen für Sektorenauftraggeber. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Die Frist für die Abgabe der Angebote hat am 31.01.2011, 10 Uhr, geendet.

Mit dem am 21.01.2011 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 4 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag begehrt die Antragstellerin die Ausschreibung für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, sie betreibe unter der Linienbezeichnung 148 und 152 seit Jahren den Personenverkehr auf den ausgeschriebenen Strecken auf Grund von zwei mit der Verkehrsverbund Ost - Region (VOR) GesmbH im Jahr 1988 abgeschlossenen Beförderungsverträgen. Bei beiden Verträgen, die als Einheit zu betrachten seien, handle es sich um unbefristete Verträge, die nur unter Einhaltung einer einjährigen Kündigungsfrist jeweils zum 31. August eines jeden Jahres gekündigt werden können. Eine Kündigung dieser Verträge sei bisher nicht erfolgt. Mit dem am 21.01.2011 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag begehrt die Antragstellerin die Ausschreibung für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, sie betreibe unter der Linienbezeichnung 148 und 152 seit Jahren den Personenverkehr auf den ausgeschriebenen Strecken auf Grund von zwei mit der Verkehrsverbund Ost - Region (VOR) GesmbH im Jahr 1988 abgeschlossenen Beförderungsverträgen. Bei beiden Verträgen, die als Einheit zu betrachten seien, handle es sich um unbefristete Verträge, die nur unter Einhaltung einer einjährigen Kündigungsfrist jeweils zum 31. August eines jeden Jahres gekündigt werden können. Eine Kündigung dieser Verträge sei bisher nicht erfolgt.

Die Antragstellerin habe ein wesentliches Interesse daran, diese Leistungen weiterhin zu erbringen. Sie verfüge über eine aufrechte und rechtskräftige Konzession zum Betrieb der beiden ausgeschriebenen Kraftfahrlinien und habe am 16.11.2010 beim Amt der Wiener Landesregierung den Antrag auf Wiedererteilung der Konzession der Kraftfahrlinie 1072 eingebracht. Sie habe auch eine "(allfällige) Abgabe eines Angebotes in dem gegenständlichen Vergabeverfahren derzeit vorbereitet und (falls notwendig) auch beabsichtigt". Sollte jedoch das Vergabeverfahren gemäß den rechtswidrigen Ausschreibungsunterlagen fortgeführt werden, drohe der Antragstellerin ein erheblicher finanzieller und sonstiger Schaden. Sie würde die Chance an einem gesetzeskonformen Vergabeverfahren teilzunehmen und ein Angebot zu legen, verlieren, da die angefochtene Ausschreibung gegen mehrere Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und des Kraftfahrliniengesetzes verstoße. Sollte jedoch das gegenständliche Vergabeverfahren trotz rechtswidriger Ausschreibungsunterlagen fortgeführt werden, drohe der Antragstellerin ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns. Bezüglich des drohenden Schadens sei im Übrigen festzuhalten, dass es unerheblich sei, ob die Antragstellerin gezwungen sei, auf Grund der später aufgezeigten Rechtswidrigkeiten der Ausschreibungsunterlage von der Abgabe eines Angebotes Abstand zu nehmen oder ob auf Grund der rechtswidrigen Ausschreibung einem anderen Unternehmen der Zuschlag erteilt wird. Ausgehend von einem geschätzten Kilometerumsatz schätzt die Antragstellerin die Höhe des entgangenen Gewinns mit € 160.000,00 über die Laufzeit von fünf Jahren. Sollte die Antragstellerin auf Grund der rechtswidrigen Ausschreibungsunterlagen nicht in der Lage sein ein Angebot abzugeben, entstünde ihr ein zusätzlicher - nicht unerheblicher - Schaden in der Höhe der bisher aufgelaufenen frustrierten Projektkosten. Dazu käme noch der Verlust von Referenzprojekten.

Die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Ausschreibung erblickt die Antragstellerin darin, dass es die Antragsgegnerin zunächst unterlassen habe, fristgerecht eine Veröffentlichung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens im Amtsblatt der europäischen Union vorzunehmen, wozu sie auf Grund der Verordnung (EG) Nr.:

1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (kurz: PSO-Verordnung) verpflichtet gewesen wäre. Weiters macht sie geltend, dass durch die Ausschreibung und die beabsichtigte Vergabe der Verkehrsdienstleistungen in ihre bestehenden Konzessionen eingegriffen werden würde. Die Antragstellerin habe rechtzeitig (vor Ablauf der Konzession) bei der zuständigen Behörde um Wiedererteilung ersucht. Die Konzession sei damit bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Wiedererteilungsantrag nicht erloschen. Unter Hinweis auf den in § 29 Abs. 1 Kraftfahrliniengesetz (KfLG) normierten Konkurrenzschutz sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin die gegenständlichen Kraftfahrlinien über den von der Antragsgegnerin geplanten Leistungsbeginn am 21.07.2011 hinaus betreiben werde. Dieser Konkurrenzschutz gelte für eigenwirtschaftliche, ebenso wie für gemeinwirtschaftliche Verkehre und bedeute, dass eine Konzessionserteilung an einen neuen Bewerber öffentlichen Interessen i.S.d. § 7 Abs. 1 Z 4 b KfLG zuwiderlaufe, wenn dadurch eine wirtschaftliche Betriebsführung und damit die Erfüllung der Verkehrsaufgaben durch das Verkehrsunternehmen in dessen Verkehrsbereich die beantragte Linie falle, gefährdet sei. Im gegenständlichen Fall würden der Antragstellerin massive Einnahmeausfälle bei einem "Parallelbetrieb" durch die Antragsgegnerin bzw. deren Auftragnehmer drohen. 1370 aus 2007, des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (kurz: PSO-Verordnung) verpflichtet gewesen wäre. Weiters macht sie geltend, dass durch die Ausschreibung und die beabsichtigte Vergabe der Verkehrsdienstleistungen in ihre bestehenden Konzessionen eingegriffen werden würde. Die Antragstellerin habe rechtzeitig (vor Ablauf der Konzession) bei der zuständigen Behörde um Wiedererteilung ersucht. Die Konzession sei damit bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Wiedererteilungsantrag nicht erloschen. Unter Hinweis auf den in Paragraph 29, Absatz eins, Kraftfahrliniengesetz (KfLG) normierten Konkurrenzschutz sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin die gegenständlichen Kraftfahrlinien über den von der Antragsgegnerin geplanten Leistungsbeginn am 21.07.2011 hinaus betreiben werde. Dieser Konkurrenzschutz gelte für eigenwirtschaftliche, ebenso wie für gemeinwirtschaftliche Verkehre und bedeute, dass eine Konzessionserteilung an einen neuen Bewerber öffentlichen Interessen i.S.d. Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 4, b KfLG zuwiderlaufe, wenn dadurch eine wirtschaftliche Betriebsführung und damit die Erfüllung der Verkehrsaufgaben durch das Verkehrsunternehmen in dessen Verkehrsbereich die beantragte Linie falle, gefährdet sei. Im gegenständlichen Fall würden der Antragstellerin massive Einnahmeausfälle bei einem "Parallelbetrieb" durch die Antragsgegnerin bzw. deren Auftragnehmer drohen.

