

# TE Lvwg Erkenntnis 2020/6/15 VGW-123/029/3128/2020

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 15.06.2020

## Entscheidungsdatum

15.06.2020

## Index

L72009 Beschaffung Vergabe Wien

97 Öffentliches Auftragswesen

## Norm

WVRG 2014 §13 Abs1

WVRG 2014 §15

WVRG 2014 §16

BVergG 2018 §2 Z22

BVergG 2018 §193 Abs1

BVergG 2018 §250 Z4

BVergG 2018 §251 Abs1

BVergG 2018 §255 Abs3

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richter Mag. Schmied als Vorsitzenden, Dr. Schweiger als Berichter und Mag. Dr. Zirm als Beisitzerin über den Antrag der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, vom 6.3.2020, auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, in eventu einzelner Teile derselben in Bezug auf die Lose 1 bis 3, betreffend das Vergabeverfahren der Wiener Netze GmbH "WN-3210048945-Jahresbauvertrag Bauarbeiten für Fernwärmeleitungen" nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung durch Verkündung am 06.05.2020

zu Recht e r k a n n t:

- I. Gemäß § 13 Abs. 1 WVRG 2014 wird der Antrag vom 06.03.2020, die Ausschreibung der Auftraggeberin Wiener Netze GmbH „WN-3210048945 - Jahresbauvertrag Bauarbeiten für Fernwärmeleitungen“ betreffend die Lose 1, 2 und 3 zur Gänze, sowie in eventu hinsichtlich einzelner bezeichneter Festlegungen, für nichtig zu erklären, abgewiesen.
- II. Gemäß §§ 15 und 16 WVRG 2014 hat die Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von 2.340,75 Euro selbst zu tragen. Der entrichtete Mehrbetrag von 7.022,25 Euro wird der Antragstellerin vom Verwaltungsgericht Wien rückerstattet.
- III. Gemäß § 25a VwGG ist eine Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

### 1. Vergabeverfahren:

Die Wiener Netze GmbH führt (als Sektorenauftraggeberin) unter der Bezeichnung „WN-3210048945 - Jahresbauvertrag Bauarbeiten für Fernwärmeleitungen“ ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe eines Bauauftrages für insgesamt 4 Lose (jeweils in Form eines Rahmenvertrags je Los mit einer grundsätzlichen Laufzeit von drei Jahren (inkl. Verlängerungsoption von insgesamt zwei Jahren) nach den Bestimmungen des BVergG 2018 für den Oberschwellenbereich durch, die Lose 1, 2 und 3 betreffen Bauarbeiten zur Errichtung von Fernwärmeleitungen und gegebenenfalls Fernkälteleitungen, das Los 4 Bauarbeiten im Zuge von Störungsbehebungen bei Fernwärmeleitungen und gegebenenfalls Fernkälteleitungen in allen Wiener Gemeindebezirken sowie in den Gemeindegebieten Schwechat und Vösendorf (Los 4).

In der 1. Stufe werden von der Auftraggeberin die zur Teilnahme am Vergabeverfahren geeigneten Bewerber je Los, unter Zugrundelegung der jeweiligen Teilnahmebedingungen (Eignungskriterien) je Los ermittelt. Bei Nichterfüllen eines Eignungskriteriums kann der Bewerber jedenfalls zur Angebotsabgabe für das jeweilige Los nicht aufgefordert werden.

In der darauffolgenden 2. Stufe ermittelt der Auftraggeber das technisch und wirtschaftlich beste Angebot (Bestbieterprinzip) je Los jener geeigneten Bewerber, die vom Auftraggeber zur Legung eines Angebotes für das jeweilige Los aufgefordert wurden.

Zu den einzelnen Losen können Teilnahmeanträge gelegt werden. Es ist zulässig, sich für alle Lose zu bewerben.

Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens (1. Stufe) erfolgte am 25.2.2020 auf dem Beschaffungsportal der Wiener Stadtwerke sowie am 26.02.2020 im Supplement S zum Amtsblatt der Europäischen Union (Abl 2020/S 040- 095522). Die Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge endete zunächst mit 11.3.2020, 13:00 Uhr und wurde mittlerweile verlängert.

Das Vergabeverfahren befand sich zur Zeit der Einbringung des Nachprüfungsantrages in der Phase vor Abgabe der Teilnahmeanträge (erste Verfahrensstufe).

### 2. Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, in eventu einzelner Teile in Bezug auf Los 1 bis 3:

Mit dem am 06.03.2020 beim Verwaltungsgericht Wien eingebrachten Nachprüfungsantrag begehrt die Antragstellerin, das Verwaltungsgericht Wien möge – nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung – die angefochtene Ausschreibung gesamt bzw. in eventu einzelner als rechtswidrig erachteten Teilen in Bezug auf die Lose 1 bis 3 für nichtig erklären und die Auftraggeberin dazu verpflichten, der Antragstellerin die für den Nachprüfungsantrag entrichtete Pauschalgebühr.

Die Antragstellerin erachtet sich in ihren Rechten auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, Übermittlung vergaberechtskonformer Teilnahmeanterlagen, Festlegung transparenter, nachvollziehbarer, objektiver, sachlicher und nichtdiskriminierender Eignungskriterien, Beachtung des Diskriminierungsverbots sowie der Grundsätze des freien und lauteren Wettbewerbs, Einhaltung des Wettbewerbsgrundsatzes der Gleichbehandlung aller Bewerber bzw. Bieter und Widerruf einer rechtswidrigen Ausschreibung verletzt.

Die Antragstellerin bringt – auf das Wesentliche zusammengefasst – vor, die in Punkt IV lit b Z 4 der Teilnahmeanterlagen festgelegten Anforderungen an die Referenzen für die Lose 1 bis 3 seien in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig, und zwar aus den nachfolgenden Gründen:

Die Festlegungen in Bezug auf die Referenzen für die Lose 1 bis 3 würden dem Wortlaut des BVergG 2018 bzw. dem Anhang XI zum BVergG 2018 widersprechen; die Referenzen für Los 1 und 3 würden eine Eignungsprüfung in der ersten Stufe des Verhandlungsverfahrens ausschließen; die Referenzen für Los 1 bis 3 würden mehrfach gegen die Vergabegrundsätze gemäß § 193 Abs 1 BVergG 2018, insbesondere gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter und der Nichtdiskriminierung verstoßen und seien die Anforderungen an die Referenzen im Hinblick auf das Leistungsbild der in Los 1 bis 3 ausgeschriebenen Leistungen überschießend.

