

TE Lvwg Beschluss 2015/8/27 VGW-123/072/7114/2015

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.08.2015

Entscheidungsdatum

27.08.2015

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

L72009 Beschaffung Vergabe Wien

Norm

WVRG 2014 §1

WVRG 2014 §2 Abs4

WVRG 2014 §7 Abs2 Z2

WVRG 2014 §13

WVRG 2014 §15

WVRG 2014 §20 Abs1

WVRG 2014 §23 Abs1

WVRG 2014 §24 Abs1

WVRG 2014 §26 Abs1

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

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

Text

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Maga Mandl als Vorsitzende, die Richterin Dr.in Lettner und den Richter Dr. Oppel über den Antrag der X. GMBH, vertreten durch Rechtsanwalt, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend das Vergabeverfahren "Gutachtertätigkeiten im Bereich der U-Bahn Wien für die Linien U1 und U4" der L. KG, vertreten durch Rechtsanwälte KG, den Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Mag.a Mandl als Vorsitzende, die Richterin Dr.in Lettner und den Richter Dr. Oppel über den Antrag der römisch zehn. GMBH, vertreten durch Rechtsanwalt, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend das Vergabeverfahren "Gutachtertätigkeiten im Bereich der U-Bahn Wien für die Linien U1 und U4" der L. KG, vertreten durch Rechtsanwälte KG, den

BESCHLUSS

gefasst:

I. Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung vom 12.6.2015 für nichtig zu erklären, wird zurückgewiesenrömisch eins. Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung vom 12.6.2015 für nichtig zu erklären, wird zurückgewiesen.

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

III. Gegen diesen Beschluss ist gemäß§ 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.römisch drei. Gegen diesen Beschluss ist gemäß Paragraph 25 a, VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG unzulässig.

Rechtsgrundlagen: §§ 1, 2 Abs. 4, 7 Abs. 2 Z 2, 13, 15, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 und 26 Abs. 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) i.V.m. § 2 Z 16 lit.a sublit. aa Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006)Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, 2, Absatz 4, 7, Absatz 2, Ziffer 2, 13, 15, 20, Absatz eins, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins und 26 Absatz eins, Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) in Verbindung mit Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006)

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Die L. KG (in der Folge: Antragsgegnerin) führt ein Vergabeverfahren zur Vergabe von Gutachtertätigkeiten im Bereich der U-Bahn Wien für die Linien U1 und U4 als offenes Verfahren (Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich). Der Zuschlag soll dem Billigstbieter erteilt werden. Leistungsinhalt der Ausschreibung sind Abnahmeprüfungen für Zugsicherungsanlagen und Linienzugsbeeinflussungen (LZB) entlang der U-Bahn-Strecke U4 sowie Zugsicherungstechnik für die Verlängerung der U-Bahn-Strecke U1 Richtung Oberlaa.

Die X. GMBH (in der Folge: Antragstellerin) hat ein Angebot gelegt. Sie wurde mit Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 12.6.2015 darüber in Kenntnis gesetzt, dass Herr DI F. (in der Folge: Teilnahmeberechtigter) für den Zuschlag in Aussicht genommen wird. Dagegen richtet sich der gegenständliche Nachprüfungsantrag, der am 19.6.2015 und damit rechtzeitig eingebracht wurde. Die römisch zehn. GMBH (in der Folge: Antragstellerin) hat ein Angebot gelegt. Sie wurde mit Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 12.6.2015 darüber in Kenntnis gesetzt, dass Herr DI F. (in der Folge: Teilnahmeberechtigter) für den Zuschlag in Aussicht genommen wird. Dagegen richtet sich der gegenständliche Nachprüfungsantrag, der am 19.6.2015 und damit rechtzeitig eingebracht wurde.

Mit Beschluss vom 25.6.2015, GZ: VGW-123/V/072/7115/2015, wurde der Antragsgegnerin bis zur Beendigung des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung untersagt.

Mit Ausscheidensentscheidung vom 26.6.2015 wurde das Angebot der Antragstellerin gemäß § 269 Abs. 1 Z 2 BVerG 2006 ausgeschieden. Dagegen hat die Antragstellerin ebenfalls einen Antrag auf Nichtigerklärung eingebracht, der in einem gesonderten Verfahren behandelt wurde. Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 27.8.2015, Zahl VGW-123/072/7708/2015, wurde der von der Antragstellerin zur Ausscheidensentscheidung vom 26.6.2015 gestellte Nichtigerklärungsantrag durch Verkündung in der mündlichen Verhandlung abgewiesen. Diese Ausscheidensentscheidung ist damit bestandsfest.Mit Ausscheidensentscheidung vom 26.6.2015 wurde das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG 2006 ausgeschieden. Dagegen hat die Antragstellerin ebenfalls einen Antrag auf Nichtigerklärung eingebracht, der in einem gesonderten Verfahren behandelt wurde. Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 27.8.2015, Zahl VGW-123/072/7708/2015, wurde der von der Antragstellerin zur Ausscheidensentscheidung vom 26.6.2015 gestellte Nichtigerklärungsantrag durch Verkündung in der mündlichen Verhandlung abgewiesen. Diese Ausscheidensentscheidung ist damit bestandsfest.

Die Antragstellerin bringt in ihrem Nichtigerklärungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung vor, sie habe am Vertragsabschluss ein Interesse, da die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Dienstleistung in der zentralen Geschäftstätigkeit der Antragstellerin liege. Durch die Vergabe dieser Dienstleistung an die Teilnahmeberechtigte drohe der Antragstellerin ein massiver wirtschaftlicher Schaden insbesondere durch den Verlust eines seltenen Referenzprojektes, zumal derartige Dienstleistungen aufgrund der Enge des österreichischen Marktes in den nächsten Jahren nahezu ausgeschöpft sein würden. Durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung entginge der Antragstellerin weiters die Möglichkeit zur Deckung der Geschäftsgemeinkosten und zur Erlangung eines angemessenen Gewinnes. Die Antragstellerin habe weiters die Kosten für die Rechtsverfolgung und sonstige mit der

Verfahrensteilnahme verbundene Kosten zu tragen.

In ihrem Nichtigkeitsantrag vom 19.6.2015 führt die Antragstellerin weiters aus, sie sei durch die Zuschlagsentscheidung in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere im Recht auf Durchführung der Eignungsprüfung gemäß den bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen, auf Sicherstellung der Vergleichbarkeit der Angebote, auf Gleichbehandlung der Bieter und Einhaltung eines fairen Wettbewerbs, auf ordnungsgemäße und rechtskonforme Durchführung des offenen Verfahrens, auf rechtskonformes Ausscheiden von ungeeigneten Bietern und auf Zuschlagserteilung verletzt.