Die Antragsgegnerin verfüge hinsichtlich der gegenständlichen Kraftfahrlinien derzeit über keine Konzession. Diese sei im August 2010 beantragt worden. Die Antragstellerin habe als mitbeteiligte Partei in diesem

Konzessionserteilungsverfahren Stellungnahmen abgegeben, worin sie sich ausdrücklich gegen die Erteilung der Konzession an die Antragsgegnerin ausgesprochen habe. Nach § 22 KfLG müsse der Konzessionsinhaber den Betrieb selbst (im eigenen Namen, unter eigener Verantwortung und auf eigene Rechnung) führen. Die Antragsgegnerin verstoße mit ihrer Ausschreibung gegen § 22 Abs. 1 KfLG, weil sie beabsichtige, den Betrieb der Autobuslinien 52A und 52B vollständig an den Billigstbieter zu vergeben. Auch aus diesem Grund sei in absehbarer Zeit nicht mit einer Konzessionserteilung an die Antragsgegnerin zu rechnen. Da die Antragsgegnerin bezüglich der beiden ausgeschriebenen Linien über keine Konzessionen verfüge, verstoße sie gegen den allgemeinen Grundsatz der Notwendigkeit des Vergabewillens nach § 19 Abs. 4 BVergG 2006. Auch habe sich die Antragsgegnerin den Widerruf der Ausschreibung für den Fall vorbehalten, dass sie bis zum Ende der Zuschlagsfrist keine Linienkonzessionen erlangt hätte. Es stehe ihr daher völlig frei, die Ausschreibung bei fehlender Konzession zu widerrufen oder bestandfest werden zu lassen. Damit verstoße sie auch gegen den dem Vergaberecht immanenten Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs. Zusammenfassend vertritt die Antragstellerin den Standpunkt, dass die Antragsgegnerin "mangels Innehabung der für die Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen zwingend erforderlichen Konzessionen nicht berechtigt (sei) die beiden verfahrensgegenständlichen Buslinien auszuschreiben". Es sei auch nicht zu erwarten, dass die Antragsgegnerin bis zum Ende der Zuschlagsfrist rechtskräftig über die erforderlichen Konzessionen für den Betrieb der ausgeschriebenen Linien verfügen werde. Schließlich verweist die Antragstellerin auf § 23 KfLG wonach der Besteller von Verkehrsdienstleistungen, oder für diesen die Verkehrsverbundorganisationsgesellschaft, bei der Vornahme der Ermittlungen eines geeigneten Personenkraftverkehrsunternehmens die anwendbaren Bestimmungen des Vergaberechtes zu berücksichtigen habe. Eine Grenze des Rechts zur Ausschreibung stelle jedoch der Eingriff in bestehende Konzessionen dar. Die Antragsgegnerin müsste die Rechte der Antragstellerin als Bestandkonzessionärin vor Einholung von Angeboten berücksichtigen. Die Antragsgegnerin verfüge hinsichtlich der gegenständlichen Kraftfahrlinien derzeit über keine Konzession. Diese sei im August 2010 beantragt worden. Die Antragstellerin habe als mitbeteiligte Partei in diesem Konzessionserteilungsverfahren Stellungnahmen abgegeben, worin sie sich ausdrücklich gegen die Erteilung der Konzession an die Antragsgegnerin ausgesprochen habe. Nach Paragraph 22, KfLG müsse der Konzessionsinhaber den Betrieb selbst (im eigenen Namen, unter eigener Verantwortung und auf eigene Rechnung) führen. Die Antragsgegnerin verstoße mit ihrer Ausschreibung gegen Paragraph 22, Absatz eins, KfLG, weil sie beabsichtige, den Betrieb der Autobuslinien 52A und 52B vollständig an den Billigstbieter zu vergeben. Auch aus diesem Grund sei in absehbarer Zeit nicht mit einer Konzessionserteilung an die Antragsgegnerin zu rechnen. Da die Antragsgegnerin bezüglich der beiden ausgeschriebenen Linien über keine Konzessionen verfüge, verstoße sie gegen den allgemeinen Grundsatz der Notwendigkeit des Vergabewillens nach Paragraph 19, Absatz 4, BVergG 2006. Auch habe sich die Antragsgegnerin den Widerruf der Ausschreibung für den Fall vorbehalten, dass sie bis zum Ende der Zuschlagsfrist keine Linienkonzessionen erlangt hätte. Es stehe ihr daher völlig frei, die Ausschreibung bei fehlender Konzession zu widerrufen oder bestandfest werden zu lassen. Damit verstoße sie auch gegen den dem Vergaberecht immanenten Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs. Zusammenfassend vertritt die Antragstellerin den Standpunkt, dass die Antragsgegnerin "mangels Innehabung der für die Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen zwingend erforderlichen Konzessionen nicht berechtigt (sei) die beiden verfahrensgegenständlichen Buslinien auszuschreiben". Es sei auch nicht zu erwarten, dass die Antragsgegnerin bis zum Ende der Zuschlagsfrist rechtskräftig über die erforderlichen Konzessionen für den Betrieb der ausgeschriebenen Linien verfügen werde. Schließlich verweist die Antragstellerin auf Paragraph 23, KfLG wonach der Besteller von Verkehrsdienstleistungen, oder für diesen die Verkehrsverbundorganisationsgesellschaft, bei der Vornahme der Ermittlungen eines geeigneten Personenkraftverkehrsunternehmens die anwendbaren Bestimmungen des Vergaberechtes zu berücksichtigen habe. Eine Grenze des Rechts zur Ausschreibung stelle jedoch der Eingriff in bestehende Konzessionen dar. Die Antragsgegnerin müsste die Rechte der Antragstellerin als Bestandkonzessionärin vor Einholung von Angeboten berücksichtigen.