Aufgrund der vorangeführten und in weiterer Folge im Nachprüfungsantrag näher ausgeführten, behaupteten Rechtswidrigkeiten sei es der Antragstellerin nicht möglich, sich um den gegenständlichen Auftrag in Bezug auf die

Lose 1 bis 3 zu bewerben. Dadurch werde aber nicht nur in unzulässiger Art und Weise der Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern beschränkt. Dies stelle für sich auch einen Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung aller Bewerber bzw Bieter sowie das Nichtdiskriminierungsverbot dar. Von diesem würden nämlich auch diejenigen geschützt, die von einer Teilnahme an einem Vergabeverfahren dadurch abgeschreckt würden, dass sie durch die Ausgestaltung des von einem Auftraggeber angewandten Verfahrens benachteiligt wurden.

Punkt IV lit b Z 4.1 der Teilnahmeunterlagen lege als Anforderung an die Referenzprojekte für die Lose 1 bis 3 folgendes fest: „[...] Es werden nur Referenzprojekte, die nach dem 01.02.2015 und dem Ende der gegenständlichen Teilnahmefrist erbracht worden sind (Abnahme durch den Referenzaufraggeber), berücksichtigt. Es ist das vorgegebene Formblatt (in der benötigten Anzahl) beizubringen. [...]" Daraus folge, dass ein Referenzprojekt, damit es überhaupt für die Eignungsprüfung durch die Antragsgegnerin in Frage komme, zum Zeitpunkt des Endes der Teilnahmefrist noch nicht abgeschlossen sein dürfe. Insoweit würden mit den im gegenständlichen Vergabeverfahren geforderten Referenzen aber - anderes als in Abs. 2 Z 1 des Anhangs XI zum BVergG 2018 und in der Judikatur des BVA gefordert - keine bereits erbrachten Bauleistungen nachgewiesen.

Der VwGH habe in seinem kürzlich ergangenen Erkenntnis vom 17.12.2019, Ra 2018/04/0199-6, klargestellt, dass die Eignung eines Bewerbers bei einem zweistufigen Verhandlungsverfahren zwingend in der ersten Stufe zu prüfen sei, weil eben nur geeignete Bewerber ausgewählt und somit zum weiteren Verfahren zugelassen werden könnten.

Eine solche (abschließende) Prüfung der Eignung in der ersten Stufe sei durch die in der Teilnahmeunterlage geforderten Referenzen aber nicht möglich, da die vorzulegenden Referenzprojekte zum Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrages noch nicht abgeschlossen sein müssten und daher nicht nachgewiesen werden könne, ob ein Unternehmen in der Vergangenheit bereits eine mit den ausgeschriebenen Leistungen vergleichbare Bauleistung erbracht habe und daher geeignet sei, auch in Zukunft solche Leistungen zu erbringen.

Bereits die Anforderung, wonach die Referenzen zum Zeitpunkt der Abgabe der Teilnahmeanträge noch nicht abgeschlossen sein dürften, führe im Ergebnis dazu, dass ausschreibungskonforme Referenznachweise nur von jenem Unternehmen vorgelegt werden könnten, das bisher die ausgeschriebenen Leistungen für die Antragsgegnerin erbracht habe bzw. diese nach wie vor für diese erbringe. Eine sachliche Rechtfertigung für die dadurch bewirkte Wettbewerbsbeschränkung bestehe nicht.

Verstärkt werde die Einschränkung des Bewerberkreises auf den bisherigen Auftragnehmer der Antragsgegnerin durch die Festlegungen in Punkt IV lit b Z4.1 in den Teilnahmeunterlagen („Durchführung von Tiefbauarbeiten im städtischen Gebiet mit einer Wohnbevölkerungsdichte  $\geq 1.000$  Einwohner/km<sup>2</sup> an Rohrleitungsnetzen im Bereich bestehender Einbautrassen ...“). Die Anforderung einer Wohnbevölkerungsdichte  $> 1.000$  Einwohner/km<sup>2</sup> im städtischen Bereich erfülle in Österreich nur Wien. Zwar seien grundsätzlich auch Referenzprojekte denkbar, die außerhalb von Österreich in städtischen Gebieten mit entsprechender Einwohnerdichte verwirklicht worden seien. Dass die Antragsgegnerin jedoch solche Projekte nicht vor Augen gehabt habe, erhelle vor dem Hintergrund, dass von den Teilnehmern lediglich jährliche Umsätze in der Höhe von EUR 1,2 Mio verlangt würden. Adressat der gegenständlichen Ausschreibung seien somit keine international tätigen Bauunternehmen.

Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber bzw Bieter und der Nichtdiskriminierung ergebe sich aus der Festlegung in Punkt IV lit b Z 4.1.7 der Teilnahmeunterlagen, wonach die Referenzen als Mindestkriterium „Tiefbauarbeiten im Zuge von Störfällen an in Betrieb befindlichen Fernwärmeverteilungen mit mind. PN25 und mind. 120°C“ umfasst haben müssten. Im Ergebnis sei es für potentielle Bewerber für die Lose 1 bis 3 schlicht unmöglich, ausschreibungskonforme Referenzen, dh welche die Anforderungen im Zusammenhang mit den Störfällen erfüllten, nachzuweisen, es sei denn, sie hätten schon bisher entsprechende Leistungen der Störfallbehebung für die Antragsgegnerin erbracht.

Die Anforderungen an die Referenzen für Los 1 bis 3 gemäß Punkt IV lit b Z 4.1.7 der Teilnahmeunterlagen, wonach ein Zusammenhang der zu erbringenden Tiefbauarbeiten mit Störfällen verlangt werde, seien im Hinblick auf das Leistungsbild für die Lose 1 bis 3 auch völlig überschießend. Der geforderte Zusammenhang mit Störfällen stehe nämlich weder in einer sachlichen Relation mit den in Los 1 bis 3 zu erbringenden Bauleistungen noch seien sie auf diese rückführbar. Darüber hinaus seien die Festlegungen auch nicht zur Erreichung der Zielsetzungen in Lose 1 bis 3

erforderlich. Auch die Festlegung in Punkt IV lit b Z 4.1.5 der Teilnahmeunterlagen in Bezug auf die Querung von Gewässern in offener Bauweise in Bezug auf die in den Losen 1 bis 3 ausgeschriebenen Leistungen sei überschießend und somit rechtswidrig.

Die Antragstellerin verwies schließlich darauf, sie sei ein österreichisches Unternehmen, welches auf die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen spezialisiert sei. Allein der Umstand, dass die ausgeschriebenen Leistungen in der zentralen Geschäftstätigkeit der Antragstellerin lägen, verdeutliche das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss für die Lose 1 bis 3.

Durch die Fortführung des Vergabeverfahrens und letztlich durch den Abschluss der Jahresbauverträge mit einem anderen Interessenten entginge der Antragstellerin aufgrund der vorliegenden Rechtswidrigkeiten aber auch die Möglichkeit auf Zuschlagserteilung und Erzielung einer entsprechenden Deckung ihrer Geschäftsgemeinkosten und eines angemessenen Gewinnes. Außerdem entginge der Antragstellerin durch die nach ihrem Vorbringen rechtswidrige Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages auch die Chance auf die Erlangung eines wichtigen Referenzauftages für künftige Vergabeverfahren. Kosten seien der Antragstellerin bereits für die Wahrung ihrer Rechtsposition und in Form von Pauschalgebühren entstanden.

