

TE Lvwg Erkenntnis 2014/5/6 VGW-123/061/10233/2014

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 06.05.2014

Entscheidungsdatum

06.05.2014

Index

40/01 Verwaltungsverfahren

97 Öffentliches Auftragswesen

L72009 Beschaffung Vergabe Wien

Norm

WVRG 2014 §1 Abs1 Z1

WVRG 2014 §2 Abs4

WVRG 2014 §7 Abs2 Z2

WVRG §13 Abs1

WVRG §16 Abs1

WVRG §20 Abs1

WVRG §26 Abs1 Z1

WVRG §26 Abs1 Z2

WVRG §41 Abs1

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa,

BVergG 2006 §69 Z1

BVergG 2006 §70 Abs1

BVergG 2006 §75 Abs1

BVergG 2006 §75 Abs2

BVergG 2006 §75 Abs3

BVergG 2006 §75 Abs6

BVergG 2006 §76

BVergG §83 Abs3

BVergG §129 Abs1 Z7

VwGG §25a

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 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

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

5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

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

3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

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

3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

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

3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

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

3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 76 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 76 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG Art. 2 § 83 gültig von 01.09.2002 bis 31.01.2006 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 17/2006

1. BVergG Art. 2 § 129 gültig von 01.09.2002 bis 31.01.2006 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 17/2006

1. VwGG § 25a heute

2. VwGG § 25a gültig ab 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2023

3. VwGG § 25a gültig von 01.01.2017 bis 20.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017

4. VwGG § 25a gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch Dr. Neumann als Vorsitzenden, Mag. Schreiner-Hasberger als Berichterin und Mag. Fischer als Beisitzer über die Beschwerde der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwalts-GmbH, Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe von einer „RV für Bauleistungen - Gebiet 2 – Bez. 3, 10, 11, 12, 23“, Errichtung von Beleuchtungsanlagen, Ausschreibungsnummer MA 33 – VB-00/083927/2013 in Wien, durch die Stadt Wien, Magistratsabteilung 33 – Wien Leuchtet, Senngasse 2, 1110 Wien, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13.3.2014, zu Recht erkannt:

I. Die Beschwerde der A. GmbH, Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung vom 20.12.2013, wird abgewiesen. römisch eins. Die Beschwerde der A. GmbH, Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung vom 20.12.2013, wird abgewiesen.

II. Der Antrag, das Verwaltungsgericht möge die Antragsgegnerin verpflichten, der Antragstellerin die Pauschalgebühren für die Beschwerde binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Händen ihres ausgewiesenen Rechtsvertreters zu ersetzen, wird abgewiesen. römisch zwei. Der Antrag, das Verwaltungsgericht möge die Antragsgegnerin verpflichten, der Antragstellerin die Pauschalgebühren für die Beschwerde binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Händen ihres ausgewiesenen Rechtsvertreters zu ersetzen, wird abgewiesen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.römisch drei. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1 Z 1, 2 Abs. 4, 7 Abs. 2 Z 2, 13 Abs. 1, 16 Abs. 1, 20 Abs. 1, 26 Abs. 1 Z 1 und 2 und 41 Abs. 1 WVRG 2014, §§ 2 Z 16 lit. a sublit.aa, 69 Z 1, 70 Abs. 1, 75 Abs. 1, 2, 3 und 6, 76, 83 Abs. 3, 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006, § 25a VwGGRechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, Ziffer eins, 2, Absatz 4, 7, Absatz 2, Ziffer 2, 13, Absatz eins, 16, Absatz eins, 20, Absatz eins, 26, Absatz eins, Ziffer eins und 2 und 41 Absatz eins, WVRG 2014, Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 69 Ziffer eins, 70, Absatz eins, 75, Absatz eins, 2, 3 und 6, 76, 83 Absatz 3, 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006, Paragraph 25 a, VwGG

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

I. Zuständigkeit:römisch eins. Zuständigkeit:

Gemäß § 41 Abs. 1 WVRG 2014 sind die mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beim Vergabekontrollsenat anhängigen Verfahren nach den Bestimmungen dieses Landesgesetzes beim Verwaltungsgericht Wien fortzuführen.Gemäß Paragraph 41, Absatz eins, WVRG 2014 sind die mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beim Vergabekontrollsenat anhängigen Verfahren nach den Bestimmungen dieses Landesgesetzes beim Verwaltungsgericht Wien fortzuführen.

Gemäß § 2 Abs. 4 WVRG 2014 entscheidet das Verwaltungsgericht Wien in Nichtigerklärungsverfahren und Feststellungsverfahren durch Senate. Entscheidungen über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen und gesonderte Entscheidungen über den Gebührenersatz in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren sowie Entscheidungen über Zeuginnen- oder Zeugen- und Sachverständigengebühren erfolgen durch Einzelrichterinnen oder Einzelrichter.Gemäß Paragraph 2, Absatz 4, WVRG 2014 entscheidet das Verwaltungsgericht Wien in Nichtigerklärungsverfahren und Feststellungsverfahren durch Senate. Entscheidungen über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen und gesonderte Entscheidungen über den Gebührenersatz in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren sowie Entscheidungen über Zeuginnen- oder Zeugen- und Sachverständigengebühren erfolgen durch Einzelrichterinnen oder Einzelrichter.

Mit dem am 23.12.2013 beim Vergabekontrollsenat Wien eingelangten Schriftsatz beehrte die Antragstellerin (im Folgenden Ast) die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin (im Folgenden AG) vom 20.12.2013, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie Kostenersatz.

Über den Antrag (nunmehrige Beschwerde) wurde bis zum Ablauf des 31.12.2013 nicht entschieden.

Das Verfahren war sohin mit Ablauf des 31.12.2013 beim Vergabekontrollsenat Wien anhängig und ist nunmehr vom Verwaltungsgericht Wien fortzuführen.

Die Zuständigkeit des Senates ergibt sich aus § 2 Abs. 4 WVRG 2014Die Zuständigkeit des Senates ergibt sich aus Paragraph 2, Absatz 4, WVRG 2014.

II. Zur Sache:römisch zwei. Zur Sache:

1. Die A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwalts-GmbH, brachte mit Schriftsatz vom 23.12.2013 per E-Mail, eingelangt am 23.12.2013, einen Antrag auf Nichtigerklärung sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach den damals in Kraft stehenden Bestimmungen des Wiener Vergaberechtsschutzgesetzes 2007 beim Vergabekontrollsenat Wien ein. Beantragt wurden weiters Kostenersatz, Akteneinsicht und die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung.

Die Ast beehrte die Nichtigerklärung der übermittelten Entscheidung der AG vom 20.12.2013, nämlich der U. GmbH (präsumtive Zuschlagsempfängerin) im oben genannten Vergabeverfahren den Zuschlag erteilen zu wollen.

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Entscheidung des VKS Wien stattgegeben, die einstweilige Verfügung mit Bescheid vom 30.12. 2013 bis zur rechtskräftigen Beendigung des Nachprüfungsverfahrens erlassen.

Mit dem frist- und formgerecht eingebrachten Antrag, nunmehr Beschwerde, bekämpft die Ast die Zuschlagsentscheidung vom 20.12.2013, im Wesentlichen führt sie aus, die AG habe im April 2013 ein offenes Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung betreffend die Errichtung von Beleuchtungsanlagen für das sog.

„Gebiet 2“ als Bauauftrag eingeleitet, der Auftrag beziehe sich auf den 3., 10., 11., 12. und 23. Bezirk, die Rahmenvereinbarung solle auf max. drei Jahre abgeschlossen werden.

Das Vergabeverfahren sei nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 für den Oberschwellenbereich ausgeschrieben worden, als Frist für die Abgabe der Angebote sei der 31.5.2013, 10.00 Uhr, festgelegt worden, Uhrzeit der Angebotsöffnung sei 10:30 Uhr selber Tag gewesen.

Die ASt habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt und stehe aufgrund des Ergebnisses der Angebotsöffnung fest, dass sie hinter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der M. GmbH mit € 1.734.425,47 Drittgereihte sei. Aufgrund des beim VKS Wien bereits anhängig gewesenen Vergabeverfahrens zu GZ VKS – 617882/13 sei auch bekannt, dass die M. GmbH bereits ausgeschieden worden sei. Ihre Antragslegitimation sei sohin jedenfalls gegeben.

Diesem Vergabeverfahren sei die (erste) Zuschlagsentscheidung vom 8.8.2013 zugrunde gelegen, in welcher die U. GesmbH als präsumtive Zuschlagsempfängerin genannt worden sei. Diese sei mit Entscheidung des VKS Wien vom 3.10.2013 für nichtig erklärt worden. Mit der nunmehr angefochtenen Zuschlagsentscheidung vom 20.12.2013 beharre die AG auf einer – schon einmal für nichtig erklärten – Zuschlagsentscheidung. Dies sei unverständlich, da die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannten Referenzen ja nicht nachträglich ausschreibungskonform werden könnten.

Gemäß dem Formblatt MD BD – SR 75 (2013) in der Fassung der vorliegenden Ausschreibung hätten die Bieter ihre technische Leistungsfähigkeit nachzuweisen gehabt durch (Beilage 13.08.1 – Seite 2)

„Referenznachweis über die Errichtung von drei Verspannungsanlagen mit mindestens zwanzig Lichtpunkten.“

In Zusammenhang mit den Referenzanforderungen habe die AG in einer Anfragebeantwortung vom 21.5.2013 folgende Festlegung getroffen:

„Bei diesen ausgeschrieben Leistungen handelt es sich um Verspannungsarbeiten an den Verspannungsanlagen der öffentlichen Beleuchtung in Wien. Diese Verspannungsanlagen haben die Befestigungspunkte sowohl an den Hausfassaden der Gebäude entlang der jeweiligen Straßen, wie auch auf den (Spann)Masten. Die jeweilige Nutzung der Anlagen, ob als öffentliche Beleuchtung, als Effektivbeleuchtung ect., ist für die Leistungserfüllung nicht relevant.

Der Referenznachweis über die Errichtung der drei Verspannungsanlagen wird unabhängig der Erbringung in Einzelprojekten oder in einem Gesamt-Projekt bewertet. Ausschlaggebend ist eine Errichtung von mindestens drei Anlagen mit mindestens 20 Lichtpunkten in der Ausführung als Verspannungsvariante gemäß den Baurichtlinien Kapitel 3.“

Die Anfragebeantwortung sei Bestandteil der bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen.

Die U. GmbH verfüge nicht selbst über den geforderten Referenznachweis, das habe auch das bereits durchgeführte Nachprüfungsverfahren ergeben. Das Projekt W. sei zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht abgeschlossen gewesen und habe daher nicht gewertet werden dürfen. Es fehle der präsumtiven Zuschlagsempfängerin daher an der technischen Leistungsfähigkeit und hätte diese gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG ausgeschieden werden müssen. Die U. GmbH verfüge nicht selbst über den geforderten Referenznachweis, das habe auch das bereits durchgeführte Nachprüfungsverfahren ergeben. Das Projekt W. sei zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht abgeschlossen gewesen und habe daher nicht gewertet werden dürfen. Es fehle der präsumtiven Zuschlagsempfängerin daher an der technischen Leistungsfähigkeit und hätte diese gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ausgeschieden werden müssen.

Die ASt erachte sich durch die Zuschlagsentscheidung generell in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens und Teilnahme daran, insbesondere im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf Ausscheiden von auszuscheidenden Angeboten, im Recht auf Ausscheiden von nicht geeigneten Bietern, im Recht auf Zuschlagserteilung und in allen anderen subjektiven Rechten der AST, die sich aus der Gesamtheit des Vorbringens ergeben, verletzt.