Durch die Ausschreibung fühlt sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt, da die bekämpfte Ausschreibung gegen § 19 BVergG 2006 und gegen diverse Bestimmungen des KfLG verstoße. Sie sei insbesondere in ihrem Recht auf Abgabe und Bewertung eines gesetzes-, ausschreibungs- und vergaberechtskonformen sowie chancenreichen Angebotes verletzt. Die Antragstellerin sei durch die rechtswidrige Ausschreibung außerdem in ihrem Recht auf Durchführung eines dem fairen und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens verletzt. Weiters verletze die angefochtene Ausschreibung das Recht der Antragstellerin auf Durchführung eines nachvollziehbaren und transparenten Vergabeverfahrens, wobei in Folge

der rechtswidrigen Ausschreibung die Gefahr für die Antragstellerin bestehe, in ihrem Recht auf Transparenz der Nachprüfbarkeit der Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin verletzt zu werden. Durch die Ausschreibung fühlt sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt, da die bekämpfte Ausschreibung gegen Paragraph 19, BVergG 2006 und gegen diverse Bestimmungen des KfLG verstoße. Sie sei insbesondere in ihrem Recht auf Abgabe und Bewertung eines gesetzes-, ausschreibungs- und vergaberechtskonformen sowie chancenreichen Angebotes verletzt. Die Antragstellerin sei durch die rechtswidrige Ausschreibung außerdem in ihrem Recht auf Durchführung eines dem fairen und lauteren Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens verletzt. Weiters verletze die angefochtene Ausschreibung das Recht der Antragstellerin auf Durchführung eines nachvollziehbaren und transparenten Vergabeverfahrens, wobei in Folge der rechtswidrigen Ausschreibung die Gefahr für die Antragstellerin bestehe, in ihrem Recht auf Transparenz der Nachprüfbarkeit der Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin verletzt zu werden.

Die Antragsgegnerin sei rechtzeitig von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens verständigt worden, die Pauschalgebühren seien entrichtet worden.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 25.01.2011 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses den Parteien des Verfahrens zugewiesenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 28.01.2011 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und vor allem ausgeführt, der Antragstellerin würde es an der erforderlichen Antragslegitimation fehlen. Sie lege nicht schlüssig dar, warum ihr durch die Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren ein Schaden drohen sollte. Abgesehen davon, dass die Ausschreibung keine bestehende Konzession der Auftraggeberin voraussetze, sei das Vorbringen der Antragstellerin zum Konkurrenzschutz nach dem KfLG eine rein konzessionsrechtliche und keine vergaberechtliche Frage. Das Vergabeverfahren könne aber nicht deswegen mit Rechtswidrigkeit behaftet sein, weil es Einfluss auf das konzessionsrechtliche Verfahren habe und eine Wiedererteilung der Konzession an die Antragstellerin eventuell ausschließen könnte. Die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausschreibung bestehe nach Ansicht der Antragstellerin bloß in der Tatsache ihrer Durchführung, nicht aber ihrem Inhalt nach (die Ausschreibung wäre - so die Antragstellerin - richtigerweise zu unterlassen). Die Antragstellerin sei weder daran gehindert, sich an dem gegenständlichen Vergabeverfahren durch Angebotslegung zu beteiligen, noch davon Abstand zu nehmen. Die (behauptete) Rechtswidrigkeit, nämlich die Tatsache, dass die Leistungen ausgeschrieben werden, habe definitiv keinen Einfluss auf die objektive Möglichkeit der Antragstellerin, sich an der Ausschreibung zu beteiligen und in der Folge - sollte sie als Billigstbieterin ermittelt werden - einen Vertrag abzuschließen. Der Antragstellerin fehle daher die Legitimation zur Anfechtung der Ausschreibung. Darüber hinaus verweist die Antragsgegnerin darauf, dass der Antragstellerin der befürchtete finanzielle Schaden selbst dann nicht eintreten könnte, wenn die Konzessionsbehörde der Ansicht der Antragstellerin nicht folgen sollte und - in Anbetracht der erfolgten Ausschreibung - die Konzession (auch) der Antragstellerin erteilt. Auf Grund der Festlegungen in den §§ 5 und 6 in den von der Antragstellerin vorgelegten Verträgen, erhalte sie von der VOR GesmbH ein Nutzkilometerabhängiges Entgelt, von dem die Tarifeinnahmen abgezogen werden. Dies bedeute, dass selbst bei verminderten Einnahmen aus der Beförderung (etwa wegen eines Parallelverkehrs der Antragsgegnerin) der Erlös aus dem Vertrag gleich bleibe. Sollte die Konzession für die gegenständlichen Kraftfahrlinien jedoch nicht mehr an die Antragstellerin erteilt werden, sei dies nicht Folge der durchgeführten Ausschreibung, sondern Ermessensentscheidung der zuständigen Konzessionsbehörde. Auch in diesem Fall lasse sich kein Zusammenhang zwischen Durchführung der Ausschreibung und Schaden der Antragstellerin nachweisen. Auch aus diesem Grund fehle es der Antragstellerin an der Antragslegitimation. Mit Schriftsatz vom 28.01.2011 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und vor allem ausgeführt, der Antragstellerin würde es an der erforderlichen Antragslegitimation fehlen. Sie lege nicht schlüssig dar, warum ihr durch die Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren ein Schaden drohen sollte. Abgesehen davon, dass die Ausschreibung keine bestehende Konzession der Auftraggeberin voraussetze, sei das Vorbringen der Antragstellerin zum Konkurrenzschutz nach dem KfLG eine rein konzessionsrechtliche und keine vergaberechtliche Frage. Das Vergabeverfahren könne aber nicht deswegen mit Rechtswidrigkeit behaftet sein, weil es Einfluss auf das konzessionsrechtliche Verfahren habe und eine Wiedererteilung der Konzession an die Antragstellerin eventuell ausschließen könnte. Die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausschreibung bestehe nach Ansicht der Antragstellerin bloß in der Tatsache ihrer Durchführung,