### 3. Einstweilige Verfügung:

Das Verwaltungsgericht Wien hat mit Beschluss vom 12.03.2020, GZ: VGW-124/029/3129/2020-1 gemäß § 28 WVRG 2014 der Auftraggeberin, Wiener Netze GmbH, im Vergabeverfahren "WN-3210048945-Jahresbauvertrag Bauarbeiten für Fernwärmeleitungen" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Öffnung der Teilnahmeanträge zu den Losen 1, 2 und 3 untersagt und für diesen Zeitraum den Lauf der Teilnahmefrist für die Lose 1, 2 und 3 mit der Wirkung einer Hemmung ausgesetzt.

Das Mehrbegehren, der Auftraggeberin zu den Losen 1, 2 und 3 die Fortführung des Vergabeverfahrens und die Zuschlagserteilung zu untersagen, wurde hingegen abgewiesen.

### 4. Stellungnahmen der Auftraggeberin:

Die Auftraggeberin hat mit Schriftsatz vom 11.03.2020 allgemeine Informationen zum Vergabeverfahren gegeben und eine Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erstattet.

Mit Schriftsatz vom 13.03.2020 hat die Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag Stellung genommen. Sie entgegnet dem Beschwerdevorbringen im Wesentlichen:

Zum Referenzzeitraum „Abnahme zwischen 1.2.2015 und Ende der Teilnahmefrist“: Die diesbezüglichen Ausführungen im Nachprüfungsantrag seien unzutreffend und gar nicht erst von Relevanz, da die Festlegungen in den Bewerbungsunterlagen von der Antragstellerin gänzlich falsch interpretiert würden. Keinesfalls würden bloß Referenzen herangezogen, die zum Zeitpunkt der Teilnahmefrist noch nicht abgeschlossen waren. Ganz im Gegenteil würden Referenzen iSd zitierten Bestimmung der Bewerbungsunterlagen (ua) nur dann berücksichtigt, wenn die Leistungserbringung samt Abnahme des Referenzprojekts durch den Referenzauftaggeber nach dem 1.2.2015, jedoch vor Ablauf der Teilnahmefrist erfolgt sei. Dies ergebe sich klar aus den gesamthaften Bewerbungsunterlagen, insbesondere in Zusammenschau mit den zugehörigen Referenzformblättern („Wann wurde der geforderte Leistungsteil erbracht?“). Der von der Antragstellerin unterstellte Inhalt der Anforderungen an den Referenzzeitraum entspreche nicht den Festlegungen in den Bewerbungsunterlagen. Die Ausschreibung samt sämtlichen Festlegungen zur Eignung sei rechtskonform.

Zur Wohnbevölkerungsdichte: In der Argumentation der Antragstellerin bleibe ein ganz wesentlicher Aspekt im Zusammenhang mit der Festlegung von Eignungskriterien gänzlich unerwähnt, nämlich die sachliche Rechtfertigung und technische Erforderlichkeit der Kriterien. Gänzlich unzutreffend sei, in Österreich würde lediglich Wien (= der letztendliche Ort der Leistungserbringung der hier ausschreibungsgegenständlichen Leistungen) über eine entsprechende Wohnbevölkerungsdichte verfügen. Einer Auswertung des Österreichischen Städtebunds folgend „Österreichs Städte in Zahlen 2017“, gebe es alleine in Österreich (Stand 2017) 17 Städte (!), welche über eine Bevölkerungsdichte von mehr als 1.000 Einwohnern je km<sup>2</sup> verfügen. Unzutreffend sei auch die Behauptung, dass nur österreichische Unternehmer Adressat der Ausschreibung wären. Gegenständliches Beschaffungsvorhaben liege im Oberschwellenbereich und sei EU-weit bekannt gemacht worden, folglich seien europaweit alle hierfür geeigneten Unternehmer potentielle Adressaten dieser Ausschreibung. Nicht nachvollziehbar sei, wie die Antragstellerin aus dem

in den Bewerbungsunterlagen festgelegten Jahresumsatz abzuleiten versuche, dass nur österreichische Unternehmen interessiert wären. Das verfahrensgegenständliche Versorgungsgebiet betreffe dicht besiedeltes Wohngebiet wie auch den innerstädtischen Bereich. Bauarbeiten an Fernwärmeleitungen in einem derart dicht besiedelten (Wohn-)Gebiet seien mit einer Vielzahl an technischen, organisatorischen, logistischen und auch rechtlichen Rahmenbedingungen verbunden. Folglich liege es in der Verantwortung der Auftraggeberin, dass nur Unternehmer mit Erfahrung mit eben diesen komplexen Rahmenbedingungen bei der Leistungserbringung für den Zuschlag in Betracht kommen. Eine generelle Referenzanforderung, dass bspw. auch Bauarbeiten im ländlichen, gar unbewohnten Bereich berücksichtigt werden, würde gänzlich am Sinn und Zweck der Überprüfung der technischen Leistungsfähigkeit vorbeigehen.

Zur Störfallbehebung: Hervorgehoben werden müsse dazu, dass das monierte Kriterium („Störfälle“) bereits durch Nachweis eines einzigen Referenzkriteriums erfüllt werden könne. Das kumulierte Vorliegen aller Voraussetzungen der Z 1 bis 7 (Punkt IV.b.4.1 der Bewerbungsunterlagen) im Zuge eines einzelnen Referenzprojekts sei nicht erforderlich. Die Behauptung, dieses Teilkriterium könne nur von ehemaligen Auftragnehmern der Auftraggeberin erfüllt werden, sei unzutreffend. Die Antragstellerin lege dem Begriff „Störfälle“ offenbar ein unzutreffendes Verständnis zugrunde. So sei unter dem Begriff der „Störfälle“ auch der - sehr weit gefasste - bei bisherigen Ausschreibungen (der Auftraggeberin und auch anderen Auftraggebern) oft verwendete Begriff des „Gebrechens“ zu verstehen. Die ÖVGW Richtlinie G B140 (Ausgabe 2011; Seite 11) definiere Störfalle und Gebrechen für den Gasbereich. Die bei den Losen 1 bis 3 relevanten Gebrechensbehebungen (Störfälle) würden sich von jenen des Loses 4 unterscheiden. Los 4 betreffe akute Störungsbehebungen aufgrund Dringlichkeit. Gebrechensbehebungen iSd Lose 1 bis 3 umfassten vielmehr die gesamthafte Behebung dieser Gebrechen bei einzelnen, abgerufenen Projekten (eine Dringlichkeit ist daher nicht Voraussetzung). Folglich seien diese Gebrechensbehebungen vielmehr gesamthaft Bestandteil des abgerufenen Gesamtprojekts (bei Auswechslungen/Sanierungen von Fernwärmeleitungen). Im Ergebnis seien daher auch derartige Leistungsteile jedenfalls Gegenstand der Lose 1 bis 3. Diese Teilanforderung sei im Hinblick auf den Leistungsgegenstand sachlich gerechtfertigt, erforderlich und auch nicht überschießend.