Die Antragstellerin führt in ihrem Nichtigkeitsantrag im Wesentlichen aus, dass ihr der Zuschlag erteilt werden müsse, da sie als einzige Bieterin die in der Ausschreibung geforderten Voraussetzungen erfülle. Die Angebote des Teilnahmeberechtigten und der drittgereichten W. KG (in der Folge: „W.“) seien auszuschneiden. Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des Teilnahmeberechtigten sei daher rechtswidrig.

Die Antragstellerin habe ein Angebot gelegt und die geforderte technische Leistungsfähigkeit nachgewiesen, indem sie die erforderlichen Referenzen vorgelegt und geeignete Schlüsselpersonen namhaft gemacht habe.

Der Teilnahmeberechtigte hingegen weise die erforderliche Eignung nicht auf, weil die von ihm vorgelegten Referenzen nicht ausreichend seien. Nach der Marktkennntnis der Antragstellerin habe der Teilnahmeberechtigte keine drei Referenzen über alle fünf in der Leistungsbeschreibung festgehaltenen Leistungspunkte, so insbesondere auch nicht über die Planprüfung, vorlegen können. Weiters mangle es dem Teilnahmeberechtigten auch an der erforderlichen Personalausstattung. Der Teilnahmeberechtigte sei Ziviltechniker. Aufgrund einer Aktualisierung seiner Website, auf der, statt wie am 8.4.2015 noch drei Mitarbeiter, nunmehr nur eine Person als „Konsulent für Großprojekte“ aufscheine, schließe die Antragstellerin, dass er keine ausreichende Anzahl von Mitarbeitern mehr habe, die als Abnahmebevollmächtigte genannt werden könnten. Weiters sei die verbleibende Person aufgrund der Bezeichnung „Konsulent“ offenbar kein Dienstnehmer, sondern ein Subunternehmer des Teilnahmeberechtigten. Auch sei nach den Ausschreibungsunterlagen eine nachträgliche Änderung der benannten Schlüsselpersonen nicht zulässig.

Auch freie Mitarbeiter seien als Subunternehmer anzusehen, die mit dem Angebot im entsprechenden Formblatt bekannt zu geben seien. Eine solche Bekanntgabe sei jedoch durch den Teilnahmeberechtigten nicht erfolgt. Eine fehlende Bekanntgabe von Subunternehmern stelle jedoch einen unbehebbarer Mangel dar. Die Eignung eines Bieters müsse im offenen Verfahren im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Sie dürfe weiters bis zur Zuschlagsentscheidung nicht verloren gehen.

Das Angebot des Teilnahmeberechtigten sei wegen mangelnder Referenzen insbesondere im Bereich Planprüfung und mangels geeigneten Schlüsselpersonals auszuschneiden.

Auch das Angebot des drittgereichten Bieters W. sei auszuschneiden, da laut Ausschreibung zum Nachweis der Eignung ausdrücklich ein Ziviltechniker (ohne den Hinweis „oder gleichwertig“) gefordert sei. Dieser Begriff entspringe dem Ziviltechnikerengesetz, das diesen Begriff eindeutig definiere. Es handle sich dabei weiters um eine geschützte Berufsbezeichnung, deren unrechtmäßige Verwendung eine verwaltungsrechtliche Strafbarkeit begründe.

Laut Recherche im Online-Ziviltechnikerverzeichnis sei die von der Drittgereichten genannte Person darin nicht gelistet. Auch eine Nachfrage bei der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Wien, Niederösterreich und Burgenland habe bestätigt, dass diese Person nicht über die Befugnis eines Ziviltechnikern verfüge. Das Angebot der Drittgereichten erfülle daher die Anforderungen der Ausschreibung hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit im Punkt Schlüsselpersonal nicht und sei daher auszuschneiden.

Sollte aufgrund der ausgeführten Bedenken gegen die Angebote des Teilnahmeberechtigten und der drittgereichten Bieterin nur das Angebot der Antragstellerin im Verfahren verbleiben, werde darauf hingewiesen, dass ein fakultativer Widerruf des Vergabeverfahrens aus wirtschaftlicher Sicht nicht gerechtfertigt sei, da die Angebotssumme der Antragstellerin nur unwesentlich höher liege als jene des Billigstbieters.

Die Antragstellerin begehre daher, die Zuschlagsentscheidung vom 12.6.2015 für nichtig zu erklären, Akteneinsicht in den Vergabeakt der Antragsgegnerin, die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung und den Gebührenersatz für die entrichteten Pauschalgebühren.

Die Antragsgegnerin entgegnete diesem Vorbringen mit Schriftsatz vom 3.7.2015, dass die Ausschreibungsunterlagen und die Fragebeantwortung vom 30.4.2015 bestandsfest geworden seien. Damit seien alle Beteiligten inklusive der Antragsgegnerin an die bestandsfesten Unterlagen gebunden.

Zum Vorbringen der Antragstellerin sei festzuhalten, dass deren Angebot mit Ausscheidensentscheidung vom 26.6.2015 ausgeschieden worden sei. Es fehle ihr daher für die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung die Antragslegitimation. Gemäß § 20 WVRG 2007 (korrekt wohl: 2014) könne ein Unternehmer nur dann die Nichtigkeitserklärung einer Auftraggeberentscheidung beantragen, wenn ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Ein auszuscheidendes Angebot komme jedoch für den Zuschlag von vornherein nicht in Betracht. Ein ausgeschiedener Bieter könne daher durch Rechtswidrigkeiten der Zuschlagsentscheidung nicht in seinen Rechten verletzt sein. Zum Vorbringen der Antragstellerin sei festzuhalten, dass deren Angebot mit Ausscheidensentscheidung vom 26.6.2015 ausgeschieden worden sei. Es fehle ihr daher für die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung die Antragslegitimation. Gemäß Paragraph 20, WVRG 2007 (korrekt wohl: 2014) könne ein Unternehmer nur dann die Nichtigkeitserklärung einer Auftraggeberentscheidung beantragen, wenn ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Ein auszuscheidendes Angebot komme jedoch für den Zuschlag von vornherein nicht in Betracht. Ein ausgeschiedener Bieter könne daher durch Rechtswidrigkeiten der Zuschlagsentscheidung nicht in seinen Rechten verletzt sein.

Im Übrigen habe die Antragstellerin kein subjektiv-öffentliches Recht auf Prüfung aller Angebote durch eine Rechtschutzbehörde. Selbst wenn daher das Angebot des Teilnehmers ausgeschieden wäre, verbliebe noch ein Angebot im Vergabeverfahren. Weiters seien die von der Antragstellerin hinsichtlich der Angebote des Teilnehmers und der drittgereichten Bieterin geltend gemachten Ausscheidensgründe nicht ident mit denen, die zum Ausscheiden der Antragstellerin geführt hätten.