nicht aber ihrem Inhalt nach (die Ausschreibung wäre - so die Antragstellerin - richtigerweise zu unterlassen). Die Antragstellerin sei weder daran gehindert, sich an dem gegenständlichen Vergabeverfahren durch Angebotslegung zu beteiligen, noch davon Abstand zu nehmen. Die (behauptete) Rechtswidrigkeit, nämlich die Tatsache, dass die Leistungen ausgeschrieben werden, habe definitiv keinen Einfluss auf die objektive Möglichkeit der Antragstellerin, sich an der Ausschreibung zu beteiligen und in der Folge - sollte sie als Billigstbieterin ermittelt werden - einen Vertrag abzuschließen. Der Antragstellerin fehle daher die Legitimation zur Anfechtung der Ausschreibung. Darüber hinaus verweist die Antragsgegnerin darauf, dass der Antragstellerin der befürchtete finanzielle Schaden selbst dann nicht eintreten könnte, wenn die Konzessionsbehörde der Ansicht der Antragstellerin nicht folgen sollte und - in Anbetracht der erfolgten Ausschreibung - die Konzession (auch) der Antragstellerin erteilt. Auf Grund der Festlegungen in den Paragraphen 5 und 6 in den von der Antragstellerin vorgelegten Verträgen, erhalte sie von der VOR GesmbH ein Nutzkilometer-abhängiges Entgelt, von dem die Tarifeinnahmen abgezogen werden. Dies bedeute, dass selbst bei verminderten Einnahmen aus der Beförderung (etwa wegen eines Parallelverkehrs der Antragsgegnerin) der Erlös aus dem Vertrag gleich bleibe. Sollte die Konzession für die gegenständlichen Kraftfahrlinien jedoch nicht mehr an die Antragstellerin erteilt werden, sei dies nicht Folge der durchgeführten Ausschreibung, sondern Ermessensentscheidung der zuständigen Konzessionsbehörde. Auch in diesem Fall lasse sich kein Zusammenhang zwischen Durchführung der Ausschreibung und Schaden der Antragstellerin nachweisen. Auch aus diesem Grund fehle es der Antragstellerin an der Antragslegitimation.

Zu den einzelnen, von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten führt die Antragsgegnerin aus, dass sie nach der PSO-VO nicht verpflichtet gewesen sei, das geplante Vergabeverfahren zu veröffentlichen, da es sich bei ihr nicht um die "zuständige Behörde" im Sinne der Verordnung handle. Grundsätzlich sei die Antragsgegnerin zur öffentlichen Ausschreibung der gemeinwirtschaftlichen Verkehrsdienstleistungen auf Grund der Bestimmungen der PSO-VO verpflichtet. Dieser Ausschreibungspflicht stünden weder Bestimmungen des KfLG entgegen noch Bestimmungen PSO-VO. Vielmehr stehe ihr Erfolg der öffentlichen Ausschreibung der Wiedererteilung der Konzession an die Antragstellerin entgegen. Auch der Konkurrenzschutz im KfLG stehe nicht im Widerspruch zur Ausschreibungspflicht. Die Ausschreibung sei daher nicht rechtswidrig.

Soweit die Antragstellerin vorbringe, dass die Ausschreibung gegen § 22 KfLG verstoße, da Berechtigungsinhaber und Betreiber auseinanderfallen würden, wenn der Betrieb von der Antragsgegnerin an den Billigstbieter vergeben würde, sei dies unrichtig. Mit der gegenständlichen Ausschreibung soll der Billigstbieter nur mit der Durchführung von "Carrier-Leistungen" im Sinne des § 22 Abs. 3 KfLG beauftragt werden. Die Verkehrsplanung, die Verkehrskoordination, die Erstellung der Fahrpläne, das Marketing, der Vertrieb, das Haltestellenservice etc. verblieben hingegen bei der Antragsgegnerin. Der Billigstbieter habe daher lediglich Auftragsfahrten für die Antragsgegnerin durchzuführen, alle Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit dem Betrieb der Kraftfahrlinie verblieben jedoch beim Konzessionär, weshalb ein künftiger Vertragspartner nicht Betreiber im Sinne des § 22 Abs. 2 KfLG wäre. Soweit die Antragstellerin vorbringe, dass die Ausschreibung gegen Paragraph 22, KfLG verstoße, da Berechtigungsinhaber und Betreiber auseinanderfallen würden, wenn der Betrieb von der Antragsgegnerin an den Billigstbieter vergeben würde, sei dies unrichtig. Mit der gegenständlichen Ausschreibung soll der Billigstbieter nur mit der Durchführung von "Carrier-Leistungen" im Sinne des Paragraph 22, Absatz 3, KfLG beauftragt werden. Die Verkehrsplanung, die Verkehrskoordination, die Erstellung der Fahrpläne, das Marketing, der Vertrieb, das Haltestellenservice etc. verblieben hingegen bei der Antragsgegnerin. Der Billigstbieter habe daher lediglich Auftragsfahrten für die Antragsgegnerin durchzuführen, alle Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit dem Betrieb der Kraftfahrlinie verblieben jedoch beim Konzessionär, weshalb ein künftiger Vertragspartner nicht Betreiber im Sinne des Paragraph 22, Absatz 2, KfLG wäre.

Zutreffend sei, dass die Antragsgegnerin die Konzession brauche, um den Zuschlag zu erteilen. Da sie zur Zeit der Ausschreibung noch über keine Konzession verfügte und die Entscheidung darüber im Ermessen der Behörde liege, habe sich die Antragsgegnerin in den Ausschreibungsunterlagen den Widerruf der Ausschreibung vorbehalten, wenn ihr bis zum Ende der Zuschlagsfrist keine Linienkonzession erteilt worden sei. Darin könne jedoch kein Verstoß gegen § 19 BVergG 2006 liegen, zumal es in der Beschaffungspraxis auf Grund langer Verfahrensdauer und von Vorlaufzeiten oftmals erforderlich sei, Aufträge öffentlich auszuschreiben, bevor noch alle erforderlichen Bewilligungen und Rechte vorliegen. Das Vergabeverfahren sei jedoch so geplant worden, dass zum Zeitpunkt, in dem der Zuschlag erteilt werden soll, die Konzessionen voraussichtlich auch bereits vorliegen werden. Zutreffend sei, dass die Antragsgegnerin die Konzession brauche, um den Zuschlag zu erteilen. Da sie zur Zeit der Ausschreibung noch über keine Konzession

verfügte und die Entscheidung darüber im Ermessen der Behörde liege, habe sich die Antragsgegnerin in den Ausschreibungsunterlagen den Widerruf der Ausschreibung vorbehalten, wenn ihr bis zum Ende der Zuschlagsfrist keine Linienkonzession erteilt worden sei. Darin könne jedoch kein Verstoß gegen Paragraph 19, BVergG 2006 liegen, zumal es in der Beschaffungspraxis auf Grund langer Verfahrensdauer und von Vorlaufzeiten oftmals erforderlich sei, Aufträge öffentlich auszuschreiben, bevor noch alle erforderlichen Bewilligungen und Rechte vorliegen. Das Vergabeverfahren sei jedoch so geplant worden, dass zum Zeitpunkt, in dem der Zuschlag erteilt werden soll, die Konzessionen voraussichtlich auch bereits vorliegen werden.