Zur Querung von Gewässern in offener Bauweise: Vor dem Hintergrund, dass die Antragstellerin selbst über mehrere Referenzprojekte (sogar in Wien) verfüge, die gerade eine derartige Gewässerquerung in offener Bauweise zum Gegenstand hatten, könne keinesfalls von einem „unüblichen“ oder gar „praxisfremden“ Kriterium ausgegangen werden. Auch zeige sich gerade in der Praxis, dass Gewässerquerungen, auch im einschlägigen Erfüllungsort, in offener Bauweise üblich und fachtechnischer Standard sind (Auflistung als Beilage). Womöglich übersehe die Antragstellerin, dass bei dieser Teilanforderung auf die Situierung der Referenzbaustelle nicht abgestellt werde. Auch finde sich keine Einschränkung an die Art des Rohrleitungsnetzes (Gas, Fernwärme, Kanal etc.). Ferner sei es für die Erfüllung dieses Punktes bereits ausreichend, dass die Herstellung der betroffenen Künnette iSd geforderten Bauweise erbracht worden sei. Keineswegs sei dieses Teilkriterium daher überschießend oder gar praxisfremd

Die mit Schriftsatz vom 6.3.2020 gestellten Anträge der Antragstellerin seien daher zurück-, in eventu abzuweisen.

##### 5. Weitere Schriftsätze der Parteien:

Mit einem weiteren Schriftsatz hat die Auftraggeberin die (vorzeitige) Aufhebung der einstweiligen Verfügung begehrts, zumal sie aufgrund des „shut down“ iZm der Bekämpfung von Covid 19 die ordnungsgemäße Fortführung des Vergabeverfahrens gefährdet sah. Eine Verzögerung im Ausmaß der regulären Entscheidungsfrist sei zwar eingeplant worden, ein Zuwarten auf unbestimmte Zeit gefährde aber die Versorgungssicherheit in Bezug auf Fernwärme, zumal die derzeitigen Verträge im August 2020 ausliefen.

Weiters gab die Auftraggeberin bekannt, dass aufgrund von Bewerberanfragen zu den Teilnahmeunterlagen am 24.04.2020 eine Anfragebeantwortung der Auftraggeberin veröffentlicht wurde.

Die Antragstellerin hat mit vorbereitendem Schriftsatz vom 05.05.2020 zum Beschwerdepunkt „Störfallbehebung“ ein ihren Rechtsstandpunkt bekräftigendes Vorbringen erstatten. Darüber hinaus hat die Antragstellerin erklärt: dass

- sie die bisherigen Ausführungen zur Rechtswidrigkeit des festgelegten Referenzzeitraums für die Lose 1 bis 3 (Anm.: zwischen 1. Februar 2015 und Ende der Teilnahmefrist nach der Stellungnahme der Antragsgegnerin nicht weiter verfolgt und dieser Punkt damit erledigt ist,
- die Ausführungen zur Rechtswidrigkeit der Referenzanforderungen betreffend die Wohnbevölkerungsdichte nach der Stellungnahme der Antragsgegnerin nicht weiter verfolgt werden und dieser Punkt erledigt ist,

- die Referenzanforderungen betreffend die Querung von Gewässern in offener Bauweise sowohl durch die Stellungnahme der Antragsgegnerin als auch durch die Anfragebeantwortung aufgeklärt wurden und dieser Punkt für die Antragstellerin damit geklärt ist.

#### 6. Mündlicher Verhandlung:

Im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren wurde am 06.05.2020 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt und das Erkenntnis mündlich verkündet. Die Antragstellerin und die Auftraggeberin haben an der Verhandlung und Verkündung durch ihre Vertreter teilgenommen.

In der Verhandlung hat Herr B. als im Unternehmen der Auftraggeberin für Ausschreibungen von Leitungsbauten im Gas- und Fernwärmebereich Verantwortlicher die gegenständliche angefochtenen Festlegungen in technischer Hinsicht aus Sicht der Auftraggeberin erläutert.

Beiden anwesenden Parteien wurde das Protokoll über die Verhandlung und Verkündung unmittelbar ausgefolgt.

Mit der mündlich verkündeten Entscheidung des Verwaltungsgerichts Wien über den Antrag auf Nichtigerklärung ist die einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2014 außer Kraft getreten.

Mit am 19.05.2020 per Fax eingebrachtem Schriftsatz hat die Antragstellerin eine schriftliche Ausfertigung des Erkanntisses beantragt.

#### 7. Folgender Sachverhalt steht fest:

Die Wiener Netze GmbH führt als Auftraggeberin ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe eines Bauauftrages für insgesamt 4 Lose (jeweils in Form eines Rahmenvertrags) nach den Bestimmungen des BVergG 2018 für den Oberschwellenbereich durch. Die Auftraggeberin ist im betreffenden Beschaffungsvorgang „Jahresbauvertrag Bauarbeiten für Fernwärmeleitungen“ als Sektorenauftraggeberin zu qualifizieren.

Unter der Bezeichnung „79536-00- WN-3210048945- Jahresbauvertrag Bauarbeiten für Fernwärmeleitungen“ sollen einerseits Bauarbeiten zur Errichtung von Fernwärmeleitungen und gegebenenfalls Fernkälteleistungen (Los 1 bis 3) und andererseits Bauarbeiten im Zuge von Störungsbehebungen bei Fernwärmeleitungen und gegebenenfalls Fernkälteleitungen in allen Wiener Gemeindebezirken sowie in den Gemeindegebieten Schwechat und Vösendorf (Los 4) vergeben werden.

Ausgeschrieben wird ein Rahmenvertrag je Los mit einer grundsätzlichen Laufzeit von drei Jahren (inkl. Verlängerungsoption von insgesamt zwei Jahren durch die Auftraggeberin).

Der geschätzte Auftragswert (netto) für die gesamtmögliche (fünf-jährige) Laufzeit des Rahmenvertrags liegt insgesamt und auch je Los im Oberschwellenbereich.

Der Ablauf des zweistufigen Verhandlungsverfahrens ist in Punkt 1.2 der Teilnahmeunterlage wie folgt geregelt:

In der 1. Stufe (Suche nach geeigneten Bewerbern/Präqualifikation) werden vom Auftraggeber die zur Teilnahme am Vergabeverfahren geeigneten Bewerber je Los, unter Zugrundelegung der jeweiligen Teilnahmebedingungen (Eignungskriterien) je Los ermittelt. Bei Nichterfüllen eines Eignungskriteriums kann der Bewerber jedenfalls zur Angebotsabgabe für das jeweilige Los nicht aufgefordert werden. Aus der bloßen Einreichung des Teilnahmeantrages kann kein Anspruch auf Einladung zur Angebotsabgabe (2. Stufe) abgeleitet werden.