Die U. GmbH als präsumtive Zuschlagsempfängerin erstattete mit Schriftsatz vom 3.1.2014 im Wesentlichen folgende „Begründete Einwendungen“:

Sie habe binnen offener Frist ein der Ausschreibung entsprechendes Angebot zu einem Angebotspreis von € 1.548.790,15, inklusive Umsatzsteuer gelegt. Daraufhin sei die (erste) Zuschlagsentscheidung vom 8.8.2013 ergangen.

Aufgrund des wegen des Nachprüfungsantrages der ASt eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens habe der VKS Wien mit seiner Entscheidung vom 3.10.2013 diese einzig und allein aus dem Grund für nichtig erklärt, weil eine hinreichende Dokumentation der geforderten Referenzen im Vergabeakt gefehlt habe. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge sehr wohl über ausreichend Referenzen. Nunmehr seien diese auch ausreichend dokumentiert worden und soll ihr erneut der Zuschlag erteilt werden.

Zu den vermeintlich fehlenden Referenzen führt die präsumtive Zuschlagsempfängerin aus, dass sich ein Unternehmer gemäß § 76 BVergG 2006 zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen stützen könne. Auch könne sich ein Bieter zum Nachweis auf Referenzen von Subunternehmern berufen (VwGH vom 24.9.2003, 2003/04/0093; BVA 24.10.1997, N/28/97-13). Zu den vermeintlich fehlenden Referenzen führt die präsumtive Zuschlagsempfängerin aus, dass sich ein Unternehmer gemäß Paragraph 76, BVergG 2006 zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen stützen könne. Auch könne sich ein Bieter zum Nachweis auf Referenzen von Subunternehmern berufen (VwGH vom 24.9.2003, 2003/04/0093; BVA 24.10.1997, N/28/97-13).

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe die G. GmbH und die E. Ges.m.bH. als Subunternehmer namhaft gemacht, Letztere sei eine 100% Tochtergesellschaft der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Weiters habe diese erklärt, auf die Subunternehmerinnen aus Gründen der Befugnis und der technischen Leistungsfähigkeit zurückzugreifen.

Die G. GmbH sei Spezialistin für den elektrischen Freileitungs- und Kabelleitungsbau und befasse sich mit dem Neu-, Aus- und Umbau von Hochspannungs-Freileitungen sowie Hochspannungs-Kabeltechnik, sei spezialisiert auf Komplettlösungen sowohl für Neubaumaßnahmen, als auch für Erweiterungs-, Instandhaltungs-, Sanierungs- und Modernisierungsmaßnahmen. Sie habe bereits eine Vielzahl vergleichbarer Objekte für die AG zur Zufriedenheit abgewickelt, selbst ohne das Projekt W. habe sie weit mehr als nur drei Verspannungsanlagen mit zusammen 20 Lichtpunkten errichtet.

Sie habe alle Referenzanforderungen, vor allem hinsichtlich des Referenzgegenstandes (Errichtung von Verspannungsanlagen der öffentlichen Beleuchtung in Wien samt Befestigungspunkten sowohl an den Hausfassaden der Gebäude entlang der jeweiligen Straßen, wie auch auf (Spann-)Masten mit mindestens 20 Lichtpunkten), der Referenzanzahl (mindestens drei Referenzen) und der zeitlichen Nähe (abgeschlossen innerhalb der letzten fünf Jahre) erfüllt.

Die AG erstattete mit beim VGW am 10.1.2014 eingelangten Schriftsatz folgende (zusammengefasste) Stellungnahme:

Nach Ausscheiden des Angebotes der M. GmbH sei die U. als präsumtive Zuschlagsempfängerin ausgewählt worden, da ihr Angebot als jenes mit dem niedrigsten Preis hervorgegangen sei. Die Dokumentation der Angebotsprüfung und die entsprechenden Niederschriften lägen dem Vergabeakt bei.

Die von der Subunternehmerin beigebrachten Referenzen für drei Verspannungsanlagen seien für die MA 33 erbracht worden.

Die Angabe im Angebotsformblatt MD BD-SR75 (2013) in der Beilage 13.08.1- Seite 2 von 20 Lichtpunkten sei eindeutig definiert und als gesamte Menge für drei Anlagen zu verstehen.

Seitens der AG werde es als notwendig erachtet, die Sprachbegriffe, die im Sprachgebrauch der MA 33 und auch der Kontrahenten verwendet würden, zu erörtern. Personen, die nicht im Alltag mit diesen Begriffen agieren, könnten aufgrund von Fehlinterpretationen der Begriffe nicht zutreffende Schlüsse aus den im Schriftsatz verwendeten Begrifflichkeiten ziehen.

Festzustellen sei, dass die ASt aufgrund der langjährigen Tätigkeit mit dem Sprachgebrauch der MA 33 vertraut sei und Fehlinterpretationen auszuschließen seien.

Straßenbeleuchtung (Wikipedia) sei Teil der Straßenausstattung und diene zur künstlichen Beleuchtung von Straßen, Plätzen oder Freiräumen.

Verspannungsanlage oder Überspannungsanlage

Dieser Begriff käme aus dem Sprachgebrauch der öffentlichen Beleuchtung und bedeute: Beleuchtungskörper über

der Nutzebene der Straße, welche auf Stahldrähten montiert seien, die auf Fassaden oder Spannmasten befestigt seien. Diese Art der Straßenbeleuchtung sei in Wien eine sehr verbreitete Straßenausstattung, da die Nutzebene der Straße nicht durch Lichtständer in Anspruch genommen werde und somit der Straßenquerschnitt nicht zusätzlich belastet würde. Ebenso käme diese Art der Beleuchtung über Straßenbahnschienen auch in Verbindung mit Spannmasten zur Anwendung.

Lichtmastanlage

Dieser Begriff käme aus dem Sprachgebrauch der öffentlichen Beleuchtung und bedeute: Als Lichtmastanlagen würden Beleuchtungsanlagen bezeichnet, wo die Leuchtkörper direkt von einem Lichtständer getragen würden.

Instandhaltung (Wikipedia)

Die Instandhaltung (engl. Maintenance) von technischen Systemen, Bauelementen, Geräten und Betriebsmittel soll sicherstellen, dass der funktionsfähige Zustand erhalten bleibt oder bei Ausfall wieder hergestellt wird.

Im Sprachgebrauch der MA 33 würde dieser Begriff Instandhaltung auch für die überwiegende Erneuerung von Bestandsanlagen (Anlagen die bestehen und betrieben werden) herangezogen. Die Arbeiten seien direkt vergleichbar mit der Errichtung einer Anlage, da alle Arbeitsschritte, die für eine Errichtung erforderlich seien, auch in der Instandhaltung erforderlich seien. Zusätzlich werde angemerkt, dass aus Sicht der MA 33 Instandhaltungsarbeiten wesentlich anspruchsvoller seien als die bloße Errichtung, da die technische Beurteilung der einzelnen Bauteile einen großen Sachverstand erfordern würden, der nur bei hochqualifizierten Mitarbeitern gesehen würde.

Errichtung (Wikipedia)

Bedeutung: Herstellung eines Bauwerks, Denkmals. Die Errichtung einer Anlage beinhaltet den Aufbau einer Anlage. Im Sprachgebrauch der MA 33 sei dieser Begriff eng mit der Herstellung von Neuanlagen verbunden und würde als Synonym für die erstmalige Errichtung einer Anlage verwendet.

Ebenfalls sei im Sprachgebrauch der MA 33 der Umbau von Anlagen in Bereichen, in denen es bereits eine Beleuchtung gab als Errichtung definiert. Diese Umbaumaßnahmen unterteilten sich in Demontagearbeiten der bestehenden, sowie dem Neubau der „neuen“ Beleuchtungsanlage. Im Zuge dieser Maßnahmen würden aus wirtschaftlichen Gründen nicht die kompletten bestehenden Anlagenteile skartiert, sondern jene Anlagenteile weiterverwendet, welche sich in einem ordnungsgemäßen Zustand befänden.

Anlage

Als Anlage werde in der Technik eine planvolle Zusammenstellung von in räumlichem Zusammenhang stehenden Maschinen oder Geräten bezeichnet. Die Maschinen bzw. Geräte könnten funktional, steuerungstechnisch oder sicherheitstechnisch miteinander verknüpft sein.

Im Sprachgebrauch der MA 33 sei mit dem Begriff Anlage eine Vielzahl von Leuchten inkl. der erforderlichen Kabel und des Tragsystems (Lichtständer, Verspannung, ect.) verbunden. In aller Regel beinhalte eine Anlage eine variable Anzahl von Leuchten und eine situativ erforderliche Anzahl an Tragsystemelementen mit einer minimalen Anzahl von 1 Leuchte bis zu einer maximalen Anzahl von 40 Leuchten inkl. der entsprechenden elektrischen Versorgung. Die elektrische Versorgung würde als Kabelabgang bezeichnet.

Eine Anlage entspreche einem Kabelabgang und eine Adresse könne aus mehreren Anlagen bestehen. Dies bedeute, dass ein Projekt sich ebenfalls aus mehreren Anlagen zusammensetzen könne. In aller Regel bestehe die Beleuchtung einer Straße aus mehreren Anlagen (siehe Beilage 1).

Baurichtlinie

Diese umfasse mehrere Kapitel und stelle ein umfassendes Regelwerk für Standardanwendungen dar. Grundsätzlich lägen diese Richtlinien den Ausschreibungen der MA 33 bei und seien der ASt bekannt. Anzumerken sei, dass Abweichungen von den Baurichtlinien in Absprache mit der MA 33 durchaus gelebte Praxis seien, da die örtlichen Gegebenheiten, technische Notwendigkeiten oder wirtschaftliche Erfordernisse eine solche Vorgangsweise unabdinglich machten.

Die Referenzen seien entsprechend den vorstehenden Definitionen nochmals geprüft worden. Aufgrund der Entscheidung des VKS Wien vom 30.10.2013 seien die Referenzen nochmals gemeinsam mit einem externen

qualifizierten Fachmann verifiziert und die mit den Ausschreibungsunterlagen beigebrachten Referenzen erneut geprüft und entsprechend nachvollziehbar dokumentiert worden. Die MA 33 sei gemeinsam mit dem externen Fachmann zur Erkenntnis gekommen, dass zwar die Bieterin U. selbst nicht über die geforderten Referenzen verfüge, wohl aber die ordnungsgemäß in den Angebotsunterlagen genannte Subunternehmerin, die G. GmbH. Diese Art der Beibringung der Referenznachweise sei nach dem BVergG 2006, § 76, zulässig. Die Referenzen seien entsprechend den vorstehenden Definitionen nochmals geprüft worden. Aufgrund der Entscheidung des VKS Wien vom 30.10.2013 seien die Referenzen nochmals gemeinsam mit einem externen qualifizierten Fachmann verifiziert und die mit den Ausschreibungsunterlagen beigebrachten Referenzen erneut geprüft und entsprechend nachvollziehbar dokumentiert worden. Die MA 33 sei gemeinsam mit dem externen Fachmann zur Erkenntnis gekommen, dass zwar die Bieterin U. selbst nicht über die geforderten Referenzen verfüge, wohl aber die ordnungsgemäß in den Angebotsunterlagen genannte Subunternehmerin, die G. GmbH. Diese Art der Beibringung der Referenznachweise sei nach dem BVergG 2006, Paragraph 76,, zulässig.

Die Referenz Nr. 1 und Nr. 2 (D., J.) umfasse insgesamt drei Anlagen und 34 Lichtpunkte (siehe Beilage 2,3,4, und 5).