Zu den angeblichen Rechtswidrigkeiten der Zuschlagsentscheidung sei festzuhalten, dass die Eignung des Teilnehmers gegeben sei. Die Antragsgegnerin habe das Angebot des Teilnehmers detailliert geprüft und das Ergebnis in einem Prüfbericht festgehalten. Die Antragsgegnerin sei zu dem Ergebnis gekommen, dass der Teilnehmer geeignet sei und über die erforderliche Befugnis verfüge. Auch im Rahmen der Angebotsprüfung habe die Antragsgegnerin keinen Grund gesehen, an der aufrechten Eignung des Teilnehmers zu zweifeln. Das Angebot des Teilnehmers sei nicht auszuscheiden, die Zuschlagsentscheidung sei zu Recht erfolgt.

So erfüllten die vom Teilnehmer bekannt gegebenen Referenzprojekte die Anforderungen der gegenständlichen Ausschreibung. Dies sei von der Antragsgegnerin detailliert geprüft und vom Referenzauftraggeber bestätigt worden. Der Teilnehmer weise auch die geforderte Personalausstattung auf. Herr DI F. sei als Ziviltechniker bekannt gegeben worden. Zwei Angestellte des Teilnehmers seien als Abnahmebevollmächtigte namhaft gemacht worden.

Die Prüfung habe ergeben, dass der Teilnehmer technisch leistungsfähig sei.

Im Übrigen irre die Antragstellerin, wenn sie davon ausgehe, dass ein Wechsel des Schlüsselpersonals unzulässig sei. Punkt 5.2.1 WSTW 9315 sehe vor, dass ein allfälliger Austausch des Schlüsselpersonals mit Zustimmung der Antragsgegnerin durchaus zulässig sei. Das Schlüsselpersonal sei nicht zuschlagsrelevant. Nach der Judikatur des Vergabekontrollsenats Wien sei sogar der Austausch eines eignungsrelevanten Subunternehmers während des laufenden Vergabeverfahrens zulässig, dies müsse daher umso mehr für eignungsrelevantes Schlüsselpersonal gelten.

Abschließend führt die Antragsgegnerin aus, dass auch das Angebot der drittgereichten Bieterin W. die in der Ausschreibung festgelegten Referenzen, die Personalausstattung und damit die geforderte Eignung aufwiesen.

Mit Schriftsatz vom 25.8.2015 erstattete die Antragstellerin eine Replik, in der sie zum Vorwurf der mangelnden Antragslegitimation entgegnete, dass das Angebot der Antragstellerin nicht auszuscheiden bzw. auch die Antragstellerin selbst nicht auszuschließen sei. Die Antragstellerin verwies zur Frage ihrer Antragslegitimation auf die Judikatur des EuGH in der Rechtssache Fastweb SpA, wonach zur Vermeidung willkürlicher Entscheidungen der Auftraggeberin auch einer Bieterin, die ein allenfalls auszuscheidendes Angebot gelegt habe, die Antragslegitimation zuzuerkennen sei. Die Möglichkeit einer willkürlichen Entscheidung der Auftraggeberin liege gegenständlich insofern vor, als die Angebote der übrigen Mitbewerber aus den bereits im Nachprüfungsantrag dargestellten Gründen zwingend auszuscheiden seien.

Die Antragsgegnerin argumentiere in ihrem Schriftsatz, die Schlüsselpersonen könnten, trotz der entgegenstehenden Festlegungen in der Ausschreibung, mit Zustimmung der Auftraggeberin ausgetauscht werden. Diese Auffassung widerspreche dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter. Ein Wechsel des Schlüsselpersonals sei laut Punkt 5.2.1 WSTW 9315 (Allgemeine Vertragsbestimmungen der Wiener Stadtwerke für geistige Dienstleistungen) für den Zeitraum nach der Zuschlagserteilung (Ausführung) geregelt, für den Zeitraum vor der Zuschlagserteilung könne diese Bestimmung nicht angewendet werden, da es sich dabei um eine vertragliche Bestimmung handle.

Aufgrund des Nachprüfungsantrages zur Zuschlagsentscheidung wurde am 27.8.2015 vor dem Verwaltungsgericht Wien eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Diese hatte folgenden Verlauf:

Auf die Frage, in wie fern die Referenzen des dritten Bieters W. geprüft worden seien, teilte die Antragsgegnerin mit, dass die W. langjährige Partnerin der Antragsgegnerin sei und auch von der Eisenbahnbehörde als Gutachterin anerkannt sei. Die Antragsgegnerin habe daher keine Zweifel an der Befugnis der W. gehabt. Im Hinblick darauf, dass sie auf Grund des von ihr angebotenen Preises Drittgerechte gewesen sei, sei eine weitere Prüfung unterblieben.

Der Antragstellervertreter entgegnete, dass der Umstand, dass die Drittgerechte langjährige Partnerin der Antragsgegnerin sei, den Nachweis, dass eine bekanntgegebene Person die Eigenschaft als Ziviltechniker aufweise, nicht ersetzen könne.

Der Antragsgegnervertreter replizierte, dass in der Ausschreibung nicht die Eigenschaft als Ziviltechniker im Sinne des Ziviltechnikergesetzes gefordert gewesen sei, sondern eine gleichwertige Befugnis ausgereicht hätte. Verwiesen werde auf § 30 Ziviltechnikergesetz. Im Übrigen sei in der Ausschreibung der Begriff „Ziviltechniker (Gutachter im Bereich Zugsicherung)“ verwendet worden. Der Antragsgegnervertreter replizierte, dass in der Ausschreibung nicht die Eigenschaft als Ziviltechniker im Sinne des Ziviltechnikergesetzes gefordert gewesen sei, sondern eine gleichwertige Befugnis ausgereicht hätte. Verwiesen werde auf Paragraph 30, Ziviltechnikergesetz. Im Übrigen sei in der Ausschreibung der Begriff „Ziviltechniker (Gutachter im Bereich Zugsicherung)“ verwendet worden.

Der Antragstellervertreter brachte dazu vor, dass die Antragsgegnerin sich des Begriffes „Ziviltechnikers“ bedient habe. Wenn sie jetzt auch gleichwertige Qualifikationen eines Nichtziviltechnikers zulassen wolle, liege darin eine Undeutlichkeit, die nicht zu Lasten der Antragstellerin ausgehen dürfte.

Der Antragsgegnervertreter verwies auf das Schreiben der W. vom 26.05.2015, wonach diese die Befugnis für Inspektionen von Signalanlagen und Sicherungsanlagen besitze.

Zur Frage, ob der Teilnahmerechtigte sich hinsichtlich der von ihm bekanntgegebenen Abnahmebevollmächtigten Subunternehmern bediene, verwies der Antragsgegnervertreter auf das E-Mail vom 21.05.2015, wonach die Personalausstattung des Teilnahmerechtigten bestätigt wurde.

