

TE Lvwg Erkenntnis 2015/12/3 VGW-123/074/12465/2015

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.12.2015

Entscheidungsdatum

03.12.2015

Index

40/01 Verwaltungsverfahren

L72009 Beschaffung Vergabe Wien

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

AVG §71 Abs1 Z1

WVRG 2014 §20

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §2 Z20 litc

BVergG 2006 §165

1. AVG § 71 heute
2. AVG § 71 gültig ab 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2023
3. AVG § 71 gültig von 01.01.2014 bis 20.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
4. AVG § 71 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. AVG § 71 gültig von 01.07.1995 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
6. AVG § 71 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995
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 § 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 § 165 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Dr. Oppel, die Richterinnen Maga Mandl und die Richterin Dr.in Lettner über den Antrag der T. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte, auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen betreffend das Vergabeverfahren „AZ: WL-B68-G2005-15, Funktionsprüfung und Wartungsarbeiten an Wärmepumpen und Kälteanlagen in den ... Stationen sowie div. Bahnhöfen und Garagen, 1. Berichtigung“, der L. KG, vertreten durch Rechtsanwälte, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung,

zu Recht e r k a n n t:

I.römisch eins.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen in Punkt 1.2.3 WSTW 9310 Teil 1 (Allgemeine Eignungsanforderungen der Wiener Stadtwerke bei Vergaben als Sektorenauftraggeber und im nicht gesetzlich geregelten Bereich ergänzt um besondere Eignungsanforderungen der L. KG), idF der Berichtigung 1 vom 22.10.2015, wird abgewiesen. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen in Punkt 1.2.3 WSTW 9310 Teil 1 (Allgemeine Eignungsanforderungen der Wiener Stadtwerke bei Vergaben als Sektorenauftraggeber und im nicht gesetzlich geregelten Bereich ergänzt um besondere Eignungsanforderungen der L. KG), in der Fassung der Berichtigung 1 vom 22.10.2015, wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

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

III.römisch drei.

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

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2, 7 Abs. 2, 11, 12, 13, 15, 16, 20, 22, 23, 24, 25, 26 WVRG 2014 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 2 Z 20 lit. c, 6, 163 ff, 187, 231 BVergG 2006
Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, 7, Absatz 2, 11, 12, 13, 15, 16, 20, 22, 23, 24, 25, 26, WVRG 2014 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 2 Ziffer 20, Litera c,, 6, 163 ff, 187, 231 BVergG 2006

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Die L. KG (im Folgenden Antragsgegnerin) führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich „Funktionsprüfung und Wartungsarbeiten an Wärmepumpen in den ... Stationen sowie div. Bahnhöfen und Garagen“. Das Vergabeverfahren wurde am 11.09.2015 veröffentlicht und mit Berichtigung vom 23.10.2015 wurde die Frist für die Öffnung der Angebote von 27.10.2015 auf 03.11.2015, 10:30 Uhr, verlegt. Die Antragstellerin beabsichtigt, sich als Bieterin am Vergabeverfahren zu beteiligen und ein Angebot zu legen.

Die Antragstellerin brachte zuerst am 19.10.2015 einen Antrag auf Nichtigerklärung sowie Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Verwaltungsgericht Wien ein, welche zu Zahl VGW-123/074/12105/2015 und VGW-123/V/074/12106/2015 protokolliert wurden. Auf Grund dieses Antrages hat die Antragsgegnerin mit der „Berichtigung 1“ vom 22.10.2015 die Formulierung des angefochtenen Punktes 1.2.3 WSTW 9310 Teil 1 (Allgemeine Eignungsanforderungen der Wiener Stadtwerke bei Vergaben als Sektorenauftraggeber und in nicht gesetzlich geregelten Bereich ergänzt um besondere Eignungsanforderungen der L. KG) in der Fassung vom 2.4.2014, geändert und die Antragstellerin hat ihre Anträge in weiterer Folge zurückgezogen. In Folge dieser Berichtigung lautet dieser Punkt nun:

„Der Bewerber/Bieter hat folgendes Eignungskriterium „Referenzen“ nachzuweisen:

Mindestens den Nachweis über eine abgeschlossene Referenzleistung; Wartungs- und Servicearbeiten an Wärmepumpen und Kälteanlagen.

Die gewarteten und servicierten Anlagen müssen zumindest teilweise im Gleisbereich des Schienenverkehrs (Eisenbahn, U-Bahn, Straßenbahn) gelegen haben, oder nur über den Gleisbereich erreichbar gewesen sein.

Zumindest ein Teil der Arbeiten muss während des laufenden Betriebes einer Schienenverkehrsanlage erbracht worden sein.

Die Abrechnungssumme muss mindestens € 600.000 innerhalb von 5 Jahren mit einer Mindestkalenderjahrsumme von € 120.000 betragen haben.“

Die Antragstellerin brachte am 29.10.2015 gegenständlichen Antrag auf Nichtigerklärung des Punktes 1.2.3 WSTW 9310 Teil 1 (Allgemeine Eignungsanforderungen der Wiener Stadtwerke bei Vergaben als Sektorenauftraggeber und in nicht gesetzlich geregelten Bereich ergänzt um besondere Eignungsanforderungen der L. KG) hinsichtlich der Berichtigung 1 in der Fassung vom 22.10.2015, ein und stellte – aus anwaltlicher Vorsicht und für den Fall, dass das Verwaltungsgericht den Nichtigerklärungsantrag als verspätet ansähe - einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 71 Abs. 1 Z 1 AVG hinsichtlich der Frist gemäß § 24 Abs. 4 WVRG 2014. Die Antragstellerin brachte am 29.10.2015 gegenständlichen Antrag auf Nichtigerklärung des Punktes 1.2.3 WSTW 9310 Teil 1 (Allgemeine Eignungsanforderungen der Wiener Stadtwerke bei Vergaben als Sektorenauftraggeber und in nicht gesetzlich geregelten Bereich ergänzt um besondere Eignungsanforderungen der L. KG) hinsichtlich der Berichtigung 1 in der Fassung vom 22.10.2015, ein und stellte – aus anwaltlicher Vorsicht und für den Fall, dass das Verwaltungsgericht den Nichtigerklärungsantrag als verspätet ansähe - einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß Paragraph 71, Absatz eins, Ziffer eins, AVG hinsichtlich der Frist gemäß Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2014.

Zusammengefasst begründete die Antragstellerin den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dahin, dass zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Berichtigung 1 die Frist für die Angebotsöffnung noch der 27.10.2015 gewesen sei. Der in der Kanzlei des Rechtsvertreters der Antragstellerin zuständige Anwalt habe am 23.10.2015 vormittags mit der Auftraggeberin telefoniert, um die Berichtigung 1 zu erörtern. In diesem Telefonat sei auch über das Ende der Angebotsfrist gesprochen worden, wozu seitens der Antragsgegnerin mitgeteilt worden sei, dass beabsichtigt sei, das Fristende zu verschieben. Auf Grund dieses Gespräches habe der Rechtsvertreter der Antragstellerin am 23.10.2015 ein E-Mail an die Antragsgegnerin (um 11:30 Uhr an den Bearbeiter und um 15:10 Uhr an einen weiteren Bearbeiter) gesendet, in welchem auf die seitens des Verwaltungsgerichtes Wien der Antragstellerin gesetzte Frist zur Stellungnahme sowie auf eine seitens der Antragsgegnerin erforderliche Änderung der Frist zur Angebotsabgabe hingewiesen worden sei. Die Angebotsfrist sei am 23.10.2015 auf 3.11.2015 verlegt worden. Die rechtzeitige Einbringung eines Nichtigerklärungsantrages unter Berücksichtigung der Frist des § 24 Abs. 4 WVRG 2014 wäre sohin für die Antragstellerin unmöglich gewesen. Zusammengefasst begründete die Antragstellerin den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dahin, dass zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Berichtigung 1 die Frist für die Angebotsöffnung noch der 27.10.2015 gewesen sei. Der in der Kanzlei des Rechtsvertreters der Antragstellerin zuständige Anwalt habe am 23.10.2015 vormittags mit der Auftraggeberin telefoniert, um die Berichtigung 1 zu erörtern. In diesem Telefonat sei auch über das Ende der Angebotsfrist gesprochen worden, wozu seitens der Antragsgegnerin mitgeteilt worden sei, dass beabsichtigt sei, das Fristende zu verschieben. Auf Grund dieses Gespräches habe der Rechtsvertreter der Antragstellerin am 23.10.2015 ein E-Mail an die Antragsgegnerin (um 11:30 Uhr an den Bearbeiter und um 15:10 Uhr an einen weiteren Bearbeiter) gesendet, in welchem auf die seitens des Verwaltungsgerichtes Wien der Antragstellerin gesetzte Frist zur Stellungnahme sowie auf eine seitens der Antragsgegnerin erforderliche Änderung der Frist zur Angebotsabgabe hingewiesen worden sei. Die Angebotsfrist sei am 23.10.2015 auf 3.11.2015 verlegt worden. Die rechtzeitige Einbringung eines Nichtigerklärungsantrages unter Berücksichtigung der Frist des Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2014 wäre sohin für die Antragstellerin unmöglich gewesen.