Bei Erfüllung aller Eignungskriterien durch mehr als 15 geeignete Bewerber je Los, erfolgt die Auswahl unter den befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Bewerbern nach Bewertung gemäß den Auswahlkriterien. Die so geprüften und bewerteten Teilnahmeanträge je Los werden nach der erreichten Gesamtpunktzahl gereiht.

In der darauffolgenden 2. Stufe ermittelt der AG das technisch und wirtschaftlich beste Angebot (Bestbieterprinzip) je Los jener geeigneten Bewerber, die vom Auftraggeber zur Legung eines Angebotes für das jeweilige Los aufgefordert wurden. Die näheren Festlegungen für die 2. Stufe werden mit der Aufforderung zur Angebotslegung bekanntgegeben.

Zu den einzelnen Losen können Teilnahmeanträge gelegt werden. Im Teilnahmeantrag ist anzugeben, für welches Los sich der Bewerber / die Bewerbergemeinschaft bewirbt. Es ist zulässig, sich für alle Lose zu bewerben.

Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens (1. Stufe) erfolgte mit 25.2.2020 auf dem Beschaffungsportal der Wiener Stadtwerke sowie am 26.02.2020 im Supplement S zum Amtsblatt der Europäischen Union (Abi 2020/S 040- 095522).

Die Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge endete zunächst mit 11.3.2020, 13:00 Uhr und wurde in Anbetracht des eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens wurde mittlerweile verlängert.

Zur Zeit der Einbringung des Nachprüfungsantrages befand sich das Vergabeverfahren in der Phase vor Abgabe der Teilnahmeanträge (erste Verfahrensstufe). Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt. Das Vergabeverfahren war nicht widerrufen.

Die Bewerbungsunterlagen legen fest:

Zu den Losen 1 bis 3 ist Ziel des Vergabeverfahrens der Abschluss eines Jahresbauvertrages je Los für laufende Bauarbeiten mit einem jeweiligen gesuchten Auftragswert zur Errichtung von Fernwärmeleitungen und gegebenenfalls Fernkabelleitungen in allen Bezirken Wiens und in umliegenden Gemeindegebieten (siehe Details unten). Mit Hilfe dieses Jahresbauvertrages sollen netzverdichtende Fernleitungsanschlüsse (Nennweiten zwischen DN 25 bis DN 300) durchgeführt werden. Bei diesem Jahresbauvertrag je Los 1 bis 3 handelt es sich um einen Rahmenvertrag mit einem Unternehmer mit einem zugesagten Mindestabnahmeverummen je Los, über das zugesagte Mindestabnahmeverummen hinaus besteht seitens des Auftraggebers (AG) keine Abnahme- / Abrufverpflichtung.

Der Leistungsgegenstand ist in nachstehende Teilgebiete gegliedert: Los 1 Teilgebiet Süd: Bezirke: Wien 3., 10. bis 14., 23. und die Gemeindegebiete Schwechat und Voßendorf; Los 2 Teilgebiet Mitte: Bezirke Wien 1., 4. bis 9., 15. bis 19.; Los 3 Teilgebiet Nord: Bezirke Wien 2., 20. bis 22.

Zu Los 4 ist Ziel des Vergabeverfahrens der Abschluss eines Rahmenvertrages (Jahresbauvertrages) mit einem zugesagten Mindestabnahmeverummen mit einem Unternehmer für kurzfristige Reparaturarbeiten am Bauteil (Bauarbeiten) von in Betrieb befindlichen Fernwärmeleitungen sowie gegebenenfalls von Fernkabelleitungen in allen Wiener Gemeindebezirken inkl. Schwechat und Voßendorf. Vom Los 4 sind des Weiteren Arbeiten erfasst, die zur Durchführung von Bauarbeiten bei der Neuverlegung von LWL-Kabeln in Form von Bauprojekten und Bauarbeiten zur Stromungsbehebung an E-Kabeln, die zur Spannungsversorgung, Daten- oder Stromungsübertragung von Einbauten der Fernwärme- bzw. Fernkabelanlagen dienen.

Stromungsbehebungen, die mehrere Einzelaufgrabungen überschreiten und zu einer durchgängigen Rohrauswechslung führen, sind jedoch nicht Inhalt des Loses 4.

Unter Punkt IV lit b Z 4 legen die Bewerbungsunterlagen Anforderungen an die Referenzen für die Lose 1 bis 3 fest, welche die im nachfolgend zitierten Text der Festlegungen unterstrichen wiedergegebenen Textpassagen enthalten, deren Rechtswidrigkeit die Antragstellerin mit dem verfahrensgegenständlichen Nachprüfungsantrag behauptet.

„IV. Eignungskriterien/Eignungsnachweise

Es gelten die „Allgemeinen Eignungsanforderungen der Wiener Stadtwerke bei Vergaben gemäß BVergG 2018 idG“ (WSTW 9310, Teil 1, Ausgabe 12.09.2018 – abrufbar unter <http://www.wienerstadtwerke.at> – Unternehmen-Publikationen – Angebots-, Einkaufs- und Vertragsbestimmungen der Wiener Stadtwerke) mit nachfolgenden Änderungen und Ergänzungen zu der WSTW 9310, Teil 1, Ausgabe 12.09.2018:

(...)

b. Ergänzend zu Punkt 1.2:

(...)

4 technische Leistungsfähigkeit (in Ergänzung zu Punkt 1.2.3 WSTW 9310, Teil 1, Ausgabe 12.09.2018)

4.1. Referenzen - GILT FÜR LOSE 1-3:

Hinweis: Wird ein Teilnahmeantrag für mehrere Lose (1 bis 3) abgegeben, so ist es ausreichend, wenn die Referenznachweise nur einmal vorgelegt werden.

Es werden nur Referenzprojekte, die nach dem 01.02.2015 und dem Ende der gegenständlichen Teilnahmefrist erbracht worden sind (Abnahme durch den Referenzauftraggeber), berücksichtigt. Es ist das vorgegebene Formblatt (in der benötigten Anzahl) bei- zu bringen.

Sofern Referenzen von einem Unternehmen in einer Arbeitsgemeinschaft erworben wurden, ist vom Bewerber anzugeben, welche Aufgaben ihm im damaligen Innenverhältnis zukamen. Personenbezogene Referenzen sind nicht zulässig.

