

TE Lvwg Erkenntnis 2015/8/27 VGW-123/072/7708/2015

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.08.2015

Entscheidungsdatum

27.08.2015

Index

97 Öffentliches Auftragswesen
L72009 Beschaffung Vergabe Wien
93 Eisenbahn

Norm

WVRG 2014 §7 Abs2 Z2
WVRG 2014 §20 Abs1
WVRG 2014, §26 Abs1
BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa
BVergG 2006 §163
BVergG 2006 §169
BVergG 2006 §180 Abs1
BVergG 2006 §187
BVergG 2006 §231 Abs1
BVergG 2006 §269
EisenbahnG 1957 §31a
EisenbahnG 1957 §34a

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 § 163 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 1. BVergG 2006 § 169 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 1. BVergG 2006 § 180 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 180 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 180 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 180 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 187 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 231 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

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

durch mündliche Verkündung zu Recht e r k a n n t:

I. Der Antrag, die Ausscheidensentscheidung vom 26.6.2015 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen römisch eins. Der Antrag, die Ausscheidensentscheidung vom 26.6.2015 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

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

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

Rechtsgrundlagen: §§ 1, 2 Abs. 4, 7 Abs. 2 Z 2, 13, 15, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 und 26 Abs. 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) i.V.m. §§ 2 Z 16 lit.a sublit. aa, 163, 169, 180 Abs. 1, 187, 231 Abs. 1, 269 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006) Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, 2, Absatz 4, 7, Absatz 2, Ziffer 2, 13, 15, 20, Absatz eins, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins und 26 Absatz eins, Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 163, 169, 180 Absatz eins, 187, 231, Absatz eins, 269, Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006)

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

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

Die X. GMBH (in der Folge: Antragstellerin) hat ein Angebot gelegt. Sie wurde mit Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 12.6.2015 darüber in Kenntnis gesetzt, dass Herr DI F. (in der Folge: präsumtiver Zuschlagsempfänger) für den Zuschlag in Aussicht genommen wird. Dagegen richtet sich ein weiterer Nachprüfungsantrag der Antragstellerin, der in einem gesonderten Verfahren (zu Zahl VGW-123/072/7114/2015) behandelt wurde. Die römisch zehn. GMBH (in der Folge: Antragstellerin) hat ein Angebot gelegt. Sie wurde mit Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 12.6.2015 darüber in Kenntnis gesetzt, dass Herr DI F. (in der Folge:

präsumtiver Zuschlagsempfänger) für den Zuschlag in Aussicht genommen wird. Dagegen richtet sich ein weiterer Nachprüfungsantrag der Antragstellerin, der in einem gesonderten Verfahren (zu Zahl VGW-123/072/7114/2015) behandelt wurde.

Mit Ausscheidensentscheidung vom 26.6.2015 wurde das Angebot der Antragstellerin gemäß § 269 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 ausgeschieden. Dagegen hat die Antragstellerin am 3.7.2015, und damit rechtzeitig, den gegenständlichen Nachprüfungsantrag eingebracht. Sie beantragte die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung, Akteneinsicht in den Vergabeakt der Antragsgegnerin, die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, Gebührenersatz und die Verbindung dieses Nachprüfungsverfahrens mit dem Nachprüfungsverfahren zur Zuschlagsentscheidung. Mit Ausscheidensentscheidung vom 26.6.2015 wurde das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 ausgeschieden. Dagegen hat die Antragstellerin am 3.7.2015, und damit rechtzeitig, den gegenständlichen Nachprüfungsantrag eingebracht. Sie beantragte die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung, Akteneinsicht in den Vergabeakt der Antragsgegnerin, die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, Gebührenersatz und die Verbindung dieses Nachprüfungsverfahrens mit dem Nachprüfungsverfahren zur Zuschlagsentscheidung.

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

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

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

Zunächst stelle sich die Frage danach, ob die Antragsgegnerin im gegenständlichen Verfahren als Sektorenauftraggeberin tätig werde, da sie die EU-weite Bekanntmachung des Vergabeverfahrens mit dem Formblatt für klassische Auftraggeber durchgeführt hätte, in den Ausschreibungsbestimmungen jedoch ein ausdrücklicher Hinweis auf eine Sektorentätigkeit enthalten sei. Die Antragstellerin gehe in diesem Zusammenhang von der Anwendbarkeit des 2. Teiles des BVergG 2006 aus.

Im Übrigen habe die Angebotsfrist ursprünglich nur 41 Tage und damit nicht die gesetzlich vorgegebenen 52 Tage betragen.

Leistungsinhalt der Ausschreibung seien Abnahmeprüfungen für Zugsicherungsanlagen und Linienzugsbeeinflussungen (LZB) entlang der Strecke der U 4 sowie Zugsicherungstechnik für die Verlängerung der U-Bahnstrecke U 1 Richtung Oberlaa. Im Zuge dieser Abnahmeprüfungen seien laut Leistungsbeschreibung fünf Teilleistungen zu erbringen:

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

2) FAT Factory Acceptance Test („Werksabnahme“)

3) Zuordnungsprüfung/Prüfung der Außenanlagen;

4) Mess- und Einstellfahrten;

5) Abnahmeprüfung Gesamtanlage.

Gemäß den Ausschreibungsbestimmungen seien als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit geeignete Referenzen und geeignetes Personal namhaft zu machen. In Punkt 1.2.3 lit a) WSTW 9310-1 sei zu den Referenzen festgelegt: Gemäß den Ausschreibungsbestimmungen seien als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit geeignete Referenzen und geeignetes Personal namhaft zu machen. In Punkt 1.2.3 Litera a,) WSTW 9310-1 sei zu den Referenzen festgelegt:

„Der Bieter hat folgendes Eignungskriterium „Referenzen“ nachzuweisen:

Drei Referenzen über die gutachterliche Abnahme:

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

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

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

Nachweis (Formblatt): (...)

Nur solche Referenzen eines Bieters oder seines Subunternehmers werden gewertet, die

.) von ihm selbst oder

.) im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft als Konsortialführer oder als technisch Verantwortlicher und Ausführer erworben wurden.“

Der Antragstellerin sei der von der Antragsgegnerin vorausgesetzte Umfang der geforderten Referenzen unklar gewesen, da in der Ausschreibung der Begriff „gutachterliche Abnahme“ und somit auch der Leistungsumfang einer derartigen Tätigkeit nicht definiert seien. Sie habe daher am 24.4.2015 ein Aufklärungsersuchen an die Antragsgegnerin gerichtet. Am 30.4.2015 sei von der Antragsgegnerin eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen erfolgt, mit der festgelegt worden sei:

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

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

Weiters sei die Angebotsfrist im Zuge dieser 1. Berichtigung auf den 8.5.2015 verlängert worden, was jedoch, soweit ersichtlich, nicht europaweit bekanntgemacht worden sei. Der Antragstellerin sei daraus kein Schaden entstanden.

Die Ausscheidensentscheidung hinsichtlich des Angebots der Antragstellerin sei unmittelbar nach der Erlassung der Einstweiligen Verfügung im Verfahren zur Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung erlassen worden. Diese Vorgangsweise könne nur so verstanden werden, dass die Antragsgegnerin nach der Zuschlagsentscheidung die Angebotsprüfung weitergeführt habe, um der Antragstellerin die erforderliche Antragslegitimation im Verfahren gegen die Zuschlagsentscheidung zu entziehen. Dies sei im Hinblick auf die Judikatur des EuGH zu Fastweb SpA unzulässig, da zur Vermeidung willkürlicher Entscheidungen der Auftraggeberin auch einer Bieterin, die ein allenfalls auszuschließendes Angebot gelegt habe, die Antragslegitimation zuzuerkennen sei.

Laut Angebotsöffnung sei der präsumtive Zuschlagsempfänger preislich an erster Stelle gelegen, die Antragstellerin sei an zweiter und die W. KG sei an dritter Stelle gelegen.

Die Antragstellerin sei im Zuge der Angebotsprüfung mit E-Mail vom 3.6.2015 zur Aufklärung betreffend den Leistungsinhalt der beigebrachten Referenzen ersucht worden. Das Aufklärungsersuchen habe folgenden Wortlaut:

„Eine Rücksprache mit den Referenzgebern der jeweiligen Betreiber hat ergeben, dass zwar die Planprüfungen und die Erstellung der Gutachten durch die X. GmbH durchgeführt wurde, jedoch die X. GmbH nicht, wie gefordert, sämtliche Abnahme- und Inbetriebnahmetätigkeiten durchgeführt hat. Weiters wurden Angaben zur Teilnahme an Mess- und Einstellfahrten gemacht, welche so laut den Referenzgebern nicht stattfanden. Wir bitten um Aufklärung zu den oben angeführten Punkten bis (...).“ „Eine Rücksprache mit den Referenzgebern der jeweiligen Betreiber hat ergeben, dass zwar die Planprüfungen und die Erstellung der Gutachten durch die römisch zehn. GmbH durchgeführt wurde, jedoch die römisch zehn. GmbH nicht, wie gefordert, sämtliche Abnahme- und Inbetriebnahmetätigkeiten durchgeführt hat. Weiters wurden Angaben zur Teilnahme an Mess- und Einstellfahrten gemacht, welche so laut den Referenzgebern nicht stattfanden. Wir bitten um Aufklärung zu den oben angeführten Punkten bis (...).“

In diesem Zusammenhang werde auf die ständige Rechtsprechung und Literatur zur Vorgehensweise bei der Behebung von (behebbarer) Angebotsmängeln verwiesen. Gemäß § 126 Abs. 1 BVergG 2006 sei vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Damit sei die Pflicht der Auftraggeberin umfasst, bei Unklarheiten und (behebbarer) Mängeln ein Aufklärungsverfahren einzuleiten. Die Auftraggeberin müsse dem Bieter daher Gelegenheit geben, zu den Unklarheiten und Mängeln Stellung zu nehmen. Ein Unterlassen führe zur Rechtswidrigkeit der Angebotsprüfung. Es handle sich dabei um ein zwingend kontradiktorisch durchzuführendes Verfahren zwischen der Auftraggeberin und der Bieterin. Das Aufklärungsersuchen müsse klar und präzise angeben, welche Unklarheiten bestünden bzw. welche Mängel zu beheben seien. In diesem Zusammenhang werde auf die ständige Rechtsprechung und Literatur zur Vorgehensweise bei der Behebung von (behebbarer) Angebotsmängeln verwiesen. Gemäß Paragraph 126, Absatz eins, BVergG 2006 sei vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Damit sei die Pflicht der Auftraggeberin umfasst, bei Unklarheiten und (behebbarer) Mängeln ein Aufklärungsverfahren einzuleiten. Die Auftraggeberin müsse dem Bieter daher Gelegenheit geben, zu den Unklarheiten und Mängeln Stellung zu nehmen. Ein Unterlassen führe zur Rechtswidrigkeit der Angebotsprüfung. Es handle sich dabei um ein zwingend kontradiktorisch durchzuführendes Verfahren zwischen der Auftraggeberin und der Bieterin. Das Aufklärungsersuchen müsse klar und präzise angeben, welche Unklarheiten bestünden bzw. welche Mängel zu beheben seien.

Im vorliegenden Fall sei für die Antragstellerin nicht erkennbar gewesen, welche Referenzprojekte hinterfragt würden. Es sei weiters nicht erkennbar gewesen, worin ein vermeintlicher Mangel erblickt worden sei.

Die Antragstellerin habe fristgerecht Aufklärung zu diesem vagen Aufklärungsersuchen geleistet. Es sei davon auszugehen gewesen, dass die Antragstellerin dem Ersuchen inhaltlich voll nachgekommen sei, da die Antragsgegnerin ihr Angebot zunächst nicht ausgeschieden und auch keinen diesbezüglichen Hinweis geliefert habe. Ein sorgfältiges kontradiktorisches Verfahren sei somit diesbezüglich nicht erfolgt. Die Antragstellerin habe erst mit der Ausscheidensentscheidung konkrete Vorhalte zu den Beanstandungen ihrer Referenzen erhalten. Sie habe somit nicht die Möglichkeit gehabt, die Zweifel der Antragsgegnerin auszuräumen, obwohl es sich um behebbare Mängel gehandelt habe.

Weiters sei das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin mit dem Hinweis erfolgt, dass in mehreren Referenzprojekten die „praktischen Prüfungen“ nicht durch die Antragstellerin erfolgt seien. Damit weiche die Antragsgegnerin von den bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen ab, indem sie nunmehr „praktische Prüfungen“ im Referenzprojekt einfordere. Laut den Ausschreibungsunterlagen seien hingegen Referenzen über die „gutachterliche Abnahme“ nachzuweisen, wobei in der 1. Berichtigung festgehalten worden sei, dass „ein Gesamtgutachten über alle Leistungspunkte (...)“ zu erstellen wäre.