Zur Frage der vom Teilnahmerechtigten vorgelegten Referenzen, die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse des Teilnahmerechtigten darstellen, wurde in Abwesenheit der Antragstellerin von der Antragsgegnerin der Umfang dieser Referenzen erklärt. Es wurde weiters dargelegt, inwiefern die Referenzen die geforderten fünf Leistungspunkte umfasst haben.

Der Ablauf dieses Verhandlungsabschnittes wurde im Verhandlungsprotokoll im Akt des Nachprüfungsverfahrens unter der Überschrift

„BEIBLATT 1

zur Verhandlungsschrift vom 27.08.2015

Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Teilnahmerechtigte“
protokolliert.

Zu diesem Fragekomplex wurde auch der von der Referenzauftraggeberin als Kontaktperson bekanntgegebene Mitarbeiter als Zeuge einvernommen. Er machte nähere Angaben über den Umfang eines von ihm bestätigten Referenzprojekts und führte aus, inwieweit dieses Referenzprojekt auch Planprüfungen in dem in der Ausschreibung geforderten Ausmaß umfasst habe. Er bestätigte im Wesentlichen die von der Antragsgegnerin vorgenommene Darstellung. Das Protokoll seiner Zeugenaussage befindet sich unter der Überschrift

„BEIBLATT A5

der Verhandlungsschrift vom 27.08.2015

über eine Zeugeneinvernahme – Befragen zu Betriebs- und

Geschäftsgeheimnissen der Teilnahmeberechtigte“

im Akt des Nachprüfungsverfahrens.

Aufgrund des von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeaktes, dessen inhaltliche Richtigkeit nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten, die jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden und des Ergebnisses der Verhandlung vom 27.8.2015 steht folgender Sachverhalt als erwiesen fest:

Bei der Antragsgegnerin, L. KG, handelt es sich um eine Sektorenauftraggeberin gemäß § 169 Abs. 1 BVergG 2006. Der verfahrensgegenständliche Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 12.6.2015 ist rechtzeitig. Er richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Er enthält die gemäß § 23 Abs. 1 WVRG 2014 erforderlichen Angaben, insbesondere auch solche zum Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss und zum behaupteten drohenden Schaden. Die Entrichtung der Pauschalgebühren wurde nachgewiesen. Bei der Antragsgegnerin, L. KG, handelt es sich um eine Sektorenauftraggeberin gemäß Paragraph 169, Absatz eins, BVergG 2006. Der verfahrensgegenständliche Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 12.6.2015 ist rechtzeitig. Er richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Er enthält die gemäß Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2014 erforderlichen Angaben, insbesondere auch solche zum Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss und zum behaupteten drohenden Schaden. Die Entrichtung der Pauschalgebühren wurde nachgewiesen.

Der Ausschreibung liegen u.a. die Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Wiener Stadtwerke bei Vergabe als Sektorenauftraggeber, Ausgabe 2.4.2014, und die Allgemeinen Eignungsanforderungen der Wiener Stadtwerke bei Vergabe als Sektorenauftraggeber und im nicht gesetzlich geregelten Bereich ergänzt um besondere Eignungsanforderungen der L. KG (WSTW 9310 Teil 1, Ausgabe 2.4.2014) zu Grunde.

Ausschreibungsgegenstand ist die Erneuerung der Zugsicherungsanlage Linie U4, die Erneuerung LZB Streckeneinrichtungen Linie U3, U4 und die Zugsicherungstechnik für die 4. Ausbaustufe der U-Bahn Wien Teilprojekt 02/05 – ... Teilprojekt 03/06 –

Laut der von der Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag als Beilage D vorgelegten „Leistungsbeschreibung Abnahmeprüfung“ hat der ausgeschriebene Auftrag folgende fünf Punkte zu umfassen:

„1) Planprüfung (Planprüfung der Bauentwurfsunterlagen gemäß § 31 Eisenbahngesetz 1957, EisBG, und Planprüfung Projektierung, Erfüllung der Auflagen aus Baugenehmigung), „1) Planprüfung (Planprüfung der Bauentwurfsunterlagen gemäß Paragraph 31, Eisenbahngesetz 1957, EisBG, und Planprüfung Projektierung, Erfüllung der Auflagen aus Baugenehmigung)

2) FAT Factory Acceptance Test („Werksabnahme“)

3) Zuordnungsprüfung/Prüfung der Außenanlagen;

4) Mess- und Einstellfahrten;

5) Abnahmeprüfung Gesamtanlage.“

In Punkt 1.2.3 lit. a der WSTW 9310 Teil 1 wird zur technischen Leistungsfähigkeit die Vorlage folgender Referenzen gefordert: In Punkt 1.2.3 Litera a, der WSTW 9310 Teil 1 wird zur technischen Leistungsfähigkeit die Vorlage folgender Referenzen gefordert:

„Der Bieter hat folgendes Eignungskriterium „Referenzen“ nachzuweisen:

Drei Referenzen über die gutachterliche Abnahme:

.) einer LZB im U-Bahnbereich und/oder eines elektronischen Stellwerks im Bereich der U-Bahn oder Eisenbahn im Nah- und Fernverkehr

.) Datum des Gutachtens für die Inbetriebnahme des referenzgegenständlichen Systems nach dem 1.1.2010 (inklusive).

Für beide Bereiche (gutachterliche Abnahme eines LZB bzw. gutachterliche Abnahme eines Stellwerks) ist zumindest eine Referenz vorzulegen, wobei eine Referenz, die beide Bereiche abdeckt, als zwei Referenzen gewertet werden.“

In Punkt 1.2.3. lit b der WSTW 9310 Teil 1 wird zum Eignungskriterium Personalausstattung festgelegt, dass folgendes Schlüsselpersonal nachzuweisen ist: In Punkt 1.2.3. Litera b, der WSTW 9310 Teil 1 wird zum Eignungskriterium Personalausstattung festgelegt, dass folgendes Schlüsselpersonal nachzuweisen ist:

„Schlüsselpersonal:

.) 1 deutsch sprechende(r)/Ziviltechniker/in (Gutachter im Bereich Zugsicherung) und

.) mindestens 2 deutsch sprechende Abnahmebevollmächtigte (Stellvertreter) jeweils mit Befähigung und Berechtigung zugssicherungstechnische Anlagen abzunehmen.

Für das Schlüsselpersonal ist je ein einschlägiges Referenzprojekt gemäß Punkt 1.2.3a) nachzuweisen (Formblatt). Bei den Abnahmebevollmächtigten ist eine Referenz betreffend die Mitwirkung an einer gutachterlichen Abnahme ausreichend.