Zum Nachweis der technischen Leistungsfa?higkeit sind Referenzprojekte vorzulegen, die insgesamt alle folgenden Mindestanforderungen beinhaltet haben, wobei in einem Referenzprojekt auch mehrere Mindestanforderungen enthalten sein ko?nnen:

- Durchfu?hrung von Tiefbauarbeiten im sta?dtischen Gebiet mit einer Wohnbevo?lkerungsdichte  $\geq 1.000$  Einwohner/km<sup>2</sup> an Rohrleitungsnetzen im Bereich bestehender Einbautrassen mit dem Leistungsteil

(...)

5. Querung von Gewa?sern in offener Bauweise (Nachweis auch im nicht sta?dtischen Gebiet gem. obiger Definition mo?glich)

(...)

7. Tiefbauarbeiten im Zuge von Sto?rfa?llen an in Betrieb befindlichen Fernwa?rmeleitungen mit mind. PN25 und mind. 120°C.

- Durchfu?hrung von Betonarbeiten fu?r die Herstellung von Schachtbauwerken mit mind. 3 x 3m und einer Mindesttiefe von 4m

#### 4.2. Referenzen – GILT NUR FU?R LOS 4:

Zum Nachweis der technischen Leistungsfa?higkeit fu?r das Los 4 ist ein Referenzprojekt mit der nachstehenden Mindestanforderung vorzulegen:

Durchfu?hrung von Reparaturarbeiten am Bauteil an in Betrieb befindlichen Fernwa?rmeleitungen mit mindestens PN25 und mindestens 120°C in Scha?chten oder Stollen unter erschwerten Montagebedingungen im sta?dtischen Gebiet mit einer Wohnbevo?lkerungsdichte  $\geq 1.000$  Einwohner/km<sup>2</sup> an Rohrleitungsnetzen im Bereich bestehender Einbautrassen, welche zwischen dem 01.02.2015 und dem Ende der gegensta?ndlichen Teilnahmefrist erbracht worden sind.“

Aufgrund von Bieteranfragen der Antragstellerin hat die Auftraggeberin in ihrer am 24.04.2020 veröffentlichten Fragebeantwortung mitgeteilt:

- Auf die Frage, ob auch Referenzen als gleichwertig anerkannt werden, die Neuverlegungen von Fernw?rmeleitung betreffen:

„Nach Punkt IV. b 4.1 Z 7 der Bewerbungsunterlagen wird darauf abgestellt, ob sich die Fernw?rmeleitung in Betrieb befindet und Tiefbauarbeiten an diesen in Betrieb befindlichen Leitungen im Zuge von Störfällen durchgeführt wurden. Wurden daher im Zuge der Neuverlegungen Tiefbauarbeiten im Zuge von Störfällen an in Betrieb befindlichen Fernw?rmeleitungen mit mind. PN25 und mind. 120°C durchgeführt, ist dieses Kriterium erfüllt.“

- Auf die Frage, ob die Anforderung „Tiefbauarbeiten im Zuge von Störfällen“ dahingehend zu verstehen sei, dass Referenzen auch dann als gleichwertig anerkannt werden, wenn der Leistungsumfang auch die Behebung von Störfällen beinhaltet, auch wenn konkret an Fernw?rmeleitungen oder Gasleitungen noch keine störfallbehebungen stattgefunden haben:

„Nein, da Punkt IV.b 4.1 Z 7 der Bewerbungsunterlagen auf Tiefbauarbeiten im Zuge von Störfällen abstellt und nicht auf die bloße Beauftragung.“

- Auf die Frage, ob auch Rohrauswechslungen bei bestehenden Gasleitungen in Fällen, in denen Erdgasleitungen unter laufendem Betrieb freigegraben wurden als gleichwertig anerkannt werden:

„Nein, da nach Punkt IV. b 4.1 Z 7 ausschreibungsgegenständlich Fernw?rmeleitungen sind (nicht Gasleitungen)“.

- Auf die Frage, ob eine Verlegung einer Leitung im Brückenträgerwerk - die Rohre wurden in die Brücke verlegt - über ein laufendes Gewässer auch darunter (offenbar Punkt IV. b 4.1 Z 7 Z 5) fällt:

„Nein, da genannte Anforderung nicht auf die Leitungsverlegung abstellt, sondern auf die Durchführung der ausschreibungsgegenständlichen Tiefbauarbeiten zur Querung des Gewässers in offener Bauweise (Herstellung der betroffenen Künnette iSD geforderten Bauweise).“

Nicht nur im Los 4, sondern auch in den gegenständlichen Losen 1 bis 3 kann es zu Arbeiten in Zusammenhang mit

Störfällen kommen, dann nämlich, wenn im Fall eines Störfalles gleich eine Auswechselung des betroffenen Rohrabschnittes erfolgt, ohne dass zuvor aus Los 4 der Auftragnehmer zur spontanen, kurzfristigen Schadensbehebung herangezogen wird.

Die Auftraggeberin kontrolliert etwa die Rohre ihres Fernwärmeleitungsnetzes ständig mit Hilfe eines in der Rohr-Isolierung verlegten stromführenden sog. Leckwarndrahtes, mithilfe dessen Leckstellen feststellbar sind, noch bevor es zu einem Wasser- oder Dampfaustritt an der Oberfläche kommt. Auf diese Weise kann der Zustand eines Rohrstranges beurteilt werden und kann ein so festgestellter Störfall zum Anlass genommen werden, einen längeren, in schlechtem Zustand befindlichen Rohrstrang im Rahmen von Abrufen auch in den Losen 1 bis 3 auszutauschen.

Im Unterschied zu Einzelbauvorhaben (wie etwa beim Projekt C., auf welches die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 05.05.2020 verwiesen hat), bei denen im Vorhinein geplant werden kann und nach Vorgaben eines genauen Ausführungsplanes vom Bauunternehmen unter vorhersehbaren Verhältnissen Aufgrabungen ausgeführt werden, ist bei Arbeiten im Zusammenhang mit Störfällen von vornherein oft nicht absehbar, welche Situation das die Aufgrabungen vornehmende Bauunternehmen erwartet, sodass Erfahrungen im Umgang mit den typischen Gefahren von Dampf und austretendem Heißwasser erforderlich sind.

Die Auftraggeberin rechnet aufgrund des Alterungszustandes des Fernwärmenetzes vermehrt mit der Notwendigkeit von Störungsbehebungen und dadurch bedingten Rohrauswechselungen in der Folge von Störfällen.

8. In der Beweiswürdigung waren folgende Erwägungen maßgeblich:

Der Ablauf des Vergabeverfahrens und der Inhalt der zitierten Festlegungen ergeben sich aus dem vorgelegten unbedenklichen Vergabeakt.

Herr B., der für die technische Planung von Ausschreibungen zum Fernwärmeleitungsbau im Unternehmen der Auftraggeberin Verantwortliche, hat mündlich in der Verhandlung die Gründe für die Festlegungen zu Punkt IV. b 4.1 Z 7 - Tiefbaurbeiten im Zuge von Sto?rfa?llen an in Betrieb befindlichen Fernwa?rmeleitungen – erläutert.