Kernpunkt der geforderten Referenzen sei daher die gutachterliche Abnahme im Sinne eines Gesamtgutachtens. Praktische Prüfungen seien nicht Teil eines Gutachtens und in den bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen, selbst nach der Nachfrage der Antragstellerin, die mit der Fragebeantwortung (1. Berichtigung) beantwortet worden sei, nicht gefordert. Die Ausschreibungsbestimmungen seien diesbezüglich eindeutig und nicht widersprüchlich.

Schließlich hätte die Antragsgegnerin die Ausscheidensentscheidung vor der Zuschlagsentscheidung treffen müssen. Angesichts der Tatsache, dass die Antragstellerin preislich an zweiter Stelle gereiht sei, wäre dies von der Antragsgegnerin auch unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie rechtzeitig zu prüfen gewesen. Mangels

konkreter Vorhaltungen sei die Angebotsprüfung noch nicht abgeschlossen, weshalb die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig seien.

Im Übrigen habe die Antragsgegnerin zu Unrecht § 269 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 als Rechtsgrundlage für das Ausscheiden herangezogen, da sie bei der Einleitung des Vergabeverfahrens keinen Zweifel daran gelassen habe, dass das gegenständliche Vergabeverfahren dem Regime des klassischen Auftraggebers (BVergG 2006 2. Teil) unterliege. Im Übrigen habe die Antragsgegnerin zu Unrecht Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 als Rechtsgrundlage für das Ausscheiden herangezogen, da sie bei der Einleitung des Vergabeverfahrens keinen Zweifel daran gelassen habe, dass das gegenständliche Vergabeverfahren dem Regime des klassischen Auftraggebers (BVergG 2006 2. Teil) unterliege.

Die Antragsgegnerin entgegnete diesem Vorbringen mit Schriftsatz vom 15.7.2015 zunächst, dass die Ausschreibungsunterlagen bestandsfest geworden seien, womit das Vorbringen der Antragstellerin zur ursprünglich festgelegten Angebotsfrist präkludiert sei.

Weiters sei in den Ausschreibungsunterlagen eindeutig festgelegt, dass der gegenständliche Auftrag im Rahmen der Sektorentätigkeit durchgeführt werde, indem dem Vergabeverfahren die Allgemeinen Angebotsbestimmungen und Eignungsanforderungen der WSTW bei Vergaben als Sektorenauftraggeber zu Grunde gelegt worden seien. Auch diese Festlegungen seien bestandsfest. Dies habe die Antragstellerin mit der Unterfertigung ihres Angebots akzeptiert. Die als Grundlage des Ausscheidens des Angebots der Antragstellerin zitierte Rechtsnorm § 269 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 sei daher korrekt. Die Antragstellerin wäre jedoch auch nach dem klassischen Regime auszuschneiden gewesen. Im Übrigen führe die Antragstellerin nicht aus, durch welche angeblich nicht angewendete Norm des BVergG 2006 sie sich beschwert erachte. Weiters sei in den Ausschreibungsunterlagen eindeutig festgelegt, dass der gegenständliche Auftrag im Rahmen der Sektorentätigkeit durchgeführt werde, indem dem Vergabeverfahren die Allgemeinen Angebotsbestimmungen und Eignungsanforderungen der WSTW bei Vergaben als Sektorenauftraggeber zu Grunde gelegt worden seien. Auch diese Festlegungen seien bestandsfest. Dies habe die Antragstellerin mit der Unterfertigung ihres Angebots akzeptiert. Die als Grundlage des Ausscheidens des Angebots der Antragstellerin zitierte Rechtsnorm Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 sei daher korrekt. Die Antragstellerin wäre jedoch auch nach dem klassischen Regime auszuschneiden gewesen. Im Übrigen führe die Antragstellerin nicht aus, durch welche angeblich nicht angewendete Norm des BVergG 2006 sie sich beschwert erachte.

Die Antragstellerin führe weiters in ihrem Nachprüfungsantrag zwar aus, dass sie sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens als verletzt erachte, nicht erachte sie sich jedoch in ihrem Recht auf Nichtausscheiden ihres Angebots als verletzt. Sie habe damit nicht ordnungsgemäß die Verletzung in einem subjektiven Recht geltend gemacht, weshalb ihr Antrag schon deshalb zurück- bzw. abzuweisen sei.

Das Ausscheiden eines Angebots nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs und der Vergabekontrollbehörden zulässig. Alleine deshalb, weil der Auftraggeber von einer formellen Ausscheidung zunächst Abstand genommen habe, werde ein mangelhaftes Angebot nicht zu einem mangelfreien, dem der Zuschlag erteilt werden könne. Die Gründe für das Ausscheiden seien klar und eindeutig aus der Aktenlage erkennbar. Das Angebot sei rechtzeitig und konkret geprüft worden. Die Prüfung sei abgeschlossen.

Der Ausscheidensgrund ergebe sich unzweifelhaft aus der Aktenlage (Prüfprotokoll der Antragsgegnerin, Angebot der Antragstellerin, Aufklärungsersuchen, etc.). Die Antragstellerin habe ihre technische Leistungsfähigkeit nicht ausreichend nachgewiesen, da sie die erforderlichen Referenzen nicht erbracht habe.

Die Bieter hätten laut Ausschreibungsunterlagen drei Referenzen über die gutachterliche Abnahme einer Linienzugsbeeinflussung (LZB) im U-Bahnbereich und/oder eines elektronischen Stellwerks im Bereich der U-Bahn oder Eisenbahn im Nah- und Fernverkehr mit dem Angebot beizubringen gehabt. Mit der Fragebeantwortung vom 30.4.2015 sei bestandsfest festgelegt worden, dass folgende Referenzen zulässig seien:

- +) Abnahmeprüfung einer LZB im U-Bahn-Bereich
- +) Abnahmeprüfung an elektronischen Stellwerken im U-Bahnbereich (Nahverkehr)
- +) Abnahmeprüfung an elektronischen Stellwerken der Eisenbahn (Fernverkehr)

Weiters sei in der Fragebeantwortung bestandsfest festgelegt worden, dass der Begriff „Abnahmeprüfung“ kumulativ folgende fünf Punkte zu umfassen habe:

- +) Planprüfung
- +) FAT-Factory Acceptance Test
- +) Zuordnungsprüfung/Prüfung Außenanlage
- +) Mess- und Einstellfahrten
- +) Abnahmeprüfung Gesamtanlage

Darüber hinaus sei festgelegt worden, dass ein Gesamtgutachten alle Leistungspunkte (s.o.) zum Gegenstand haben müsse. Es müsste nicht nur die Ausfertigung des Gutachtens durch den als Schlüsselpersonal namhaft gemachten Ziviltechniker, sondern auch die Durchführung sämtlicher Abnahme- und Inbetriebnahmetätigkeiten durch die als Schlüsselpersonal genannten Abnahmebevollmächtigten durchgeführt worden sein.

Nach detaillierter Prüfung der von der Antragstellerin vorgelegten Referenzen sei die Antragsgegnerin zu dem Ergebnis gelangt, dass keine dieser Referenzen die Anforderungen vollständig erfülle. In allen Referenzen gebe die Antragstellerin an, an den Mess- und Einstellfahrten „begleitend teilgenommen“ zu haben bzw. eine „abschließende Abnahme“ durchgeführt zu haben. Nach Rücksprache mit den Referenzauftraggebern habe sich jedoch ergeben, dass die Antragstellerin lediglich eine Prüfung der Aufzeichnungen bzw. Pläne durchgeführt habe. Es habe, entgegen den Anforderungen in der Ausschreibung, keine Mitarbeit in sämtlichen Bereichen der Abnahmeprüfung stattgefunden.

Die Antragstellerin sei mit Schreiben vom 3.6.2015 aufgefordert worden, zu den o.a. Referenzen bzw. Unklarheiten Stellung zu nehmen. Sie habe jedoch nicht nachweisen können, dass sie bei ihren Referenzprojekten sämtliche geforderten Inhalte durchgeführt hatte. Sie führe in ihrem Schreiben vom 9.6.2015 selbst an, dass sie bzw. ihre Subunternehmer die Prüfschritte überwacht und dokumentiert hätten, nicht aber, dass sie diese selbst durchgeführt hätten. Weiters führe sie in diesem Schreiben aus, dass sie bloß stichprobenartig an Prüfungen teilgenommen habe, dies entspreche aber nicht den Anforderungen laut Ausschreibungsunterlagen.

Im Übrigen ergäbe sich aus den vorgelegten Unterlagen, dass in den geltend gemachten Referenzprojekten nicht alle Prüfschritte gegenständlich gewesen seien (z.B. Tätigkeit der Antragstellerin ausschließlich vor Bauausführung bedeute, dass die Prüfschritte FAT, Zuordnungsprüfung/Prüfung der Außenanlagen und Mess- und Einstellfahrten nicht geleistet worden seien).

Eine Referenz habe sich auf eine LZB im Eisenbahn- und nicht im U-Bahn-Bereich bezogen und sei deshalb nicht zu werten gewesen. Die übrigen Referenzen hätten die in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Mindestinhalte nicht erfüllt, weshalb sie nicht berücksichtigt werden konnten. Da die Antragstellerin somit nicht über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit verfüge, sei ihr Angebot auszuschneiden gewesen.

Nachdem kein von der Antragstellerin genanntes Referenzprojekt gewertet hätte werden können, fehle es ihr weiters am nötigen Schlüsselpersonal. Damit sei das Eignungskriterium Personalausstattung nicht erfüllt. Auch aus diesem Grund sei die Antragstellerin auszuschneiden gewesen.

Die Antragstellerin habe weiters eine schwere berufliche Verfehlung begangen, die von der Antragsgegnerin nachweislich festgestellt worden sei, indem sie den präsumtiven Zuschlagsempfänger nach Angebotsöffnung aufgefordert habe, den Auftrag zu teilen, ansonsten sie einen Nachprüfungsantrag einbringen werde. Sie habe den präsumtiven Zuschlagsempfänger damit zu einem rechtswidrigen Verhalten nötigen wollen. Aus diesem Grund wäre die Antragstellerin auch gemäß § 229 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen. Sie habe schließlich in erheblichem Ausmaß falsche Erklärungen zu ihrer technischen Leistungsfähigkeit abgegeben, weshalb sie gemäß § 229 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen wäre. Die Antragstellerin habe weiters eine schwere berufliche Verfehlung begangen, die von der Antragsgegnerin nachweislich festgestellt worden sei, indem sie den präsumtiven Zuschlagsempfänger nach Angebotsöffnung aufgefordert habe, den Auftrag zu teilen, ansonsten sie einen Nachprüfungsantrag einbringen werde. Sie habe den präsumtiven Zuschlagsempfänger damit zu einem rechtswidrigen Verhalten nötigen wollen. Aus diesem Grund wäre die Antragstellerin auch gemäß Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 auszuschneiden gewesen. Sie habe schließlich in erheblichem Ausmaß falsche Erklärungen zu ihrer technischen Leistungsfähigkeit abgegeben, weshalb sie gemäß Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuschneiden gewesen wäre.

Dem Vorbringen der Antragstellerin, wonach ihr nicht ausreichend Gelegenheit zur Aufklärung gegeben worden sei, sei

entgegenzuhalten, dass § 126 Abs. 1 BVergG 2006 im Sektorenregime, dem der gegenständliche Auftrag unterliege, nicht anzuwenden sei. Trotzdem habe die Antragsgegnerin von der Antragstellerin eine schriftliche Aufklärung verlangt und ihr Gelegenheit gegeben, zu den Mängeln ihres Angebots Stellung zu nehmen bzw. allfällige Eignungsnachweise nachzureichen. Der Auftraggeber müsse die Antragstellerin nur einmal zur Verbesserung auffordern. In dieser Aufforderung seien die Mängel hinreichend konkret angeführt gewesen. Dies insbesondere, weil sich die Mängel auf sämtliche Referenzen erstreckt hätten. Dem Vorbringen der Antragstellerin, wonach ihr nicht ausreichend Gelegenheit zur Aufklärung gegeben worden sei, sei entgegenzuhalten, dass Paragraph 126, Absatz eins, BVergG 2006 im Sektorenregime, dem der gegenständliche Auftrag unterliege, nicht anzuwenden sei. Trotzdem habe die Antragsgegnerin von der Antragstellerin eine schriftliche Aufklärung verlangt und ihr Gelegenheit gegeben, zu den Mängeln ihres Angebots Stellung zu nehmen bzw. allfällige Eignungsnachweise nachzureichen. Der Auftraggeber müsse die Antragstellerin nur einmal zur Verbesserung auffordern. In dieser Aufforderung seien die Mängel hinreichend konkret angeführt gewesen. Dies insbesondere, weil sich die Mängel auf sämtliche Referenzen erstreckt hätten.