Die Ausschreibung LV/33 ..., die der angeführten Referenz zugrunde läge, führe aus budgetären Gründen die Bezeichnung „Instandhaltung Stahldraht“. Die Ausschreibung umfasse zwei Straßenzüge in Wien und zwar die D.-straße im Bereich ... und die J.-straße im Bereich

Das in der Ausschreibung enthaltene Leistungsbild umfasse alle, für eine Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit erforderlichen gewerkspezifischen Arbeiten, die auch in den erwähnten Baurichtlinien enthalten seien.

Anzumerken sei, dass die Kurzbezeichnung (Instandhaltung Stahldraht oder IH-Stahldraht) einer Ausschreibung durch die Zuordnung der bedeckenden Budgetansätze (Bezirksvoranschlag 2011 unter dem Haushaltskonto Instandhaltung Stahldraht (siehe Beilage 6)) motiviert sei, was in der Besonderheit der Budgetgebarung der Stadt Wien läge. Die Art der Arbeiten sei aus dem CPV Code 5 45316110 „Installation von Straßenbeleuchtungsanlagen“ zu entnehmen, der bei jeder Veröffentlichung einer Ausschreibung im Veröffentlichungsmedium bekannt gegeben werde. Dieser Umstand sei der ASt bekannt (Beilage 7).

Für die Würdigung der Referenz sei maßgeblich, dass die Fertigstellung und ordnungsgemäße Ausführung seitens der MA 33 mit der förmlichen Übernahme vom 10.1.2012 (siehe Beilage 8) bestätigt worden sei. Angemerkt würde, dass das vorliegende Übernahmeprotokoll keine Mängel enthalte.

Das Procedere einer Übernahme beinhalte die Prüfung der errichteten Gewerke hinsichtlich der ausschreibungsgemäßen Ausführungen, der handwerklichen Ausführung im Besonderen, der Konformität der Materialien mit der Ausschreibung, elektrotechnischen Sicherheit, Konformität mit der beigeestellten Planung, den Baurichtlinien der MA 33.

Im Zuge der Bauüberwachung würden während der Ausführung der Arbeiten die Qualitätskontrolle sowie eine laufende Mengenermittlung durchgeführt. Bei dieser Tätigkeit würde auch die gewissenhafte und technisch einwandfreie Ausführung kontrolliert und die Mengen mittels Aufmaßblätter dokumentiert (siehe Beilage 9 und 10). Die Übernahme der Anlage dokumentiere einerseits nochmals die einwandfreie Ausführung und andererseits würde die Anlage in das Eigentum der Stadt Wien übernommen. Würden geringfügige Mängel festgestellt, würden diese dokumentiert und mit einer Frist zur Behebung versehen, signifikante Mängel würden eine Übernahme behindern.

Hierzu werde ergänzend angemerkt, dass die Anlage seitens der MA 33 geplant worden sei und die Ausführung im Grundsatz den Baurichtlinien entspreche. Abweichungen bezüglich der Höhe seien aufgrund der wirtschaftlichen Erfordernisse geplant worden. Die Referenzen 3,4, und 5 seien von der MA 33 nicht weiter in Betracht gezogen worden, da mit den Referenzen 1 und 2 die Ausschreibungsbedingungen erfüllt seien.

Den Vorbringen der ASt bezüglich der Referenz „Projekt W.“ könne nicht gefolgt werden. Wie aus den Angebotsunterlagen ersichtlich, seien die Benennungen der Referenzprojekte von der U. GmbH an der dafür vorgesehenen Stelle ordnungsgemäß durchgeführt worden.

Nach eingehender Prüfung sei die MA 33 zu dem Ergebnis gekommen, dass mit den Verspannungsanlagen an der öffentlichen Beleuchtung in Wien, D., J. (Referenz Nr. 1 und Nr. 2) mit insgesamt drei Anlagen und 34 Lichtpunkten die Mindestanforderungen an die technische Leistungsfähigkeit der Errichtung von drei Verspannungsanlagen mit

mindestens 20 Lichtpunkten erfüllt sei.

Die Referenzen Nr. 1 und Nr. 2 alleine würden ausreichen, um die geforderten Referenzen von drei Anlagen mit mindestens 20 Lichtpunkten zu erfüllen (Details siehe Ordner „Rahmenvertrag Gebiet 3 Detaillierte Prüfung der Referenzen U. GmbH Ordner Nr. 1“) zu erfüllen.

Mit Schriftsatz vom 6.3.2014 äußerte sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin zusammengefasst dahingehend, dass das Projekt J./D. alle Anforderungen erfülle. Auch habe die G. GesmbH mit dem Projekt W. – G. ein weiteres Referenzprojekt im April 2013 fertiggestellt. Dieses sei am 3.5.2013 von der MA 33 übernommen worden, sohin vor Ablauf der Angebotsfrist am 31.5.2013.

Hinsichtlich der Referenzen verwies sie auf die Judikatur des VKS Wien (VKS Wien, VKS-2151/05 vom 22.7.2005).

Hinzuweisen sei auch auf die jüngste Judikatur des EuGH zum Grundsatz der Gleichbehandlung, wonach die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in den Verfahren zur Vergabe öffentlicher Auftraggeber keinen Zweck an sich darstelle, sondern aus dem Blickwinkel der mit ihm verfolgten Zielsetzungen begriffen werden müsse (EuGH Rs C-336/12, „Manova“, RPA 2014,34). Diese Aussage gelte für jeden vergaberechtlichen Grundsatz.

Jede Festlegung einer Ausschreibung müsse einer Sachlichkeitsprüfung standhalten, jedes Eignungskriterium müsse einer anerkannten Zielsetzung dienen und zu dieser in einer vernünftigen Relation stehen (VwGH vom 22.4.2010, 2008/04/0077; BVA 29.1.2010, N/0117-BVA/02/2009-24). Unsachliche, im Hinblick auf die Ausschreibung und den verfolgten Zweck nicht gerechtfertigte Festlegungen, seien vergaberechtswidrig. Wie der VwGH judiziere, seien Ausschreibungsbestimmungen jedenfalls gesetzeskonform, d.h. auch in Übereinstimmung mit dem Sachlichkeitsgebot auszulegen (VwGH vom 1.7.2010, 2007/04/0136).

Der Äußerung waren die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung vom 20.12.2013, das Aufklärungsschreiben der AG vom 16.5.2013 und ein „Bau-Tagesbericht“ vom 3.5.2013 betreffend das Projekt L.- W. in Kopie beigelegt.

2. In dieser Angelegenheit führte das Verwaltungsgericht Wien am 7.3.2014 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, zu der sowohl die ASt und die AG, deren rechtsfreundliche Vertretung und die rechtsfreundliche Vertretung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erschienen. Die Zeugen Guido S. und Werner H. blieben der Verhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung unentschuldigt fern.

Beweis wurde erhoben durch Akteneinsicht.

Die Parteien des Verfahrens wurden zum Beweis einvernommen und brachten durch ihren jeweiligen rechtsfreundlichen Vertreter Folgendes vor:

Der rechtsfreundliche Vertreter der ASt replizierte auf die bisher eingebrachten Schriftsätze der AG und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und führte aus, dass die AG und die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Nachhinein versuchten, die Ausschreibungsbedingungen dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin anzupassen. Dies sei im offenen Verfahren unzulässig und bedeute eine unzulässige Änderung der bestandsfesten Ausschreibung. Es wäre inhaltlich auch als eine unzulässige Angebotsänderung zu werten. Als Hinweis zum Verständnis der Ausschreibungsunterlagen der AG erlaube sich diese beispielsweise auf das von ihr namhaft gemachte Referenzprojekt „Mä.“, „T.“ sowie „K.“ hinzuweisen. Aus Sicht der ASt ist dies ein Referenzprojekt, mag es auch mehrere Straßen bzw. Adressen umfassen.

Der rechtsfreundliche Vertreter der ASt legte hinsichtlich des Referenzprojektes „J./D.“ vier Fotodokumentationen vor, welche als Beilage ./C bis ./F zum Akt genommen und verlesen wurden.

Er verwies darauf, dass an der Ecke Do.-straße ein Schaltschrank angebracht wäre, in welchen die Kabelabgänge 4 und 5 ersichtlich wären. Aus dem dokumentierten Anlagenbuch ergebe sich auch, dass es sich hier um eine Anlage handle. Es gebe auch nur ein Anlagenbuch sowie einen Schaltschrank dazu.

Die Fotodokumentationen wurden der AG und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zur Einsicht übergeben.

Der rechtsfreundliche Vertreter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bestritt das Vorbringen der ASt. Die vorgelegten Unterlagen gäben die drei errichteten verspannten elektrischen Beleuchtungsanlagen nicht vollständig wider. Soweit die präsumtive Zuschlagsempfängerin dies jetzt in der Kürze beurteilen könne, folge aus diesen Fotos insbesondere nicht, dass die G. GmbH in der D.-straße nur eine Verspannungsanlage errichtet hätte. Ausschreibungsunterlagen seien objektiv nach dem redlichen Verständnis eines sachkundigen Bieters auszulegen, so

auch die ggstdl. Referenzanforderung. Gegenstand der Ausschreibung sei die Errichtung von Straßenbeleuchtungsanlagen in der speziellen Variante als Verspannungsvariante. Die bloße Errichtung der Verdrahtung sei nicht Gegenstand der Ausschreibung. Das ergebe sich nicht nur aus dem Leistungsverzeichnis, sondern bereits aus der Bezeichnung des ausgeschriebenen Auftrages. Der Begriff „Verspannungsanlage“ iZm. der Referenzanforderung sei für einen im Straßenbeleuchtungsbau tätigen Bieter bei redlichem Verständnis nur als verspannte elektrische Beleuchtungsanlage zu verstehen. Dieses Verständnis entspreche dem branchenüblichen Sprachgebrauch, für die Anerkennung einer Referenz als ausschreibungskonform sei es irrelevant, ob der Bieter auch Planungsleistungen erbracht habe, zumal solche nicht Gegenstand des Leistungsverzeichnisses sind. Ebenso irrelevant sei, ob im Zuge eines Referenzprojektes Gabelkeilschrauben neu montiert worden seien, zumal die Montage von Gabelkeilschrauben beim ggstdl. Auftrag mit einem Anteil von 0,13 % an der Gesamtauftragssumme einen vollkommen zu vernachlässigenden Leistungsbestandteil darstellt. Dies ergebe sich aus Pos. 33 11 15A des Kurzleistungsverzeichnisses laut Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin. Die vertiefte Angebotsprüfung habe bestätigt, dass die präsuntiven Zuschlagsempfängerin in der J.-straße sowie in der D.-straße 3 Verspannungsanlagen mit zusammen mehr als 20 Lichtpunkten errichtet habe, sodass die Referenzanforderungen erfüllt seien.

Der rechtsfreundliche Vertreter der AG bestritt das Vorbringen der ASt zur Gänze. Zur Beilage .E werde angeführt, dass es sich hier nicht um ein Anlagenbuch handle. Es sei klar ersichtlich, dass es sich hier um eine Zündanzeige handle und dieses Dokument zudem mit 29.01.2014 datiert sei und nicht Bezug nehme auf den Zeitpunkt der Errichtung. Es handle sich hierbei sehr wohl um drei getrennte Anlagen, die in drei gesonderten Anlagenbüchern dokumentiert seien. Ansonsten werde auf das Vorbringen der präsuntiven Zuschlagsempfängerin verwiesen und werde dieses zum eigenen Vorbringen erhoben.

Die „richtigen“ Zündanzeigen seien mit 16.12.2011 getätigt worden, da sei die Anlage errichtet worden. Dies finde sich in den Prüfsakten.

Der rechtsfreundliche Vertreter der ASt bestritt dieses Vorbringen.

Die Aussagen der in der (Parallel)Verhandlung zur Zahl VGW-123/061/10234/2014 vernommenen Zeugen Ing. Gr. und Ing. Ho. wurden mit Zustimmung der Parteien verlesen und somit zum unmittelbaren Beweis erhoben.