Inhaltlich führte die Antragstellerin in ihrem Nichtigerklärungsantrag aus, dass die Ausschreibung im zitierten Punkt in der vorliegenden Formulierung den Wettbewerb unzulässig beschränke, der Bieterkreis unzulässig eingeschränkt werde und dies mit dem Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgebot nicht vereinbar sei. Sicherheitsaspekte im Sinn der Eisenbahn-ArbeitnehmerInnenschutzverordnung (EisbAV) und/oder der Eisenbahnschutzvorschriften (EisbSV) könnten die vorgesehene Bestimmung nicht rechtfertigen, da diese die Antragsgegnerin selbst treffen würden und umfasse die Ausschreibung auch reine Büroräumlichkeiten. Eignungsnachweise müssten in einem Verhältnis zum Auftragsgegenstand stehen und entsprächen die im Leistungsverzeichnis beschriebenen Tätigkeiten einem typischen Leistungskatalog für die ausgeschriebenen Geräte.

Die Antragstellerin beantragte daher, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Ausschreibungsunterlagen in Punkt 1.2.3 WSTW 9310 Teil 1 (Allgemeine Eignungsanforderungen der Wiener

Stadtwerke bei Vergaben als Sektorenauftraggeber und im nicht gesetzlich geregelten Bereich ergänzt um besondere Eignungsanforderungen der L. KG), idF der Berichtigung 1 vom 22.10.2015, für nichtig zu erklären. Weiters stellte die Antragstellerin einen Eventualantrag sowie einen Antrag auf Pauschalgebührenersatz. Die Antragstellerin beantragte daher, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Ausschreibungsunterlagen in Punkt 1.2.3 WSTW 9310 Teil 1 (Allgemeine Eignungsanforderungen der Wiener Stadtwerke bei Vergaben als Sektorenauftraggeber und im nicht gesetzlich geregelten Bereich ergänzt um besondere Eignungsanforderungen der L. KG), in der Fassung der Berichtigung 1 vom 22.10.2015, für nichtig zu erklären. Weiters stellte die Antragstellerin einen Eventualantrag sowie einen Antrag auf Pauschalgebührenersatz.

Mit Schriftsatz vom 06.11.2015 brachte die Antragsgegnerin vor, dass die von der Auftraggeberin den Interessenten übermittelte Berichtigung 1 vom 22.10.2015 eine „sonstige Festlegung während der Angebotsfrist“ sei. In einem offenen Verfahren, wie die Auftraggeberin dies gegenständlich führe, seien die „Ausschreibung“ und „Sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist“ gesondert anfechtbare Entscheidungen. Mit dem nunmehr vorliegenden Nachprüfungsantrag beantrage die Antragstellerin neuerlich die Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen in Punkt 1.2.3 WSTW 9310 Teil 1. Damit werde jedoch nicht die Nichtigerklärung der Berichtigung 1 beantragt, sondern die Nichtigerklärung eines Teils der Ausschreibungsunterlagen. Dies werde von der Antragstellerin auch selbst bestätigt, indem sie einen Wiedereinsetzungsantrag gestellt habe. Die Antragstellerin habe demnach die „Ausschreibung“ und nicht die „sonstige Festlegung während der Angebotsfrist“ zur Nichtigerklärung beantragt.

Wenn die Antragstellerin in ihrem Nichtigerklärungsantrag vorbringe, dass die dort genannte Festlegung den Wettbewerb beschränke und dies mit dem Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgebot nicht vereinbar sei, dies den Sicherheitsaspekten im Sinne der Eisenbahn-ArbeitnehmerInnen-schutzverordnung (EisbAV) und/oder der Eisenbahnsicherheitsverordnung (EisbSV) nicht entspreche, weil diese von der Antragsgegnerin selbst zu treffen seien und die Ausschreibung „auch“ reine Büroräumlichkeiten umfasse, sei ihr entgegenzuhalten wie folgt: In Bezug auf die behauptete Wettbewerbsbeschränkung übersehe die Antragstellerin, dass eine gewisse Wettbewerbsbeschränkung in der Natur eines jeden Eignungskriteriums liege. Eignungskriterien seien definitionsgemäß Mindestanforderungen, die von den Bietern zu erfüllen seien. Jene Unternehmen, die diese Anforderungen nicht erfüllten, würden zwangsläufig vom Wettbewerb ausgeschlossen werden, womit eben auch zwangsläufig eine Wettbewerbsbeschränkung einhergehe. Ausgehend von den Behauptungen der Antragstellerin dürften in einer Ausschreibung gar keine Eignungskriterien festgelegt werden, was aber eindeutig den gesetzlichen Verpflichtungen des Auftraggebers entgegenstünde.

Der Antragstellerin sei zuzustimmen, dass hinsichtlich der Eignungskriterien ein Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgebot einzuhalten sei. Die Darlegungen der Antragstellerin könnten aber nicht Zweifel an der Einhaltung dieses Gebots hervorrufen. Die gemäß Leistungsverzeichnis zu wartenden und gegebenenfalls zu reparierenden Anlagen befänden sich allesamt in Stationen oder Bahnhöfen jeweils entweder unmittelbar im Bereich der Gleisanlagen oder nur über den Gleisbereich erreichbar. Im Rahmen einer Fragebeantwortung vom 16.10.2015 sei ausdrücklich festgehalten worden, dass Arbeiten im Gleisbereich vorzunehmen und Störungsbehebungen auch während des Betriebes vorgesehen seien. Weiters sei es tatsächlich so, dass sämtliche zu wartenden Anlagen entweder direkt im Gleisbereich lägen oder nur über den Gleisbereich erreichbar seien. Dies gelte im Speziellen auch für die laut der Antragstellerin in „Büroräumlichkeiten“ untergebrachten Anlagen. Auch diese Anlagen könnten über einen Eingang erreicht werden, der nur durch Überqueren der Gleisanlagen erreicht werden könne. Somit stehe also fest, dass das festgelegte Eignungskriterium in Übereinstimmung mit § 2 Z 20 lit. c BVergG 2006 auf den konkret ausgeschriebenen Leitungsinhalt abgestimmt sei. Der Antragstellerin sei zuzustimmen, dass hinsichtlich der Eignungskriterien ein Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgebot einzuhalten sei. Die Darlegungen der Antragstellerin könnten aber nicht Zweifel an der Einhaltung dieses Gebots hervorrufen. Die gemäß Leistungsverzeichnis zu wartenden und gegebenenfalls zu reparierenden Anlagen befänden sich allesamt in Stationen oder Bahnhöfen jeweils entweder unmittelbar im Bereich der Gleisanlagen oder nur über den Gleisbereich erreichbar. Im Rahmen einer Fragebeantwortung vom 16.10.2015 sei ausdrücklich festgehalten worden, dass Arbeiten im Gleisbereich vorzunehmen und Störungsbehebungen auch während des Betriebes vorgesehen seien. Weiters sei es tatsächlich so, dass sämtliche zu wartenden Anlagen entweder direkt im Gleisbereich lägen oder nur über den Gleisbereich erreichbar seien. Dies gelte im Speziellen auch für die laut der Antragstellerin in „Büroräumlichkeiten“ untergebrachten Anlagen.

Auch diese Anlagen könnten über einen Eingang erreicht werden, der nur durch Überqueren der Gleisanlagen erreicht werden könne. Somit stehe also fest, dass das festgelegte Eignungskriterium in Übereinstimmung mit Paragraph 2, Ziffer 20, Litera c, BVergG 2006 auf den konkret ausgeschriebenen Leistungsinhalt abgestimmt sei.

Hintergrund für dieses auf den Leistungsinhalt abgestimmte Eignungskriterium sei, dass Arbeiten im Gleisbereich ebenso wie die Überquerung des Gleisbereichs entsprechende Erfahrung des Auftragnehmers erforderten. Zunächst seien derartige Arbeiten im Gleisbereich sowie ein Überqueren des Gleisbereichs besonders gefährlich und erforderten daher eine besondere Sorgfalt und Erfahrung des Auftragnehmers. Die besondere Gefährlichkeit werde gerade in dem von der Antragstellerin selbst zitierten Rechtsvorschriften (Eisenbahn-ArbeitnehmerInnenschutzverordnung und Eisenbahnschutzvorschriften) besonders betont. Soweit die Antragstellerin meine, dass die nach diesen Vorschriften zu treffenden Maßnahmen von der Antragsgegnerin selbst zu treffen seien, treffe dies nur zum Teil zu. Gemäß den zitierten Vorschriften sei eine Sicherheitsaufsicht zu bestellen, die unter anderem die Arbeitnehmer des Auftragnehmers in die bei Annäherung eines Schienenfahrzeuges aufzusuchenden sicheren Bereiche einzuweisen habe. Es sei wenig hilfreich, wenn einem Arbeitnehmer zwar die Sicherheitsbereiche gezeigt würden, er diese aber nicht rechtzeitig aufsuche, weil ihm etwa die entsprechenden Warnsignale eines herannahenden Zuges nicht vertraut seien. Weiters treffe der überwiegende Teil der nach Eisenbahn-ArbeitnehmerInnenschutzverordnung geregelten Pflichten generell alle Arbeitgeber, also nicht nur die Auftraggeberin, sondern auch den zukünftigen Auftragnehmer, welcher seine Arbeitskräfte bei der Leistungserbringung einsetze und diesen gegenüber ebenfalls Arbeitgeber sei. Zu diesen Arbeitgeberpflichten zählten insbesondere auch die Auswahl zuverlässiger, nicht übermüdeter oder sonst beeinträchtigter Arbeitskräfte in der erforderlichen Anzahl. Weiters komme hinzu, dass die Leistungserbringung im Gleisbereich eine besondere Organisation der Arbeitsabläufe erfordere, etwa dahingehend, dass die Arbeiten nicht unterbrechungsfrei durchgeführt werden könnten und in zeitlicher Hinsicht auf den Eisenbahnbetrieb abgestimmt werden müssten. Abschließend stehe demnach fest, dass das gegenständlich kritisierte Eignungskriterium nicht nur eindeutig auf den Leistungsinhalt abgestimmt sei, sondern im Hinblick auf die bei den ausgeschriebenen Leistungen bestehenden Gefahren und zu beachtenden besonderen Sicherheitsvorschriften auch dem Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgebot entspreche.