Aus der Formulierung der Aufforderung im Zusammenhang mit den Festlegungen zum geforderten Inhalt der Referenzen in den Ausschreibungsunterlagen hätte der Antragstellerin als fachkundiger Bieterin bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt klar sein müssen, dass ihre Referenzen deshalb mangelhaft gewesen seien, weil sie nicht die Mitarbeit der Antragstellerin in sämtlichen Bereichen der Abnahmeprüfung nachgewiesen hätten.

Dass die Antragstellerin auf den Vorhalt der Antragsgegnerin präzise und im Detail geantwortet habe, beweise, dass für diese durchaus erkennbar gewesen sei, welche Mängel gemeint waren.

Zur Bedeutung des Begriffes „praktische Prüfungen“ sei darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin eine fachkundige Bieterin sei. Der Begriffsinhalt, der sich aus dem objektiven Erklärungsinhalt der Festlegungen in der Ausschreibung und in der Fragebeantwortung ergebe, hätte ihr daher klar sein müssen. Die Antragsgegnerin habe damit keinesfalls neue Referenzinhalte festgelegt, sie habe vielmehr gemäß den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen vorzunehmende Prüfschritte (FAT-Factory Acceptance Test, Zuordnungsprüfung/Prüfung der Außenanlagen, Mess- und Einstellarbeiten, Abnahmeprüfung Gesamtanlage) damit beschrieben. Der Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 26.6.2015 sei daher zurück- bzw. abzuweisen.

Die Antragstellerin erstattete mit Schriftsatz vom 25.8.2015 eine Replik, in der sie zum Vorwurf der mangelnden Beschwer ausführte, dass sie in ihren Anträgen ausreichend dargelegt habe, dass sie sich gegen das rechtswidrige Ausscheiden ihres Angebots und die beabsichtigte Beauftragung des präsumtiven Zuschlagsempfängers ausspreche. Sie habe kein Recht auf Nichtausscheiden ihres Angebotes, sondern lediglich ein Recht auf rechtskonforme Angebotsprüfung. Die Verletzung in diesem Recht habe sie, neben anderen genau bezeichneten Vergaberechtswidrigkeiten, geltend gemacht.

Zur beruflichen Zuverlässigkeit verwies die Antragstellerin in diesem Schriftsatz nochmals darauf, dass die Antragsgegnerin das gegenständliche Vergabeverfahren im klassischen Regime und nicht im Sektorenregime abgewickelt habe. Die von der Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang zitierten Entscheidungen des Bundesvergabeamtes könnten die Argumentation der Antragsgegnerin nicht untermauern, da sich das Bundesvergabeamt in den genannten Verfahren mit unrichtigen Angaben habe auseinandersetzen müssen. Die Antragsgegnerin werfe der Antragstellerin aber gegenständlich ein strafrechtlich relevantes Verhalten, und zwar Nötigung, vor. In diesem Falle müsse die Antragsgegnerin nach der Judikatur des VwGH konkret geltend machen, inwiefern die Antragstellerin in einem solchen Ausmaß gegen Treu und Glauben verstoßen habe, dass eine ernste Störung des Vertrauensverhältnisses eingetreten sei.

Die Antragsgegnerin habe der Antragstellerin weiters keine Möglichkeit eines Freibeweises gegeben. Das Telefonprotokoll, in dem die angebliche Nötigung dokumentiert sei, sei auf Wunsch der Antragsgegnerin von der Akteneinsicht ausgenommen worden, obwohl der Antragstellerin dieses Beweismittel aus den im Schriftsatz näher ausgeführten Gründen nicht vorenthalten hätte werden dürfen. Die Antragstellerin habe damit keine Möglichkeit gehabt, dazu Stellung zu nehmen. Die Antragstellerin bestreite, ein Verhalten an den Tag gelegt zu haben, das einen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren rechtfertigen könne.

Im Übrigen sei die mangelnde berufliche Zuverlässigkeit der Antragstellerin von der Antragsgegnerin erst in ihrer Stellungnahme vom 15.7.2015 als Ausschlussgrund genannt worden. In die Ausscheidensentscheidung sei dieser Grund nicht aufgenommen worden.

Weiters wiederholte die Antragstellerin ihr Vorbringen, wonach die Aufforderung zur Aufklärung die behaupteten Mängel nicht ausreichend umschrieben hätte. Erst in der Folge, insbesondere in den Stellungnahmen im Nachprüfungsverfahren, habe die Antragsgegnerin ihre Bedenken ausführlich dargelegt. Hätte sie dies bereits in der Aufforderung zur Aufklärung getan, hätte die Antragstellerin die Möglichkeit gehabt, die Mängel aufzuklären oder geeignete Referenzen nachzureichen.

Die Antragsgegnerin habe bei der Beurteilung der von der Antragstellerin vorgelegten Referenzen den Gesamtzusammenhang ausgeblendet und außer Acht gelassen, dass Referenzen über gutachterliche Abnahmen gefordert gewesen seien, die sich auf die fünf bereits in den vorangegangenen Schriftsätzen genannten Leistungsteile beziehen müssten. Dabei sei nicht die Vornahme der Teilleistungen an sich gefordert gewesen.

Die Ausschreibungsbestimmungen ließen keinesfalls darauf schließen, dass eine Teilnahme an Mess- und Einstellfahrten gefordert gewesen sei. Dabei sei insbesondere zu berücksichtigen, dass diese Mess- und Einstellfahrten von eigens ausgestatteten Fahrzeugen durchgeführt würden und die dabei ermittelten Messdaten einer gutachterlichen Prüfung zugeführt würden. Eine Teilnahme von Personen, die nicht zur Messmannschaft zählten, diene bestenfalls der übergeordneten Kontrolle.

Ebenso unverständlich sei es, wenn die Antragsgegnerin zu den Referenzen plötzlich die Durchführung von „praktischen Prüfungen“ fordere. Dieser Begriff komme in den Ausschreibungsunterlagen und insbesondere in der Leistungsbeschreibung nicht vor. Sollte sich die Antragsgegnerin in ihrer Ausschreibung undeutlicher Begriffe bedient haben, könne das nicht zum Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin führen.

Aufgrund des Nachprüfungsantrages wurde am 27.8.2015 vor dem Verwaltungsgericht Wien eine mündliche Verhandlung durchgeführt, die folgenden Ablauf hatte:

Zum Thema der Akteneinsicht wurde festgehalten, dass das Telefonprotokoll vom 12.06.2015, in das die Antragstellerin Akteneinsicht begehrt, nach derzeitigen Erkenntnissen nicht verfahrensgegenständlich sein wird. Sollte es verfahrensgegenständlich werden, wird über die Frage der Akteneinsicht näher verhandelt werden.

Hinsichtlich der Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 03.07.2015 wurde der Antragstellerin in dem im Akt ersichtlichen Umfang Akteneinsicht gewährt. Eine weitere Akteneinsicht war im Hinblick auf die darin enthaltenen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse aus der Sicht des Gerichtes nicht zulässig.

Der Antragsgegnervertreter entgegnete auf den Schriftsatz der Antragstellerin vom 25.08.2015 wie folgt:

„Die Antragstellerin behauptet unter Punkt 5.1. und 5.2. ihres Schriftsatzes vom 25.08.2015 einen Aufklärungsmangel, wonach das Aufklärungsschreiben der Antragsgegnerin unpräzise gewesen sei und wäre dieses präziser gewesen, wäre es für sie möglich gewesen, geeignete Referenzen nachzureichen. Referenzen werden aber nicht auf Grund eines Aufklärungsschreibens nachgereicht, sondern mit dem Angebot auf Grund der Ausschreibungsunterlagen und Fragebeantwortungen vorgelegt. Das Nachschieben von Referenzen stellt eine unzulässige Angebotsänderung dar. Zu den vorgelegten und nicht mehr austauschbaren Referenzen wurden von der Antragstellerin aber ohnedies umfassende Äußerungen und Aufklärungen erstattet. Weitere Aufklärungen seitens der Antragstellerin waren nicht erforderlich.

Dass die Fragebeantwortung vom 30.04.2015 und das Aufklärungersuchen vom 03.06.2015 von der Antragstellerin verstanden wurden, folgt schon daraus, dass die Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 09.06.2015 festhält, dass die geforderten fünf Teilleistungen „von uns erbrachten“ wurden, also nicht bloß überwacht oder überprüft wurden, und die Antragstellerin darin umfassend zu ihren Referenzprojekten Stellung nimmt und auch Unterlagen zu allen Referenzprojekten vorlegt.

Aber schon aus Frage 02 der Antragstellerin ist ersichtlich, dass sie den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen bezüglich der Referenzanforderungen verstanden hat, weil sie selbst in der Frage 02 richtig vermutet, dass die Referenzanforderungen im Sinne der Leistungsbeschreibung zu verstehen sind und die Leistungsbeschreibung klar die Durchführung der Abnahmeprüfungen durch den Auftragnehmer vorsieht.“

Zur Frage, welchen Umfang die von der Antragstellerin vorgelegten Referenzen haben, legte die Antragsgegnerin ein E-Mail von Herrn Ing. J. vom 25.06.2015 zum Akt (Beilage ./1). Weiters wurde ein E-Mail von Herrn Ing. We. vom 25.06.2015 zum Akt genommen (Beilage ./2). Ebenso wurde ein E-Mail von Herrn M. vom 25.06.2015 zum Akt genommen (Beilage ./3).

Die Antragsgegnerin gab auf Vorhalt der Festlegungen hinsichtlich der erforderlichen Referenzen in Punkt 1.2.3.A der allgemeinen Eignungsanforderungen der Wiener Stadtwerke und der Fragebeantwortung vom 30.04.2015 zum erwünschten Umfang der Referenz bekannt:

„Das geforderte Gutachten fußt auf einer Planprüfung. Weiters ist eine Softwareprüfung an der fertiggestellten Anlage oder einer Musteranlage der Antragsgegnerin durchzuführen. Die Übereinstimmung der Planunterlagen mit der Umsetzung hinsichtlich der Software ist zu überprüfen. Es hat eine praktische Überprüfung der Übereinstimmung der errichteten Signale in der Außen- und Innenanlage sowie der Software hinsichtlich der einzelnen Signale (Stück für Stück) zu erfolgen. Weiters sind Mess- und Einstellfahrten durchzuführen, bei denen die Erfüllung der Sicherheitskriterien geprüft wird. Diese Prüfung erfolgt an Hand von einer Reihe von Mess- und Einstellfahrten über mehrere Wochen. Dabei wird z.B. geprüft, ob ein grün aufscheinendes Signal auch als solches im Zug empfangen wird bzw. ob bei einem roten Signal eine Zwangsbremung des Zuges erfolgt oder ob dieser weiter fahren kann. Diese Einzeltests münden in einem Gutachten darüber, ob die geprüfte Anlage für den Fahrbetrieb geeignet ist und in Betrieb genommen werden darf. Ergänzt wird, dass den Ausschreibungsunterlagen Prüfblätter beigelegt sind, an Hand derer der gegenständliche Auftrag durchgeführt werden muss. Diese Prüfblätter umschreiben auch den Umfang der zu liefernden Referenzen.“

Die Antragsgegnerin brachte auf die Frage, ob Mess- und Einstellfahrten etwas anderes sind als eine Abnahmefahrt, vor, dass Mess- und Einstellfahrten einen größeren Umfang umfassten, da anlässlich der Mess- und Einstellfahrten die sicherheitstechnischen Anlagen überprüft würden, eine Abnahmefahrt aber auch eine Besichtigungsfahrt sein könne, bei der man sich davon überzeugt, dass bestimmte Voraussetzung z.B. des Arbeitnehmerschutzes gegeben sind.

Von der Antragsgegnerin würden nur solche Referenzen als ausreichend angesehen, die alle fünf in der Leistungsbeschreibung dargestellten Punkte umfassten. Wenn ein Projekt bereits einen dieser Punkte nicht umfasse, sei es als Referenzprojekt nicht geeignet. Andererseits müssten alle fünf Punkte von dem Bieter, der die Referenz vorlege, durchgeführt worden sein, d.h. dass die als Ziviltechniker genannte Person das Gutachten erstellt haben müsse und zwar auf der Grundlage der Überprüfungsmaßnahmen laut Leistungsbeschreibung, die von den bekanntgegebenen Abnahmebevollmächtigten selbst durchgeführt worden seien.

Die Antragsgegnerin teilte mit, dass bei den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen für sie von besonderer Bedeutung gewesen sei, dass alle ausschreibungsgegenständlichen Leistungen von dem beauftragten Bieter bereits durchgeführt worden seien. Die Referenzen sollten einerseits die Qualifikation der Mitarbeiter des bekannt gegebenen Ziviltechnikers nachweisen und andererseits auch nachweisen, dass das beauftragte Büro den Leistungsumfang bewältigen könne. Aus diesem Grund wäre es nicht zulässig gewesen, Referenzen vorzulegen, bei denen das Gutachten des Ziviltechnikers sich auf Abnahmeüberprüfungen externer Personen stütze.