Herr Ing. Gr., Bediensteter der Stadt Wien, Magistratsabteilung 33, wurde zum Beweis zeugenschaftlich einvernommen und sagte aus, er sei Fachbereichsleiter der MA 33 für Neubau und Umbau. Er habe die HTL Elektrotechnik absolviert.

Gegenstand des Projektes „J./D.“, das durch die G. GmbH durchgeführt wurde, sei die Demontage der kompletten Verspannungsanlage gewesen. Es sei von der G. GmbH eine Gabelkeilschraube ausgetauscht worden. Seiner Ansicht nach sei das Setzen der Gabelkeilschraube nicht wirklich hochwertig, man müsse ja nur ein Loch in das Mauerwerk bohren und die Schraube hineinbohren. Relevant sei hier das Festsetzen des Drahtes auf die Gabelkeilschraube. Das müsse ordentlich erfolgen. Es mache aber keinen Unterschied, ob man dies an der befestigten Schraube mache oder ob man die Schraube austausche.

Wenn er gefragt werde, warum dieses Projekt als „Instandhaltung Stahldraht“ betitelt wurde und andere Projekte - wie sich aus den Vergabeakten ergebe - als „Errichtung von Beleuchtungsanlagen“, gebe er an, das resultiere daraus, dass die Bezeichnung nicht eindeutig festgelegt gewesen sei. Die Leistung sei jedoch dieselbe.

Wenn er gefragt werde, warum die Definition der Anlage nirgendwo ausdrücklich festgelegt sei, dann gebe er an, die Definition ergebe sich grundsätzlich aus dem Sprachgebrauch der MA 33. Dieser Umstand der Definition sei in den neuen Baurechtlinien nachgeholt worden.

Die Anlage, die sich über den Kabelabgang definiere, gehe von der Abgangsklemme bis zum letzten Verbraucher. Es gäbe rund 14.000 solche einzelne Abgänge in Wien. Im Anlagenbuch sei dies auch definiert.

Wenn er gefragt werde, wieviele Lichtpunkte eine durchschnittliche Anlage habe, gebe er an, das hänge davon ab, wieviel Verbraucherleistung vorkommen dürfe und es hänge aber auch von den örtlichen Gegebenheiten ab. Er würde aber sagen, durchschnittlich 25 Lichtpunkte.

Befragt vom rechtsfreundlichen Vertreter der ASt gab der Zeuge weiters an, eine Verspannungsanlage sei jedenfalls eine elektrische Anlage. Wobei anzumerken sei, dass die Bezeichnung „Verspannungsanlage“ den Träger der elektrischen Versorgungsleitung benenne.

Eine Verspannungsanlage sei jedenfalls eine elektrische Anlage.

Der rechtsfreundliche Vertreter der ASt brachte vor, die MA 33 verkenne, dass als Nachweis der Mindestreferenzen die Errichtung von 3 Verspannungsanlagen gefordert worden sei. Es sei daher irrelevant, was unter einer elektrischen Anlage zu verstehen sei.

Herr Ing. Gr. brachte im Zeugenstand weiters vor, eine Verspannungsanlage bestehe einerseits aus mechanischen Bauteilen aber auch aus einer Isolierschleife, der die Aufgabe zukomme, die elektrische Versorgungsleitung zu isolieren. Daraus folge seines Erachtens klar, dass auch die Verspannungsanlage eine elektrische Anlage sei.

Auf die Frage des rechtsfreundlichen Vertreters der ASt, wie viele Gabelkeilschrauben es ungefähr in dem Projekt „J./D.“ gebe, gab der Zeuge an, dass es sich um mehr als 20 gehandelt habe, das sei sicher, aber er könne die Frage nicht abschließend beantworten.

Auf die Frage des rechtsfreundlichen Vertreters der ASt, ob es richtig sei, dass bei diesem Projekt von der G. nicht geprüft worden sei, wo eine Gabelkeilschraube neu zu setzen sei, führte der Zeuge aus, die Besprechung mit den Hauseigentümern mache die MA 33 grundsätzlich in jedem Projekt. Die G. habe den Sitz der bestehenden Gabelkeilschrauben geprüft. Sollten diese nicht passen, dann müssten sie neu gesetzt werden.

Auf die Frage des rechtsfreundlichen Vertreters der ASt, ob es zutreffend sei, dass die G. lediglich aufgrund der bestehenden Struktur gearbeitet und nur Stahldrähte ausgetauscht habe, gab der Zeuge an, das Verspannungsmuster habe sich im Wesentlichen nicht geändert.

Befragt von der Berichterin gab der Zeuge an, in diesem Projekt habe der Bieter den Sitz der Gabelkeilschraube prüfen und gegebenenfalls auch austauschen müssen. Das Verspannungsmuster sei allerdings von der MA 33 vorgegeben worden. Er könne allerdings nicht angeben, in welchem Verhältnis die Prüfung und der Austausch der Gabelkeilschrauben zum Gesamtangebot stünden. Wenn er gefragt werde, ob es richtig sei, dass im Projekt „J./D.“ die grundsätzliche Bauhöhe von 7-9 Meter unterschritten worden sei, gebe er an, das sei richtig. Das erkläre sich damit, dass dies eine bestehende Anlage sei und dass man das damals im Hinblick auf die Baurichtlinien, die ja eine Unterschreitung zuließen, so montiert habe. Aus budgetären Gründen werde bei einer Errichtung bzw. Instandhaltung Stahldraht – wie sie betitelt worden sei – an dieser Höhe nichts geändert. Dies sei in Wien generell so unabhängig vom Arbeitnehmer.

Befragt vom Beisitzer gab der Zeuge an, die MA 33 suche die Lampen aus, die dann bestimmten, welche Lichtverteilung vorläge, woraus sich dann die Situierung der Lampe ergebe, was zur Festlegung des Verspannungsmusters führe. Es gebe verschiedene Formen der Befestigung, etwa einen Standardquerdraht, der eine Verbindung von linker zu rechter Seite schaffe. Es gebe auch Polygonverspannungen; wenn bei einer solchen ein Punkt entfernt würde, halte die Verspannungsanlage nicht. Wie viele Lichtpunkte benötigt würden, hänge vom verwendeten Leuchtkörper ab. In diesem Bereich habe sich in letzter Zeit Einiges entwickelt, sodass jetzt häufig weniger Lichtpunkte notwendig seien und damit auch die benötigte Verspannungsanlage weniger aufwendig seien. Es wäre so, dass bezüglich des Projektes „J./D.“ die beiden Straßen insofern nichts miteinander zu tun hätten, als sich selbstständig tragende Verspannungseinheiten vorlägen. Konkret gesagt, lägen zwei Figuren vor, die völlig unabhängig voneinander seien, sodass für jede Figur die Verspannungen stimmen müssten, sodass die Trageeigenschaft gewährleistet sei. Die Figuren, die von der MA 33 jeweils vorgegeben würden, trügen sich in sich selbst. Im Bereich J.-straße gebe es 6 Querverspannungsdrähte und 4 Dreiecksverspannungen. Im Störfall würde auch immer nur ein Querdraht ausfallen.

Der rechtsfreundliche Vertreter der ASt wandte ein, die MA 33 verwechsle Figuren mit Verspannungsanlagen. Ausgeschrieben seien nicht Figuren, sondern der Nachweis von 3 Verspannungsanlagen worden. Diese lägen keinesfalls vor.

Der Zeuge gab daraufhin an, bei dem Projekt „J./D.“

gebe es jedenfalls 3 verspannte, elektrische Anlagen.

Auf die Frage des rechtsfreundlichen Vertreters der Teilhabeberechtigten, ob es zur Beurteilung der technischen Fähigkeit eines Unternehmens, ob dieses in der Lage sei, eine Beleuchtungsanlage zu errichten, eine Rolle spiele, ob diese Unternehmen Gabelkeilschrauben ausgetauscht habe, gab der Zeuge weiters an, das Unternehmen müsse den Sitz der Gabelkeilschraube prüfen. Das sei der relevante Punkt. Relevant sei die Prüfung des Sitzes der

Gabelkeilschraube, aber der Austausch an sich nicht.

Auf die Frage des rechtsfreundlichen Vertreters der Teilnahmeberechtigten, ob das Projekt „J./D.“ vom Leistungsbild her vergleichbar mit den ausgeschriebenen Leistungen sei, antwortete der Zeuge, die D.-straße sei von den Anforderungen her komplexer, weil sie eine Straßenbahn überspanne.

Auf die Frage des rechtsfreundlichen Vertreters der Teilnahmeberechtigten, ob es betreffend die technische Fähigkeit eines Bieters einen Unterschied mache, in welcher Höhe er die Verspannungsanlage ausführte, antwortete der Zeuge, das mache keinen Unterschied.

Der rechtsfreundliche Vertreter der ASt wandte ein, es sei völlig irrelevant, auf die technische Leistungsfähigkeit oder die Vergleichbarkeit der Projekte abzustellen. Ausschließlich maßgeblich sei die Ausschreibung, die bestandsfest sei und 3 Verspannungsanlagen gemäß Baurichtlinie Kap. 3 fordere. Daher sei es auch irrelevant, ob es im Hinblick auf die Höhe der Verspannungsdrähte besondere technische Herausforderungen gebe. Maßgeblich sei, dass die Mindesthöhen laut dieser Richtlinie eingehalten würden.

Herr Ing. Norbert Ho., Baumeister und Unternehmensberater, wurde zum Beweis zeugenschaftlich einvernommen und sagte aus, er sei Baumeister und Unternehmensberater und habe im Zuge dieses Vergabeverfahrens an der Erstellung der Kalkulation mitgewirkt. Ebenso bei der Prüfung der Referenzen und der vertieften Angebotsprüfung.

Auf die Frage des rechtsfreundlichen Vertreters, wie viele Verspannungsanlagen das Projekt enthielte, gab Zeuge an, so wie er das damals geprüft habe, seien bei diesem Projekt 3 Anlagen mit mehr als 20 Lichtpunkten vorhanden gewesen.

Befragt von der Berichterin gibt der Zeuge an, wenn er gefragt werde, welche Parameter er angewendet habe, um zur Ansicht zu gelangen, dass in diesem Projekt 3 Beleuchtungsanlagen in der Variante Verspannungsanlage vorliegen, gebe er an, das ergebe sich aus den ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen, eine Verspannungsanlage bestehe aus der Verspannungsdrahtfigur und aus der elektrischen Anlage. Wenn dies kumulativ vorläge, dann sei es eine Beleuchtungsanlage in der Variante Verspannungsanlage.

Befragt vom rechtsfreundlichen Vertreter der Teilnahmeberechtigten gab der Zeuge weiters an, ein Unternehmen dieser Branche müsse diese Definition „kennen“.

Der rechtsfreundliche Vertreter der ASt brachte abschließend vor, die heutige Verhandlung habe gezeigt, dass die Ausschreibungsunterlagen der MA 33 schlicht schlecht vorbereitet und in zahlreichen entscheidenden Punkten absolut unklar seien. Unklare Ausschreibungsbestimmungen gingen freilich immer zu Lasten der AG. Die Zeugenbefragung habe auch ergeben, dass fälschlicherweise auf die Errichtung elektrischer Anlagen abgestellt werde, obwohl die Errichtung von 3 Verspannungsanlagen gefordert gewesen sei.