Anmerkung: Der Bieter hat im Angebot den Ziviltechniker und die Abnahmebevollmächtigten zu nennen und ist an diese Nennung gebunden.“

Aufgrund einer Nachfrage der Antragstellerin vom 24.4.2015 erfolgte die Fragebeantwortung vom 30.4.2015, in der zu Frage 01 (Inhalt der Referenzen gemäß Punkt 1.2.3. lit a WSTW 9310 Teil 1) und zu Frage 02 (Definition „gutachterliche Abnahme“ gemäß Punkt 1.2.3. lit a WSTW 9310 Teil 1) folgende Antworten gegeben wurden: Aufgrund einer Nachfrage der Antragstellerin vom 24.4.2015 erfolgte die Fragebeantwortung vom 30.4.2015, in der zu Frage 01 (Inhalt der Referenzen gemäß Punkt 1.2.3. Litera a, WSTW 9310 Teil 1) und zu Frage 02 (Definition „gutachterliche Abnahme“ gemäß Punkt 1.2.3. Litera a, WSTW 9310 Teil 1) folgende Antworten gegeben wurden:

„Antwort 01:

Es sind somit folgende Referenzen zulässig:

- Abnahmeprüfung einer LZB im U-Bahnbereich (Nahverkehr)
- Abnahmeprüfung an elektronischen Stellwerken im U-Bahnbereich (Nahverkehr)
- Abnahmeprüfungen an elektronischen Stellwerken der Eisenbahn (Fernverkehr).

Der Auftraggeber stellt klar, dass der Begriff Abnahmeprüfung kumulativ alle 5 in der Antwort zu Frage 2 dieses Dokumentes angeführten Punkte umfasst.“

„ Antwort 02:

Es ist ein Gesamtgutachten über alle Leistungspunkte (Planprüfung, FAT-Factory Acceptance Test, Zuordnungsprüfung/Prüfung der Außenanlagen, Mess- und Einstellfahrten und Abnahmeprüfung Gesamtanlage) zu erstellen (inkl. der Berücksichtigung der Forderungen des § 38 EisbAV für Erstinbetriebnahmen). Es ist ein Gesamtgutachten über alle Leistungspunkte (Planprüfung, FAT-Factory Acceptance Test, Zuordnungsprüfung/Prüfung der Außenanlagen, Mess- und Einstellfahrten und Abnahmeprüfung Gesamtanlage) zu erstellen (inkl. der Berücksichtigung der Forderungen des Paragraph 38, EisbAV für Erstinbetriebnahmen).

Der Auftraggeber stellt klar, dass nicht nur die Ausfertigung eines Gutachtens durch den als Schlüsselpersonal namhaft gemachten Ziviltechniker, sondern auch die Durchführung sämtlicher Abnahme- und Inbetriebnahmetätigkeiten durch die als Schlüsselpersonal namhaft gemachten Abnahmebevollmächtigten durchgeführt werden muss“.

Die Ausschreibung wurde bestandsfest. Es wurden drei Angebote gelegt.

Der Teilnahmeberechtigte legte seinem Angebot drei Referenzbestätigungen bei. Referenz I. umfasste einen Auftrag, der sowohl eine Linienzugsbeeinflussung (LZB), als auch ein elektronisches Stellwerk (ESTW) betraf, weshalb diese Referenz, wie in Punkt 1.2.3. lit a WSTW 9310 Teil 1 festgehalten, als zwei Referenzen gewertet wurde. Der Schwerpunkt dieses Referenzauftrages lag auf der gutachterlichen Abnahme eines behördlich bewilligten und in der Folge errichteten Projektes. Der Teilnahmeberechtigte legte seinem Angebot drei Referenzbestätigungen bei. Referenz römisch eins. umfasste einen Auftrag, der sowohl eine Linienzugsbeeinflussung (LZB), als auch ein elektronisches

Stellwerk (ESTW) betraf, weshalb diese Referenz, wie in Punkt 1.2.3. Litera a, WSTW 9310 Teil 1 festgehalten, als zwei Referenzen gewertet wurde. Der Schwerpunkt dieses Referenzauftrages lag auf der gutachterlichen Abnahme eines behördlich bewilligten und in der Folge errichteten Projektes.

Der Teilnahmeberechtigte hat die praktischen Prüfungen für die Abnahme durchgeführt und ein entsprechendes Gutachten erstellt, so dass die Bestätigung durch die gemäß § 40 EisbG ermächtigte Person des Eisenbahnunternehmens für die Inbetriebnahme der Anlage abgegeben werden konnte. Eine Planprüfung hat der Teilnahmeberechtigte insofern durchgeführt, als er die bewilligten Pläne für seine Abnahmetätigkeit nochmals detailliert prüfen musste, um feststellen zu können, ob die ausgeführte Anlage den bewilligten Plänen entsprach. Der Teilnahmeberechtigte führte im Rahmen dieses Projektes auch die Mess- und Einstellfahrten durch, wobei er bzw. sein Abnahmebevollmächtigter bei den Fahrten ständig anwesend war und die erforderlichen Messungen durchgeführt hat. Der Teilnahmeberechtigte hat die praktischen Prüfungen für die Abnahme durchgeführt und ein entsprechendes Gutachten erstellt, so dass die Bestätigung durch die gemäß Paragraph 40, EisbG ermächtigte Person des Eisenbahnunternehmens für die Inbetriebnahme der Anlage abgegeben werden konnte. Eine Planprüfung hat der Teilnahmeberechtigte insofern durchgeführt, als er die bewilligten Pläne für seine Abnahmetätigkeit nochmals detailliert prüfen musste, um feststellen zu können, ob die ausgeführte Anlage den bewilligten Plänen entsprach. Der Teilnahmeberechtigte führte im Rahmen dieses Projektes auch die Mess- und Einstellfahrten durch, wobei er bzw. sein Abnahmebevollmächtigter bei den Fahrten ständig anwesend war und die erforderlichen Messungen durchgeführt hat.

Zu allen Referenzen erfolgte, wie aus dem im Vergabeakt erliegenden Prüfbericht zum Angebot des Teilnahmeberechtigten ersichtlich ist, eine Nachfrage der Antragsgegnerin an den Ansprechpartner der Referenzauftraggeberin hinsichtlich der bekanntgegebenen Abnahmebevollmächtigten. Weiters wurde der Umfang der Referenzen (LZB und/oder ESTW) geklärt. Zu Referenz II. wurde nachgefragt, ob dieses Projekt alle fünf Leistungspunkte umfasst habe. Dies wurde bestätigt. In einem Aktenvermerk („Besprechungsnotiz“), der im Vergabeakt ersichtlich ist, wurden die entsprechenden Fragen und die Antworten des Ansprechpartners der Referenzauftraggeberin dokumentiert. Zu allen Referenzen erfolgte, wie aus dem im Vergabeakt erliegenden Prüfbericht zum Angebot des Teilnahmeberechtigten ersichtlich ist, eine Nachfrage der Antragsgegnerin an den Ansprechpartner der Referenzauftraggeberin hinsichtlich der bekanntgegebenen Abnahmebevollmächtigten. Weiters wurde der Umfang der Referenzen (LZB und/oder ESTW) geklärt. Zu Referenz römisch zwei. wurde nachgefragt, ob dieses Projekt alle fünf Leistungspunkte umfasst habe. Dies wurde bestätigt. In einem Aktenvermerk („Besprechungsnotiz“), der im Vergabeakt ersichtlich ist, wurden die entsprechenden Fragen und die Antworten des Ansprechpartners der Referenzauftraggeberin dokumentiert.