Die Antragstellerin entgegnete, dass sie die Ausschreibungsunterlagen so verstanden habe, dass drei Referenzen über Gutachten einer Abnahme vorzulegen seien, die sich auf die fünf Teilbereiche der Leistungsbeschreibung bezögen. Es finde sich in den Ausschreibungsunterlagen kein Hinweis darauf, dass in den Referenzen darauf Bezug zu nehmen sei, dass die bekanntgegebenen Personen diese praktischen Prüfungen selbst durchgeführt haben müssten. Es sei daher auch zulässig, die Mess- und Einstellfahrten zu begleiten, dies insbesondere, da das Messfahrzeug und die Messgeräte von einem Dritten zur Verfügung gestellt würden. Aufgabe des Gutachters sei, den Prüfumfang zu vereinbaren, die Programme entsprechend abzustimmen und die Durchführungen der Messungen zu überwachen sowie die Messergebnisse seinem Gutachten zu Grunde zu legen. Dasselbe treffe auf die Punkte 2 und 3 zu. Der Gutachter habe jeweils zu prüfen ob die Messwerte mit den Anforderungen übereinstimmten. Die Fragebeantwortung vom 30.04.2015, Frage 02, habe die Antragstellerin so verstanden, dass sich diese Festlegungen auf die Erfüllung des gegenständlichen Auftrages, nicht aber auf die vorzulegenden Referenzen bezögen.

Der Antragsgegnervertreter entgegnete, dass die Fragebeantwortung 02 im Zusammenhang mit der Frage 02 zu lesen sei, in deren letzten Absatz eindeutig die Klarstellung des Begriffes „Gutachterliche Tätigkeit“ im Zusammenhang mit den vorzulegenden Referenzen gefordert werde. Weiters beziehe sich die gesamte Fragebeantwortung auf das Thema

Referenzen. Die Antragstellerin habe dies offenbar auch richtig verstanden, zumal sie im Schreiben vom 09.06.2015 auf die Aufforderung der Antragsgegnerin entsprechend eingegangen sei.

Zur Frage, was der Begriff „praktische Prüfungen“ umfasst, ist darauf hinzuweisen, dass Herr Dipl.Ing. S. diesen Begriff bei seinem Vorbringen selbst in dem Sinn verwendet hat, dass darunter die Tätigkeiten zu verstehen sind, die nicht vom Begriff „Planprüfung“ umfasst sind.

Auf die Frage an die Antragsgegnerin, aus welchem Grund die Ausscheidensentscheidung erst nach der Zuschlagsentscheidung ergangen ist, teilte diese mit, dass die Angebotsprüfung zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bereits abgeschlossen gewesen sei. Das Ergebnis sei eindeutig gewesen. Ein Ausscheiden der Antragstellerin sei aus Rücksichtnahme auf die Antragstellerin nicht erfolgt. Nachdem die Zuschlagsentscheidung von der Antragstellerin angefochten worden sei, sei auch die Ausscheidensentscheidung ergangen.

Der Antragstellervertreter brachte zum Thema des Aufklärungsersuchens vom 03.06.2015 vor, dass dieses Aufklärungsersuchen nicht ausreichend gewesen sei. Die Antragstellerin habe daraus nicht erkennen können, in wie fern die Antragsgegnerin ihre Referenzen nicht als ausreichend betrachtet hätte. Der Antragstellerin wären die bemängelten Punkte, wie sie in der Ausscheidensentscheidung und den Stellungnahmen der Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren vorgebracht worden seien, zur Kenntnis zu bringen gewesen, zumal entsprechende Schritte der Angebotsprüfung laut Vergabeakt offenbar durchgeführt wurden. In diesem Falle hätte die Antragstellerin weitere maßgeschneiderte Referenzen vorlegen können. Dies wäre insofern zulässig gewesen, da es sich dabei um Eignungsnachweise handle, deren Fehlen nach herrschender Judikatur einen behebbaren Mangel darstelle. Weiters habe die Antragsgegnerin der Antragstellerin das mögliche Ausscheiden nicht vorgehalten, was jedoch nach der Judikatur des Vergabekontrollsenates Wien als maßgeblich zu erachten sei.

Der Antragsgegnervertreter verwies hinsichtlich der Frage, ob ein ausreichendes Aufklärungsersuchen erfolgt sei, auf sein Vorbringen zu Beginn der Verhandlung. Im Übrigen sei es rechtlich nicht erforderlich, einen Bieter ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass er ausgeschieden werde, wenn er die in der Ausschreibung geforderten Unterlagen nicht vollständig und zeitgerecht vorlege.

Die Antragstellerin teilte mit, dass von ihr als Ziviltechniker Herr Dipl.Ing. S. und als Abnahmebevollmächtigte Herr Dipl.Ing. E., Herr Ing. Sr. und Herr Ing. Z. bekannt gegeben worden sei.

Zur Frage, welchen Umfang die von der Antragstellerin nachgewiesenen Referenzen haben, wird zunächst festgehalten, dass die Referenz I. (LZB K.) sich auf ein Projekt bezieht, das keine U-Bahn betrifft und damit der Fragebeantwortung vom 30.04.2015 widerspricht. Die Antragstellerin teilte dazu mit, dass aus ihrer Sicht technisch kein Unterschied zwischen LZBs von U-Bahnen und von Eisenbahnen bestehe (LZB = Linienzugsbeeinflussung). Zur Frage, welchen Umfang die von der Antragstellerin nachgewiesenen Referenzen haben, wird zunächst festgehalten, dass die Referenz römisch eins. (LZB K.) sich auf ein Projekt bezieht, das keine U-Bahn betrifft und damit der Fragebeantwortung vom 30.04.2015 widerspricht. Die Antragstellerin teilte dazu mit, dass aus ihrer Sicht technisch kein Unterschied zwischen LZBs von U-Bahnen und von Eisenbahnen bestehe (LZB = Linienzugsbeeinflussung).

Zur Referenz II. (Neuerrichtung einer Eisenbahnsicherungsanlage im Bahnhof N.) teilte die Antragsgegnerin mit, dass sich dieses Referenzprojekt auf § 38 EisbAV bezogen habe und damit den Arbeitnehmerschutz umfasste habe. Das Gutachten sei im Rahmen eines Verfahrens auf Erteilung einer Bau- und Betriebsbewilligung gemäß § 31a und § 34 a EisBG erstellt worden, das bedeute, dass die Anlage nach der Bau- und Betriebsbewilligung errichtet worden sei und zum Zeitpunkt der Gutachtenerstellung durch die Antragstellerin noch nicht in der Wirklichkeit vorhanden gewesen sei. Es habe daher nichts praktisch zu prüfen gegeben. Insbesondere hätten keine Mess- und Einstellfahrten stattgefunden. Zur Referenz römisch zwei. (Neuerrichtung einer Eisenbahnsicherungsanlage im Bahnhof N.) teilte die Antragsgegnerin mit, dass sich dieses Referenzprojekt auf Paragraph 38, EisbAV bezogen habe und damit den Arbeitnehmerschutz umfasste habe. Das Gutachten sei im Rahmen eines Verfahrens auf Erteilung einer Bau- und Betriebsbewilligung gemäß Paragraph 31 a und Paragraph 34, a EisBG erstellt worden, das bedeute, dass die Anlage nach der Bau- und Betriebsbewilligung errichtet worden sei und zum Zeitpunkt der Gutachtenerstellung durch die Antragstellerin noch nicht in der Wirklichkeit vorhanden gewesen sei. Es habe daher nichts praktisch zu prüfen gegeben. Insbesondere hätten keine Mess- und Einstellfahrten stattgefunden.

Die Antragstellerin entgegnete, dass Mess- und Einstellfahrten nur dann erforderlich seien, wenn entlang der Strecke mehrere Messpunkte abgefahren werden müssten. Dies sei insbesondere der Fall, wenn eine LZB errichtet werde. Bei

einer Abnahmefahrt werde lediglich festgestellt, ob die Komponenten richtig reagierten und die Anlage „funktioniere“. Bei elektronischen Stellwerken (ESTW) seien Mess- und Einstellfahrten regelmäßig nicht erforderlich. Zur Frage der Bau- und Betriebsbewilligung gemäß § 31a und § 34a EisBG hielt die Antragstellerin fest, dass die vom Ziviltechniker auszuarbeitenden Einreichunterlagen einen Detaillierungsgrad aufweisen müssten, sodass nach Ausführung die Erfüllung der Vorgaben festgestellt werden könne und damit sichergestellt werden könne, dass die Anlage in Betrieb gehen könne. Darauf beziehe sich die Formulierung in der Referenz „im Gutachten wurden für die Inbetriebnahme Vorgaben zur Abnahme der Anlage formuliert“. Im gegenständlichen Projekt sei von der Antragstellerin auch ein Gutachten über die FAT (Factory Acceptance Test) ausgearbeitet worden. Im Zuge eines Gutachtens nach § 38 EisbaV seien Funktionsprüfungen durchgeführt worden, die von der Antragstellerin begleitet worden seien. Sie habe das Prüfprogramm festgelegt und den Prüfbericht auf Vollständigkeit und Konsistenz überprüft, ob ein sicherer Eisenbahnbetrieb möglich sei. Die Antragstellerin entgegnete, dass Mess- und Einstellfahrten nur dann erforderlich seien, wenn entlang der Strecke mehrere Messpunkte abgefahren werden müssten. Dies sei insbesondere der Fall, wenn eine LZB errichtet werde. Bei einer Abnahmefahrt werde lediglich festgestellt, ob die Komponenten richtig reagierten und die Anlage „funktioniere“. Bei elektronischen Stellwerken (ESTW) seien Mess- und Einstellfahrten regelmäßig nicht erforderlich. Zur Frage der Bau- und Betriebsbewilligung gemäß Paragraph 31 a und Paragraph 34 a, EisBG hielt die Antragstellerin fest, dass die vom Ziviltechniker auszuarbeitenden Einreichunterlagen einen Detaillierungsgrad aufweisen müssten, sodass nach Ausführung die Erfüllung der Vorgaben festgestellt werden könne und damit sichergestellt werden könne, dass die Anlage in Betrieb gehen könne. Darauf beziehe sich die Formulierung in der Referenz „im Gutachten wurden für die Inbetriebnahme Vorgaben zur Abnahme der Anlage formuliert“. Im gegenständlichen Projekt sei von der Antragstellerin auch ein Gutachten über die FAT (Factory Acceptance Test) ausgearbeitet worden. Im Zuge eines Gutachtens nach Paragraph 38, EisbaV seien Funktionsprüfungen durchgeführt worden, die von der Antragstellerin begleitet worden seien. Sie habe das Prüfprogramm festgelegt und den Prüfbericht auf Vollständigkeit und Konsistenz überprüft, ob ein sicherer Eisenbahnbetrieb möglich sei.

Die Antragstellerin brachte vor, dass sie hinsichtlich des Referenzprojektes II. die Abnahme begleitet habe, die von einem Ingenieurbüro durchgeführt worden sei. Sie habe eine Dokumentenprüfung durchgeführt, jedoch die physischen Prüfungen am Stellwerk selbst nicht selbst durchgeführt. Die Antragstellerin brachte vor, dass sie hinsichtlich des Referenzprojektes römisch zwei. die Abnahme begleitet habe, die von einem Ingenieurbüro durchgeführt worden sei. Sie habe eine Dokumentenprüfung durchgeführt, jedoch die physischen Prüfungen am Stellwerk selbst nicht selbst durchgeführt.

Die Antragsgegnerin teilte auf Frage der Antragstellerin mit, dass eine Begutachtung gemäß§§ 38 EisbaV jedenfalls den erforderlichen Referenzumfang nicht erfüllt hätte, weil ein Gutachten im Zuge einer Bau- und Betriebsbewilligung gefordert gewesen sei, das zwar auch eine Beurteilung aus arbeitnehmerschutzrechtlicher Sicht zu umfassen habe, jedoch auch die sicherheitstechnische Überprüfung der Anlage zu enthalten gehabt habe. Die sicherheitstechnische Überprüfung beziehe sich auf die Gewährleistung der Sicherheit für die Fahrgäste. Die arbeitnehmerschutzrechtliche Überprüfung beziehe sich auf die Sicherstellung der Voraussetzungen des Arbeitnehmerschutzes wie z.B. der Standsicherheit. Die Antragsgegnerin teilte auf Frage der Antragstellerin mit, dass eine Begutachtung gemäß Paragraph 38, EisbaV jedenfalls den erforderlichen Referenzumfang nicht erfüllt hätte, weil ein Gutachten im Zuge einer Bau- und Betriebsbewilligung gefordert gewesen sei, das zwar auch eine Beurteilung aus arbeitnehmerschutzrechtlicher Sicht zu umfassen habe, jedoch auch die sicherheitstechnische Überprüfung der Anlage zu enthalten gehabt habe. Die sicherheitstechnische Überprüfung beziehe sich auf die Gewährleistung der Sicherheit für die Fahrgäste. Die arbeitnehmerschutzrechtliche Überprüfung beziehe sich auf die Sicherstellung der Voraussetzungen des Arbeitnehmerschutzes wie z.B. der Standsicherheit.