Am 12.11.2015 gab die Antragstellerin dazu folgende Stellungnahme ab: Die Antragstellerin habe gegenständlich die Nichtigkeitsklage der Ausschreibungsunterlagen in der Fassung der Berichtigung 1 vom 22.10.2015 beantragt. Dieser Antrag sei fristgerecht, wie sich auch aus dem Beschluss des Verwaltungsgerichtes Wien betreffend die einstweilige Verfügung ergebe. Die Zurückziehung des ersten Nachprüfungsantrages sei erfolgt, da die Antragsgegnerin die darin angefochtene Bestimmung durch die Berichtigung 1 abgeändert habe, wodurch eine Klagelosstellung der Antragstellerin bewirkt worden sei.

Eignungskriterien seien im Gegensatz zu Zuschlagskriterien sogenannte K.O.-Kriterien und als solche einer qualitativ-quantitativen Wertung nicht zugänglich. Sie seien unternehmensbezogen. Dies stelle auch das entscheidende Unterscheidungskriterium zu den Zuschlagskriterien dar. Die Eignung dürfe von einem Unternehmen nur in dem Ausmaß verlangt werden, wie dies durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt sei, dies werde durch die Formulierung „auf den Leistungsinhalt abgestimmt“ verdeutlicht. Eignungskriterien müssten somit in einem ausgewogenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand stehen und sachlich gerechtfertigt sein. Dies sei im konkreten Fall nicht gegeben. Die örtlichen Gegebenheiten dürften jedenfalls nicht soweit relevant sein, als dadurch der Bieterkreis eingeschränkt werden dürfe. Das gegenständlich geforderte Eignungskriterium, nämlich eine bestimmte Referenz, überschreite in unsachlicher Weise das Übermaßverbot.

Weiters werde die Rechtsansicht vertreten, dass das Erfordernis einer solchen Referenz eventuell im Rahmen von Zuschlagskriterien als zulässig denkbar wäre, wobei auch hier die Gewichtung nicht so vorgenommen werden dürfe, dass nur derjenige Bieter, der diese Erfahrung nachweisen könne, Chancen auf den Zuschlag habe.

Die Antragstellerin sei befugt, Funktionsprüfungen und Wartungsarbeiten an Wärmepumpen und Kälteanlagen vorzunehmen und habe selbst sogar bereits Arbeiten in Gleisbereichen durchgeführt, doch nicht in Bezug auf Wärmepumpen und Kälteanlagen. Damit werde die Unsachlichkeit der gegenständlich angefochtenen Bestimmung aufgezeigt. Die Antragstellerin habe nämlich beides bisher nicht gleichzeitig unternommen und würde daher im gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschieden werden.

Dazu komme, dass es nicht richtig sei, dass sich alle Anlagen in Stationen oder Bahnhöfen jeweils „entweder

unmittelbar im Bereich der Gleisanlagen“ befänden oder „nur über den Gleisbereich erreichbar“ seien. Die Formulierung „unmittelbar im Bereich“ sei eine sehr dehnbare Definition und treffe nicht auf alle Anlagen zu. Beispielsweise sei hier Position 60.0301 im Lang-Leistungsverzeichnis zu erwähnen. Die meisten der hier gegenständlichen 142 Gebläsekonvektoren mit Verkleidung seien im Bürogebäude zu finden, welches ohne Überschreitung eines Gleisbereiches zugänglich sei. Insgesamt ergäbe sich aus der Ausschreibung auch gar nicht, wie viele Anlagen nur über einen Gleisbereich erreichbar seien, und läge es an der Antragsgegnerin dies darzulegen, wenn sie sich schon auf diese Argumentation stützen möchte.

Die Antragsgegnerin unterliege hinsichtlich der Bestimmungen der Eisenbahn-ArbeitnehmerInnenschutzverordnung und Eisenbahnschutzvorschriften offensichtlich einer unrichtigen Rechtsansicht. Der Begriff „Arbeitgeber“ in der Eisenbahn-ArbeitnehmerInnenschutzverordnung beziehe sich auf das Eisenbahnunternehmen an sich. Dazu werde auf § 26b Eisenbahn-ArbeitnehmerInnenschutzverordnung verwiesen, welcher lautet: „Werden im Gefahrenraum der Gleise Arbeitsvorgänge oder Bauarbeiten von Arbeitnehmern anderer Arbeitgeber durchgeführt, so hat das Eisenbahnunternehmen für diese Arbeitnehmer Sicherungsmaßnahmen gemäß § 26 und 26a vorzusehen.“ Die Antragsgegnerin unterliege hinsichtlich der Bestimmungen der Eisenbahn-ArbeitnehmerInnenschutzverordnung und Eisenbahnschutzvorschriften offensichtlich einer unrichtigen Rechtsansicht. Der Begriff „Arbeitgeber“ in der Eisenbahn-ArbeitnehmerInnenschutzverordnung beziehe sich auf das Eisenbahnunternehmen an sich. Dazu werde auf Paragraph 26 b, Eisenbahn-ArbeitnehmerInnenschutzverordnung verwiesen, welcher lautet: „Werden im Gefahrenraum der Gleise Arbeitsvorgänge oder Bauarbeiten von Arbeitnehmern anderer Arbeitgeber durchgeführt, so hat das Eisenbahnunternehmen für diese Arbeitnehmer Sicherungsmaßnahmen gemäß Paragraph 26 und 26 a vorzusehen.“

Auch die Eisenbahnschutzvorschriften richteten sich an die Eisenbahnunternehmen selbst und sei es keine Frage, dass letztlich der beauftragte Arbeitgeber selbst dafür Sorge zu tragen habe, dass seine Arbeitnehmer entsprechend gesichert seien. Diesbezüglich werde auf § 3 ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (ASchG) verwiesen, welcher ohnedies immer gelte, nicht nur in Gleisbereichen. Auch die Eisenbahnschutzvorschriften richteten sich an die Eisenbahnunternehmen selbst und sei es keine Frage, dass letztlich der beauftragte Arbeitgeber selbst dafür Sorge zu tragen habe, dass seine Arbeitnehmer entsprechend gesichert seien. Diesbezüglich werde auf Paragraph 3, ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (ASchG) verwiesen, welcher ohnedies immer gelte, nicht nur in Gleisbereichen.

Am 3.12.2015 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, welche folgenden Verlauf hatte:

Der ASTV brachte zuerst ergänzend zu seinem bisherigen Vorbringen vor, dass die AST Erfahrung mit Arbeiten im Gleis- bzw. Schienenbereich habe, aber nicht in der Kombination wie in der gegenständlichen Ausschreibung gefordert. Die AST sei derzeit in einem Vergabeverfahren der O. Bewerberin und sei zur Abgabe eines Angebotes eingeladen worden. Die AST hätte mit der O. bereits gearbeitet und Leistungen erbracht. Eine Verknüpfung wie in der vorliegenden Ausschreibung sei eine unzulässige Einschränkung des Bieterkreises. Vorgelegt werde „Vertragsbedingungen O. I.“ (Beilage ./A) und werde insbesondere auf Punkt 9, Arbeitsbedingungen, hingewiesen. Diese Vertragsbedingungen entsprächen den EisbAV, die Ausschreibung der AG tue dies nicht. Der ASTV brachte zuerst ergänzend zu seinem bisherigen Vorbringen vor, dass die AST Erfahrung mit Arbeiten im Gleis- bzw. Schienenbereich habe, aber nicht in der Kombination wie in der gegenständlichen Ausschreibung gefordert. Die AST sei derzeit in einem Vergabeverfahren der O. Bewerberin und sei zur Abgabe eines Angebotes eingeladen worden. Die AST hätte mit der O. bereits gearbeitet und Leistungen erbracht. Eine Verknüpfung wie in der vorliegenden Ausschreibung sei eine unzulässige Einschränkung des Bieterkreises. Vorgelegt werde „Vertragsbedingungen O. römisch eins.“ (Beilage ./A) und werde insbesondere auf Punkt 9, Arbeitsbedingungen, hingewiesen. Diese Vertragsbedingungen entsprächen den EisbAV, die Ausschreibung der AG tue dies nicht.