Diesen Ausführungen ist die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 16.02.2011 entgegen getreten, wobei sie ihre Ausführungen im einleitenden Schriftsatz weiter ausgebaut hat, ohne jedoch neue Gesichtspunkte einzubringen.

Zusammenfassend ergänzt die Antragstellerin ihr Vorbringen im Wesentlichen dahingehend, dass die Ausschreibung einer Leistung für die noch nicht einmal feststehe, ob die Auftraggeberin die erforderliche Konzession erhalten würde, dem Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit widerspreche. Auch könnte sich durch die Unklarheiten bezüglich der Konzessionserteilung eine Verzögerung des Leistungsbeginns ergeben, was zu einer Neuausschreibung führen müsste. Die kraftfahrlinienrechtlichen Fragen müssten vom Vergabekontrollsenat als Vorfrage geprüft werden.

Ihre Antragslegitimation ergebe sich zuletzt daraus, dass die Antragstellerin zwar einen Vertrag mit der VOR-GesmbH abgeschlossen habe, dieser aber bei Nichtverlängerung der Konzession erlösche oder zumindest mit einer Kündigung zu rechnen sei. Da sie bei Vorliegen aller Bewilligungsvoraussetzungen über einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Konzession verfüge (es handle sich nicht um eine Ermessensentscheidung der Behörde), habe sie eine gesicherte Rechtsposition inne, deren Verletzung sie zur Anfechtung der Ausschreibung berechtige. Der Betrieb der gegenständlichen Kraftfahrlinien sei eigenwirtschaftlich, da die Antragstellerin die Linien kostendeckend betreibe, weshalb eine Ausschreibungspflicht nicht gegeben sei.

In ihrem Schriftsatz vom 18.03.2011 hat die Antragsgegnerin darauf repliziert und im Wesentlichen darauf verwiesen, dass ihrer Ansicht nach die Prüfung der Frage, ob die Voraussetzungen des Kraftfahrtliniengesetzes für die Konzessionserteilung an die Antragsgegnerin erfüllt sind, Aufgabe der Konzessionsbehörde und nicht der Vergabekontrollbehörde sei.

Ergänzend zu den eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Feststellungen trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 24.03.2011 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Unstrittig handelt es sich bei der Antragsgegnerin um ein öffentliches Unternehmen, das im Sektorenbereich tätig ist. Die Antragsgegnerin ist damit Sektorenauftraggeberin nach den §§ 165 Abs. 2 und 169 Abs. 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Vergabe des Betriebes der Autobuslinien 52A und 52B im 14. Wiener Gemeindebezirk. Konzessionsinhaber für diese beiden Linien soll die Antragsgegnerin sein, die zwar rechtzeitig entsprechende Anträge bei der Konzessionsbehörde gestellt hat, im Zeitpunkt der Ausschreibung jedoch noch nicht über diese Konzessionen verfügt. Die Leistungen, die vergeben werden sollen, sind die Durchführung von "Carrier-Leistungen" im Sinne des § 22 Abs. 3 KfLG. Die Verkehrsplanung, die Verkehrskoordination, die Erstellung der Fahrpläne, das Marketing, der Vertrieb, das Haltestellenservice etc. verbleiben bei der Antragsgegnerin, der zukünftige Zuschlagsempfänger hat lediglich den Betrieb durchzuführen, er soll nicht Betreiber im Sinne des § 22 Abs. 2 KfLG werden. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Die Frist für die Abgabe der Angebote hat am 31.01.2011, 10 Uhr geendet. Unstrittig handelt es sich bei der Antragsgegnerin um ein öffentliches Unternehmen, das im Sektorenbereich tätig ist. Die Antragsgegnerin ist damit Sektorenauftraggeberin nach den Paragraphen 165, Absatz 2 und 169 Absatz eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Vergabe des Betriebes der Autobuslinien 52A und 52B im 14. Wiener Gemeindebezirk. Konzessionsinhaber für diese beiden Linien soll die Antragsgegnerin sein, die zwar rechtzeitig entsprechende Anträge bei der Konzessionsbehörde gestellt hat, im Zeitpunkt der Ausschreibung jedoch noch nicht über diese Konzessionen verfügt. Die Leistungen, die vergeben werden sollen, sind die Durchführung von "Carrier-Leistungen" im Sinne des Paragraph 22, Absatz 3, KfLG. Die Verkehrsplanung, die Verkehrskoordination, die Erstellung der Fahrpläne, das Marketing, der Vertrieb, das

Haltestellenservice etc. verbleiben bei der Antragsgegnerin, der zukünftige Zuschlagsempfänger hat lediglich den Betrieb durchzuführen, er soll nicht Betreiber im Sinne des Paragraph 22, Absatz 2, KfIG werden. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Die Frist für die Abgabe der Angebote hat am 31.01.2011, 10 Uhr geendet.