Das oben Gesagte gilt ebenso für dieReferenzen III. und IV. Das oben Gesagte gilt ebenso für die Referenzen römisch drei. und römisch vier.

Zu denReferenzen II., III. und IV. wurde Herr Ing. J. als Zeuge einvernommen. Er sagte unter Wahrheitspflicht Folgendes aus:Zu den Referenzen römisch zwei., römisch drei. und römisch vier. wurde Herr Ing. J. als Zeuge einvernommen. Er sagte unter Wahrheitspflicht Folgendes aus:

„Ich war für die Referenzprojekte II., III. und IV. Projektleiter und für die Projektsteuerung zuständig. Die Firma X. hat ein Gutachten gemäß § 31 a und 34a EisBG ausgestellt. Die praktische Funktionsprüfung laut Signaltechnikvorschrift wurde von einem Signalkontrolleur durchgeführt (Ingenieurbüro St.). Es hat sich bei dem Projekt um eine verbundene

Bau- und Betriebsbewilligung gehandelt. Die Antragstellerin hat die gutachterliche Abnahme durchgeführt, d.h. sie hat die Gutachten für die Inbetriebnahme gemacht. In wie fern sie die zugrunde liegenden Prüfungen selbst durchgeführt hat, weiß ich nicht. Es wurden ihr jedenfalls die Unterlagen des Signalkontrolleurs zur Verfügung gestellt. Es gab bei diesem Projekt eine Abnahmefahrt, jedoch keine Mess- und Einstellfahrten. Für den FAT (Factory Acceptance Test) war ebenfalls das Büro St. beauftragt. „Ich war für die Referenzprojekte römisch zwei., römisch drei. und römisch vier. Projektleiter und für die Projektsteuerung zuständig. Die Firma römisch zehn. hat ein Gutachten gemäß Paragraph 31, a und 34a EisBG ausgestellt. Die praktische Funktionsprüfung laut Signaltechnikvorschrift wurde von einem Signalkontrolleur durchgeführt (Ingenieurbüro St.). Es hat sich bei dem Projekt um eine verbundene Bau- und Betriebsbewilligung gehandelt. Die Antragstellerin hat die gutachterliche Abnahme durchgeführt, d.h. sie hat die Gutachten für die Inbetriebnahme gemacht. In wie fern sie die zugrunde liegenden Prüfungen selbst durchgeführt hat, weiß ich nicht. Es wurden ihr jedenfalls die Unterlagen des Signalkontrolleurs zur Verfügung gestellt. Es gab bei diesem Projekt eine Abnahmefahrt, jedoch keine Mess- und Einstellfahrten. Für den FAT (Factory Acceptance Test) war ebenfalls das Büro St. beauftragt.“

Zur Referenz VII. (Sg. ESTW) teilte die Antragsgegnerin mit, dass in diesem Projekt von der Antragstellerin die Planprüfung, aber nicht die praktischen Prüfungen durchgeführt worden seien. Laut der Referenzauftraggeberin seien die praktischen Prüfungen von Abnahmebevollmächtigten der O. durchgeführt worden. Im Übrigen gelte für diese Referenz, das für die Referenzen II – IV Gesagte insofern, als es sich auch hier um eine Bau- und Betriebsbewilligung (§ 31a und § 34a EisBG) handle. Zur Referenz römisch sieben. (Sg. ESTW) teilte die Antragsgegnerin mit, dass in diesem Projekt von der Antragstellerin die Planprüfung, aber nicht die praktischen Prüfungen durchgeführt worden seien. Laut der Referenzauftraggeberin seien die praktischen Prüfungen von Abnahmebevollmächtigten der O. durchgeführt worden. Im Übrigen gelte für diese Referenz, das für die Referenzen römisch zwei – römisch vier Gesagte insofern, als es sich auch hier um eine Bau- und Betriebsbewilligung (Paragraph 31 a und Paragraph 34 a, EisBG) handle.

Die Antragstellerin entgegnete, dass sie die Dokumentenprüfung durchgeführt habe. Die praktische Prüfung sei durch Signalkontrollore der O. erfolgt. Die Antragstellerin habe dabei deren Feststellungen kontrolliert, Mängel festgestellt und nach Mängelbehebung ein positives Gutachten abgegeben.

Zu Referenz VII. wurde Herr Ing. M. als Zeuge einvernommen. Er sagte unter Wahrheitspflicht Folgendes aus: Zur Referenz römisch sieben. wurde Herr Ing. M. als Zeuge einvernommen. Er sagte unter Wahrheitspflicht Folgendes aus:

„Ich bin am gegenständlichen Referenzprojekt insofern beteiligt gewesen, als ich der Baumanager für dieses Projekt war. Die Antragstellerin hat im Rahmen dieses Projektes die Gutachtertätigkeiten für uns durchgeführt. Die praktischen Prüfungen (FAT – Prüfung der Außenanlagen) haben Abnahmebeamte der O. durchgeführt. Mess- und Einstellfahrten haben im Rahmen dieses Projektes nicht stattgefunden.“

Befragt vom Antragsgegnervertreter gibt der Zeuge weiters an:

Das Referenzprojekt wurde von der B.-ges.m.b.H. durchgeführt, wobei Herr Dipl.Ing. S., der Befugter dieser akkreditierten Prüfstelle ist, als Gutachter tätig war.

Befragt vom Antragstellervertreter gibt der Zeuge weiters an:

Die gutachterliche Abnahme wurde von Herrn Dipl.Ing. S. durchgeführt.“

Zur Referenz VIII. (Ze. ESTW) bestätigte die Antragstellerin, dass dieses Referenzprojekt denselben Umfang aufweist, wie das Referenzprojekt VII. Zur Referenz römisch acht. (Ze. ESTW) bestätigte die Antragstellerin, dass dieses Referenzprojekt denselben Umfang aufweist, wie das Referenzprojekt römisch sieben.

Zu Referenz VIII. wurde Herr Ing. We. als Zeuge einvernommen. Er sagte unter Wahrheitspflicht Folgendes aus: Zur Referenz römisch acht. wurde Herr Ing. We. als Zeuge einvernommen. Er sagte unter Wahrheitspflicht Folgendes aus:

„Ich war mit dem gegenständlichen Referenzprojekt insofern befasst, als ich ausführender Projektmitarbeiter für Sicherungstechnik war und während der Umbauarbeiten die Sicherungsanlage angepasst habe. Die Antragstellerin hat für uns eine Prüfbescheinigung § 34b EisBG ausgestellt. Weiters wurden von der Antragstellerin Prüfungen im Zuge der AVO-Verkehr (Arbeitnehmerschutzverordnung) durchgeführt. „Ich war mit dem gegenständlichen Referenzprojekt insofern befasst, als ich ausführender Projektmitarbeiter für Sicherungstechnik war und während der Umbauarbeiten

die Sicherungsanlage angepasst habe. Die Antragstellerin hat für uns eine Prüfbescheinigung Paragraph 34 b, EisBG ausgestellt. Weiters wurden von der Antragstellerin Prüfungen im Zuge der AVO-Verkehr (Arbeitnehmerschutzverordnung) durchgeführt.

Im gegenständlichen Projekt wurden die praktischen Prüfungen (Prüfung der Außenanlagen) durch Mitarbeiter O.-Prüftechnik durchgeführt. Die Software wurde im Labor der Herstellerfirma geprüft und ihre Funktionsfähigkeit nach Einbringung durch O.-Mitarbeiter geprüft. Mess- und Einstellfahrten haben im gegenständlichen Projekt nicht stattgefunden. Es hat sich dabei um ein genehmigungsfreies Bauvorhaben gehandelt, das unter Leitung einer § 40 Person ohne behördliche Bewilligung durchgeführt wurde. Die Bestätigung der § 40 Person für die Inbetriebnahme wurde auf der Grundlage des Gutachtens der Antragstellerin erstellt. Im gegenständlichen Projekt wurden die praktischen Prüfungen (Prüfung der Außenanlagen) durch Mitarbeiter O.-Prüftechnik durchgeführt. Die Software wurde im Labor der Herstellerfirma geprüft und ihre Funktionsfähigkeit nach Einbringung durch O.-Mitarbeiter geprüft. Mess- und Einstellfahrten haben im gegenständlichen Projekt nicht stattgefunden. Es hat sich dabei um ein genehmigungsfreies Bauvorhaben gehandelt, das unter Leitung einer Paragraph 40, Person ohne behördliche Bewilligung durchgeführt wurde. Die Bestätigung der Paragraph 40, Person für die Inbetriebnahme wurde auf der Grundlage des Gutachtens der Antragstellerin erstellt.

Befragt vom Antragsgegnervertreter gibt der Zeuge weiters an, dass nach Einbringung der Software der Normalverkehr mit verringerter Geschwindigkeit durch den Bahnhof geleitet wurde, um die Funktionsfähigkeit der Software zu testen. Messungen mit eigenen Messfahrzeugen wurden nicht durchgeführt.“

Zur Referenz V. teilte die Antragsgegnerin mit, dass in diesem Projekt die Antragstellerin zur Anfertigung eines Gutachtens für die Erwirkung einer Bau- und Betriebsbewilligung gemäß § 31a und § 34a EisBG beauftragt war. Die Gutachtenstätigkeit fand vor jeder praktischen Tätigkeit statt. Die Abnahmeprüfung und das Gesamtgutachten wurden von einem anderen Ziviltechniker durchgeführt. Die Antragstellerin habe in diesem Projekt nur die Tätigkeiten gemäß Punkt 1. (Planprüfung) durchgeführt. Zur Referenz römisch fünf. teilte die Antragsgegnerin mit, dass in diesem Projekt die Antragstellerin zur Anfertigung eines Gutachtens für die Erwirkung einer Bau- und Betriebsbewilligung gemäß Paragraph 31 a und Paragraph 34 a, EisBG beauftragt war. Die Gutachtenstätigkeit fand vor jeder praktischen Tätigkeit statt. Die Abnahmeprüfung und das Gesamtgutachten wurden von einem anderen Ziviltechniker durchgeführt. Die Antragstellerin habe in diesem Projekt nur die Tätigkeiten gemäß Punkt 1. (Planprüfung) durchgeführt.

Die Antragstellerin führte dazu aus, dass sie die Abnahme selbst und die praktischen Prüfungen nicht selbst durchgeführt habe.

Zur Referenz VI. teilte die Antragsgegnerin mit, dass das zur Referenz V. Gesagte auch hier zutreffe, wobei das elektronische Stellwerk H. sich erst im Bau befinde und die Durchführung von praktischen Prüfungen nach dessen Errichtung daher ausgeschlossen sei. Hingewiesen werde auf das Deckblatt, wonach im Gutachten Vorgaben für die Abnahmen formuliert und eine abschließende Abnahme gefordert worden sei. Zur Referenz römisch sechs. teilte die Antragsgegnerin mit, dass das zur Referenz römisch fünf. Gesagte auch hier zutreffe, wobei das elektronische Stellwerk H. sich erst im Bau befinde und die Durchführung von praktischen Prüfungen nach dessen Errichtung daher ausgeschlossen sei. Hingewiesen werde auf das Deckblatt, wonach im Gutachten Vorgaben für die Abnahmen formuliert und eine abschließende Abnahme gefordert worden sei.

Der Antragstellervertreter brachte vor, dass die Antragsgegnerin nicht einmal hinsichtlich der Bedenken zu den eigenen Referenzprojekten die von ihr gesehen Mängel der Antragstellerin ausführlich vorgehalten habe.

Zu den Referenzprojekten V. und VI. wurde Herr Ing. Sb. als Zeuge einvernommen. Er sagte unter Wahrheitspflicht Folgendes aus: Zu den Referenzprojekten römisch fünf. und römisch sechs. wurde Herr Ing. Sb. als Zeuge einvernommen. Er sagte unter Wahrheitspflicht Folgendes aus:

„Ich war mit den Referenzprojekten V. und VI. im Rahmen der Projektleitung und des Projektmanagements befasst. Bei diesen Projekten hat die Antragstellerin die Planprüfung durchgeführt und im Zuge des Baugenehmigungsverfahrens ein Gutachten erstellt. Praktische Prüfungen hat die Antragstellerin nicht durchgeführt, wobei darauf hinzuweisen ist, dass das Projekt H. noch nicht fertiggestellt ist.“ „Ich war mit den Referenzprojekten römisch fünf. und römisch sechs. im Rahmen der Projektleitung und des Projektmanagements befasst. Bei diesen Projekten hat die Antragstellerin die Planprüfung durchgeführt und im Zuge des Baugenehmigungsverfahrens ein Gutachten erstellt. Praktische Prüfungen hat die Antragstellerin nicht durchgeführt, wobei darauf hinzuweisen ist, dass das Projekt H. noch nicht fertiggestellt

ist.“

Der Antragstellervertreter brachte vor, wenn die Leistung einer gutachterlichen Abnahme gefordert sei, könne dieses Gutachten nur durch einen Ziviltechniker als natürliche Person ausgestellt werden. Jede Referenz über eine gutachterliche Abnahme sei daher nach dem Ziviltechnikergesetz dem Ziviltechniker zuzurechnen. Zum Inhalt der Referenzen werde darauf verwiesen, dass in der Praxis die geforderten Leistungsteile 1. – 5. physisch nicht vom Gutachter erbracht würden, sondern die Ergebnisse vom Gutachter verarbeitet würden. In diesem Sinne habe die Antragstellerin die Ausschreibung auch verstanden.