Der rechtsfreundliche Vertreter der Teilnahmeberechtigten verwies abschließend darauf, dass der Begriff „Verspannungsanlage“ bei redlichem Verständnis nur iZm der Errichtung einer Beleuchtungsanlage zu verstehen sei. Gegenstand der Ausschreibung sei die Errichtung von Beleuchtungsanlagen in der speziellen Ausführungsvariante als Verspannungsanlage, und nicht nur alleine eine Verspannungsanlage im Sinne der Verdrahtung. Das ergebe sich nicht nur aus dem Leistungsverzeichnis, sondern bereits aus der Bezeichnung des ausgeschriebenen Auftrages. Damit könne jeder Bieter bei redlichem Verständnis unter einer Verspannungsanlage nur eine verspannte elektrische Straßenbeleuchtungsanlage verstehen. Dieses Verständnis entspreche auch dem branchenüblichen Sprachgebrauch. Vor diesem Hintergrund habe die mitbeteiligte Partei der Mindestanforderung „3 Verspannungsanlagen“ jedenfalls entsprochen.

Es wurden keine weiteren Beweisanträge gestellt.

III. Sachverhaltsfeststellungen:römisch drei. Sachverhaltsfeststellungen:

Aufgrund der Aktenlage und der in der öffentlichen mündlichen Verhandlung unmittelbar aufgenommenen Beweise wird folgender Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Die AG führt ein offenes Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung betreffend die Errichtung von Beleuchtungsanlagen für das sog. „Gebiet 2“ als Bauauftrag durch, der Auftrag bezieht sich auf den 3.,10.,11.,12. und 23. Bezirk, die Rahmenvereinbarung soll auf max. drei Jahre abgeschlossen werden. Das Vergabeverfahren wurde nach

den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 für den Oberschwellenbereich ausgeschrieben, als Frist für die Abgabe der Angebote wurde der 31.5.2013, 10.00 Uhr, festgelegt, Uhrzeit der Angebotsöffnung war 10:30 Uhr selber Tag.

Die Kundmachung des Beschaffungsvorganges ist ordnungsgemäß erfolgt.

Im Mai 2013 berichtigte die AG die Angebotsunterlagen, das Vergabeverfahren wird als Preisaufschlags-/nachlassverfahren durchgeführt, Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis.

Die Ausschreibung wurde nicht angefochten, die Ausschreibungsunterlagen sind sohin bestandsfest.

In der Beilage 13.08.1 – Seite 2 des Dokuments „MD BD – SR 75 (2013)“ der Ausschreibungsunterlagen wurde folgende Mindestanforderung festgelegt:

„Referenznachweis über die Errichtung von drei Verspannungsanlagen mit mindestens zwanzig Lichtpunkten.“

Mehrere Bieter haben betreffend die Ausschreibungsunterlagen Anfragen an die AG gestellt, in Zusammenhang mit den Referenzanforderungen hat die AG mit Schreiben vom 21.5.2013 folgende Festlegung getroffen:

„Bei diesen ausgeschrieben Leistungen handelt es sich um Verspannungsarbeiten an den Verspannungsanlagen der öffentlichen Beleuchtung in Wien. Diese Verspannungsanlagen haben die Befestigungspunkte sowohl an den Hausfassaden der Gebäude entlang der jeweiligen Straßen, wie auch auf den (Spann)Masten. Die jeweilige Nutzung der Anlagen, ob als öffentliche Beleuchtung, als Effektivbeleuchtung ect., ist für die Leistungserfüllung nicht relevant.

Der Referenznachweis über die Errichtung der drei Verspannungsanlagen, wird unabhängig der Erbringung in Einzelprojekten oder in einem Gesamt-Projekt bewertet. Ausschlaggebend ist eine Errichtung von mindestens drei Anlagen mit mindestens 20 Lichtpunkten in der Ausführung als Verspannungsvariante gemäß den Baurichtlinien Kapitel 3.“

Die Anfragebeantwortung ist Bestandteil der (bestandsfesten) Ausschreibungsunterlagen.

Am 31.5.2013 fand die Öffnung der Angebote statt, die U. GesmbH als nunmehrige präsumtive Zuschlagempfängerin war mit einem Angebotspreis in der Höhe von € 1.548.790,15,- vor der M. GmbH gereiht gewesen. Die ASt war mit einem Angebotspreis in der Höhe von € 1.734.425,47,- Drittgereihte.

Daraufhin erging die (erste) Zuschlagsentscheidung vom 8.8.2013, in welcher die U. GesmbH als präsumtive Zuschlagempfängerin genannt wurde.

Diese Entscheidung wurde beim VKS Wien angefochten. Dieser gab der Anfechtung mit Bescheid vom 3.10.2013, VKS – 618132/13, statt und erklärte die Zuschlagsentscheidung für nichtig. Der VKS Wien stützte seine Entscheidung insbesondere darauf, dass dem Vergabeakt nicht habe entnommen werden können, ob die präsumtive Zuschlagempfängerin die von der AG geforderten Referenzen erbracht habe oder nicht, da keine nachvollziehbare Dokumentation der Referenzen im Vergabeakt durchgeführt worden sei.

Der VKS Wien hielt unter anderem fest, dass „nur solche Arbeiten als Mindestreferenzen gewertet werden können, die abgeschlossen und ordnungsgemäß übergeben worden sind.“

Wörtlich: „Dabei muss es sich um Nachweise über erbrachte Leistungen (...) handeln, wobei nur solche Arbeiten gewertet werden können, die abgeschlossen und ordnungsgemäß übergeben worden sind. Wenn daher, wie vorliegend, Grund zur Annahme besteht, dass jene Referenzen, die geltend gemacht wurden (Arbeiten im Jahr 2013) noch nicht abgeschlossen sind, handelt es sich nicht um „erbrachte Leistungen“ und können diese auch nicht als Referenzen anerkannt werden. Da gemäß § 69 Z 1 BVergG 2006 Referenzen zum Nachweis der Leistungsfähigkeit beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müssen, können noch nicht abgeschlossene Leistungen nicht als taugliche Referenzen angenommen werden.“ Wörtlich: „Dabei muss es sich um Nachweise über erbrachte Leistungen (...) handeln, wobei nur solche Arbeiten gewertet werden können, die abgeschlossen und ordnungsgemäß übergeben worden sind. Wenn daher, wie vorliegend, Grund zur Annahme besteht, dass jene Referenzen, die geltend gemacht wurden (Arbeiten im Jahr 2013) noch nicht abgeschlossen sind, handelt es sich nicht um „erbrachte Leistungen“ und können diese auch nicht als Referenzen anerkannt werden. Da gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006 Referenzen zum Nachweis der Leistungsfähigkeit beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müssen, können noch nicht abgeschlossene Leistungen nicht als taugliche Referenzen angenommen werden.“

In weiterer Folge übergab die AG die seitens der Bieter vorgelegten Referenzen einem externen Unternehmensberater zur Prüfung und Dokumentation. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin hat hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit die G. GesmbH als Subunternehmerin namhaft gemacht.

Der einen Bestandteil des Vergabeaktes bildenden Dokumentation vom 22.11.2013 zufolge wurden insgesamt fünf von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin im Zuge des Vergabeverfahren namhaft gemachte Referenzprojekte, nämlich das Projekt „J./D.“ (Referenz Nr. 1 und Nr. 2), sowie die Projekte „Le.“ (Referenz Nr. 3), „W. L.“ (Referenz Nr. 4) und „W., G.“, hinsichtlich der Anforderungen gemäß Ausschreibungsbedingungen neuerlich geprüft. Die Referenzen Nr. 3, Nr. 4 und Nr. 5 wurden als Referenznachweis nicht gewertet. Die Referenz Nr. 3 habe nur einen Leuchtenaustausch betroffen, die Referenzprojekte „W. L.“ und „W., G.“ seien noch nicht abgeschlossen.

Die Dokumentation der Prüfung sämtlicher Referenzen besteht im Wesentlichen aus folgenden Bestandteilen (die Dokumentation variiert lediglich bei den Unterlagen hinsichtlich des konkreten Referenzprojektes der einzelnen Bieter geringfügig):

„Allgemein

Inhaltsverzeichnis (Angabe der Firma inkl. Info der Referenzen)

Begriffsdefinition

Systemlandschaft (Zeichnung)

Referenz Nr. 1 und Nr. 2 (Projekt „J./D.“)

Detaillierte Prüfung der Referenzen

Niederschrift zur förmlichen Übernahme

Zündanzeigen

Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis

Rechnung“

Die Begriffsdefinition zur detaillierten Prüfung der Referenzen lautet auszugsweise:

„Adresse: Eine Adresse kann aus mehreren Anlagen bestehen.

Anlage: Eine Anlage entspricht einem Kabelabgang.

Im Schaltgerüst können max. 6 Kabelabgänge (=6 Anlagen) vorhanden sein.

Kabelabgang: Ein Kabelabgang ist am Schaltgerüst angeschraubt und endet am letzten LP. Ein Kabelabgang kann mehrere LP versorgen.

LP: Die Abkürzung LP steht für Lichtpunkt.

Lichtpunkt: Ein Lichtpunkt ist eine Leuchte.

GKS: Die Abkürzung GKS steht für Gabelkeilschraube.

Nachweis: Die Bestätigung der Leistung erfolgt durch die Niederschrift zur förmlichen Übernahme bzw. durch die bestätigte Rechnung.“

Der einen Bestandteil der (aller) Prüfunterlagen bildenden Systemlandschaft, Seite 1, zufolge lautet die Definition einer (elektrischen) Anlage gemäß den Referenzanforderungen folgendermaßen:

„Eine (elektrische) Anlage entspricht einem Kabelabgang. Die (elektrische) Anlage beginnt bei der Abgangssicherung/Abgangsklemme und endet beim letzten Verbraucher (= Lichtpunkt).“

Der einen Bestandteil der (aller) Prüfunterlagen bildenden Systemlandschaft, Seite 2, zufolge wird zu den Ausführungsmöglichkeiten der (elektrischen) Anlage Folgendes ausgeführt:

„(Elektrische) Anlagen werden überwiegend als erdverkabelte Anlagen (blau umrandet) und/oder als luftverkabelte Anlagen (=Verspannungsanlagen = rot umrandet) ausgeführt. Dieses Beispiel soll einen Überblick über den Aufbau mit den verschiedensten Objekten bieten. Bei der gegenständlichen Referenzprüfung geht es ausschließlich um

Verspannungsanlagen, welche im Wesentlichen aus Stahldrahtfiguren bestehen, die mittels Spanndrahtbefestigungen (Gabelkeilschrauben, Wandplatten...) auf Hausfassaden oder mittels Mastbefestigungsmaterialien auf Spannmasten befestigt werden. Die Lichtpunkte (Verbraucher oder Leuchten) werden ebenso wie die Stromversorgungsleuchten auf dem Spanndraht befestigt.“

Sämtliche von den Bietern vorgelegte Referenzprojekte wurden anhand derselben Parameter geprüft.

Als anhand dieser Parameter geprüftes, iSd Mindestanforderungen der Ausschreibung nachgewiesenes Referenzprojekt der U. GmbH bzw. ihrer Subunternehmerin, wurde von der AG lediglich das Projekt „J./D.“ gewertet. Der Dokumentation zufolge ergab eine „detaillierte Prüfung“ dieses Referenzprojektes vom 22.11.2013, dass dieses Projekt, welches im Bezug habenden Vergabeverfahren mit „IH (Instandhaltung) Stahldraht“ bezeichnet ist, über drei Kabelabgänge verfügt und die Anzahl der Lichtpunkte pro Kabelabgang 13, 13 und 8, sohin insgesamt 34 betrage. Die Anzahl erneuter Gabelkeilschrauben beträgt den Prüfunterlagen zufolge 1.