Herr B. hat klar und anschaulich dargelegt, dass in den gegenständlichen Losen 1 bis 3 Tiefbaurbeiten zu Vornahme von Rohrauswechselungen im Zusammenhang mit Störfällen abgerufen werden können, bei denen es nicht von vornherein absehbar ist, welche Situation das die Aufgrabungen vornehmende Bauunternehmen erwartet und dieses daher Erfahrungen im Umgang mit den typischen Gefahren von Dampf und austretenden Heißwasser haben muss, ebenso dass aufgrund des Alterungszustandes des Fernwärme-Rohrleitungsnetzes zunehmend mit notwendigen Störungsbehebungen im Zusammenhang stehenden Rohrauswechselungen zu rechnen sein wird.

Die mündlichen Ausführungen des Herrn B. sind nach der allgemeinen Lebenserfahrung plausibel und inhaltlich schlüssig.

Die Antragstellerin ist diesen Ausführungen auch in technischer Hinsicht nicht entgegengetreten. Vielmehr hat der Geschäftsführer der Antragstellerin, Herr D., in der Verhandlung lediglich darauf hingewiesen, dass sein Unternehmen Erfahrungen iZm Störfällen an Wasserrohrleitungen habe, und sich Arbeiten an Fernwärmeleitungen davon kaum unterscheiden würden. Das Bauunternehmen müsse in beiden Fällen aufgraben, sodass ein anderes Unternehmen die Arbeiten an der Leitung ausführen könne.

Dass es keinen bzw. „kaum“ einen Unterschied im Faktischen macht, wenn es bei einer Aufgrabung an einer zu wechselnden Rohrleitung unvorhergesehen zu einem Kaltwasseraustritt oder aber zum Austritt von Dampf und Heißwasser mit mehr als 100 Grad Celsius kommt, erscheint weder naheliegend noch wurde dies von der Antragstellerin plausibel dargelegt.

9. In rechtlicher Hinsicht hat das Verwaltungsgericht Wien erwogen:

9.1. Zur Rechtzeitigkeit und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags:

Die Wiener Netze GmbH ist eine öffentliche Auftraggeberin gemäß § 1 Abs. 2 WVRG 2014 und § 4 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018.

Der Antrag auf Nichtigerklärung iSd § 20 WVRG richtet sich gegen eine Ausschreibung der Auftraggeberin in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, mithin gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 15 lit. a sublit. dd BVergG 2018.

Die Beibringung der Pauschalgebühren für den Antrag auf Nachprüfung einer Ausschreibung in einem Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich gemäß §§ 1 und 3 Abs. 1 WVPVO sowie – in halber Höhe – für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist nachgewiesen.

Der Nachprüfungsantrag wurde am 06.03.2020, binnen zehn Tagen nach Bekanntmachung der Ausschreibung und somit fristgerecht gemäß § 24 Abs. 1 WVRG 2014 eingebracht.

Die Antragstellerin hat den ihr allenfalls drohenden Schaden bei Nichterlangung des gegenständlichen Auftrages plausibel dargelegt (vgl. VwGH 23.5.2007, Zl. 2007/04/0010). Der Antrag auf Nichtigerklärung entspricht den Bestimmungen der §§ 20 Abs. 1 und 23 Abs. 1 WVRG 2014.

## 9.2. In der Sache:

Mit Schriftsatz vom 05.05.2020 hat die Antragstellerin erklärt, sich in Bezug auf die Festlegungen iZm „Referenzzeitraum: Abnahme zwischen 01.02.2020 und Ende der Teilnahmefrist“, und „Wohnbevölkerungsdichte“ aufgrund der Stellungnahme der Auftraggeberin und iZm „Querung von Gewässern in offener Bauweise“ aufgrund der Fragebeantwortung der Auftraggeberin vom 24.04.2020 nicht mehr beschwert zu erachten.

Zur einzig noch angefochtenen Festlegung im Punkt IV. b 4.1 Z 7 – „Tiefbauarbeiten im Zuge von Sto?rfa?llen an in Betrieb befindlichen Fernwa?rmeleitungen“ hat das Verwaltungsgericht Wien erwogen:

Gemäß § 193 Abs. 1 BVergG 2018 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauteren Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an geeignete Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 2 Z 22 lit. c BVergG 2018 sind Eignungskriterien die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehenden und zu diesem verhältnismäßigen Mindestanforderungen betreffend die Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit (Eignung) an den Bewerber oder Bieter, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind.

Gemäß § 250 Z 4 BVergG 2018 muss die Eignung grundsätzlich spätestens zum Zeitpunkt des Ablaufes der Teilnahmeantragsfrist vorliegen.

Der Sektorenauftraggeber hat gemäß § 251 Abs. 1 BVergG 2018 festzulegen, mit welchen Nachweisen ein Unternehmer, der an einem Vergabeverfahren teilnimmt, seine (...) 4. technische Leistungsfähigkeit zu belegen hat. Nachweise dürfen nur so weit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages sachlich gerechtfertigt ist. Welche Nachweise der öffentliche Auftraggeber verlangt, liegt in seinem, lediglich durch das Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgebot determinierten Ermessen (siehe Erläuterungen zur Regierungsvorlage, 69 der Beilagen XXVI. GP, S. 184 zu §§ 248 bis 258, mit Verweis auf S. 111, zu § 80).

Gemäß § 255 Abs. 3 BVergG 2018 kann der Sektorenauftraggeber als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß § 251 Abs. 1 Z 4 je nach Art, Menge, Umfang oder Verwendungszweck (...) der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen insbesondere die in Anhang XI angeführten Nachweise verlangen. Werden Nachweise über Leistungen vorgelegt, die der Unternehmer in Arbeitsgemeinschaften erbracht hat, ist der vom Unternehmer erbrachte Leistungsteil anzugeben.

Gemäß Anhang XI Abs. 2 Z 1 BVergG 2018 können als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Bauaufträgen Referenzen über die wesentlichen, in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen verlangt werden, soweit dies zur Sicherstellung eines ausreichenden Wettbewerbes erforderlich ist, kann der Auftraggeber einen längeren Zeitraum festlegen,

Jedes Eignungskriterium kann es einzelnen Unternehmern erschweren, ein Angebot zu legen. Die damit bewirkte Wettbewerbsbeschränkung ist am allgemeinen Sachlichkeitsgebot zu messen; sie muss einer anerkannten Zielsetzung dienen und zu dieser in einer vernünftigen Relation stehen. Die Mindestanforderungen müssen daher dem Auftragsgegenstand angemessen sein (VwGH 22.04.2010, 2008/04/0077 zu § 70 Abs. 1 BVergG 2006) Daraus ergibt sich aber, dass das verlangte Niveau an Eignung in Beziehung zur nachgefragten Leistung zu setzen ist. (VwGH 27.02.2019, Ra 2019/04/0019).