Der Antragsgegnervertreter erwiderte dazu, dass für die Inbetriebnahme- und Abnahmeprüfungen Spezialkenntnisse erforderlich seien, weshalb die Antragsgegnerin Referenzen über diese Leistungen ausdrücklich verlangt habe.

Von der Antragsgegnerin wurden in der mündlichen Verhandlung die Beilagen 1 bis 3 zum Akt gegeben. Es handelt sich dabei um die E-Mails von Herrn Ing. M., von Herrn Ing. We. und von Herrn Ing. J., alle vom 25.6.2015 betreffend ihre telefonischen Auskünfte zum Umfang der von ihnen jeweils bestätigten Referenzen der Antragstellerin.

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

Bei der Antragsgegnerin, L. KG, handelt es sich um eine Sektorenauftraggeberin gemäß § 169 Abs. 1 BVergG 2006. Der verfahrensgegenständliche Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 26.6.2015 ist rechtzeitig. Er richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Er enthält die gemäß § 23 Abs. 1 WVRG 2014 erforderlichen Angaben, insbesondere auch solche zum Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss und zum behaupteten drohenden Schaden. Die Entrichtung der Pauschalgebühren wurde nachgewiesen. Bei der Antragsgegnerin, L. KG, handelt es sich um eine Sektorenauftraggeberin gemäß Paragraph 169, Absatz eins, BVergG 2006. Der verfahrensgegenständliche Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 26.6.2015 ist rechtzeitig. Er richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Er enthält die gemäß Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2014 erforderlichen Angaben, insbesondere auch solche zum Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss und zum behaupteten drohenden Schaden. Die Entrichtung der Pauschalgebühren wurde nachgewiesen.

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

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

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

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

2) FAT Factory Acceptance Test („Werksabnahme“)

3) Zuordnungsprüfung/Prüfung der Außenanlagen;

4) Mess- und Einstellfahrten;

5) Abnahmeprüfung Gesamtanlage.“

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

„Der Bieter hat folgendes Eignungskriterium „Referenzen“ nachzuweisen:

Drei Referenzen über die gutachterliche Abnahme:

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

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

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

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

„Schlüsselpersonal:

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

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

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

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

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

„Antwort 01:

Es sind somit folgende Referenzen zulässig:

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

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

„ Antwort 02:

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

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

Die Ausschreibung wurde bestandsfest.

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

Von der Antragstellerin wurde fristgerecht ein Angebot gelegt. Die Antragstellerin hat ihrem Angebot folgende acht Referenzen beigelegt:

Referenz I. bezieht sich auf die gutachterliche Abnahme für den Neubau der LZB auf der O.-Strecke ... im Bereich der Betriebsstelle A. und des Bahnhofes K. durch Erstellung einer Prüfbescheinigung gemäß § 34b EisbG zur Erwirkung der Betriebsbewilligung. Diese Referenz widerspricht den Festlegungen der Ausschreibung in der Form der Fragenbeantwortung vom 30.4.2015, Antwort 01, da es sich dabei um eine Bestätigung über eine Abnahmeprüfung zu einer LZB für eine Eisenbahn handelt, nach Antwort 01 jedoch ausdrücklich nur Referenzen über Abnahmeprüfungen zu LZB im U-Bahnbereich zulässig sind. Referenz römisch eins. bezieht sich auf die gutachterliche Abnahme für den Neubau der LZB auf der O.-Strecke ... im Bereich der Betriebsstelle A. und des Bahnhofes K. durch Erstellung einer Prüfbescheinigung gemäß Paragraph 34 b, EisbG zur Erwirkung der Betriebsbewilligung. Diese Referenz widerspricht den Festlegungen der Ausschreibung in der Form der Fragenbeantwortung vom 30.4.2015, Antwort 01, da es sich dabei um eine Bestätigung über eine Abnahmeprüfung zu einer LZB für eine Eisenbahn handelt, nach Antwort 01 jedoch ausdrücklich nur Referenzen über Abnahmeprüfungen zu LZB im U-Bahnbereich zulässig sind.

Referenz II. bezieht sich auf die gutachterliche Abnahme für die Neuerrichtung der Eisenbahnsicherungsanlage im Bahnhof N. mit einem elektronischen Stellwerk (ESTW) und dessen Fernsteuerung vom Bahnhof P. durch Erstellung eines Prüfbefundes gemäß § 38 EisbAV. Im Vorblatt hält die Antragstellerin ausdrücklich fest, dass für dieses Projekt keine Messfahrten erforderlich waren. Als Auskunftsperson des Referenzauftraggebers wird Herr Ing. J. genannt. Dieser hat die Referenz auch bestätigt. Referenz römisch zwei. bezieht sich auf die gutachterliche Abnahme für die Neuerrichtung der Eisenbahnsicherungsanlage im Bahnhof N. mit einem elektronischen Stellwerk (ESTW) und dessen Fernsteuerung vom Bahnhof P. durch Erstellung eines Prüfbefundes gemäß Paragraph 38, EisbAV. Im Vorblatt hält die Antragstellerin ausdrücklich fest, dass für dieses Projekt keine Messfahrten erforderlich waren. Als Auskunftsperson des Referenzauftraggebers wird Herr Ing. J. genannt. Dieser hat die Referenz auch bestätigt.

Dieses Referenzprojekt beinhaltete eine Begutachtung nach § 38 EisbAV und umfasst damit den Arbeitnehmerschutz. Dies stellt einen Teilbereich des für eine Bau- und Betriebsbewilligung gemäß § 31a EisbG erforderlichen Gutachtens dar, das jedoch zusätzlich dazu auch eine Begutachtung aus sicherheitstechnischer Sicht zu enthalten hat. Das von der Antragstellerin erstellte Gutachten wurde im Rahmen eines Verfahrens auf Erteilung einer (verbundenen) Bau- und Betriebsbewilligung gemäß § 31a und § 34a EisbG erstellt. Die Errichtung der Anlage begann daher erst nach der Erteilung dieser Bewilligung, weshalb sie zum Zeitpunkt der Gutachtenerstellung durch die Antragstellerin noch nicht in der Wirklichkeit vorhanden war. Eine praktische Prüfung durch die Antragstellerin (z.B. Mess- und Einstellfahrten) erfolgte nicht. Die praktische Funktionsprüfung wurde durch ein anderes Ziviltechnikerbüro durchgeführt. Dieses Referenzprojekt beinhaltete eine Begutachtung nach Paragraph 38, EisbAV und umfasst damit den Arbeitnehmerschutz. Dies stellt einen Teilbereich des für eine Bau- und Betriebsbewilligung gemäß Paragraph 31 a, EisbG erforderlichen Gutachtens dar, das jedoch zusätzlich dazu auch eine Begutachtung aus sicherheitstechnischer Sicht zu enthalten hat. Das von der Antragstellerin erstellte Gutachten wurde im Rahmen eines Verfahrens auf Erteilung einer (verbundenen) Bau- und Betriebsbewilligung gemäß Paragraph 31 a und Paragraph 34 a, EisbG erstellt. Die Errichtung der Anlage begann daher erst nach der Erteilung dieser Bewilligung, weshalb sie zum Zeitpunkt der Gutachtenerstellung durch die Antragstellerin noch nicht in der Wirklichkeit vorhanden war. Eine praktische Prüfung durch die Antragstellerin (z.B. Mess- und Einstellfahrten) erfolgte nicht. Die praktische Funktionsprüfung wurde durch ein anderes Ziviltechnikerbüro durchgeführt.

Referenz III. bezieht sich auf die gutachterliche Abnahme für die Neuerrichtung der Eisenbahnsicherungsanlage im Bahnhof Fr. mit einem elektronischen Stellwerk (ESTW) und dessen Fernsteuerung vom Bahnhof P. durch Erstellung eines Prüfbefundes gemäß § 38 EisbG. Im Vorblatt hält die Antragstellerin ausdrücklich fest, dass für dieses Projekt keine Messfahrten erforderlich waren. Als Auskunftsperson des Referenzauftraggebers wird Herr Ing. J. genannt.

Dieser hat die Referenz auch bestätigt. Referenz römisch drei. bezieht sich auf die gutachterliche Abnahme für die Neuerrichtung der Eisenbahnsicherungsanlage im Bahnhof Fr. mit einem elektronischen Stellwerk (ESTW) und dessen Fernsteuerung vom Bahnhof P. durch Erstellung eines Prüfbefundes gemäß Paragraph 38, EisbG. Im Vorblatt hält die Antragstellerin ausdrücklich fest, dass für dieses Projekt keine Messfahrten erforderlich waren. Als Auskunftsperson des Referenzauftraggebers wird Herr Ing. J. genannt. Dieser hat die Referenz auch bestätigt.

Zum Umfang des Referenzauftrags ist auf das zu Referenz II. Gesagte zu verweisen. Zum Umfang des Referenzauftrags ist auf das zu Referenz römisch zwei. Gesagte zu verweisen.

Referenz IV. bezieht sich auf die gutachterliche Abnahme für die Errichtung eines ESTW im Bahnhof P. durch Erstellung eines Gutachtens gemäß § 31a und 34a EisbG zur Erwirkung einer eisenbahnrechtlichen Baugenehmigung in Verbindung mit der Bewilligung zur Inbetriebnahme. Im Vorblatt hält die Antragstellerin ausdrücklich fest, dass für dieses Projekt keine Messfahrten erforderlich waren. Als Auskunftsperson des Referenzauftraggebers wird Herr Ing. J. genannt. Dieser hat die Referenz auch bestätigt. Referenz römisch vier. bezieht sich auf die gutachterliche Abnahme für die Errichtung eines ESTW im Bahnhof P. durch Erstellung eines Gutachtens gemäß Paragraph 31 a und 34 a EisbG zur Erwirkung einer eisenbahnrechtlichen Baugenehmigung in Verbindung mit der Bewilligung zur Inbetriebnahme. Im Vorblatt hält die Antragstellerin ausdrücklich fest, dass für dieses Projekt keine Messfahrten erforderlich waren. Als Auskunftsperson des Referenzauftraggebers wird Herr Ing. J. genannt. Dieser hat die Referenz auch bestätigt.

Zum Umfang des Referenzauftrags ist auf das zu Referenz II. Gesagte zu verweisen. Zum Umfang des Referenzauftrags ist auf das zu Referenz römisch zwei. Gesagte zu verweisen.

Referenz V. bezieht sich auf die gutachterliche Abnahme für die Erweiterung des bestehenden ESTW und die Ausführung einer LZB bezüglich der Verlängerung der U... um die Stationen „...“ durch Erstellung eines Gutachtens gemäß § 31a und § 34a EisbG zur Erwirkung einer eisenbahnrechtlichen Baubewilligung in Verbindung mit der Bewilligung zur Inbetriebnahme. Zu den Punkten 2. „FAT (Factory acceptance test)“, 3. „Zuordnungsprüfung/Prüfung der Außenanlage“, 4. „Mess- und Einstellfahrten“ und 5. „Abnahme Gesamtanlage“ hielt die Antragstellerin im Vorblatt fest, dass sie diesbezüglich im Gutachten Vorgaben zur Abnahme (...) formuliert sowie eine abschließende Abnahme gemäß § 38 EisbAV als Voraussetzung der Inbetriebnahme der Gesamtanlage gefordert habe. Als Auskunftsperson des Referenzauftraggebers wird Herr Ing. Sb. genannt. Dieser hat die Referenz auch bestätigt. Referenz römisch fünf. bezieht sich auf die gutachterliche Abnahme für die Erweiterung des bestehenden ESTW und die Ausführung einer LZB bezüglich der Verlängerung der U... um die Stationen „...“ durch Erstellung eines Gutachtens gemäß Paragraph 31 a und Paragraph 34 a, EisbG zur Erwirkung einer eisenbahnrechtlichen Baubewilligung in Verbindung mit der Bewilligung zur Inbetriebnahme. Zu den Punkten 2. „FAT (Factory acceptance test)“, 3. „Zuordnungsprüfung/Prüfung der Außenanlage“, 4. „Mess- und Einstellfahrten“ und 5. „Abnahme Gesamtanlage“ hielt die Antragstellerin im Vorblatt fest, dass sie diesbezüglich im Gutachten Vorgaben zur Abnahme (...) formuliert sowie eine abschließende Abnahme gemäß Paragraph 38, EisbAV als Voraussetzung der Inbetriebnahme der Gesamtanlage gefordert habe. Als Auskunftsperson des Referenzauftraggebers wird Herr Ing. Sb. genannt. Dieser hat die Referenz auch bestätigt.