Der AGV verwies auf den Auftragsgegenstand, der Warten und Servizieren von Wärmepumpen und Kälteanlagen umfasse. Das Vorbringen der AST zum Eignungskriterium sei nicht auf den Auftragsgegenstand im gegenständlichen Fall abgestimmt. Es mache einen wesentlichen Unterschied, ob im Gleisbereich oder woanders solche Service- und Wartungsarbeiten ausgeführt würden. Neben der besonderen und allgemeinen Gefahr im Gleisbereich ergäbe sich bei diesen Arbeiten die spezielle Gefahr bei der Wartung und Prüfung der Wärmepumpen etwa dadurch, dass diese unter Druck stünden und bei den Wartungsarbeiten Wasser bzw. Wassergemisch austreten könne, was im Fall eines Kontaktes mit der Stromschiene zum Stromschlag führen könne. Weiters könne beim Reinigen ein besonderer Reinigungsaufwand anfallen, da Bremsstaub sich ansammle. Diese Anführungen seien beispielhaft für die

Besonderheit bei diesem Auftragsgegenstand, welche die Eignungsanforderung letztendlich rechtfertigten.

Der ASTV bestritt das Vorbringen der AG. Die Verknüpfung in der Ausschreibung sei unzulässig, die AST sei ein Unternehmen, das seit 1992 am Markt und auf Kälteanlagen, Wartung, Betrieb und Überprüfung spezialisiert sei. Die AST kenne daher alle Notwendigkeiten umfassend und habe in den unterschiedlichsten Situationen solche Leistungen bereits erbracht. Sie habe insbesondere Wartungsarbeiten im Gleisbereich erbracht. Ebenso seien ihr die erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen bekannt und würden von ihr berücksichtigt werden.

Auf Frage aus dem Senat, ob Hilfsgeräte mitzubringen seien, gab der AGV an, dass jedenfalls mit einem Werkzeugkoffer das Auslangen gefunden werden könne, manchmal werde auch ein Kärcher erforderlich sein.

Auf Frage aus dem Senat zur Fragebeantwortung vom 16.10.2015: Die Wortfolge „...innerhalb der betriebslosen Zeit.“ beziehe sich auf Zeiten außerhalb des Fahrgastbetriebes, d.h. in dieser Zeit fänden Verschubarbeiten, Materiallieferungen, Lok-Verkehr und Überstellungsfahrten statt. Die Stromschienen seien während dieser Zeit eingeschaltet.

Der ASTV brachte zur Fragebeantwortung vom 16.10.2015 vor, dass, wie bereits erwähnt, diese Verknüpfung in der Ausschreibung von Arbeiten und Erfahrung ausschließlich auf hohe Sicherheitsstandards bezogen sei und dies die AST gewährleiste. Bei Arbeiten im Gleisbereich seien immer entsprechende Sicherheitsvorkehrungen zu beachten, insbesondere im Zusammenhang mit Stromschienen.

Auf Frage aus dem Senat, wo sich die Anlagen befinden, gab der AGV an: Es werden Fotoaufnahmen zu den Leistungsorten vorgelegt, vorliegend handelt es sich um eine Station der U..., nämlich ... (Beilagen ./1 - ./6) sowie um eine Station der U..., nämlich ... (Beilagen ./7 - ./11).

Auf Vorhalt des Leistungsverzeichnisses Pos. 60.0105 U... ... - Info und Ticket wurde angegeben: Dort befindet sich die Wärmepumpe und Kälteanlage im Zwischengeschoß bzw. im Gleisbereich.

Auf Vorhalt des Leistungsverzeichnisses Pos. 60.0701 Bahnhof ... Entwerterwerkstätte: Es ist eine Zufahrt mit dem Auto erforderlich, dabei sind die Schienen zu überqueren.

Auf Vorhalt des Leistungsverzeichnisses Pos. 60.703 Polizei ...: Es ist keine Zufahrt über den Gleisbereich erforderlich.

Der ASTV brachte dazu vor, dass nicht alle Anlagen nur über den Gleisbereich erreichbar seien und brachte weiters vor, dass die AST für die O. bereits im Tunnel Arbeiten durchgeführt habe, was situativ den Fotos der AG betreffend U... ... entspreche. Die O. stelle für solche Arbeiten ihren Betrieb nicht ein.

Das Verwaltungsgericht hat erwogen:

Ergänzend zum oben wiedergegebenen Sachverhalt, der als erwiesen anzusehen ist, trifft das Verwaltungsgericht Wien anhand des von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeaktes, dessen inhaltliche Richtigkeit nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden, sowie dem Ergebnis der durchgeführten mündlichen Verhandlung vom 3.12.2015 folgende entscheidungswesentliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin ist ein öffentliches Unternehmen, das im Sektorenbereich tätig ist, sie ist Sektorenauftraggeberin im Sinn des § 165 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich Funktionsprüfung und Wartungsarbeiten an Wärmepumpen und Kälteanlagen in den ... Stationen sowie diversen Bahnhöfen und Garagen. Die Ausschreibung wurde einmal berichtigt. Das Ende der Angebotsfrist ist mit 3.11.2015, 10:30 Uhr, festgelegt. Die Antragsgegnerin ist ein öffentliches Unternehmen, das im Sektorenbereich tätig ist, sie ist Sektorenauftraggeberin im Sinn des Paragraph 165, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich Funktionsprüfung und Wartungsarbeiten an Wärmepumpen und Kälteanlagen in den ... Stationen sowie diversen Bahnhöfen und Garagen. Die Ausschreibung wurde einmal berichtigt. Das Ende der Angebotsfrist ist mit 3.11.2015, 10:30 Uhr, festgelegt.

Am 16.10.2015 wurde im Vergabeverfahren zur Vorgängerbestimmung der Ausschreibung eine Bieteranfrage von der Antragsgegnerin dahin beantwortet, dass die Antragsgegnerin den hohen Sicherheitsstandards und Vorgaben aus dem Bundesgesetz über Eisenbahnen (EisbG) unterworfen sei, im Zuge der Leistungserbringung Arbeiten im Gleisbereich innerhalb der betriebslosen Zeit sowie Störungsbehebungen auch während des Betriebes vorgesehen seien und die geforderten Referenzen auf die Sicherheit und Ordnung des Betriebes der Eisenbahn abstellen würden.

Im Langleistungsverzeichnis der Ausschreibung wird unter Position 60.0001 „Beschreibung der auszuführenden Leistungen“, „Wartung der Wärmepumpen und Kälteanlagen“ zum „Wartungsumfang“ festgehalten: Verschmutzung der Kondensatoren und Verdampfer prüfen, Durchfluss der Kondensatoren und Verdampfer prüfen, Ein- und Austrittstemperatur prüfen, Dichtheit prüfen, Glycolinhalt prüfen. In weiterer Folge werden unter dieser Position die „Durchzuführenden Arbeiten an den Kompressoren“, „Durchzuführenden Arbeiten am angebauten Schalterverteiler“, sowie der Wartungsumfang zur „Wartung der Erdwärmesonden und Kollektoren“, „Wartung der Fan-Coils und Torluftschiefer“, „Wartung der Schalterverteiler mit Automation für die Wärmepumpenanlagen“ detailliert beschrieben. Festzustellen ist, dass die Prüfung der Verschmutzung als Arbeitsschritt ausdrücklich vorgeschrieben ist; so hat etwa beim Wartungsumfang der Fan-Coils und Torluftschiefer im Leistungsverzeichnis die Reinigung mittels Druckluft bzw. durch vorsichtiges Bürsten der Motoroberfläche bzw. des Gehäuses zu erfolgen. Damit ist zur Beseitigung von Verunreinigungen, wie z.B. Bremsstaub, ein besonderer Aufwand erforderlich und in der Ausschreibung vorgesehen.

Die Antragstellerin ist ein Unternehmen, das am 29.10.2015 einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlage in Punkt 1.2.3 WSTW 9310 Teil 1, in der Fassung der Berichtigung 1 vom 22.10.2015, einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Kostenersatz beim Verwaltungsgericht eingebracht hat. Die Antragstellerin stellte – aus anwaltlicher Vorsicht - ebenso einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Die Antragstellerin hat bereits zuvor, nämlich am 19.10.2015, die Ausschreibung in diesem Vergabeverfahren angefochten, diesen Antrag nach (gegenständlicher) Berichtigung der Ausschreibung zurückgezogen und den nun vorliegenden, gegen die Berichtigung 1 gerichteten Antrag auf Nichtigerklärung eingebracht.

Die Berichtigung der Ausschreibung im gegenständlichen Punkt 1.2.3 wurde von der Antragsgegnerin am 22.10.2015 um 13:30 Uhr bekannt gemacht. Mit Bekanntmachung vom 23.10.2015 um 11:12 Uhr wurde die Änderung der Angebotsfrist auf 3.11.2015, 10:00 Uhr, bekannt gemacht.

Die mit Antrag auf Nichtigerklärung unter einem beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Beschluss des Verwaltungsgerichtes Wien vom 3.11.2015 zur Zahl VGW-123/V/074/12466/2015-1 antragsgemäß erlassen.

Die Ausschreibung in der Fassung der Berichtigung vom 22.10.2015 enthält in Punkt 1.2.3 WSTW 9310 Teil 1 folgende Festlegung:

„Der Bewerber/Bieter hat folgendes Eignungskriterium „Referenzen“ nachzuweisen:

Mindestens den Nachweis über eine abgeschlossene Referenzleistung; Wartungs- und Servicearbeiten an Wärmepumpen und Kälteanlagen.

Die gewarteten und servicierten Anlagen müssen zumindest teilweise im Gleisbereich des Schienenverkehrs (Eisenbahn, U-Bahn, Straßenbahn) gelegen haben, oder nur über den Gleisbereich erreichbar gewesen sein.

Zumindest ein Teil der Arbeiten muss während des laufenden Betriebes einer Schienenverkehrsanlage erbracht worden sein.