Referenz III. wurde nicht weiter hinterfragt. Die Heranziehung dieser Referenz war nicht erforderlich, da der Teilnahmeberechtigte bereits mit den Referenzen I. und II. die erforderlichen Referenzen erbracht hatte. Referenz römisch drei. wurde nicht weiter hinterfragt. Die Heranziehung dieser Referenz war nicht erforderlich, da der Teilnahmeberechtigte bereits mit den Referenzen römisch eins. und römisch zwei. die erforderlichen Referenzen erbracht hatte.

Wie aus dem im Vergabeakt befindlichen Prüfprotokoll weiters hervorgeht, erfolgte auch eine zufriedenstellende Klärung hinsichtlich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Teilnahmeberechtigten.

Von der Antragstellerin unbestritten blieb, dass der Teilnahmeberechtigte Ziviltechniker ist. Als Abnahmebevollmächtigte wurden vom Teilnahmeberechtigten durch Ausfüllen der jeweiligen Formblätter zwei Personen mit den erforderlichen Referenzen bekanntgegeben. Diese sind dem Angebot des Teilnahmeberechtigten angeschlossen und befinden sich im Vergabeakt. Auf Nachfrage der Antragsgegnerin bestätigte der Teilnahmeberechtigte mit E-Mail vom 21.5.2015 die lückenlose Eignung seines Büros im Hinblick auf die Personalausstattung für die ausgeschriebenen Tätigkeiten. Einen Hinweis darauf, dass sich der Teilnahmeberechtigte eines Subunternehmers bedienen wollte, hat das Nachprüfungsverfahren nicht ergeben.

Am 8.5.2015 erfolgte die Angebotsöffnung, wobei Herr DI F. (in der Folge: Teilnahmeberechtigter) mit einem Angebotspreis von EUR 52*.***,** vor der Antragstellerin mit EUR 54*.***,** und der drittgereichten W. KG mit EUR 69*.***,- lag.

Mit E-Mail vom 30.6.2015 wurde der Antragstellerin auf ihr Ersuchen von der Antragsgegnerin der ihr Angebot betreffende Auszug aus dem Prüfbericht übermittelt. Die Antragstellerin nahm beim Verwaltungsgericht Wien Akteneinsicht in dem im Akt ersichtlichen Umfang.

In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes festzuhalten:

Gemäß § 7 Abs. 2 Z 2 WVRG 2014 ist das Verwaltungsgericht Wien bis zur Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht u.a. zur Nichtigkeitserklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (§ 24) geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig. Gemäß Paragraph 7, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2014 ist das Verwaltungsgericht Wien bis zur Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht u.a. zur Nichtigkeitserklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (Paragraph 24,) geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

Das Verwaltungsgericht Wien hat gemäß § 11 WVRG 2014 auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen. Die Verhandlung kann entfallen, wenn der verfahrenseinleitende Antrag zurückzuweisen ist, bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder, dass er abzuweisen ist, oder das Verwaltungsgericht Wien einen sonstigen verfahrensrechtlichen Beschluss zu erlassen hat. Das Verwaltungsgericht Wien hat gemäß Paragraph 11, WVRG 2014 auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen. Die Verhandlung kann entfallen, wenn der verfahrenseinleitende Antrag zurückzuweisen ist, bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder, dass er abzuweisen ist, oder das Verwaltungsgericht Wien einen sonstigen verfahrensrechtlichen Beschluss zu erlassen hat.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2014 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeitserklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (§ 2 Z 16 lit. a BVergG 2006) der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr oder ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Dem Antrag auf Nichtigkeitserklärung kommt keine aufschiebende Wirkung für das betreffende Verfahren zur Vergabe von Aufträgen zu. Nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen (§ 2 Z 16 lit. b BVergG 2006) können nur gemeinsam mit der ihnen jeweils nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung angefochten werden. Dies gilt in gleicher Weise für Nichtigkeitsverfahren betreffend die Vergabe von Aufträgen nach dem BVergGVS 2012. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2014 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeitserklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVergG 2006) der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr oder ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Dem Antrag auf Nichtigkeitserklärung kommt keine aufschiebende Wirkung für das betreffende Verfahren zur Vergabe von Aufträgen zu. Nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera b, BVergG 2006) können nur gemeinsam mit der ihnen jeweils nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung angefochten werden. Dies gilt in gleicher Weise für Nichtigkeitsverfahren betreffend die Vergabe von Aufträgen nach dem BVergGVS 2012.

Gemäß § 23 Abs. 1 WVRG 2014 hat ein Antrag gemäß § 20 Abs. 1 jedenfalls zu enthalten. Gemäß Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2014 hat ein Antrag gemäß Paragraph 20, Absatz eins, jedenfalls zu enthalten:

1.
die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens und der angefochtenen Entscheidung,
2.
die genaue Bezeichnung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers und der Antragstellerin oder des Antragstellers, jeweils einschließlich deren Faxnummer oder elektronischer Adresse,
- 3.

eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes einschließlich des Interesses am Vertragsabschluss,

4.

Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für die Antragstellerin oder den Antragsteller,

5.

die bestimmte Bezeichnung des Rechts, in dem sich die Antragstellerin oder der Antragsteller als verletzt erachtet,

6.

die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt,

7.

einen Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung,

8.

die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde, und

9.

im Fall eines Antrags auf Nichtigerklärung einer Zuschlagsentscheidung, die Zuschlagsempfängerin oder den Zuschlagsempfänger mit Anschrift und – soweit vorhanden – Faxnummer oder elektronischer Adresse.

Gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG 2006 sind im offenen Verfahren folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen gesondert anfechtbar: Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006 sind im offenen Verfahren folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen gesondert anfechtbar:

die Ausschreibung; sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;

Vom Verwaltungsgericht Wien wurde Folgendes erwogen:

Zu der von der Antragstellerin aufgeworfenen Frage, inwiefern ihr Akteneinsicht zu gewähren ist, ist zunächst festzuhalten, dass von der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag „Einsicht in den Vergabeakt“ beantragt wurde. Bereits von der Antragsgegnerin wurde der Antragstellerin mit E-Mail vom 30.6.2015 auf ihr Ersuchen der ihr Angebot betreffende Auszug aus dem Prüfbericht übermittelt. Am 24.7.2015 nahm die Antragstellerin weiters Akteneinsicht beim Verwaltungsgericht Wien, wobei ihr, in Entsprechung des Antrages der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 3.7.2015, Akteneinsicht hinsichtlich der ihr Angebot betreffenden Teile des Vergabeaktes gewährt wurde. Dies wurde von der Antragstellerin auch nicht beeinsprucht.