Der Referenzauftrag beinhaltete die Anfertigung eines Gutachtens für die Erwirkung einer Bau- und Betriebsbewilligung gemäß § 31a und § 34a EisbG. Die Gutachtenstätigkeit fand vor jeder praktischen Tätigkeit statt. Die Abnahmeprüfung und das Gesamtgutachten wurden von einem anderen Ziviltechniker durchgeführt. Die Antragstellerin führte in diesem Projekt nur die Tätigkeiten gemäß Punkt 1. (Planprüfung) durch. Der Referenzauftrag beinhaltete die Anfertigung eines Gutachtens für die Erwirkung einer Bau- und Betriebsbewilligung gemäß Paragraph 31 a und Paragraph 34 a, EisbG. Die Gutachtenstätigkeit fand vor jeder praktischen Tätigkeit statt. Die Abnahmeprüfung und das Gesamtgutachten wurden von einem anderen Ziviltechniker durchgeführt. Die Antragstellerin führte in diesem Projekt nur die Tätigkeiten gemäß Punkt 1. (Planprüfung) durch.

Referenz VI. bezieht sich auf die gutachterliche Abnahme für die Umbauarbeiten an der Außenanlage im Bereich der Wiener U-Bahn U... der Stationen H., ... sowie die Erneuerung der Zugsicherungsanlage H. mit einem ESTW durch Erstellung eines Gutachtens gemäß § 31a und § 34a EisbG zur Erwirkung einer eisenbahnrechtlichen Baubewilligung in Verbindung mit der Bewilligung zur Inbetriebnahme. Zu den Punkten 2. FAT (Factory acceptance test), 3. Zuordnungsprüfung/Prüfung der Außenanlage, 4. Mess- und Einstellfahrten und 5. Abnahme Gesamtanlage hielt die Antragstellerin im Vorblatt fest, dass sie diesbezüglich im Gutachten Vorgaben zur Abnahme (...) formuliert sowie eine abschließende Abnahme gemäß § 38 EisbAV als Voraussetzung der Inbetriebnahme der Gesamtanlage gefordert habe.

Als Auskunftsperson des Referenzauftraggebers wird Herr Ing. Sb. genannt. Dieser hat die Referenz auch bestätigt. Referenz römisch sechs. bezieht sich auf die gutachterliche Abnahme für die Umbauarbeiten an der Außenanlage im Bereich der Wiener U-Bahn U... der Stationen H., ... sowie die Erneuerung der Zugsicherungsanlage H. mit einem ESTW durch Erstellung eines Gutachtens gemäß Paragraph 31 a und Paragraph 34 a, EisbG zur Erwirkung einer eisenbahnrechtlichen Baubewilligung in Verbindung mit der Bewilligung zur Inbetriebnahme. Zu den Punkten 2. FAT (Factory acceptance test), 3. Zuordnungsprüfung/Prüfung der Außenanlage, 4. Mess- und Einstellfahrten und 5. Abnahme Gesamtanlage hielt die Antragstellerin im Vorblatt fest, dass sie diesbezüglich im Gutachten Vorgaben zur Abnahme (...) formuliert sowie eine abschließende Abnahme gemäß Paragraph 38, EisbAV als Voraussetzung der Inbetriebnahme der Gesamtanlage gefordert habe. Als Auskunftsperson des Referenzauftraggebers wird Herr Ing. Sb. genannt. Dieser hat die Referenz auch bestätigt.

Zum Umfang des Referenzprojektes ist auf das zu Referenz V. Gesagte zu verweisen. Weiters ist zu Referenz VI. festzuhalten, dass dieses Projekt zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung noch nicht fertiggestellt war, sodass der Nachweis einer Abnahmeprüfung schon aus diesem Grund nicht von der Referenz umfasst sein kann. Zum Umfang des Referenzprojektes ist auf das zu Referenz römisch fünf. Gesagte zu verweisen. Weiters ist zu Referenz römisch sechs. festzuhalten, dass dieses Projekt zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung noch nicht fertiggestellt war, sodass der Nachweis einer Abnahmeprüfung schon aus diesem Grund nicht von der Referenz umfasst sein kann.

Referenz VII. bezieht sich auf die gutachterliche Abnahme für die Adaptierung des ESTW Sg. nach Umbau der Außenanlage durch Erstellung einer Prüfbescheinigung gemäß § 34a EisbG. Im Vorblatt hält die Antragstellerin zu Punkt 3. fest, dass die Prüfung der Außenanlagen durch Prüfung auf Übereinstimmung der dokumentierten Abnahmeprüfung inkl. Prüfbefund gemäß § 38 EisbAV mit den Planungsunterlagen erfolgt ist. Zu Punkt 4. wird festgehalten, dass an den Mess- und Einstellfahrten begleitend teilgenommen wurde. Zu Punkt 5. wird festgehalten, dass sämtliche Erstabnahmeprotokolle zu den jeweiligen Anlagenteilen hinsichtlich Vollständigkeit des baugenehmigten Projektumfanges bzw. der Plausibilität der positiven Bewertung geprüft wurden. Als Auskunftsperson des Referenzgebers wurde Herr Ing. M. genannt. Dieser hat die Referenz auch bestätigt. Referenz römisch sieben. bezieht sich auf die gutachterliche Abnahme für die Adaptierung des ESTW Sg. nach Umbau der Außenanlage durch Erstellung einer Prüfbescheinigung gemäß Paragraph 34 a, EisbG. Im Vorblatt hält die Antragstellerin zu Punkt 3. fest, dass die Prüfung der Außenanlagen durch Prüfung auf Übereinstimmung der dokumentierten Abnahmeprüfung inkl. Prüfbefund gemäß Paragraph 38, EisbAV mit den Planungsunterlagen erfolgt ist. Zu Punkt 4. wird festgehalten, dass an den Mess- und Einstellfahrten begleitend teilgenommen wurde. Zu Punkt 5. wird festgehalten, dass sämtliche Erstabnahmeprotokolle zu den jeweiligen Anlagenteilen hinsichtlich Vollständigkeit des baugenehmigten Projektumfanges bzw. der Plausibilität der positiven Bewertung geprüft wurden. Als Auskunftsperson des Referenzgebers wurde Herr Ing. M. genannt. Dieser hat die Referenz auch bestätigt.

Die Antragstellerin hat in diesem Projekt die Planprüfung, nicht aber die praktischen Prüfungen durchgeführt. Die praktischen Prüfungen wurden von Abnahmebevollmächtigten (Signalkontrolloren) der O. durchgeführt. Die Antragstellerin hat ferner deren Feststellungen kontrolliert, Mängel festgestellt und nach Mängelbehebung ein positives Gutachten abgegeben. Auch in diesem Fall handelt es sich um eine Bau- und Betriebsbewilligung (§ 31a und § 34a EisbG), sodass zum Zeitpunkt der Gutachtenserstellung für die Bau- und Betriebsbewilligung die projektgegenständlichen Anlagen in der Wirklichkeit noch nicht vorhanden waren. Die Kontrolle der Abnahmeprüfungen durch die Signalkontrollore erfolgte nach der Errichtung der Anlage. Die Antragstellerin hat in diesem Projekt die Planprüfung, nicht aber die praktischen Prüfungen durchgeführt. Die praktischen Prüfungen wurden von Abnahmebevollmächtigten (Signalkontrolloren) der O. durchgeführt. Die Antragstellerin hat ferner deren Feststellungen kontrolliert, Mängel festgestellt und nach Mängelbehebung ein positives Gutachten abgegeben. Auch in diesem Fall handelt es sich um eine Bau- und Betriebsbewilligung (Paragraph 31 a und Paragraph 34 a, EisbG), sodass zum Zeitpunkt der Gutachtenserstellung für die Bau- und Betriebsbewilligung die projektgegenständlichen Anlagen in der Wirklichkeit noch nicht vorhanden waren. Die Kontrolle der Abnahmeprüfungen durch die Signalkontrollore erfolgte nach der Errichtung der Anlage.

Referenz VIII. bezieht sich auf die gutachterliche Abnahme für die Adaptierung des ESTW im Bahnhof Ze. nach Umbau der Außenanlage durch Erstellung einer Prüfbescheinigung gemäß § 34a EisbG zur Erwirkung der Betriebsbewilligung. Im Vorblatt hält die Antragstellerin zu Punkt 3. fest, dass die Prüfung der Außenanlagen durch Prüfung auf Übereinstimmung der dokumentierten Abnahmeprüfung inkl. Prüfbefund gemäß § 38 EisbAV mit den

Planungsunterlagen erfolgt ist. Zu Punkt 4. wird festgehalten, dass an den Mess- und Einstellfahrten begleitend teilgenommen wurde. Zu Punkt 5. wird festgehalten, dass sämtliche Erstabnahmeprotokolle zu den jeweiligen Anlagenteilen hinsichtlich Vollständigkeit des baugenehmigten Projektumfanges bzw. der Plausibilität der positiven Bewertung geprüft wurden. Als Auskunftsperson des Referenzgebers wurde Herr Ing. We. genannt. Dieser hat die Referenz auch bestätigt. Referenz römisch acht. bezieht sich auf die gutachterliche Abnahme für die Adaptierung des ESTW im Bahnhof Ze. nach Umbau der Außenanlage durch Erstellung einer Prüfbescheinigung gemäß Paragraph 34 a, EisbG zur Erwirkung der Betriebsbewilligung. Im Vorblatt hält die Antragstellerin zu Punkt 3. fest, dass die Prüfung der Außenanlagen durch Prüfung auf Übereinstimmung der dokumentierten Abnahmeprüfung inkl. Prüfbefund gemäß Paragraph 38, EisbAV mit den Planungsunterlagen erfolgt ist. Zu Punkt 4. wird festgehalten, dass an den Mess- und Einstellfahrten begleitend teilgenommen wurde. Zu Punkt 5. wird festgehalten, dass sämtliche Erstabnahmeprotokolle zu den jeweiligen Anlagenteilen hinsichtlich Vollständigkeit des baugenehmigten Projektumfanges bzw. der Plausibilität der positiven Bewertung geprüft wurden. Als Auskunftsperson des Referenzgebers wurde Herr Ing. We. genannt. Dieser hat die Referenz auch bestätigt.

Zum Umfang dieses Referenzprojektes ist auf das zu Referenz VII. Gesagte zu verweisen. Zum Umfang dieses Referenzprojektes ist auf das zu Referenz römisch sieben. Gesagte zu verweisen.

Von der Antragstellerin wurden als Schlüsselpersonen folgende Personen bekanntgegeben: Herr DI S. wurde als Ziviltechniker genannt, Herr DI E., Herr Ing. Z. und Herr Ing. Sr. wurden als Abnahmebevollmächtigte bekanntgegeben. Da sie im Angebot der Antragstellerin jeweils bei einzelnen Referenzaufträgen genannt sind, ist davon auszugehen, dass der jeweilige Referenzauftrag auch als Referenz für die jeweilige Schlüsselperson anzusehen ist. Eine gesonderte Nennung von Referenzaufträgen darüber hinaus erfolgte nicht.

In dem im Vergabeakt erliegenden Protokoll zur Prüfung des Angebots der Antragstellerin wird im Anschluss an die Tabelle, in der die Prüfung der Vollständigkeit des Angebots dokumentiert ist, ausgeführt, welche Voraussetzungen die vorzulegenden Referenzen zu erfüllen hatten, welche Referenzen die Antragstellerin vorgelegt hat und aus welchen Gründen diese Referenzen im Einzelnen den Vorgaben der Ausschreibung nicht entsprachen.

Aktenkundig sind weiters Aktenvermerke über die telefonische Rücksprache der Antragsgegnerin mit den jeweiligen Beauftragten der Referenzauftraggeber zu jeder von der Antragstellerin genannten Referenz mit Ausnahme der Referenz I. Darin wurde der jeweilige Umfang des Referenzauftrages festgehalten. Im Anschluss befinden sich E-Mails der Referenzauftraggeber, in denen die telefonischen Aussagen konkretisiert bzw. bestätigt wurden. Aktenkundig sind weiters Aktenvermerke über die telefonische Rücksprache der Antragsgegnerin mit den jeweiligen Beauftragten der Referenzauftraggeber zu jeder von der Antragstellerin genannten Referenz mit Ausnahme der Referenz römisch eins. Darin wurde der jeweilige Umfang des Referenzauftrages festgehalten. Im Anschluss befinden sich E-Mails der Referenzauftraggeber, in denen die telefonischen Aussagen konkretisiert bzw. bestätigt wurden.