Beigeschlossen sind der Prüfdokumentation eine Niederschrift zur förmlichen Übernahme gemäß den Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen (VD 313/314) und der erbrachten Lieferungen und Leistungen zur Herstellung einer Baumaßnahme gemäß ÖNORM B 2110 und ÖNORM A 2060 vom 10.1.2012, Uhrzeit 13.00, wonach das von der Auftragnehmerin G. GmbH durchgeführte Projekt am 27.12.2012 von der AG als Referenzauftraggeberin mängelfrei übernommen wurde. Als Vergabegrundlage des Projektes ist die Ausschreibung vom 26.7.2011. Bestätigt wird darin auch, dass ein Ausführungsplan und elektrisches Anlagenbuch/Ersatzanlagenbuch vorliegt und die stichprobenweise Überprüfung dieser Dokumentation deren Ordnungsmäßigkeit ergab.

Der Dokumentation liegen weiters sog. Zündanzeigen vom 16.1.2012 bei, aus welchen sich ergibt, dass die Anzahl der Lampen (LP) je Stromkreis an der Adresse D.-straße mit jeweils 13 sowie an der Adresse J.-straße mit 8 LP vermerkt ist. Den Zündanzeigen ist zu entnehmen, dass unter K (Kabelabgang) unter „Anzahl je Stromkreis“ unter dem Lampentyp (NH 70 10052251) hinsichtlich D.-straße jeweils 13 Lampen je Stromkreis vermerkt sind. Unter demselben Lampentyp (NH 70 10052251) sind unter K (Kabelabgang) für die Adresse J.-straße 29 – 45 8 LP vermerkt. Auf der gegenüberliegenden Adresse J.-straße 48 – 54 sind unter K (Kabelabgang) keine LP vermerkt.

Dem beiliegenden Auszug aus dem Vergabeverfahren mit der Ausschreibungsnummer LV/33..., das dem Projekt „J./D.“ zugrundelag, zufolge mussten die Bieter ein elektronisches Anlagenbuch für Anlagen mit mehr als 5 Lichtpunkten erstellen.

Den Prüfunterlagen liegen weiters Rechnungen der G. GmbH anhand sog. „Aufmaßblätter“ bei, aus welchen sich ergibt, dass die Leistung der G. GmbH unter anderem Folgendes beinhaltet hat:

„Schrumpfmuffe herstellen, Querdraht; Kreuzung 2 schräg; Doppeldreieck, Querdraht mit Bruchsicherung; T Kreuzung mit Bruchsicherung; Endabspannung mit Bruchsicherung; Versetzen Gabelkeilschraube 22cm; Versetzen Mastschelle; Montage Hängeleuchte; Zusatzkabel; Demontage Altanlage mit Zeitbeschränkung; Montage Einschaltgerüst; Netzanschlussleitung anklemmen; Netzanschlussleitung abklemmen; Lieferung Seilverspannungsmaterial ect.“.

Die AG gelangte zur Auffassung, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit dem im Wege ihrer Subunternehmerin, der G. GmbH eingereichten Referenznachweis betreffend das Projekt „J./D.“ den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit erbracht habe und teilte in der Zuschlagsentscheidung vom 20.12.2013 mit, der U. GmbH den Zuschlag erteilen zu wollen.

Aus den übrigen, einen Bestandteil des Vergabeaktes bildenden Prüfdokumentationen ergibt sich, dass keiner der Bieter ausgeschieden wurde, weil er Referenzprojekte vorgewiesen hat, bei denen eine Beleuchtungsanlage in der Ausführung Verspannungsanlage weniger als 20 LP aufwies. Die Bieter reichten Referenzprojekte ein, bei denen einige Beleuchtungsanlagen in der Ausführung Verspannungsanlage weniger als 20 LP aufweisen, in Summe jedoch mehr als 20 LP vorliegen.

Die Prüfung der übrigen Referenzprojekten erfolgten anhand derselben Parameter durch die AG, wobei diese davon ausging, dass die Zahl der 20 LP nicht pro Beleuchtungsanlage in der Ausführung Verspannungsanlage vorliegen muss, sondern insgesamt.

Auf den von der ASt in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 7.3.2014 vorgelegten Fotografien ist Folgendes abgebildet:

1. Der Straßenzug „Do.-straße, Wien, samt dem sich darauf befindlichen geöffneten Schaltschrank der MA 33 und vor ihm stehendem Mann,
2. der vergrößerte Inhalt des Schaltschranks samt Schaltgeräten,
3. eine auf der Innenseite des Schaltschranks angebrachte Zündanzeige (Z 1), auf welcher vermerkt ist, dass die Anlage seit 29.1.2014 in Betrieb ist, 3. eine auf der Innenseite des Schaltschranks angebrachte Zündanzeige (Ziffer eins), auf welcher vermerkt ist, dass die Anlage seit 29.1.2014 in Betrieb ist,
4. ein vergrößerter Auszug der Zündanzeige.

IV. Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen römisch vier. Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

IV. 1. Maßgebliche Rechtsvorschriften römisch vier. 1. Maßgebliche Rechtsvorschriften

Gemäß § 1 Abs. 1 WVRG 2014 regelt dieses Landesgesetz die Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten und die Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen (einschließlich der Vergabe von Baukonzessionen und der Durchführung von Wettbewerben, nicht jedoch der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen) durch folgende Auftraggeberinnen und Auftraggeber (öffentliche Auftraggeberinnen, öffentliche Auftraggeber und öffentliche Unternehmen im Sinne der §§ 3 Abs. 1, 164 und 165 des Bundesvergabegesetzes 2006 – BVergG 2006 und Auftraggeberinnen oder Auftraggeber im Sinne des § 4 Z 1 bis 4 des Bundesvergabegesetzes Verteidigung und Sicherheit 2012 – BVergGVS 2012): Gemäß Paragraph eins, Absatz eins, WVRG 2014 regelt dieses Landesgesetz die Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten und die Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen (einschließlich der Vergabe von Baukonzessionen und der Durchführung von Wettbewerben, nicht jedoch der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen) durch folgende Auftraggeberinnen und Auftraggeber (öffentliche Auftraggeberinnen, öffentliche Auftraggeber und öffentliche Unternehmen im Sinne der Paragraphen 3, Absatz eins, 164 und 165 des Bundesvergabegesetzes 2006 – BVergG 2006 und Auftraggeberinnen oder Auftraggeber im Sinne des Paragraph 4, Ziffer eins bis 4 des Bundesvergabegesetzes Verteidigung und Sicherheit 2012 – BVergGVS 2012):

1. Wien als Land oder Gemeinde.

Gemäß § 13 Abs. 1 WVRG 2014 hat, sofern der Antrag nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, das Verwaltungsgericht Wien die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen. Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, WVRG 2014 hat, sofern der Antrag nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, das Verwaltungsgericht Wien die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

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 zuständig zur Nichtigkeitsklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (§ 24) geltend gemachten Beschwerdepunkte. 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 zuständig zur Nichtigkeitsklärung 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.

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 Nichtigkeitsklärung 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 Nichtigkeitsklärung 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 Nichtigkeitsklärungsverfahren 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 Nichtigkeitsklärung 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 § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006 ist gesondert anfechtbar im offenen Verfahren: die Ausschreibung; sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006 ist gesondert anfechtbar im offenen Verfahren: die Ausschreibung; sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung.

Gemäß § 26 Abs. 1 WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung einer Auftraggeberin oder eines Auftraggebers als nichtig zu erklären, wenn Gemäß Paragraph 26, Absatz eins, WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung einer Auftraggeberin oder eines Auftraggebers als nichtig zu erklären, wenn

1. die Entscheidung oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung die Antragstellerin oder den Antragsteller in dem geltend gemachten Recht verletzt und
2. für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Gemäß § 69 Z 1 BVergG 2006 muss unbeschadet der Regelung des § 20 Abs. 1 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006 muss unbeschadet der Regelung des Paragraph 20, Absatz eins, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen.

Gemäß § 70 Abs. 1 BVergG 2006 hat der Auftraggeber festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den §§ 71 bis 75 Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre Gemäß Paragraph 70, Absatz eins, BVergG 2006 hat der Auftraggeber festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den Paragraphen 71 bis 75 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 Auftraggeber die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen.

Gemäß § 70 Abs. 3 BVergG 2006 kann der Auftraggeber bei der Vergabe von Aufträgen die Vorlage bestimmter Nachweise von bestimmten Bewerbern oder Bietern verlangen, sofern dies nach Auffassung des Auftraggebers

erforderlich ist. Bei der Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich hat der Auftraggeber vor Zuschlagserteilung die Vorlage der festgelegten Nachweise vom Zuschlagsempfänger jedenfalls zu verlangen; bei einer Vergabe in Losen gilt dies nur, wenn der geschätzte Wert des einzelnen Loses den in § 12 Abs. 1 genannten jeweiligen Schwellenwert erreicht. Gemäß Paragraph 70, Absatz 3, BVergG 2006 kann der Auftraggeber bei der Vergabe von Aufträgen die Vorlage bestimmter Nachweise von bestimmten Bewerbern oder Bietern verlangen, sofern dies nach Auffassung des Auftraggebers erforderlich ist. Bei der Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich hat der Auftraggeber vor Zuschlagserteilung die Vorlage der festgelegten Nachweise vom Zuschlagsempfänger jedenfalls zu verlangen; bei einer Vergabe in Losen gilt dies nur, wenn der geschätzte Wert des einzelnen Loses den in Paragraph 12, Absatz eins, genannten jeweiligen Schwellenwert erreicht.

Gemäß § 75 Abs. 1 BVergG 2006 kann der Auftraggeber als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs. 1 Z 4 je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen. Gemäß Paragraph 75, Absatz eins, BVergG 2006 kann der Auftraggeber als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer 4, je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Absatz 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Absatz 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen.

Gemäß § 75 Abs. 2 BVergG 2006 verlangt der Auftraggeber einen Nachweis über erbrachte Leistungen (Referenzen), ist er, wenn der Leistungsempfänger ein öffentlicher Auftraggeber war, in Form einer vom öffentlichen Auftraggeber ausgestellten oder beglaubigten Bescheinigung beizubringen, die der Leistungsempfänger dem öffentlichen Auftraggeber auch direkt zuleiten kann. Ist der Leistungsempfänger ein privater Auftraggeber gewesen, ist der Nachweis über erbrachte Leistungen (Referenzen) in Form einer vom Leistungsempfänger ausgestellten Bescheinigung oder, falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist, durch eine einfache Erklärung des Unternehmers zu erbringen. Gemäß Paragraph 75, Absatz 2, BVergG 2006 verlangt der Auftraggeber einen Nachweis über erbrachte Leistungen (Referenzen), ist er, wenn der Leistungsempfänger ein öffentlicher Auftraggeber war, in Form einer vom öffentlichen Auftraggeber ausgestellten oder beglaubigten Bescheinigung beizubringen, die der Leistungsempfänger dem öffentlichen Auftraggeber auch direkt zuleiten kann. Ist der Leistungsempfänger ein privater Auftraggeber gewesen, ist der Nachweis über erbrachte Leistungen (Referenzen) in Form einer vom Leistungsempfänger ausgestellten Bescheinigung oder, falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist, durch eine einfache Erklärung des Unternehmers zu erbringen.