Im Einklang mit den schriftlichen Festlegungen, wonach in Los 4 kurzfristige Reparaturarbeiten am Bauteil innerhalb bestimmter enger zeitlicher Grenzen fallen, Sto?rungsbehebungen jedoch, die mehrere Einzelaufgrabungen u? berschreiten und zu einer durchga?ngigen Rohrauswechselung fu?hren, nicht Inhalt des Loses 4 sind, hat Herr B. ausgef?hrt, dass es dementsprechend auch in den Losen 1 - 3 zu Arbeiten in Zusammenhang mit Störfällen kommen kann, dann nämlich, wenn bei einem Störfall gleich eine Auswechselung des betroffenen Rohrabschnittes erfolgt, ohne dass zunächst die Auftragnehmerin aus Los 4 zur spontanen Schadensbehebung herangezogen wird.

Dazu kann es unter anderem kommen, wenn die Auftraggeberin, welche die Rohre ihres Fernwärmeleitungsnetzes ständig mit Hilfe eines in der Isolierung verlegten stromführenden sog. Leckwarndrahtes kontrolliert, Leckstellen feststellt, noch bevor es zu einem Wasser- oder Dampfaustritt an der Oberfläche kommt. Ein Störfall kann dann zum Anlass genommen werden, einen längerer, in schlechtem Zustand befindlichen Rohrstrang im Rahmen eines Abrufes in den Losen 1 - 3 auszutauschen.

Zum Unterschied von Einzelbauvorhaben (um ein solches handelte es sich bei dem von der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 05.05.2020 erwähnten Projekt C., bei denen Arbeiten im Vorhinein geplant und nach Vorgaben eines genauen Ausführungsplanes vom Bauunternehmen unter vorhersehbaren Verhältnissen ausgeführt werden, ist bei Arbeiten im Zusammenhang mit Störfällen von vornherein oft nicht absehbar, welche Situation das die Aufgrabungen vornehmende Bauunternehmen erwartet, sodass Erfahrungen im Umgang mit den typischen Gefahren von Dampf und austretendem Heißwasser erforderlich sind.

Angesichts dessen, dass in den Losen 1 bis 3 zwar keine kurzfristigen unmittelbaren Schadensbehebungen, sehr wohl aber Arbeiten im Zusammenhang mit Störfällen den Auftragsgegenstand bilden, ist es sachlich sehr wohl begründet, wenn die Auftraggeberin mit dem in Punkt IV. b 4.1 Z 7 als Eignungskriterium Erfahrungen iZm Tiefbauarbeiten im Zuge von Sto?rfa?llen an in Betrieb befindlichen Fernwa?rmeleitungen mit mind. PN25 und mind. 120°C fordert.

Im Hinblick auf die spezifischen Gefahren, die sich durch Dampf- oder Heißwasseraustritt (120 Grad C) ergeben, welche sich von den typischen Gefahren iZm Störfallbehebungen etwa an Wasserleitungsnetzen unterscheiden, ist die Festlegung, dass diese Arbeiten an in Betrieb befindlichen Fernwa?rmeleitungen mit mind. PN25 und mind. 120°C durchgeführt worden sein müssen, in Anbetracht des Auftragsgegenstandes keineswegs überschie?end, sondern geradezu geboten, sind doch die vertragsgegenständlichen Tiefbauarbeiten in technisch notwendiger Weise in unmittelbarer Nähe der auszuwechselnden – in einem von vorneherein nicht exakt abschätzbarer Ausma? schadhaften – Fernwärmerohre auszuführen.

#### 10. Pauschalgebühren:

Gemäß § 15 Abs. 1 WVRG 2014 hat die Antragstellerin oder der Antragsteller für Anträge gemäß den §§ 20 Abs. 1, 28 und 33 Abs. 1 und 2 WVRG 2014 jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten. Die Pauschalgebühr ist gemäß § 15 Abs. 2 WVRG 2014 gemäß den von der Landesregierung durch Verordnung festzusetzenden Gebührensätzen bei Antragstellung zu entrichten.

Die oder der vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin oder Antragsteller hat gemäß § 16 Abs. 1 WVRG 2014 Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 15 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht gemäß § 16 Abs. 2 WVRG 2014 nur dann, wenn 1. dem Nichtigerklärungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und 2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Der geschätzte Auftragswert (je Los und auch insgesamt) überschreitet den Schwellenwert gemäß § 185 Abs. 1 z 3 BVergG 2018, nicht jedoch um mehr als das Zehnfache

Die Antragstellerin hat Pauschalgebühren für Bauaufträge im Oberschwellenbereich entrichtet, und zwar für den Antrag auf Nichtigerklärung gemäß § 1 WVPVO in Höhe von 6.242,-- Euro und für den Antrag auf einstweilige Verfügung gemäß § 15 Abs. 3 WVRG 2014 in halber Höhe von 3.121,-- Euro.

Gemäß § 3 WVPVO beträgt allerdings die von der Antragstellerin oder vom Antragsteller für Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung zu entrichtende Pauschalgebühr 25 % der gemäß § 1 festgesetzten Gebühr..

Zumal der Antrag auf Nichtigerklärung abgewiesen wurde, hat die Antragsgegnerin keinen Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren in der sich aus den vorstehend angeführten Bestimmungen ergebenden Höhe von 2.340,75 Euro.

Der entrichtete Mehrbetrag von 7.022,25 Euro war der Antragstellerin hingegen vom Verwaltungsgericht Wien rück zu erstatten.

#### 11. Unzulässigkeit der Revision:

Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist die (ordentliche) Revision zulässig, wenn eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt, insbesondere weil das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs nicht einheitlich beantwortet wird.

Einer Rechtsfrage kommt grundsätzliche Bedeutung zu, wenn sie über den konkreten Einzelfall hinaus Bedeutung besitzt (VwGH 18.06.2014, Ra 2014/01/0029). Trotz fehlender Rechtsprechung des VwGH liegt keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, wenn die Rechtslage eindeutig ist oder bereits durch ein Urteil des EuGH gelöst wurde (VwGH 28.05.2014, Ra 2014/07/0053; 28.02.2014, Ro 2014/16/0010). Die Rechtsfrage muss eine solche sein, durch deren Lösung im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes ein Eingriff in subjektive Rechte des Revisionswerbers im Sinne des Art. 133 Abs. 6 Z 1 B VG zumindest möglich ist.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, zumal im gegenständlichen Fall eine Auslegung der Festlegungen und die Beurteilung deren sachlichen Rechtfertigung im Einzelfall anhand der nicht uneinheitlichen Rechtsprechung vorzunehmen war, sodass keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt.

#### **Schlagworte**

Vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren; Zuschlagsentscheidung; Antrag auf Nichtigerklärung

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGWI:2020:VGW.123.029.3128.2020

#### **Zuletzt aktualisiert am**

31.07.2020

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