Das Telefonprotokoll vom 12.6.2015, in das die Antragstellerin ebenfalls Akteneinsicht begehrt hat, ist im gegenständlichen Verfahren nicht entscheidungsrelevant. Die Frage, ob in dieses Telefonprotokoll im Nachprüfungsverfahren vor dem Verwaltungsgericht Wien Akteneinsicht zu gewähren ist, wurde daher im Erkenntnis betreffend den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung (zu Zahl VGW-123/072/7708/2015) behandelt.

Der im Nachprüfungsverfahren zur Zuschlagsentscheidung ergangene Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 3.7.2015 wurde der Antragstellerin mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung zur Kenntnis übermittelt. Sie hatte Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen. In diesem Schriftsatz wurde vor den Übermittlung an die Antragstellerin einige Passagen unkenntlich gemacht, da sie Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse des Teilnahmeberechtigten enthielten. Dabei handelt es sich zunächst um Absatz drei und vier der Randnummer 4.2.2., in denen über den Umfang eines Verbesserungsauftrages bzw. der Verbesserung hinsichtlich der Referenzen I. bis III. und eine Nachfrage zur Referenz II. berichtet wird. Aus diesen Referenzen könnte auf Details der Geschäftstätigkeit des Teilnahmeberechtigten geschlossen werden, weshalb sie Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse darstellen und von der Antragsgegnerin als „vertraulich“ gekennzeichnet wurden. Ebenso wurde der von der Antragsgegnerin als Beweismittel beantragte Zeuge unkenntlich gemacht, da von der branchenkundigen Antragstellerin aus seiner Person auf die Referenzauftraggeberin geschlossen werden könnte. Der im Nachprüfungsverfahren zur Zuschlagsentscheidung ergangene Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 3.7.2015 wurde der Antragstellerin mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung zur Kenntnis übermittelt. Sie hatte Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen. In diesem Schriftsatz wurde vor den Übermittlung an die Antragstellerin einige Passagen unkenntlich gemacht, da sie Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse des Teilnahmeberechtigten enthielten. Dabei handelt es sich zunächst um Absatz drei und vier der Randnummer 4.2.2., in denen über den Umfang eines Verbesserungsauftrages bzw. der Verbesserung hinsichtlich der Referenzen römisch

eins. bis römisch drei. und eine Nachfrage zur Referenz römisch zwei. berichtet wird. Aus diesen Referenzen könnte auf Details der Geschäftstätigkeit des Teilnahmeberechtigten geschlossen werden, weshalb sie Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse darstellen und von der Antragsgegnerin als „vertraulich“ gekennzeichnet wurden. Ebenso wurde der von der Antragsgegnerin als Beweismittel beantragte Zeuge unkenntlich gemacht, da von der branchenkundigen Antragstellerin aus seiner Person auf die Referenzauftraggeberin geschlossen werden könnte.

Weiters wurde Randziffer 4.3.2. unkenntlich gemacht, die sich mit dem vom Teilnahmeberechtigten bekannt gegebenen Ziviltechniker und den Abnahmebevollmächtigten beschäftigt. Auch dabei handelt es sich um Angebotsinhalte, deren Bekanntgabe eine Verletzung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen des Teilnahmeberechtigten darstellen würde.

Schließlich wurden aus denselben Gründen die letzten drei Absätze der Randziffer 5 unkenntlich gemacht, in denen die Frage erörtert wird, woraus die Antragsgegnerin schließt, dass die Drittgereichte ihrer Verpflichtung, einen Ziviltechniker zu nennen, doch nachgekommen ist.

Zu den oben angeführten Schwärzungen ist festzuhalten, dass der Antragstellerin dadurch nicht die Möglichkeit einer effizienten Rechtsverfolgung genommen wurde. Ihre sehr konkret formulierten Bedenken zur technischen Leistungsfähigkeit der Mitbieter wurden in der mündlichen Verhandlung aufgegriffen und (zum Teil unter Ausschluss der Antragstellerin) entsprechende Beweise durch Einsichtnahme in den Vergabeakt, Nachfrage bei der Antragsgegnerin bzw. Einholung der Zeugenaussage der von der Referenzauftraggeberin des Teilnahmeberechtigten bekanntgegebenen Ansprechperson aufgenommen. Die Zeugenaussage war sachlich und glaubwürdig. Es gab keinen Grund, daran zu zweifeln, dass der Zeuge wahrheitsgemäß ausgesagt hat. Die Beweisergebnisse widersprachen nicht dem Inhalt des Vergabeaktes. Sie wurden im Akt des Nachprüfungsverfahrens dokumentiert und der Entscheidung des Verwaltungsgerichts Wien zu Grunde gelegt.

Die Antragstellerin hat im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren grundsätzlich keine Antragslegitimation, da ihr Angebot ausgeschieden wurde und diese Ausscheidensentscheidung vom Verwaltungsgericht Wien zur Zahl VGW-123/072/7708/2015 bestätigt wurde. Ihr Angebot kommt für den Zuschlag nicht mehr in Frage. Sie könnte folglich, selbst für den Fall, dass die Zuschlagsentscheidung aufgehoben würde, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht bekommen. Es mangelt ihr an einem drohenden oder bereits eingetretenen Schaden im Sinne des § 23 Abs. 1 Z 4 WVRG 2014. Die Antragstellerin hat im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren grundsätzlich keine Antragslegitimation, da ihr Angebot ausgeschieden wurde und diese Ausscheidensentscheidung vom Verwaltungsgericht Wien zur Zahl VGW-123/072/7708/2015 bestätigt wurde. Ihr Angebot kommt für den Zuschlag nicht mehr in Frage. Sie könnte folglich, selbst für den Fall, dass die Zuschlagsentscheidung aufgehoben würde, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht bekommen. Es mangelt ihr an einem drohenden oder bereits eingetretenen Schaden im Sinne des Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer 4, WVRG 2014.

Wenn die Antragstellerin behauptet, es seien im gegenständlichen Vergabeverfahren alle Angebote auszuscheiden, weil auch der Teilnahmeberechtigte und die Drittgereichte die technische Leistungsfähigkeit nicht ausreichend nachgewiesen hätten, ist dem Folgendes entgegenzuhalten:

Aus der von der Antragstellerin zitierten Entscheidung des EuGH vom 4.7.2013, C-100/12 („Fastweb“) ergibt sich, dass auch einem auszuscheidenden Bieter Antragslegitimation hinsichtlich der Zuschlagsentscheidung zukommt, wenn bei zwei Bietern auch der präsumtive Zuschlagsempfänger auszuscheiden ist bzw. bei mehreren Bietern alle Bieter auszuscheiden sind, und der antragstellende Bieter dies im Nachprüfungsverfahren geltend macht. Hintergrund dieser Rechtsansicht ist, dass eine willkürliche Entscheidung des Auftraggebers in der Form einer Zuschlagserteilung an einen der auszuscheidenden Bieter verhindert werden soll, gegen die den Bietern kein Rechtsschutz zustehen würde, wenn ihnen die Antragslegitimation aufgrund der Tatsache, dass ihre Angebote auszuscheiden sind, aberkannt wird.