Die Abrechnungssumme muss mindestens € 600.000 innerhalb von 5 Jahren mit einer Mindestkalenderjahrsumme von € 120.000 betragen haben.“

Die Antragsgegnerin stellte in der durchgeführten mündlichen Verhandlung die im Gleisbereich allgemeine, vorherrschende Gefahrensituation dar, die durch einen Schienenverkehr innerhalb der Betriebszeiten (d.h. Fahrgastbetrieb) wie auch außerhalb gekennzeichnet ist. Der außerhalb der Betriebszeiten der U-Bahnen ebenfalls erforderliche Einsatz der Auftragnehmer ist aufgrund von Verschubarbeiten, Materiallieferung, Lok-Verkehr und Überstellungsfahrten als gefährlich anzusehen. Weiters werden die Auftragnehmer auch zur Störungsbehebung, was eine Akutsituation impliziert, herangezogen. Beispielhaft führte die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung anhand von zwei Details nachvollziehbar aus, worin die spezielle Gefährdung im Zusammenhang mit den Wartungs- und Servicetätigkeiten der auftragsumfänglichen Anlagen im Gleisbereich bestünde. Dass im Umgang mit Stromschiene, unter Druck stehendem Wasser und Wassergemisch bei Wartung und Prüfung dieser Anlagen eine erhöhte Gefährdung durch den Austritt dieser Flüssigkeiten gegeben ist, liegt auf der Hand. Ebenso liegt im Umstand, dass bei den ausgeschriebenen Arbeiten Bremsstaub zu beachten ist, den die Auftragnehmer zusätzlich zu behandeln haben und welcher zusätzlichen Reinigungsaufwand verursacht, eine spezifische Gefährdung. Beides bezeichnet somit eine Gefährdung und Belastung bei Leistungserbringung, welche eine besondere Achtsamkeit, Erfahrung und

Sorgsamkeit erfordert und welche durch die Kombination von Wartungs- und Prüfarbeiten an den vergabegegenständlichen Anlagen in Gleisnähe gekennzeichnet ist. Die Stromschiene ist auch in der betriebslosen Zeit eingeschaltet.

Die in der mündlichen Verhandlung seitens der Antragsgegnerin vorgelegten Fotoaufnahmen von U-Bahnstationen und Gleisbereichen, welche vom Auftragsumfang erfasst sind, zeigen etwa im Bereich der Station ... seitlich von Schienensträngen, parallel zur Tunnelwand montierte, hinter roten Handläufen sich befindende, aufgereihte Anlagen mit Lüftungsschlitzen und kreisrunden Öffnungen. Diese Anlagen befinden sich in unmittelbarer Nähe der Gleise.

Weitere in der mündlichen Verhandlung seitens der Antragsgegnerin vorgelegte Aufnahmen zeigen z.B. im Bereich U... ..., im Freien, zwischen Schienensträngen liegende, in den Boden eingelassene kesselartige Anlagen, mit Lüftungsgittern und Schläuchen, weiters eine Anlage in Kastenform zwischen Schutzplatten in der Art von Schallschutzwänden zwischen daran vorbeilaufenden Schienensträngen. Diese Anlagen sind nur über den Gleisbereich erreichbar.

Die Antragsgegnerin räumte auf Vorhalt in der mündlichen Verhandlung ein, dass nicht alle Anlagen nur über den Gleisbereich erreichbar sind oder sich in unmittelbarer Nähe zu Geleisen befinden. Bei der Position 60.0703 „...“ des Langleistungsverzeichnisses sind die diesbezüglichen Anlagen über den bekanntermaßen daran anschließenden Park erreichbar und zwar ohne dass Gleise überschritten werden müssen, und kann in diesem Zusammenhang nicht von unmittelbarer Nähe zum Gleisbereich gesprochen werden.

Bei der Position 60.0701 „Bahnhof ... – Entwerterwerkstätte“ ist die Zufahrt mit dem Auto erforderlich und möglich, wobei Schienen zu überqueren sind, weshalb hier eine unmittelbare Nähe zum Gleisbereich gegeben ist.

Bei der Position 60.0105 „U... ... – Info und Ticket“, welcher Platz sich bekanntermaßen im denkmalgeschützten Bereich der ... befindet, sind die Anlagen im Zwischengeschoß und im Gleisbereich untergebracht. Die Arbeiten an diesen Anlagen werden daher in unmittelbarer Nähe zum Gleisbereich ausgeführt.

Aus dem Vergabeakt ergibt sich, dass die ausgeschriebenen Leistungen als Wartungs- und Servicearbeiten sowohl bei laufendem Schienenverkehr und

-betrieb auszuführen sind, als auch im Zuge von Störungsbehebungen zu jeder Zeit, also auch innerhalb der betriebslosen Zeit, wenn kein Fahrgastbetrieb stattfindet. Die Stromschiene ist grundsätzlich zu jeder Zeit eingeschaltet und ist weiters in der betriebslosen Zeit mit Werksverkehr, Verschub, Materialfahrten etc. zu rechnen und steht gegebenenfalls eine Diesellok im Einsatz. Damit ist auch im Bereich der vom Auftrag umfassten U-Bahnstationen, Garagen und Bahnhöfe der Auftraggeberin eine spezielle Gefahrensituation gegeben, welche sich bereits am Weg zur Anlage zeigt, welche teilweise im Gleisbereich liegen oder nur über diese erreichbar sind. Die spezielle Gefahrensituation bei dieser Tätigkeit ergibt sich somit auch aus dem Umstand, wie der Auftragnehmer zu diesen Anlagen gelangt, um die Wartungs- und Servicearbeiten sodann vor Ort zu erbringen. Aus dem Vergabeakt ergibt sich, dass die ausgeschriebenen Leistungen als Wartungs- und Servicearbeiten sowohl bei laufendem Schienenverkehr und , -betrieb auszuführen sind, als auch im Zuge von Störungsbehebungen zu jeder Zeit, also auch innerhalb der betriebslosen Zeit, wenn kein Fahrgastbetrieb stattfindet. Die Stromschiene ist grundsätzlich zu jeder Zeit eingeschaltet und ist weiters in der betriebslosen Zeit mit Werksverkehr, Verschub, Materialfahrten etc. zu rechnen und steht gegebenenfalls eine Diesellok im Einsatz. Damit ist auch im Bereich der vom Auftrag umfassten U-Bahnstationen, Garagen und Bahnhöfe der Auftraggeberin eine spezielle Gefahrensituation gegeben, welche sich bereits am Weg zur Anlage zeigt, welche teilweise im Gleisbereich liegen oder nur über diese erreichbar sind. Die spezielle Gefahrensituation bei dieser Tätigkeit ergibt sich somit auch aus dem Umstand, wie der Auftragnehmer zu diesen Anlagen gelangt, um die Wartungs- und Servicearbeiten sodann vor Ort zu erbringen.

Im Besonderen unterscheiden sich weiters die Gefahren, die von den ausschreibungsgegenständlichen Arbeiten an Wärmepumpen und Kälteanlagen im Gleisbereich ausgehen, wesentlich von den allgemeinen Gefahren, die von Wartungsarbeiten im Gleisbereich ausgehen. Insbesondere besteht bei diesen spezifischen Tätigkeiten die Gefahr des Austrittes von Spritzflüssigkeit auf Grund des Unter-Druck-Stehens der Anlagen, die über Strombrücken von der Stromschiene zur Anlage zu Stromschlägen führen kann. Darüber hinaus sind Anlagen im Gleisbereich auch ganz spezifischen Belastungen etwa durch Bremsstaub ausgesetzt, was sie von Anlagen, die nicht im Gleisbereich sind,

grundlegend unterscheidet. Daher sind Wartungsarbeiten an Anlagen, die sich nicht im Gleisbereich befinden, nicht repräsentativ für Wartungsarbeiten an Anlagen, die diesen spezifischen Belastungen durch die Gleisnähe ausgesetzt sind.

Plausibel wurde in diesem Zusammenhang von der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung dargestellt, dass wegen des angesammelten Bremsstaubes ein zusätzlicher Reinigungsaufwand erforderlich ist. Bekannt ist, dass Bremsstaub durch die Abnutzung vom Bremsbelag sowie der Brems Scheibe durch die Bremsung entsteht und Bremsstaub zu einem wesentlichen Teil aus Feinstaub besteht, der aufgrund seiner geringen Partikelgröße und seiner chemischen Zusammensetzung zu Verunreinigungen von technischen Geräten führen kann.

Die Antragsgegnerin hat im Langleistungsverzeichnis der gegenständlichen Ausschreibung den speziellen Umstand der Verunreinigung der Anlagen berücksichtigt und bei der Beschreibung der zu erbringenden Wartungsarbeiten jeweils angeführt, dass bei der Wartung der Wärmepumpen und Kälteanlagen, der Arbeiten an den Kompressoren, der Arbeiten am angebauten Schalterverteiler, der Wartung der Fan-Coils und Torluftscheier sowie der Wartung der Schalterverteiler mit Automation für die Wärmepumpenanlagen unter anderem die Prüfung der Verschmutzung sowie bei der Wartung der Fan-Coils und Torluftscheier die Reinigung mittels Druckluft bzw. durch vorsichtiges Bürsten durchzuführen ist.