Die ausgeschriebenen Kraftfahrlinien 52A und 52B entsprechen den von der Antragstellerin bereits seit Jahren betriebenen Linien 148 und 152. Strecke und Haltestellen sind identisch, der Fahrplan ist bis auf wenige zeitliche Kursverschiebungen ebenfalls gleich. Für diese beiden Linien verfügt die Antragstellerin über die aufrechte und rechtskräftig erteilte Konzession KfINr. 1072. Der entsprechende Bescheid des Amtes der Wiener Landesregierung stammt vom 01.09.2006 (GZ: MA65-2372/06). Grundlage für die Erbringung der Verkehrsdienstleistungen durch die Antragstellerin ist der von ihren Rechtsvorgängern (Post- und Telegraphenverwaltung und Österreichische Post AG) mit der Verkehrsverbund Ost - Region (VOR) Gesellschaft m.b.H. im Jahr 1988 abgeschlossene Grundvertrag sowie der damit in Verbindung stehende Kooperations- und Leistungsvertrag (Neufassung Juni 1999) gleichfalls abgeschlossen zwischen der Antragstellerin und der VOR - GesmbH. Nach diesen Verträgen, die von der Antragstellerin vorgelegt worden sind, erhält sie von der VOR - GesmbH ein vom Nutzkilometer abhängiges Entgelt, unabhängig von der Auslastung der Linie (§ 5 und 6 des Kooperations- und Leistungsvertrages, Beilage 6 zum einleitenden Schriftsatz). Nach § 7 des "Grundvertrages" (Beilage 5 zum einleitenden Schriftsatz) können die Verträge unter Einhaltung einer einjährigen Kündigungsfrist jeweils zum 31.08. eines jeden Jahres von beiden Teilen schriftlich gekündigt werden. Eine Kündigung ist bisher nicht erfolgt. Die Antragsgegnerin hat im August 2010 die Erteilung der Konzessionen für die ausgeschriebenen Linien beantragt. Die Konzessionen sind bisher nicht erteilt worden. Im Hinblick darauf, dass die Möglichkeit besteht, dass die Antragsgegnerin im Zeitpunkt des Zuschlages noch nicht über die Konzessionen verfügt, hat sie sich in der Zusatzinformation "Eignungskriterien" zu den Ausschreibungsunterlagen im Punkt 2 vorbehalten, die Ausschreibung zu widerrufen "wenn bis zum Ende der Zuschlagsfrist keine Linienkonzession an den Auftraggeber erteilt wird". Die ausgeschriebenen Kraftfahrlinien 52A und 52B entsprechen den von der Antragstellerin bereits seit Jahren betriebenen Linien 148 und 152. Strecke und Haltestellen sind identisch, der Fahrplan ist bis auf wenige zeitliche Kursverschiebungen ebenfalls gleich. Für diese beiden Linien verfügt die Antragstellerin über die aufrechte und rechtskräftig erteilte Konzession KfINr. 1072. Der entsprechende Bescheid des Amtes der Wiener Landesregierung stammt vom 01.09.2006 (GZ: MA65-2372/06). Grundlage für die Erbringung der Verkehrsdienstleistungen durch die Antragstellerin ist der von ihren Rechtsvorgängern (Post- und Telegraphenverwaltung und Österreichische Post AG) mit der Verkehrsverbund Ost - Region (VOR) Gesellschaft m.b.H. im Jahr 1988 abgeschlossene Grundvertrag sowie der damit in Verbindung stehende Kooperations- und Leistungsvertrag (Neufassung Juni 1999) gleichfalls abgeschlossen zwischen der Antragstellerin und der VOR - GesmbH. Nach diesen Verträgen, die von der Antragstellerin vorgelegt worden sind, erhält sie von der VOR - GesmbH ein vom Nutzkilometer abhängiges Entgelt, unabhängig von der Auslastung der Linie (Paragraph 5 und 6 des Kooperations- und Leistungsvertrages, Beilage 6 zum einleitenden Schriftsatz). Nach Paragraph 7, des "Grundvertrages" (Beilage 5 zum einleitenden Schriftsatz) können die Verträge unter Einhaltung einer einjährigen Kündigungsfrist jeweils zum 31.08. eines jeden Jahres von beiden Teilen schriftlich gekündigt werden. Eine Kündigung ist bisher nicht erfolgt. Die Antragsgegnerin hat im August 2010 die Erteilung der Konzessionen für die ausgeschriebenen Linien beantragt. Die Konzessionen sind bisher nicht erteilt worden. Im Hinblick darauf, dass die Möglichkeit besteht, dass die Antragsgegnerin im Zeitpunkt des Zuschlages noch nicht über die Konzessionen verfügt, hat sie sich in der Zusatzinformation "Eignungskriterien" zu den Ausschreibungsunterlagen im Punkt 2 vorbehalten, die Ausschreibung zu widerrufen "wenn bis zum Ende der Zuschlagsfrist keine Linienkonzession an den Auftraggeber erteilt wird".

Sollte die von der Antragstellerin angefochtene Ausschreibung nicht für nichtig erklärt werden, hat sie "jedenfalls die Absicht, uns an der Ausschreibung zu beteiligen" (Protokoll Seite 5).

Weder im einleitenden Schriftsatz noch im Zuge des Nachprüfungsverfahrens hat die Antragstellerin vorgebracht, aus welchen konkreten Gründen konkrete Festlegungen in der Ausschreibung bzw. die gesamte Ausschreibung gegen Bestimmungen des Vergaberechtes verstoßen und damit rechtswidrig sein sollten.

Das Ende der Angebotsfrist war der 31.01.2011. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigkeitsverfahrens ist am 21.01.2011 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der Vergabeakten

sowie auf das Vorbringen der Parteien. Danach war als erwiesen anzunehmen, dass die Antragstellerin derzeit über die Konzessionen zur Führung der Linien 148 und 152 verfügt, diese Linien auch mit eigenen Fahrzeugen betreibt und um die Wiederverleihung der Konzessionen für diese beiden Linien angesucht hat. Die Feststellungen über das Vertragsverhältnis zwischen der Antragstellerin und der VOR-GesmbH gründen sich auf das Vorbringen der Antragstellerin sowie auf die von ihr mit dem einleitenden Schriftsatz vorgelegten Kopien der bestehenden Verträge. Auf Grund des eigenen Vorbringens der Antragstellerin sowie des Inhaltes dieser beiden Verträge war als erwiesen anzunehmen, dass die Abgeltung der Leistungen der Antragstellerin nach den von ihr gefahrenen Kilometern, unabhängig von der Auslastung durch Fahrgäste, erfolgt. Soweit von der Antragstellerin Fahrgelder eingenommen werden, werden diese gegen die Kilometerabgeltung gegenverrechnet bzw. sind die Entgelte an die VOR-GesmbH abzuführen. Feststellungen zu den sonst von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten konnten im Hinblick auf die vom Senat nachfolgend wiedergegebene rechtliche Beurteilung entfallen.

In der rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um unstrittig um ein öffentliches Unternehmen, das im Sektorenbereich tätig ist. Sie ist damit Sektorenauftraggeberin im Sinne der §§ 165 Abs. 2 und 169 Abs. 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich des Betriebes der Autobuslinien 52A und 52B im

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um unstrittig um ein öffentliches Unternehmen, das im Sektorenbereich tätig ist. Sie ist damit Sektorenauftraggeberin im Sinne der Paragraphen 165, Absatz 2 und 169 Absatz eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich des Betriebes der Autobuslinien 52A und 52B im

#### 1. 14.Ziffer 14

Wiener Gemeindebezirk. Die Bekanntmachung ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Wiener Gemeindebezirk. Die Bekanntmachung ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt. 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 beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Teilnahme am Vergabeverfahren im Hinblick darauf, dass sie bisher die beiden ausgeschriebenen Linien betrieben hat, ausreichend dargelegt. Sie hat auch die von ihr behaupteten Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung sowie den ihr drohenden Schaden dargelegt. Die Antragstellerin ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich 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 im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen formal den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da das Ende der Angebotsfrist auf den 31.01.2011, 10 Uhr gefallen ist, ist der am 21.01.2011 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 4 WVRG 2007. 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 beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Teilnahme am Vergabeverfahren im Hinblick darauf, dass sie bisher die beiden ausgeschriebenen Linien betrieben hat, ausreichend dargelegt. Sie hat auch die von ihr behaupteten Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung sowie den ihr drohenden Schaden dargelegt. Die Antragstellerin ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich 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 im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen formal den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits

anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da das Ende der Angebotsfrist auf den 31.01.2011, 10 Uhr gefallen ist, ist der am 21.01.2011 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigklärung der Ausschreibung der Antragsgegnerin ist jedoch nicht berechtigt.