Gemäß § 75 Abs. 3 BVergG 2006 müssen Nachweise über erbrachte Leistungen (Referenzen) jedenfalls folgende Angaben enthalten: Gemäß Paragraph 75, Absatz 3, BVergG 2006 müssen Nachweise über erbrachte Leistungen (Referenzen) jedenfalls folgende Angaben enthalten:

1. Name und Sitz des Leistungsempfängers sowie Name der Auskunftsperson;

2. Wert der Leistung;

3. Zeit und Ort der Leistungserbringung;

4. Angabe, ob die Leistung fachgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt wurde.

Gemäß § 75 Abs. 6 BVergG 2006 können als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Bauaufträgen verlangt werden: Gemäß Paragraph 75, Absatz 6, BVergG 2006 können als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Bauaufträgen verlangt werden:

1. eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen;

2. Angaben über die technischen Fachkräfte oder die technischen Stellen, unabhängig davon, ob diese dem Unternehmen angeschlossen sind oder nicht, und zwar insbesondere über diejenigen, die mit der Qualitätskontrolle beauftragt sind oder über die der Unternehmer bei der Ausführung des Bauvorhabens verfügen wird;

3. Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmers und der Führungskräfte des Unternehmers, insbesondere der für die Ausführung der Arbeiten verantwortlichen Personen;

4. bei Bauleistungen, deren Art ein entsprechendes Verlangen des Auftraggebers rechtfertigt, die Angabe der Umweltmanagementmaßnahmen, die der Unternehmer bei der Ausführung des Auftrages gegebenenfalls anwenden will;

5. eine Erklärung, aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, welche Baugeräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung des Auftrages verfügen wird;

6. eine Erklärung, aus der das jährliche Mittel der vom Unternehmer in den letzten drei Jahren Beschäftigten und die Anzahl seiner Führungskräfte in den letzten drei Jahren ersichtlich sind;

7. die Bescheinigung, dass der Unternehmer die für die Erbringung der Bauleistung erforderliche berufliche Befähigung, Fachkunde und Erfahrung besitzt.

Gemäß § 76 BVergG 2006 kann sich ein Unternehmer zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Gemäß Paragraph 76, BVergG 2006 kann sich ein Unternehmer zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

Gemäß § 83 Abs. 3 BVergG 2006 ist die Weitergabe des gesamten Auftrages oder von Teilen der Leistung nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit besitzt. Die Subunternehmer können ihre erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit nach Maßgabe des § 70 Abs. 2 bis 4 nachweisen. Gemäß Paragraph 83, Absatz 3, BVergG 2006 ist die Weitergabe des gesamten Auftrages oder von Teilen der Leistung nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit besitzt. Die Subunternehmer können ihre erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit nach Maßgabe des Paragraph 70, Absatz 2 bis 4 nachweisen.

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuschneiden. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige

Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuschneiden.

Gemäß § 914 ABGB ist bei Auslegung von Verträgen nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Gemäß Paragraph 914, ABGB ist bei Auslegung von Verträgen nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht.

Gemäß § 915 ABGB wird bei einseitig verbindlichen Verträgen im Zweifel angenommen, dass sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte; bei zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat (§ 869). Gemäß Paragraph 915, ABGB wird bei einseitig verbindlichen Verträgen im Zweifel angenommen, dass sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte; bei zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat (Paragraph 869,).

Gemäß § 16 Abs. 1 WVRG 2014 hat die oder der vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin oder Antragsteller Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 15 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber. Die Antragstellerin oder der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 15 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber, wenn sie oder er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt (§ 21) wird. Gemäß Paragraph 16, Absatz eins, WVRG 2014 hat die oder der vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin oder Antragsteller Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß Paragraph 15, entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber. Die Antragstellerin oder der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß Paragraph 15, entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber, wenn sie oder er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt (Paragraph 21,) wird.

IV. 2. Rechtlich folgt daraus römisch vier. 2. Rechtlich folgt daraus:

Die AG ist zweifelsfrei öffentliche AG iSd § 1 Abs. 1 Z 1 WVRG 2014. Die Ausschreibung wurde nicht angefochten, die Ausschreibung ist sohin bestandsfest. Die AG ist zweifelsfrei öffentliche AG iSd Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, WVRG 2014. Die Ausschreibung wurde nicht angefochten, die Ausschreibung ist sohin bestandsfest.

Zur Frage des objektiven Erklärungswertes der Mindestanforderungen

Den Ausschreibungsbedingungen in der Beilage 13.08.1 – Seite 2 des Dokuments „MD BD – SR 75 (2013)“ zufolge ist folgende Mindestanforderung festgelegt worden:

„Referenznachweis über die Errichtung von drei Verspannungsanlagen mit mindestens zwanzig Lichtpunkten“

In der unbestrittenen Weise einen Bestandteil der bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen darstellenden Anfragebeantwortung der AG vom 21.5.2013 ist diese Mindestanforderung folgendermaßen präzisiert worden:

„Bei diesen ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich um Verspannungsarbeiten an den Verspannungsanlagen der öffentlichen Beleuchtung in Wien. Diese Verspannungsanlagen haben die Befestigungspunkte sowohl an den Hausfassaden der Gebäude entlang der jeweiligen Straßen, wie auch auf den (Spann)Masten. Die jeweilige Nutzung der Anlagen, ob als öffentliche Beleuchtung, als Effektivbeleuchtung ect., ist für die Leistungserfüllung nicht relevant.“

Der Referenznachweis über die Errichtung der drei Verspannungsanlagen, wird unabhängig der Erbringung in Einzelprojekten oder in einem Gesamt-Projekt bewertet. Ausschlaggebend ist eine Errichtung von mindestens drei Anlagen mit mindestens 20 Lichtpunkten in der Ausführung als Verspannungsvariante gemäß den Baurichtlinien Kapitel 3.“

Wiewohl die Feststellung der AG, die nachzuweisenden drei Beleuchtungsanlagen hätten in ihrer Gesamtheit 20 LP aufzuweisen, nicht beanstandet wird, ist klarstellend dazu Folgendes festzuhalten:

Die Ermittlung des Inhaltes von Ausschreibungsunterlagen hat nach ständiger Rechtsprechung des BVA und der Literatur zufolge nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen (BVA 18.12.2006, N/0091- BVA/10/2006-038; 11.4.2005, 04N-6/05-76; 22.3.2005, 16N-9/05-19; 7.9.2004, 11N-65/04-12; 23.7.2004, 04N-50/04-46; 23.12.2003, 17N-129/03-21;

14.11.2003, 09N-100/03-19; 8.7.2003, 14N-64/03- 11; 25.1.2000, F-17/98-32 ua; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Die Ermittlung des Inhaltes von Ausschreibungsunterlagen hat nach ständiger Rechtsprechung des BVA und der Literatur zufolge nach den Regeln der Paragraphen 914 f, ABGB zu erfolgen (BVA 18.12.2006, N/0091- BVA/10/2006-038; 11.4.2005, 04N-6/05-76; 22.3.2005, 16N-9/05-19; 7.9.2004, 11N-65/04-12; 23.7.2004, 04N-50/04-46; 23.12.2003, 17N-129/03-21; 14.11.2003, 09N-100/03-19; 8.7.2003, 14N-64/03- 11; 25.1.2000, F-17/98-32 ua; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1).

Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte (objektiver Erklärungswert), (VwGH vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157). Wie der VwGH auch in seinem Erkenntnis vom 29.3.2006, Zlen 2004/04/0144, 0156, 0157 ausgesprochen hat, kommt es nämlich nicht primär auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend.

Ist eine Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen mit Unklarheit behaftet, könnte diese unter Anwendung der §§ 914 und 915 ABGB in so ferne behoben werden, als durch Auslegung ein eindeutiger, objektiver Sinngehalt zu ermitteln ist. Im Zweifel ist bei zweiseitig verbindlichen Verträgen entsprechend § 915 ABGB davon auszugehen, dass der Auftraggeber sich mit einer weiten Auslegung seiner undeutlichen Äußerung einverstanden erklärt. Ist eine Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen mit Unklarheit behaftet, könnte diese unter Anwendung der Paragraphen 914 und 915 ABGB in so ferne behoben werden, als durch Auslegung ein eindeutiger, objektiver Sinngehalt zu ermitteln ist. Im Zweifel ist bei zweiseitig verbindlichen Verträgen entsprechend Paragraph 915, ABGB davon auszugehen, dass der Auftraggeber sich mit einer weiten Auslegung seiner undeutlichen Äußerung einverstanden erklärt.

Undeutliche Ausschreibungsbestimmungen sind der Judikatur des BVA zufolge (vgl. BVA vom 14.3.2003, BVA 09N-100/03-19; BVA vom 5.11.2003, 08N-94/03-192) zu Lasten des Auftraggebers auszulegen. Undeutliche Ausschreibungsbestimmungen sind der Judikatur des BVA zufolge vergleiche BVA vom 14.3.2003, BVA 09N-100/03-19; BVA vom 5.11.2003, 08N-94/03-192) zu Lasten des Auftraggebers auszulegen.

Dem Vergabeakt, insbesondere der seitens der AG durchgeführten Prüfung und anschließenden Dokumentation der Referenzprojekte ist zu entnehmen, dass sich die Bieter auf Referenzprojekte bezogen haben, in welchen nicht durchgehend alle Beleuchtungsanlagen in der Ausführung Verspannungsanlage mit jeweils 20 Lichtpunkten ausgestattet waren. Diese Zahl ergab sich aber jedenfalls aus der Zusammenrechnung der Lichtpunkte aller in der Variante Verspannungsanlage ausgeführten Beleuchtungsanlagen aller nachgewiesenen Referenzen und wurden diese Referenzen auch gewertet. Seitens der AG wurde keines der Angebote ausgeschieden, weil eine Beleuchtungsanlage in der Variante Verspannungsanlage nicht 20 Lichtpunkte aufwies. Wie die AG selbst ausführt und wie auch ihrer Prüfung der Referenzen zu entnehmen ist, war diese Mindestanforderung ihrer Absicht nach im Sinn von „drei Beleuchtungsanlagen in der Ausführungsvariante Verspannungsanlage mit insgesamt 20 LP“ zu verstehen.

Der Stellungnahme der AG vom 10.1.2014 zufolge variiert die Ausstattung einer Beleuchtungsanlage mit Lichtpunkten (Leuchten) vom mind. 1 bis zu 40 LP. Wie der in der öffentlich mündlichen Verhandlung dazu befragte Zeuge Ing. Gr. ausgesagt hat, weist eine durchschnittliche Beleuchtungsanlage ca. 25 LP auf. Den Ausschreibungsunterlagen des dem Referenzprojekt „J./D.“ zugrundeliegenden Vergabeverfahrens zufolge hatten die Bieter eine „Anlagendokumentation“ zu erstellen. Die Bieter hatten für das Projekt „J./D.“ ein elektronisches Anlagenbuch für Anlagen mit mehr als 5 Lichtstellen zu erstellen. Weiters hat der Zeuge auch schlüssig, glaubhaft, widerspruchsfrei und nachvollziehbar ausgesagt, dass im Hinblick auf die Entwicklung der Leuchtkörper (was wohl nur in einer verstärkten Leuchtkraft verstanden werden kann), zunehmend weniger Leuchten erforderlich seien und auch die Verspannungsanlagen weniger aufwendig wären. Diese Aussage wurde im Übrigen auch nicht bestritten.

Insofern besteht bei der Ausstattung einer Beleuchtungsanlage in der Ausführung als Verspannungsanlage jedenfalls eine gewisse Bandbreite. Mit anderen Worten, ist es nicht unüblich, dass Beleuchtungsanlagen weniger als 20 LP, sogar weniger als sechs LP aufweisen und die Entwicklung in Richtung der „Ausstattung“ mit einer geringeren Anzahl an LP geht. Daher konnten die Bieter, die aufgrund der Vergabeakten als durchaus redlich und fachkundig

einzuschätzen sind, die Anforderung jedenfalls iSd Absicht der AG verstehen. Anders gewendet, kann dieser Mindestanforderung vor diesem Hintergrund ein objektiver Erklärungswert iS von „ 3 Beleuchtungsanlagen mit insgesamt 20 LP“ beigemessen werden.