Aus dem Umstand, dass Anlagen im Gleisbereich durch Bremsstaub verunreinigt sind, ergeben sich unterschiedliche und spezielle Anforderungen bei den Wartungsarbeiten an den vergabegegenständlichen Anlagen. Diesen begegnet die Antragsgegnerin mit einer Leistungsbeschreibung, die die Verschmutzung und Reinigung ausdrücklich nennt, und mit einer Anforderung zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit, welche die Erbringung einer derartigen Leistung unter Beachtung solcher unterschiedlicher Umstände belegt.

Fest steht daher, dass die angefochtene Anforderung an Referenzen zu Arbeiten an Wärmepumpen und Kälteanlagen gegenständlich auch dadurch gerechtfertigt erscheint, weil Wartungsarbeiten an Geräten ohne Verunreinigung durch Bremsstaub und Wartungsarbeiten an Anlagen mit Verunreinigung durch Bremsstaub ohne Zweifel unterschiedliche Anforderungen an die Auftragnehmer stellen.

Es befinden sich – wie oben dargestellt – nicht alle Anlagen im Gleisbereich des Schienenverkehrs (Eisenbahn, U-Bahn, Straßenbahn), wie etwa die ...station Diese wird durch die Lage inmitten eines zentralen U-Bahnknotenpunktes und den damit gegebenen örtlichen und technischen Zusammenhang durch die Anlagen des Auftraggebers mitversorgt, weshalb deren Wartung und Servicierung durch den Auftraggeber vorgegeben ist. Der Auftragsgegenstand bezeichnet neben U-Bahnstationen auch Bahnhöfe und Garagen als Leistungsorte, womit eine Gleisnähe bzw. ein Erreichen von Anlagen über den Gleisbereich einhergeht. Weiters dienen Wärmepumpen und Kälteanlagen der Klimatisierung von U-Bahnstationen und der für den U-Bahnbetrieb typischer Weise erforderlichen Örtlichkeiten, wie Garagen, Werkstätten und Bahnhöfe, und beziehen sich sowohl auf den Kunden- und Mitarbeiter-, als auch auf die Technikbereich. Im Langleistungsverzeichnis werden neben den U-Bahnstationen, Wendeanlagen, Bahnhöfe und Werkstätten ebenso wie Info- und Ticket-Center genannt. Unstrittig ist bei diesen Positionen ein technischer Zusammenhang dahin gegeben, als für die für den U-Bahnbetrieb unerlässliche Infrastruktur in klimatechnischer Hinsicht durch die Auftraggeberin zu sorgen ist.

Die in der mündlichen Verhandlung seitens der Antragstellerin aus einem Vergabeverfahren eines anderen öffentlichen Auftraggebers vorgelegten Vertragsbedingungen definieren unter Punkt 9. Arbeitsbedingungen und beschreiben in den Unterpunkten 1. bis 6. den Personaleinsatz des Auftragnehmers, des Auftraggebers, die Arbeit im Gefahrenbereich, Spannungsführende Fahrleitung, Kabel und Einbauten, Identifikationskarte.

Da gegenständlich die Festlegung zur Eignungsanforderung im Vergabeverfahren der Auftraggeberin zu prüfen war, war auf die Formulierung einer anderen Vertragsbestimmung eines anderen Auftraggebers in einem fremden Vergabeverfahren nicht entscheidungswesentlich einzugehen.

Maßgebliche Rechtsvorschriften:

§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006 lautet Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006 lautet:

Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen: im offenen Verfahren: die Ausschreibung; sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist; (...).

§ 2 Z 20 lit c BVergG 2006 lautet Paragraph 2, Ziffer 20, Litera c, BVergG 2006 lautet:

Eignungskriterien sind die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, auf den Leistungsinhalt abgestimmten Mindestanforderungen an den Bewerber oder Bieter, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind.

§ 187 Abs. 1 BVergG 2006 lautet: Paragraph 187, Absatz eins, BVergG 2006 lautet:

Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

§ 231 Abs. 1 BVergG 2006 lautet: Paragraph 231, Absatz eins, BVergG 2006 lautet:

Der Sektorenauftraggeber hat festzulegen, mit welchen Nachweisen Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre

1.

berufliche Befugnis,

2.

berufliche Zuverlässigkeit,

3.

finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie

4.

technische Leistungsfähigkeit

zu belegen haben. Nachweise dürfen nur so weit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Dabei hat der Sektorenauftraggeber die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen.

§ 24 Abs. 1 WVRG 2014 lautet: Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2014 lautet:

Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung sind bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung.

I. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 29.10.2015 im Verwaltungsgericht Wien eingelangt, er ist rechtzeitig und entspricht auch sonst den Bestimmungen der §§ 20 Abs. 1, 23 Abs. 1 WVRG 2014. Mit der angefochtenen Berichtigung der Ausschreibung wird eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006 bekämpft. Die Antragstellerin hat den ihr allenfalls drohenden Schaden bei Nichterlangung des gegenständlichen Auftrages plausibel dargelegt (vgl. VwGH 23.5.2007, Zl. 2007/04/0010) und ihr Interesse am Vertragsabschluss nachvollziehbar dargestellt. Die Beibringung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes Wien ergibt sich aus § 7 Abs. 2 Z 2 WVRG 2014. römisch eins. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 29.10.2015 im Verwaltungsgericht Wien eingelangt, er ist rechtzeitig und entspricht auch sonst den Bestimmungen der Paragraphen 20, Absatz eins, 23, Absatz eins, WVRG 2014. Mit der angefochtenen Berichtigung der Ausschreibung wird eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006 bekämpft. Die Antragstellerin hat den ihr allenfalls drohenden Schaden bei Nichterlangung des gegenständlichen Auftrages plausibel dargelegt (vergleiche VwGH 23.5.2007, Zl. 2007/04/0010) und ihr Interesse am Vertragsabschluss nachvollziehbar dargestellt. Die Beibringung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes Wien ergibt sich aus Paragraph 7, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2014.

Die Antragsgegnerin hat nach dem (ersten) Nichtigerklärungsantrag der Antragstellerin vom 19.10.2015 ihre Ausschreibung am 22.10.2015 berichtigt und die Ausschreibung in der Fassung „Berichtigung 1“ am selben Tag

bekannt gemacht. Die Angebotsfrist wurde am 23.10.2015 auf 3.11.2015 verlegt und ebenso europaweit bekannt gemacht.

Die Antragstellerin hat mit vorliegendem Antrag auf Nichtigkeitserklärung beantragt, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Ausschreibungsunterlagen in Punkt 1.2.3 WSTW 9310 Teil 1 (Allgemeine Eignungsanforderungen der Wiener Stadtwerke bei Vergaben als Sektorenauftraggeber und im nicht gesetzlich geregelten Bereich ergänzt um besondere Eignungsanforderungen der L. KG), idF der Berichtigung 1 vom 22.10.2015, für nichtig zu erklären. Sie hat damit erkennbar die Berichtigung der Ausschreibung vom 22.10.2015 angefochten. Auch aus dem sonstigen Vorbringen der Antragstellerin im Nichtigkeitserklärungsantrag vom 29.10.2015 erschließt sich, dass der von der Antragsgegnerin am 22.10.2015 berichtigte Punkt 1.2.3 WSTW 9310 Teil 1 der Ausschreibung bekämpft wird. Bei der Berichtigung einer Ausschreibung handelt es sich nach der Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden um eine gesondert anfechtbare Entscheidung, und zwar um eine sonstige Festlegung während der Angebotsfrist (BVA 12.4.2013, N/0018-BVA/06/2013-23 mwN). Die Antragstellerin hat mit vorliegendem Antrag auf Nichtigkeitserklärung beantragt, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Ausschreibungsunterlagen in Punkt 1.2.3 WSTW 9310 Teil 1 (Allgemeine Eignungsanforderungen der Wiener Stadtwerke bei Vergaben als Sektorenauftraggeber und im nicht gesetzlich geregelten Bereich ergänzt um besondere Eignungsanforderungen der L. KG), in der Fassung der Berichtigung 1 vom 22.10.2015, für nichtig zu erklären. Sie hat damit erkennbar die Berichtigung der Ausschreibung vom 22.10.2015 angefochten. Auch aus dem sonstigen Vorbringen der Antragstellerin im Nichtigkeitserklärungsantrag vom 29.10.2015 erschließt sich, dass der von der Antragsgegnerin am 22.10.2015 berichtigte Punkt 1.2.3 WSTW 9310 Teil 1 der Ausschreibung bekämpft wird. Bei der Berichtigung einer Ausschreibung handelt es sich nach der Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden um eine gesondert anfechtbare Entscheidung, und zwar um eine sonstige Festlegung während der Angebotsfrist (BVA 12.4.2013, N/0018-BVA/06/2013-23 mwN).