Nach § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann jeder Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet und dem durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Nichtigklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - vorliegend der Ausschreibung - beantragen. Es handelt sich dabei um eine Prozessvoraussetzung, bei deren Fehlen der Antrag zurückzuweisen ist. Nach Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann jeder Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet und dem durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Nichtigklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - vorliegend der Ausschreibung - beantragen. Es handelt sich dabei um eine Prozessvoraussetzung, bei deren Fehlen der Antrag zurückzuweisen ist.

Es war daher zunächst zu prüfen, ob durch die von der Antragstellerin angefochtene Ausschreibung ein von ihr behaupteter Schaden überhaupt eintreten kann. Im vorliegenden Fall ist jedenfalls ein Interesse der Antragstellerin, die die Linien derzeit betreibt, am Vertragsabschluss jedenfalls anzunehmen, noch dazu da sie ausdrücklich vorbringt, die Abgabe eines Angebotes vorbereitet zu haben und ein solches auch abgeben zu wollen, sollte die Ausschreibung nicht für nichtig erklärt werden (Protokoll Seite 5).

Die Antragstellerin vertritt zusammengefasst den Standpunkt, die gegenständliche Ausschreibung sei deshalb vergaberechtswidrig, weil damit in ihre für die beiden Linien bestehenden Konzessionen eingegriffen werde. Es sei davon auszugehen, dass der Antragstellerin auf Grund ihres rechtzeitigen Ansuchens diese Konzessionen wieder verliehen werden und sie daher zum Betrieb der beiden Linien auf Grund des mit der VOR-GesmbH bestehenden Vertragsverhältnisses berechtigt und verpflichtet sei. Sollte jedoch der Antragsgegnerin gleichfalls für die beiden Strecken eine Konzession erteilt werden, würde wegen des Doppelbetriebs die Antragstellerin finanzielle Einbußen erleiden, letztlich drohe ihr die Aufkündigung der Verträge mit der VOR-GesmbH.

Der von einem Bieter behauptete drohende Schaden muss auf eine Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften zurückzuführen sein, durch die in die subjektiven Rechte des Bieters in relevanter Weise eingegriffen wird. Die Antragstellerin hat dazu geltend gemacht, sie werde durch die angefochtene Ausschreibung in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt sowie, dass die bekämpfte Ausschreibung "gegen § 19 BVergG 2006 und gegen diverse Bestimmungen des Kraftfahrliniengesetzes (KfllG)" verstoße. Welche konkreten Festlegungen in der Ausschreibung vergaberechtswidrig sein sollen bzw. warum die gesamte Ausschreibung gegen Bestimmungen des BVergG 2006 verstößt, wird von ihr nicht konkret ausgeführt. Schwerpunkt ihres Vorbringens ist, dass die Ausschreibung nicht stattfinden dürfte, weil durch deren Ergebnis in die Konzessionsrechte der Antragstellerin eingegriffen wird. Der von einem Bieter behauptete drohende Schaden muss auf eine Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften zurückzuführen sein, durch die in die subjektiven Rechte des Bieters in relevanter Weise eingegriffen wird. Die Antragstellerin hat dazu geltend gemacht, sie werde durch die angefochtene Ausschreibung in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt sowie, dass die bekämpfte Ausschreibung "gegen Paragraph 19, BVergG 2006 und gegen diverse Bestimmungen des Kraftfahrliniengesetzes (KfllG)" verstoße. Welche konkreten Festlegungen in der Ausschreibung vergaberechtswidrig sein sollen bzw. warum die gesamte Ausschreibung gegen Bestimmungen des BVergG 2006 verstößt, wird von ihr nicht konkret ausgeführt. Schwerpunkt ihres Vorbringens ist, dass die Ausschreibung nicht stattfinden dürfte, weil durch deren Ergebnis in die Konzessionsrechte der Antragstellerin eingegriffen wird.

Nun hat das Verfahren ergeben, dass der Antragstellerin durch die Durchführung des Vergabeverfahrens ein vermögensrechtlicher Schaden nicht drohen kann. Die Antragstellerin betreibt die beiden Linien auf Grund der von ihr vorgelegten beiden Verträge, Beilage 5 und 6 zum einleitenden Schriftsatz, und wird für ihre Leistungen unabhängig von der Anzahl der beförderten Fahrgäste nach der Anzahl der gefahrenen Kilometer entlohnt. Selbst wenn die Antragsgegnerin die von ihr beantragten Konzessionen erlangen sollte und der Betrieb der beiden Strecken auf Grund der Ergebnisse des gegenständlichen Vergabeverfahrens an einen anderen Unternehmer vergeben werden sollte, würde dies keinen wirtschaftlichen Einfluss auf den Betrieb der beiden Strecken durch die Antragstellerin haben. Sie

müsste weiterhin auf Grund der von ihr gefahrenen Kilometer von ihrem Vertragspartner VOR-GesmbH das entsprechende Kilometerentgelt erhalten, selbst wenn - wie von ihr geltend gemacht - die Anzahl der beförderten Fahrgäste stark zurückginge. Allein die Tatsache, dass der Antragsgegnerin für die beiden Linien eine Konzession erteilt werden könnte und sie den Betrieb dieser Linien auf Grund der Ergebnisse des Vergabeverfahrens an einen Bieter vergibt und damit die Antragstellerin in weiterer Folge den Betrieb der Linien verlieren könnte, vermag für sich allein gesehen keine Rechtswidrigkeit der Ausschreibung bzw. einen Verstoß gegen zwingende Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes abzugeben.