Aber selbst wenn man dieser Mindestanforderung in Zusammenhalt mit den restlichen Ausschreibungsbedingungen einen nicht eindeutig zu ermittelnden Erklärungswert unterstellen würde, müsste nach Ansicht des erkennenden Senates diese Mindestanforderung im Zweifel weit ausgelegt werden und sohin jedenfalls eine für die Bieter günstigeren Auslegung in Form einer niedrigeren, an die Referenzprojekte zu stellende Anforderung, zum Tragen kommen. Anders ausgedrückt muss sich die AG vor dem Hintergrund der oben angeführten Judikatur jedenfalls mit einem Nachweis über die Errichtung von drei Beleuchtungsanlagen mit insgesamt 20 LP „begnügen“.

Es ist demnach dieser Mindestanforderung ein (weiter) Erklärungswert beizumessen, wonach der Nachweis mit der Errichtung von drei Beleuchtungsanlagen in der Ausführung Verspannungsanlage mit mindestens 20 Lichtpunkten insgesamt zu erbringen war.

Zur Prüfung und zum Inhalt des Referenzprojektes der G. GmbH „J./D.“:

Der erkennende Senat kommt aufgrund der Aktenlage in Zusammenhalt mit dem Ergebnis der in der öffentlich mündlichen Verhandlung unmittelbar erfolgten Beweisaufnahme, insbesondere der Zeugenaussage des Herrn Ing. Gr. und des Herrn Ing. Ho., aus nachstehenden Erwägungen zum Ergebnis, dass die Referenzen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin richtig, plausibel und nachvollziehbar geprüft und dokumentiert wurden und das Referenzprojekt „J./D.“ die Mindestanforderungen erfüllt:

Die AG hat nach der Entscheidung des VKS Wien vom 3.10.2013, GZ VKS- 618132/13, sämtliche von den Bietern vorgelegten Referenznachweise unter Zugrundelegung derselben Parameter neuerlich überprüft und einer gesonderten Dokumentation zugeführt. In Umsetzung der Entscheidung des VKS Wien vom 3.10.2013 hat sie – richtig – drei von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin namhaft gemachten Referenzprojekte ausgeschieden, welche zum Zeitpunkt der Angebotsprüfung, dem 31.5.2013 noch nicht abgeschlossen waren. Ein Referenzprojekt wurde ausgeschieden, weil es den inhaltlichen Anforderungen nicht entsprach. Lediglich das Referenzprojekt „J./D.“ wurde gewertet.

Wiewohl die einen Bestandteil der Ausschreibung bildenden Baurichtlinien aus Sicht des erkennenden Senates die für die Lösung der Frage der Beschaffenheit einer „Beleuchtungsanlage in der Ausführung Verspannungsanlage bzw. Verspannungsvariante“ wesentliche Definition der „Verspannungsanlage“ vermissen lassen, ist angesichts der vorliegenden Unterlagen in Zusammenhalt mit dem Ergebnis der in der öffentlichen mündlichen Verhandlung unmittelbar aufgenommenen Beweise, davon auszugehen, dass die Prüfung der Referenzen seitens der AG korrekt und im Ergebnis nachvollziehbar erfolgt ist und das Referenzprojekt der Subunternehmerin G. GmbH „J./D.“ knapp, aber doch den Mindestanforderungen entspricht.

Der Zeuge Ing. Gr. wurde in der öffentlichen mündlichen Verhandlung zur Frage der Beschaffenheit einer elektrischen Anlage und der Variante „Verspannungsanlage“ detailliert und ausführlich befragt. Seinen schlüssigen und glaubhaften Ausführungen zufolge, welche sich mit den im Vergabeakt aufliegenden Definitionen, insbesondere mit jenen in den Prüfunterlagen decken, definiert sich „elektrische Anlage“ über den Kabelabgang bis zum letzten Verbraucher (letzter Lichtpunkt/Leuchte). Verspannungsanlagen können erdverkabelt oder luftverkabelt sein, wobei lediglich Letzterer die Qualität der Verspannungsanlage zukommt. Bei kumulativem Vorliegen einer elektrischen Anlage und der sog. Verspannungsdrahtfigur (vgl. auch insofern die übereinstimmende, schlüssige, nachvollziehbare und glaubhafte Aussage des Herrn Ing. Ho.) liegt eine „Beleuchtungsanlage in der Ausführung Verspannungsanlage“ vor. Den im Akt aufliegenden Unterlagen, insbesondere der sog. Systemlandschaft, den Zündanzeigen, der in den Aufmaßblättern der präsumtiven Zuschlagsempfängerin enthaltenen Plandarstellung und der im Akt aufliegenden Fotodokumentation zufolge, beinhaltet das gewertete Referenzprojekt genau drei Kabelabgänge, welche jeweils zweimal 13 und einmal 8, sohin insgesamt 34 LP enthalten und verspannt (sohin Teil einer Verspannungsdrahtfigur) sind. Der Zeuge Ing. Gr. wurde in der öffentlichen mündlichen Verhandlung zur Frage der Beschaffenheit einer elektrischen Anlage und der Variante „Verspannungsanlage“ detailliert und ausführlich befragt. Seinen schlüssigen und glaubhaften Ausführungen zufolge, welche sich mit den im Vergabeakt aufliegenden Definitionen, insbesondere mit jenen in den Prüfunterlagen decken, definiert sich „elektrische Anlage“ über den Kabelabgang bis zum letzten Verbraucher (letzter Lichtpunkt/Leuchte). Verspannungsanlagen können erdverkabelt oder luftverkabelt sein, wobei lediglich Letzterer die

Qualität der Verspannungsanlage zukommt. Bei kumulativem Vorliegen einer elektrischen Anlage und der sog. Verspannungsdrahtfigur vergleiche auch insofern die übereinstimmende, schlüssige, nachvollziehbare und glaubhafte Aussage des Herrn Ing. Ho.) liegt eine „Beleuchtungsanlage in der Ausführung Verspannungsanlage“ vor. Den im Akt aufliegenden Unterlagen, insbesondere der sog. Systemlandschaft, den Zündanzeigen, der in den Aufmaßblättern der präsumtiven Zuschlagsempfängerin enthaltenen Plandarstellung und der im Akt aufliegenden Fotodokumentation zufolge, beinhaltet das gewertete Referenzprojekt genau drei Kabelabgänge, welche jeweils zweimal 13 und einmal 8, sohin insgesamt 34 LP enthalten und verspannt (sohin Teil einer Verspannungsdrahtfigur) sind.

Die darauf bezogene Prüfung und Dokumentation ist aus Sicht des erkennenden Senates plausibel und schlüssig. Aus den Zündanzeigen vom 16.1.2012 ergibt sich nachvollziehbar, dass die Anzahl der Lampen (LP) je Stromkreis an der Adresse D.-straße mit jeweils 13 sowie an der Adresse J.-straße mit 8 LP vermerkt ist. Den Zündanzeigen ist zu entnehmen, dass unter K (Kabelabgang) unter „Anzahl je Stromkreis“ unter dem Lampentyp (NH 70 10052251) hinsichtlich D.-straße jeweils 13 Lampen je Stromkreis vermerkt sind. Unter demselben Lampentyp (NH 70 10052251) sind unter K (Kabelabgang) für die Adresse J.-straße 8 LP vermerkt.

Der Zeuge Gr. hat dem erkennenden Senat gegenüber in der öffentlichen mündlichen Verhandlung auch glaubhaft (und im Übrigen unwiderlegt) ausgesagt, dass im Bereich J.-straße sechs Querverspannungsdrähte und vier Dreiecksverspannungen bestünden. Insofern ist davon auszugehen, dass Gegenstand dieses Projektes tatsächlich die Errichtung von drei Beleuchtungsanlagen in der Ausführung Verspannungsanlage mit (insgesamt) mindestens 20 LP war. Dass der Nachweis durch die Subunternehmerin hier mithilfe eines einzigen Projektes erbracht wurde, schadet vor dem Hintergrund der insoweit klaren Mindestanforderungen nicht. Diese Einschätzung kann auch nicht durch die seitens der ASt in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vorgelegten Fotografien erschüttert werden, zumal diese – wie auch von der AG zutreffend vorgebracht – tatsächlich keinen Nachweis über die Beschaffenheit der Anlagen zum Zeitpunkt ihrer Errichtung darstellen, da sie aus Jänner 2014 datieren und das Bezug habende Projekt 2011 bereits fertig gestellt wurde.

Im Hinblick auf das Vorbringen der ASt zu der von ihr gewählten Bezeichnung „Instandhaltung Stahldraht“ wird der Vollständigkeit halber bemerkt, dass diese Bezeichnung des Projektes dem Bezug habenden Vergabeverfahren nicht schadet. Es kann hinsichtlich einer zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit erforderlichen Referenz wohl ausschließlich auf den Inhalt und nicht die formale Bezeichnung des zugrundeliegenden Projektes ankommen. Wiewohl der AG dringend empfohlen wird, im Hinblick auf zukünftige Vergabeverfahren klare, eindeutige und (objektiv) verständliche Begriffe zu verwenden, erscheint ihre Erklärung, sie habe verschiedene Bezeichnungen verwendet, weil „dies im Ergebnis damals nicht so klar gewesen sei“ und hier insbesondere auf eine Bezeichnung des Bezirksvoranschlages abgestellt worden sei, glaubhaft, nachvollziehbar und schlüssig.

In Anlehnung an die Judikatur des VKS Wien vom 22.7.2005, VKS-2151/05, muss auch davon ausgegangen werden, dass die Einschätzung der technischen Leistungsfähigkeit eines Bieters anhand von Referenzen eben gerade dazu dient, abzuschätzen, ob ein Unternehmer auf Grund seiner bisher erbrachten Leistungen in der Lage ist, den zu vergebenden Auftrag ordnungsgemäß durchzuführen. Der Auftraggeber hat dabei einen Ermessensspielraum, der durch die Verpflichtung zur Einhaltung der Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bieter begrenzt ist. Dabei kann es nicht darauf ankommen, dass der Bieter genau die gleichen Arbeiten bereits ausgeführt hat, sondern es müssen lediglich hinsichtlich des Umfangs und des Schwierigkeitsgrades sowie der technischen Anforderungen an den Unternehmer gleichwertige Leistungen sein. Aufgrund der glaubhaften, unwidersprochenen und schlüssigen Aussage des Zeugen Gr. ist davon auszugehen, dass das Verspannungsmuster grundsätzlich für alle Projekte von der AG selbst vorgegeben wird und die an die Auftragnehmer gestellten technischen Anforderungen im Wesentlichen in der Prüfung des Sitzes der Gabelkeilschrauben bestehen. Es haben sich im Verfahren keine Zweifel daran ergeben, dass die G. GmbH den Sitz der Gabelkeilschrauben überprüft hat, zweifelsfrei steht auch fest, dass sie eine Gabelkeilschraube ausgetauscht hat. Glaubhaft, schlüssig, lebensnah und nachvollziehbar erscheint dem erkennenden Senat auch die Feststellung des Zeugen Gr., dass die Anforderungen an die Errichtung von Beleuchtungsanlagen betreffend die D.-straße vergleichsweise höher einzuschätzen sind als in anderen Projekten, da diese Beleuchtungsanlagen die Straßenbahnschienen überspannen. Auch dem sich anhand der im Akt aufliegenden Abrechnungen abbildenden Leistungsspektrum zufolge hat die G. GmbH die Anforderungen hinsichtlich des Umfangs und Schwierigkeitsgrades sowie der technischen Anforderung nachgewiesen.

Die Einwände der ASt erweisen sich daher insgesamt als unbegründet und war ihre Beschwerde abzuweisen.

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. Die Frage der Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit ist in der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hinreichend dargestellt. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfragen 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. Die Frage der Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit ist in der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hinreichend dargestellt. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfragen vor.

Schlagworte

Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung; Anforderungen an die Errichtung von Beleuchtungsanlagen die Straßenbahnschienen überspannen

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2014:VGW.123.061.10233.2014

Zuletzt aktualisiert am

11.06.2014

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