Wenn die Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme vorbringt, die Antragstellerin habe „die Ausschreibung“ als gesondert anfechtbare Entscheidung angefochten, und aus diesem Grund einen Wiedereinsetzungsantrag gestellt, ist ihr zu entgegen, dass der Antrag auf Wiedereinsetzung ausdrücklich „aus anwaltlicher Vorsicht“ gestellt wurde und sich des Weiteren aus der Formulierung des Nichtigkeitserklärungsantrages („...idF der Berichtigung 1 vom 22.10.2015“) sowie aus dem sonstigen Vorbringen in diesem Antrag für den Senat im vorliegenden Fall kein begründeter Zweifel ergab, dass gegenständlich nicht die Ausschreibung, sondern die Berichtigung als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist bekämpft wird. Es war daher hinsichtlich der Antragsfrist § 24 Abs. 1 WVRG 2014 heranzuziehen. Die Bekanntmachung der Berichtigung erfolgte am 22.10.2015, der Antrag auf Nichtigkeitserklärung der Berichtigung wurde am 29.10.2015 beim Verwaltungsgericht Wien eingebracht, weshalb der Antrag rechtzeitig gestellt worden ist. Über den aus anwaltlicher Vorsicht gestellten Antrag auf Wiedereinsetzung war demnach nicht gesondert abzusprechen. Wenn die Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme vorbringt, die Antragstellerin habe „die Ausschreibung“ als gesondert anfechtbare Entscheidung angefochten, und aus diesem Grund einen Wiedereinsetzungsantrag gestellt, ist ihr zu entgegen, dass der Antrag auf Wiedereinsetzung ausdrücklich „aus anwaltlicher Vorsicht“ gestellt wurde und sich des Weiteren aus der Formulierung des Nichtigkeitserklärungsantrages („...idF der Berichtigung 1 vom 22.10.2015“) sowie aus dem sonstigen Vorbringen in diesem Antrag für den Senat im vorliegenden Fall kein begründeter Zweifel ergab, dass gegenständlich nicht die Ausschreibung, sondern die Berichtigung als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist bekämpft wird. Es war daher hinsichtlich der Antragsfrist Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2014 heranzuziehen. Die Bekanntmachung der Berichtigung erfolgte am 22.10.2015, der Antrag auf Nichtigkeitserklärung der Berichtigung wurde am 29.10.2015 beim Verwaltungsgericht Wien eingebracht, weshalb der Antrag rechtzeitig gestellt worden ist. Über den aus anwaltlicher Vorsicht gestellten Antrag auf Wiedereinsetzung war demnach nicht gesondert abzusprechen.

II. Inhaltlich führte die Antragstellerin zur angefochtenen Festlegung in der Berichtigung der Ausschreibung zusammengefasst aus, dass die Festlegung unsachlich sei und den Wettbewerb unzulässig einschränke. römisch zwei. Inhaltlich führte die Antragstellerin zur angefochtenen Festlegung in der Berichtigung der Ausschreibung zusammengefasst aus, dass die Festlegung unsachlich sei und den Wettbewerb unzulässig einschränke.

Gemäß § 2 Z 20 lit c BVergG 2006 sind Eignungskriterien die vom Auftraggeber festlegten, nicht diskriminierenden, auf den Leistungsinhalt abgestimmten Mindestanforderungen an den Bewerber oder Bieter, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 20, Litera c, BVergG 2006 sind

Eignungskriterien die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, auf den Leistungsinhalt abgestimmten Mindestanforderungen an den Bewerber oder Bieter, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind.

Die Antragsgegnerin rechtfertigt das Erfordernis dieser Festlegung vor allem mit der speziellen Gefährlichkeit bei Ausführung der ausgeschriebenen Leistung, da sich die zu wartenden und zu prüfenden Anlagen allesamt in U-Bahnstationen, Bahnhöfen oder Garagen befänden und die Anlagen jeweils unmittelbar im Bereich der Gleisanlagen lägen oder nur über den Gleisbereich erreichbar seien. Der spezifische Leistungsort rechtfertige, von Auftragnehmern und deren Arbeitnehmern zu verlangen, dass sie Zugsignale und Warnsignale erkennen, sich sorgfältig und achtsam Gleisbereichen und -anlagen nähern und dort bewegen, bei Störungsbehebungen inner- und außerhalb der Betriebszeiten einsetzbar sind und neben den Wartungsarbeiten und Funktionsprüfungen im Besonderen mit einem laufenden Schienenverkehrsbetrieb vertraut sind. Zusammengefasst verlangt die Antragsgegnerin mit dem verfahrensgegenständlichen Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit, den Nachweis von spezifischer Erfahrung eines zu dieser Leistung befugten Unternehmers im speziellen Gleisbereich des Schienenverkehrs.

Der Auftragsgegenstand wurde im Vergabeverfahren mit „Funktionsprüfung und Wartungsarbeiten an Wärmepumpen und Kälteanlagen in den ... Stationen sowie div. Bahnhöfen und Garagen“ angegeben.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass die angefochtene Anforderung, wonach die laut Referenzprojekt gewarteten bzw. servicierten Anlagen zumindest teilweise im Gleisbereich des Schienenverkehrs (Eisenbahn, U-Bahn, Straßenbahn) gelegen oder nur über den Gleisbereich erreichbar gewesen sein müssen und zumindest ein Teil der Arbeiten während des laufenden Betriebes einer Schienenverkehrsanlage erbracht worden sein müsse, den Wettbewerb unzulässig einschränke und die Verknüpfung von Wartungsarbeiten an Wärmepumpen und Kälteanlagen und Erbringung der Leistung im Gleisbereich zu einer unzulässigen Einschränkung des Bieterkreises führe, so ist ihr die von der Antragsgegnerin anschaulich dargelegte, durch die besondere und spezielle Gefährlichkeit des Leistungsortes und des Auftragsgegenstandes gegebene Situation entgegenzuhalten. Die spezielle Gefährlichkeit des Leistungsortes in Kombination mit Wartungs- und Servicearbeiten an Wärmepumpen und Kälteanlagen vermag nach den getroffenen Feststellungen durchaus eine Verknüpfung dieser Faktoren für eine Referenzanforderung zu rechtfertigen.

Richtig führt die Antragstellerin aus, dass Sicherheit beim gegebenen Auftrag ein wesentlicher Aspekt sei. Dazu führt sie selbst Rechtsvorschriften, wie die Eisenbahn-ArbeitnehmerInnenschutzverordnung (EisbAV) und die Eisenbahn-schutzvorschriften (EisbSV), ins Treffen. Die Vorschriften des EisbAV legen einem Eisenbahnunternehmen, wie der Auftraggeberin, bestimmte Pflichten zur Sicherung der Arbeitnehmer für den speziellen Gefahrenbereich, wie er auch dem Auftragsgegenstand zugrunde liegt, auf. Die EisbSV bestimmen das zum Schutze der Eisenbahnanlagen, des Betriebes einer Eisenbahn, des Betriebes von Schienenfahrzeugen auf einer Eisenbahn und des Verkehrs auf einer Eisenbahn gebotene Verhalten der Bahnbenützenden (§ 1 EisbSV). In den von der Antragstellerin zitierten und von der Antragsgegnerin als (Haupt-)Adressatin anzuwendenden Rechtsvorschriften kommt dem Schutz der Bahnbenützenden, der Arbeitnehmer der Auftraggeberin als auch der Auftragnehmerin besondere Beachtung zu, weil sie sich in einer speziellen Gefahrensituation befinden und bewegen. Richtig führt die Antragstellerin aus, dass Sicherheit beim gegebenen Auftrag ein wesentlicher Aspekt sei. Dazu führt sie selbst Rechtsvorschriften, wie die Eisenbahn-ArbeitnehmerInnenschutzverordnung (EisbAV) und die Eisenbahn-schutzvorschriften (EisbSV), ins Treffen. Die Vorschriften des EisbAV legen einem Eisenbahnunternehmen, wie der Auftraggeberin, bestimmte Pflichten zur Sicherung der Arbeitnehmer für den speziellen Gefahrenbereich, wie er auch dem Auftragsgegenstand zugrunde liegt, auf. Die EisbSV bestimmen das zum Schutze der Eisenbahnanlagen, des Betriebes einer Eisenbahn, des Betriebes von Schienenfahrzeugen auf einer Eisenbahn und des Verkehrs auf einer Eisenbahn gebotene Verhalten der Bahnbenützenden (Paragraph eins, EisbSV). In den von der Antragstellerin zitierten und von der Antragsgegnerin als (Haupt-)Adressatin anzuwendenden Rechtsvorschriften kommt dem Schutz der Bahnbenützenden, der Arbeitnehmer der Auftraggeberin als auch der Auftragnehmerin besondere Beachtung zu, weil sie sich in einer speziellen Gefahrensituation befinden und bewegen.

Wenn die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 12.11.2015 mit § 26b EisbAV argumentiert, so ist auf § 2 EisbAV hinzuweisen. § 2 EisbAV definiert den „Gefahrenraum“ von Gleisen dahin, dass dieser aus jenem Raum besteht, der von den bewegten Schienenfahrzeugen selbst einschließlich ihrer Ladung in Anspruch genommen wird sowie jenem zusätzlichen Raum unter, neben und über dem Gleis, in dem Arbeitnehmer durch bewegte Schienenfahrzeuge gefährdet werden können. Wenn die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 12.11.2015 mit Paragraph 26 b, EisbAV

argumentiert, so ist auf Paragraph 2, EisbAV hinzuweisen. Paragraph 2, EisbAV definiert den „Gefahrenraum“ von Gleisen dahin, dass dieser aus jenem Raum besteht, der von den bewegten Schienenfahrzeugen selbst einschließlich ihrer Ladung in Anspruch genommen wird sowie jenem zusätzlichen Raum unter, neben und über dem Gleis, in dem Arbeitnehmer durch bewegte Schienenfahrzeuge gefährdet werden können.