Diese Situation liegt jedoch im gegenständlichen Fall nicht vor. Laut Ausschreibungsunterlagen, die mit der Fragebeantwortung vom 30.4.2015 konkretisiert wurden, hatten die Bieter als Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit drei Referenzen vorzulegen, von denen sich zumindest eine auf eine LZB und eine auf ein ESTW beziehen musste. Diese Referenzen mussten kumulativ die fünf in der Leistungsbeschreibung genannten Leistungspunkte (Planprüfung, FAT Factory Acceptance Test, Zuordnungsprüfung/Prüfung der Außenanlagen, Mess- und Einstellfahrten und Abnahmeprüfung Gesamtanlage) umfassen. Referenzen, die sowohl eine LZB als auch ein ESTW umfassen, waren doppelt anzurechnen.

Wie von der Antragstellerin in ihrer Frage 02 korrekt angenommen und von der Antragsgegnerin in der Fragebeantwortung vom 30.4.2015 bestätigt, ist der Inhalt des Begriffes „gutachterliche Abnahme“ anhand der im Leistungsbild genannten fünf Teilleistungen zu bestimmen. Diese Leistungsbeschreibung ist mit „Leistungsbeschreibung Abnahmeprüfungen“ überschrieben, woraus sich ergibt, dass die Tätigkeiten im Zusammenhang mit den Abnahmeprüfungen im Zentrum der nachzuweisenden Referenzaufträge stehen mussten.

Zentraler Aspekt der nachzuweisenden Referenzaufträge war damit die Durchführung der in den Leistungspunkten 2.) bis 5.) festgehaltenen praktischen Prüfungen.

Im Rahmen der Prüftätigkeiten hatte aber auch eine Planprüfung zu erfolgen, die der im Zuge der Erstellung eines Gutachtens zur Erlangung einer eisenbahnrechtlichen Bau- und Betriebsbewilligung durchzuführenden Planprüfung in ihrem Umfang gleichzuhalten ist. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Prüfer im Zuge seiner Gutachtertätigkeit die Übereinstimmung der bewilligten Pläne mit dem ausgeführten Projekt zu kontrollieren, allfällige Mängelbehebungen zu veranlassen und ein entsprechendes Abschlussgutachten zu erstellen hat.

In der mündlichen Verhandlung erklärte die Antragsgegnerin den von ihr geforderten Umfang der Referenzen damit, dass im Zuge der Ausschreibung bei der Formulierung des Umfangs der vorzulegenden Referenzen besonderes Gewicht auf die Tätigkeiten gelegt wurde, die mit der Abnahme von LZB und von eisenbahnsicherungstechnischen Anlagen in Verbindung stehen, da der zu vergebende Auftrag diesen Bereich umfasst und geprüft werden sollte, ob die Bieter solche Projekte bereits vollumfänglich durchgeführt hatten und folglich das Personal und die Kapazität zur ordnungsgemäßen Ausführung des ausschreibungsgegenständlichen Auftrags aufwiesen.

Der Teilnahmeberechtigte hat seinem Angebot drei Referenzen angeschlossen. Nach Überprüfung dieser Referenzen durch die Antragsgegnerin, die im Vergabeakt dokumentiert ist, ergab sich, dass der Teilnahmeberechtigte zumindest eine Referenz zu einer gutachterlichen Abnahme eines ESTW und zwei Referenzen zu gutachterlichen Abnahmen von LZB im geforderten Umfang nachweisen konnte, bei denen die praktischen Prüfungen durch die Abnahmebevollmächtigten des Teilnahmeberechtigten durchgeführt wurden und darauf gestützt ein Gutachten durch den Teilnahmeberechtigten in seiner Funktion als Ziviltechniker abgegeben wurde.

Der Teilnahmeberechtigte gab weiters zwei Abnahmebevollmächtigte bekannt. Das Beweisverfahren ergab keinen Hinweis darauf, dass es sich dabei um Subunternehmer gehandelt hätte. Ebenso wenig ergab sich ein Hinweis darauf, dass es im Zuge des Vergabeverfahrens zu einem Austausch der namhaft gemachten Abnahmebevollmächtigten gekommen wäre, weshalb auf das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin nicht näher einzugehen war, zumal die Antragstellerin ihr Vorbringen lediglich darauf stützt, dass Personen, die zunächst auf der Website des Teilnahmeberechtigten als Mitarbeiter angeführt waren, nach einer Neugestaltung der Website dort nicht mehr vorzufinden waren, und die verbleibende Person als „Konsulent“ bezeichnet wurde. Festgehalten werden kann jedenfalls, dass die als „Konsulent“ bezeichnete Person nicht als Abnahmebevollmächtigter namhaft gemacht wurde.

Das Nachprüfungsverfahren hat somit die von der Antragstellerin gegen die technische Leistungsfähigkeit des Teilnahmeberechtigten erhobenen Bedenken nicht bestätigt. Auch andere Ausscheidungsgründe hinsichtlich des Angebots des Teilnahmeberechtigten sind aus dem Vergabeakt nicht ersichtlich.

Da das Angebot des Teilnahmeberechtigten daher zu Recht im Vergabeverfahren verblieb, lag eine Antragslegitimation der Antragstellerin zur Nachprüfung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung aus hinsichtlich der vom EuGH im Erkenntnis Fastweb getroffenen Überlegungen schon aus diesem Grund nicht vor. Eine nähere Überprüfung des Angebotes der drittgerihten Bieterin konnte daher unterbleiben.

Da der Antragstellerin aus den oben dargestellten Erwägungen keine Antragslegitimation im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zukam, war ihr Antrag spruchgemäß zurückzuweisen.

Die von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren waren von dieser selbst zu tragen, da ein Gebührenersatz gemäß § 16 WVRG 2014 nur dann stattzufinden hat, wenn die Antragstellerin zumindest teilweise obsiegt. Die von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren waren von dieser selbst zu tragen, da ein Gebührenersatz gemäß Paragraph 16, WVRG 2014 nur dann stattzufinden hat, wenn die Antragstellerin zumindest teilweise obsiegt.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision

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. 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

Mangels Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren war der Antrag zurückzuweisen.

Keine Vergleichbarkeit mit Rs „Fastweb“

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2015:VGW.123.072.7114.2015

Zuletzt aktualisiert am

15.12.2015

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