Ein Schaden liegt neben dem Eintritt eines Vermögensschadens durch die behauptete Rechtsverletzung auch dann vor, wenn der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit Nachteile drohen, die in der Beeinträchtigung ihrer Möglichkeit liegen, an einem ordnungsgemäß geführten Vergabeverfahren teilzunehmen und letztlich den Zuschlag zu erhalten. Die von der Antragstellerin vorgebrachten Nachteile (drohender Verlust ihrer Konzession, Konkurrenz durch einen zweiten Konzessionär, Kündigung des Vertrages mit der VOR-GesmbH) ergeben sich jedoch ausschließlich aus dem Kraftfahrlinienrecht und nicht aus dem Vergaberecht. Diese Nachteile hätte die Antragstellerin somit auch, wenn der Betrieb der Kraftfahrlinien nicht ausgeschrieben wird, sondern die Antragsgegnerin diese Linien selbst betreiben würde, wozu sie zweifellos in der Lage ist. Die Antragstellerin behauptet in keiner Weise eine inhaltliche Rechtswidrigkeit der Ausschreibung, sondern postuliert nur, und zwar mit Argumenten aus dem Kraftfahrlinienrecht, die Ausschreibung an sich sei unzulässig. Es ist ihr jedoch unbenommen, unabhängig von der Tatsache, dass sie derzeit als Konzessionärin die Linien betreibt und unabhängig vom Ausgang ihres Konzessionsverfahren, ein Angebot zu legen, was sie auch - wie sie im Zuge des Nachprüfungsverfahrens ausgeführt hat - beabsichtigt. Nach dem derzeitigen Verfahrensstand sind auch keinerlei Gründe erkennbar, weshalb die Antragstellerin gehindert sein sollte, ein entsprechendes Angebot abzugeben bzw. bei Entsprechung des Angebotes nicht auch selbst den Zuschlag zu erhalten. Sie befindet sich damit in einer Position, wie jeder andere Interessent an einem Vergabeverfahren, hat jedoch den Vorteil, dass sie bei der Kalkulation ihres Angebotes ihre praktischen Erfahrungen aus dem bisherigen Betrieb der Kraftfahrlinien verwenden kann.

Dass die Ausschreibung sonst mit einer - von der Antragstellerin nicht aufgegriffenen - offensichtlichen Rechtswidrigkeit behaftet wäre, hat das Nachprüfungsverfahren nicht ergeben.

Da nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens, aber auch nach dem Vorbringen der Antragstellerin, ihr durch die gegenständliche Ausschreibung weder ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (§ 23 Abs. 1 Z 4 WVRG 2007), erweist sich ihr Antrag die Ausschreibung für nichtig zu erklären als unzulässig, weshalb er, ohne auf die sonst geltend gemachten Anfechtungsgründe näher einzugehen, abzuweisen war. Da nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens, aber auch nach dem Vorbringen der Antragstellerin, ihr durch die gegenständliche Ausschreibung weder ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer 4, WVRG 2007), erweist sich ihr Antrag die Ausschreibung für nichtig zu erklären als unzulässig, weshalb er, ohne auf die sonst geltend gemachten Anfechtungsgründe näher einzugehen, abzuweisen war.

Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 25.01.2011 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 25.01.2011 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

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

Zum Einwand der Antragstellerin die Ausschreibung verstoße (richtig) gegen § 187 Abs. 4 BVergG 2006 sei lediglich bemerkt, dass die von der Antragstellerin dazu gegebene Begründung vom Senat nicht geteilt wird. Nach § 187 Abs. 4 BVergG 2006 sind Verfahren zur Vergabe von Aufträgen nur dann durchzuführen, wenn die Absicht besteht, die

Leistung auch tatsächlich zur Vergabe zu bringen. Dies bedeutet, dass die ausschreibende Stelle rechtlich und wirtschaftlich in der Lage sein muss, den ausgeschriebenen Vertrag tatsächlich abzuschließen und durchzuführen. Dazu ist es jedoch nicht erforderlich, dass der Auftraggeber bereits im Zeitpunkt der Ausschreibung, über alle erforderlichen rechtlichen Voraussetzungen zur Auftragsvergabe verfügen muss. Das Vorliegen einer Konzession muss jedoch im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung gegeben sein; sollte dies nicht der Fall sein, so hat sich die Auftraggeberin bereits in der Ausschreibung unter Hinweis auf diesen Umstand den Widerruf des Vergabeverfahrens vorbehalten. Diese Festlegung wurde von der Antragstellerin nicht angefochten. Soweit die Antragstellerin einen Verstoß gegen Artikel 7 Abs. 2 PSO-VO geltend macht, ist darauf zu verweisen, dass sich diese Norm nicht an die Kraftfahrlinienunternehmen (=Antragsgegnerin) sondern an die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten richtet. Die Antragstellerin hat auch geltend gemacht, dass § 22 KfIG der Ausschreibung entgegen stehe. § 22 Abs. 3 KfIG gestattet die Beauftragung anderer Personenkraftfahrunternehmen mit der Durchführung einzelner oder aller Fahrten, solange der Betrieb im Namen, unter Verantwortung und auf Rechnung des Konzessionsinhabers erfolgt. Zum Einwand der Antragstellerin die Ausschreibung verstoße (richtig) gegen Paragraph 187, Absatz 4, BVergG 2006 sei lediglich bemerkt, dass die von der Antragstellerin dazu gegebene Begründung vom Senat nicht geteilt wird. Nach Paragraph 187, Absatz 4, BVergG 2006 sind Verfahren zur Vergabe von Aufträgen nur dann durchzuführen, wenn die Absicht besteht, die Leistung auch tatsächlich zur Vergabe zu bringen. Dies bedeutet, dass die ausschreibende Stelle rechtlich und wirtschaftlich in der Lage sein muss, den ausgeschriebenen Vertrag tatsächlich abzuschließen und durchzuführen. Dazu ist es jedoch nicht erforderlich, dass der Auftraggeber bereits im Zeitpunkt der Ausschreibung, über alle erforderlichen rechtlichen Voraussetzungen zur Auftragsvergabe verfügen muss. Das Vorliegen einer Konzession muss jedoch im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung gegeben sein; sollte dies nicht der Fall sein, so hat sich die Auftraggeberin bereits in der Ausschreibung unter Hinweis auf diesen Umstand den Widerruf des Vergabeverfahrens vorbehalten. Diese Festlegung wurde von der Antragstellerin nicht angefochten. Soweit die Antragstellerin einen Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 2, PSO-VO geltend macht, ist darauf zu verweisen, dass sich diese Norm nicht an die Kraftfahrlinienunternehmen (=Antragsgegnerin) sondern an die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten richtet. Die Antragstellerin hat auch geltend gemacht, dass Paragraph 22, KfIG der Ausschreibung entgegen stehe. Paragraph 22, Absatz 3, KfIG gestattet die Beauftragung anderer Personenkraftfahrunternehmen mit der Durchführung einzelner oder aller Fahrten, solange der Betrieb im Namen, unter Verantwortung und auf Rechnung des Konzessionsinhabers erfolgt.

#### **Schlagworte**

Ausschreibung; Konzessionserteilung nach dem KfIG keine Vorfrage; Konkurrenzschutz nach dem KfIG keine Vorfrage;

#### **Zuletzt aktualisiert am**

19.12.2011

**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](http://www.jusline.at)