Viele der zu wartenden und zu prüfenden Anlagen befinden sich in unmittelbarer Nähe des Gleisbereiches und damit im Gefahrenraum nach dem EisbAV, womit die spezielle Gefährlichkeit des Leistungsgegenstandes bzw. des Leistungsortes determiniert ist.

Da die Auftraggeberin als Eisenbahnunternehmen die Wartung und Prüfung dieser teilweise im Gleisbereich des Schienenverkehrs liegenden oder nur über den Gleisbereich erreichbaren Anlagen als Auftrag zu vergeben beabsichtigt und hierbei die einschlägigen Sicherheitsvorschriften zu beachten hat, um keine Menschen zu gefährden, muss der Auftraggeberin jenes Ermessen zugestanden werden, eine diesen Auftragsgegenstand angemessenen Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit zu verlangen. Aus Sicht des Senates war die spezielle Gefährdung bei Ausführung dieses Auftrages unter besonderer Berücksichtigung der Sicherheitsaspekte ein ausreichendes Argument, die verfahrensgegenständliche Anforderung an die technische Leistungsfähigkeit als verhältnismäßig zum Ausschreibungsgegenstand anzusehen.

Die bei Ausführung der Leistung gegebenen spezifischen Gefahren, wie das Austreten von Spritzwasser durch das Unter-Druck-Stehen der Anlagen in unmittelbarer Nähe zur Stromschiene, die festgestellten spezifischen Anforderungen an die Wartung und Prüfung der Anlagen, weil die Geräte anderen Belastungen ausgesetzt sind als Geräte, die nicht im Gleisbereich sind, z.B. durch Bremsstaub, sind weitere Besonderheiten der gegenständlichen Ausschreibung. Angesichts dieser weiteren spezifischen Gefahren bei Auftragsausführung muss dem Auftraggeber zugebilligt werden, innerhalb der allgemeinen Grenzen des Sachlichkeitsgebotes solche Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit festzulegen, dass sie mit Grund davon ausgehen kann, dass die Arbeitnehmer des Auftragnehmers die spezifischen Gefahren bei Durchführung des Auftrages kennen. Da sich die spezifischen Gefahren, wie festgestellt, grundlegend von den allgemeinen Gefahren von Arbeiten im Gleisbereich unterscheiden, war es sachlich gerechtfertigt, den Nachweis solcher Referenzarbeiten zu verlangen, die mit diesen spezifischen Gefahren und nicht bloß mit den allgemeinen, in Gleisnähe einhergehenden Gefahren verbunden sind.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass Sicherheitsaspekte alleine die Festlegung der Eignungsanforderung nicht rechtfertigen könnten, da auch reine Büroräumlichkeiten umfasst seien, so ist ihr insofern zuzustimmen, da nach den getroffenen Feststellungen in den ausgeschriebenen U-Bahnstationen und Bahnhöfen der Antragsgegnerin Kunden- und Informationsräume und eine Polizeiwachstube untergebracht sind, deren Wärmepumpen und Kälteanlagen etwa aus Gründen des Denkmalschutzes im Zwischengeschosß oder im Gleisbereich angebracht sind oder wie im Fall der ... gar nicht in der Nähe des Gleisbereiches liegen. Die Anforderung an den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit im vorliegenden Fall erscheint hierbei dadurch gerechtfertigt, als alleine durch die Wartung und Prüfung von Wärmepumpen und Kälteanlagen, welche eine Polizeistation innerhalb eines zentralen U-Bahnknotenpunktes versorgt, nicht verlangt werden kann, dass die Auftraggeberin die Wartung und Prüfung dieser einen Anlage, insbesondere nach dem festgestellten sachlichen Zusammenhang in technischer und örtlicher Hinsicht, separat und mit anderer Anforderung an die technische Leistungsfähigkeit ausschreibt. Zuletzt bedingt auch die Gleichartigkeit der Leistung im gegebenen Fall die gemeinsame Ausschreibung (z.B. BVA 18.12.2009, N/0114-BVA/13/2009-19).

Eine Einschränkung des Bieterkreises, wie von der Antragstellerin vorgebracht, bringt die angefochtene Festlegung in der gegenständlichen Ausschreibung in dadurch dass, die Antragsgegnerin mit dem verfahrensgegenständlichen Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit den Nachweis von spezifischer Erfahrung eines zu dieser Leistung befugten Unternehmers im speziellen Bereich des Schienenverkehrs verlangt.

Die Auftraggeberin kann als Sektorenauftraggeberin grundsätzlich frei festlegen, welche Nachweise sie von den Bietern zum Beleg ihrer Eignung erbracht sehen will. Sie hat dabei die allgemeinen Grundsätze zu beachten und hat insbesondere transparent und nicht diskriminierend vorzugehen. (Heid Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, S. 641).

Die Antragsgegnerin führt gegenständliches Vergabeverfahren mit der Absicht, an einen befugten Unternehmer zu vergeben, welcher die sonstigen Anforderungen der Ausschreibung erfüllt. Sie bezieht sich mit ihrer Referenzanforderung in der gegenständlichen Ausschreibung auf Unternehmen, welche die ausgeschriebenen Leistungen bereits einmal im Gleisbereich des Schienenverkehrs oder in unmittelbarer Nähe des Gleisbereiches

erbracht haben und rechtfertigt dies mit dem Auftragsgegenstand, welcher Leistungen unter besonderen und gefährlichen Bedingungen vorsieht. Die Auftraggeberin ist im vorliegenden Fall nach Ansicht des Senates berechtigt, die oben zitierten Anforderungen an den Referenznachweis zu stellen, da sich die spezifischen Gefahren – wie oben dargestellt – grundlegend von den allgemeinen Gefahren von Arbeiten im Gleisbereich und von Arbeiten an Wärmepumpen und Kälteanlagen im gleisfernen Bereich unterscheiden. Die Auftraggeberin darf von einer ordnungsgemäßen Durchführung der Wartungsarbeiten ausgehen und sind Referenznachweise über Wartungsarbeiten an Wärmepumpen und Kälteanlagen, die nicht in Gleisnähe sind, wenig aussagekräftig darüber, ob und wie gut der Auftragnehmer mit den spezifischen Wartungsanforderungen, etwa mit durch Bremsstaub belasteten Anlagen, im Gleisbereich umgehen kann.

Die Antragstellerin selbst gab in der mündlichen Verhandlung an, bereits mehrmals Auftragnehmerin eines anderen öffentlichen Auftraggebers gewesen zu sein und die in den Fotoaufnahmen der Antragsgegnerin dargestellten Verhältnisse situativ aus solchen Aufträgen gut zu kennen. Die Auftraggeberin ist unstrittig nicht die einzige öffentliche Auftraggeberin, welche im Zusammenhang mit dem Schienenverkehr Leistungen ausschreibt. Damit steht fest, dass die Festlegung der Antragsgegnerin in ihrer Ausschreibung auf den vorliegenden Auftragsgegenstand bezogen einen bestimmten Bieterkreis anspricht, dies jedoch durch die situative und spezielle Gefährlichkeit des Leistungsortes und der Leistungserbringung gerechtfertigt ist und die Antragsgegnerin unter Beachtung des Sachlichkeitsgebotes und der anzuwendenden Rechtsvorschriften zur Sicherung dieses Gefahrenbereiches erfahrene Auftragnehmer heranzuziehen berechtigt ist, deren spezielle Erfahrung durch Referenznachweise zu belegen ist. Dass die Antragsgegnerin hinsichtlich dieser Referenznachweise eine Verknüpfung von Wartungsarbeiten an Wärmepumpen und Kälteanlagen im speziellen Gefahrenbereich des Schienenverkehrs (Eisenbahn, U-Bahn, Straßenbahn) vorsieht, war nach den oben getroffenen Feststellungen nicht zu beanstanden. Die potentielle Einschränkung des Bieterkreises durch die formulierte Anforderung ist im vorliegenden Fall durch den speziellen Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt, weshalb diese Einschränkung nicht als unzulässig im Sinn des Vorbringens der Antragstellerin anzusehen war.

Nachdem die von der Auftraggeberin festgelegten und auf den Leistungsinhalt abgestimmten Mindestanforderungen an den Bieter, insbesondere die Verknüpfung von bereits erbrachten spezifischen Wartungs- und Prüfungsarbeiten an Wärmepumpen und Kälteanlagen im Gleisbereich, vom Senat nicht als rechtswidrig erkannt wurden, war der Antrag auf Nichtigerklärung abzuweisen.

III. Dem Eventualantrag, „die in diesem Nachprüfungsverfahren aufgezeigten und vom Verwaltungsgericht Wien als rechtswidrig erkannten Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen für nichtig zu erklären“, kam nach den oben getroffenen Feststellungen und Erwägungen keine Berechtigung zu. römisch drei. Dem Eventualantrag, „die in diesem Nachprüfungsverfahren aufgezeigten und vom Verwaltungsgericht Wien als rechtswidrig erkannten Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen für nichtig zu erklären“, kam nach den oben getroffenen Feststellungen und Erwägungen keine Berechtigung zu.

IV. Die Kostenentscheidung gründet auf § 16 Abs. 1 WVRG 2014. römisch vier. Die Kostenentscheidung gründet auf Paragraph 16, Absatz eins, WVRG 2014.

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

Schlagworte

Antrag auf Nichtigerklärung von Ausschreibungsunterlagen; offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages; Sektorenbereich

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2015:VGW.123.074.12465.2015

Zuletzt aktualisiert am

21.01.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at