Die Antragstellerin hat im verfahrensgegenständlichen Angebot als Schlüsselpersonen Herrn DI S. und als Abnahmebevollmächtigte Herrn DI E., Herrn Ing. Sr. und Herrn Ing. Z. bekanntgegeben, die auch an den Referenzprojekten beteiligt waren.

Mit E-Mail vom 3.6.2015 wurde die Antragstellerin von der Antragsgegnerin darauf aufmerksam gemacht, dass die von ihr angegebenen Referenzen nach deren Ansicht nicht den Anforderungen des Punktes 1.2.3. lit. a WSTW 9310 Teil 1 sowie der Antwort 02 der Fragebeantwortung vom 29.4.2015 entsprächen. Eine Rücksprache mit den Referenzgebern der jeweiligen Betreiber habe ergeben, dass zwar die Planprüfung und die Erstellung der Gutachten durch die Antragstellerin erfolgt sei, die Antragstellerin jedoch nicht, wie gefordert, sämtliche Abnahme- und Inbetriebnahmetätigkeiten durchgeführt habe. Weiters seien Angaben zur Teilnahme an Mess- und Einstellfahrten gemacht worden, die laut den Referenzgebern so nicht stattgefunden hätten. Mit E-Mail vom 3.6.2015 wurde die Antragstellerin von der Antragsgegnerin darauf aufmerksam gemacht, dass die von ihr angegebenen Referenzen nach deren Ansicht nicht den Anforderungen des Punktes 1.2.3. Litera a, WSTW 9310 Teil 1 sowie der Antwort 02 der Fragebeantwortung vom 29.4.2015 entsprächen. Eine Rücksprache mit den Referenzgebern der jeweiligen Betreiber habe ergeben, dass zwar die Planprüfung und die Erstellung der Gutachten durch die Antragstellerin erfolgt sei, die Antragstellerin jedoch nicht, wie gefordert, sämtliche Abnahme- und Inbetriebnahmetätigkeiten durchgeführt habe. Weiters seien Angaben zur Teilnahme an Mess- und Einstellfahrten gemacht worden, die laut den Referenzgebern so nicht stattgefunden hätten.

Aufgrund dieses Verbesserungsauftrages übermittelte die Antragstellerin das Schreiben vom 9.6.2015, in dem zu den zwei Punkten Stellung genommen wird und legte weitere Unterlagen zu den bereits bekanntgegebenen Referenzen vor.

Das Angebot der Antragstellerin wurde mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 26.6.2015 ausgeschieden. Als Begründung wurde im Wesentlichen angeführt, dass eine Überprüfung der von der Antragstellerin genannten Referenzen bei den jeweiligen Referenzauftraggebern ergeben habe, dass die Referenzaufträge die Anforderungen nur zum Teil erfüllten. So seien bei den drei Referenzen der N.-Bahn die praktischen Prüfungen der Anlagen durch Abnahmebevollmächtigte der O. und nicht durch Mitarbeiter der Antragstellerin durchgeführt worden. Bei den zwei Referenzen der L. seien von der Antragstellerin nur Planprüfungen, jedoch keine praktischen Prüfungen durchgeführt worden. Bei den Referenzprojekten der O. hätten keine Mess- und Einstellfahrten stattgefunden. Im Referenzprojekt „Sg.“ seien nur Planprüfungen durchgeführt worden und die Antragstellerin sei bei der Inbetriebnahme anwesend gewesen. Die dazwischen liegenden Schritte seien vom Leistungsumfang nicht erfasst gewesen.

Die Angaben der Referenzauftraggeber seien der Antragstellerin zur Kenntnis gebracht worden und sie habe dazu eingeräumt, dass nur stichprobenartig an den Prüfungen und damit auch an den Mess- und Einstellfahrten teilgenommen worden sei. Weiters seien die Prüfungen gemäß § 31a und § 34a EISbG vor Bauausführung durchgeführt worden, weshalb die Erbringung der Leistungen FAT factory acceptance test, Zuordnungsprüfung/Prüfung der Außenanlagen und Mess- und Einstellfahrten gar nicht erbracht hätten werden können. Die Angaben der Referenzauftraggeber seien der Antragstellerin zur Kenntnis gebracht worden und sie habe dazu eingeräumt, dass nur stichprobenartig an den Prüfungen und damit auch an den Mess- und Einstellfahrten teilgenommen worden sei. Weiters seien die Prüfungen gemäß Paragraph 31 a und Paragraph 34 a, EISbG vor Bauausführung durchgeführt worden, weshalb die Erbringung der Leistungen FAT factory acceptance test, Zuordnungsprüfung/Prüfung der Außenanlagen und Mess- und Einstellfahrten gar nicht erbracht hätten werden können.

Die Referenz § 34b LZB K. beziehe sich auf eine LZB im Nah- und Fernverkehr, in der Ausschreibung sei jedoch nur eine LZB im U-Bahnbereich gefordert gewesen. Die Referenz Paragraph 34 b, LZB K. beziehe sich auf eine LZB im Nah- und Fernverkehr, in der Ausschreibung sei jedoch nur eine LZB im U-Bahnbereich gefordert gewesen.

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

In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes festzuhalten:

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

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

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2014 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigklärung 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 Nichtigklärung 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 Nichtigklärungsverfahren 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 Nichtigklärung 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 Nichtigklärung 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 Nichtigklärungsverfahren betreffend die Vergabe von Aufträgen nach dem BVergGVS 2012.

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

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

Der Sektorenauftraggeber hat gemäß § 231 Abs. 1 BVergG 2006 festzulegen, mit welchen Nachweisen Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre Der Sektorenauftraggeber hat gemäß Paragraph 231, Absatz eins, BVergG 2006 festzulegen, mit welchen Nachweisen Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre

1. berufliche Befugnis,
2. berufliche Zuverlässigkeit,
3. finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie
4. technische Leistungsfähigkeit

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

Gemäß § 269 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 hat der Sektorenauftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung im Oberschwellenbereich folgende Angebote auszuschneiden: Gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 hat der Sektorenauftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung im Oberschwellenbereich folgende Angebote auszuschneiden:

(...)

5. 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.

Gemäß § 31 Eisenbahngesetz (EisbG) ist für den Bau oder die Veränderung von Eisenbahnanlagen und nicht ortsfesten eisenbahnsicherungstechnischen Einrichtungen die eisenbahnrechtliche Baugenehmigung erforderlich. Gemäß Paragraph 31, Eisenbahngesetz (EisbG) ist für den Bau oder die Veränderung von Eisenbahnanlagen und nicht ortsfesten eisenbahnsicherungstechnischen Einrichtungen die eisenbahnrechtliche Baugenehmigung erforderlich.

Gemäß § 31a Abs. 1 EisbG ist die Erteilung der eisenbahnrechtlichen Baugenehmigung bei der Behörde zu beantragen. Dem Antrag ist ein Bauentwurf in dreifacher Ausfertigung und projektrelevante Fachgebiete umfassende Gutachten beizugeben; letztere zum Beweis, ob das Bauvorhaben dem Stand der Technik unter Berücksichtigung der Sicherheit und Ordnung des Betriebes der Eisenbahn, des Betriebes von Schienenfahrzeugen auf der Eisenbahn und des Verkehrs auf der Eisenbahn einschließlich der Anforderungen des Arbeitnehmerschutzes entspricht. Im Falle beantragter Abweichungen vom Stand der Technik sind auch die Vorkehrungen darzustellen, die sicherstellen sollen, dass trotz Abweichung vom Stand der Technik die Sicherheit und Ordnung des Betriebes der Eisenbahn, des Betriebes von Schienenfahrzeugen auf der Eisenbahn und des Verkehrs auf der Eisenbahn einschließlich der Anforderungen an den Arbeitnehmerschutz gewährleistet sind. Wenn das Bauvorhaben eine Hauptbahn alleine oder über eine Hauptbahn hinaus gehend auch eine vernetzte Nebenbahn betrifft, ist nur ein Gutachten beizugeben, das alle projektrelevanten Fachgebiete zu umfassen hat; werden für die Erstattung dieses Gutachtens mehr als ein Sachverständiger bestellt, hat ein solches Gutachten eine allgemein verständliche Zusammenfassung zu enthalten. Gemäß Paragraph 31 a, Absatz eins, EisbG ist die Erteilung der eisenbahnrechtlichen Baugenehmigung bei der Behörde zu beantragen. Dem Antrag ist ein Bauentwurf in dreifacher Ausfertigung und projektrelevante Fachgebiete umfassende Gutachten beizugeben; letztere zum Beweis, ob das Bauvorhaben dem Stand der Technik unter Berücksichtigung der Sicherheit und Ordnung des Betriebes der Eisenbahn, des Betriebes von Schienenfahrzeugen auf der Eisenbahn und des Verkehrs auf der Eisenbahn einschließlich der Anforderungen des Arbeitnehmerschutzes entspricht. Im Falle beantragter Abweichungen vom Stand der Technik sind auch die Vorkehrungen darzustellen, die sicherstellen sollen, dass trotz Abweichung vom Stand der Technik die Sicherheit und Ordnung des Betriebes der Eisenbahn, des Betriebes von Schienenfahrzeugen auf der Eisenbahn und des Verkehrs auf der Eisenbahn einschließlich der Anforderungen an den Arbeitnehmerschutz gewährleistet sind. Wenn das Bauvorhaben eine Hauptbahn alleine oder über eine Hauptbahn hinaus gehend auch eine vernetzte Nebenbahn betrifft, ist nur ein Gutachten beizugeben, das alle projektrelevanten Fachgebiete zu umfassen hat; werden für die Erstattung dieses Gutachtens mehr als ein Sachverständiger bestellt, hat ein solches Gutachten eine allgemein verständliche Zusammenfassung zu enthalten.

Gemäß § 34 Abs.1 EisbG bedarf die Inbetriebnahme von Eisenbahnanlagen, veränderten Eisenbahnanlagen, nicht ortsfesten eisenbahnsicherungstechnischen Einrichtungen oder veränderten nicht ortsfesten eisenbahnsicherungstechnischen Einrichtungen der Betriebsbewilligung, wenn für deren Bau oder Veränderung eine eisenbahnrechtliche Baugenehmigung erteilt wurde. Gemäß Paragraph 34, Absatz eins, EisbG bedarf die Inbetriebnahme von Eisenbahnanlagen, veränderten Eisenbahnanlagen, nicht ortsfesten eisenbahnsicherungstechnischen Einrichtungen oder veränderten nicht ortsfesten eisenbahnsicherungstechnischen Einrichtungen der Betriebsbewilligung, wenn für deren Bau oder Veränderung eine eisenbahnrechtliche Baugenehmigung erteilt wurde.

Gemäß § 34a EisbG kann die Behörde die Bewilligung zur Inbetriebnahme von Eisenbahnanlagen, veränderten Eisenbahnanlagen, nicht ortsfesten eisenbahnsicherungstechnischen Einrichtungen oder veränderten nicht ortsfesten eisenbahnsicherungstechnischen Einrichtungen mit der eisenbahnrechtlichen Baugenehmigung verbinden, wenn vom Standpunkt der Sicherheit und Ordnung des Betriebes der Eisenbahn, des Betriebes von Schienenfahrzeugen auf der Eisenbahn und des Verkehrs auf der Eisenbahn keine Bedenken bestehen. Gemäß Paragraph 34 a, EisbG kann die Behörde die Bewilligung zur Inbetriebnahme von Eisenbahnanlagen, veränderten Eisenbahnanlagen, nicht ortsfesten eisenbahnsicherungstechnischen Einrichtungen oder veränderten nicht ortsfesten eisenbahnsicherungstechnischen Einrichtungen mit der eisenbahnrechtlichen Baugenehmigung verbinden, wenn vom Standpunkt der Sicherheit und Ordnung des Betriebes der Eisenbahn, des Betriebes von Schienenfahrzeugen auf der Eisenbahn und des Verkehrs auf der Eisenbahn keine Bedenken bestehen.

Vom Verwaltungsgericht Wien wurde Folgendes erwogen:

Zu der von der Antragstellerin aufgeworfenen Frage des Umfangs der ihr zu gewährenden Akteneinsicht ist zunächst festzuhalten, dass von der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag „Einsicht in den Vergabeakt“ beantragt wurde. Bereits von der Antragsgegnerin wurde der Antragstellerin mit E-Mail vom 30.6.2015 auf ihr Ersuchen der ihr Angebot betreffende Auszug aus dem Prüfbericht übermittelt. Am 24.7.2015 nahm die Antragstellerin weiters Akteneinsicht

beim Verwaltungsgericht Wien, wobei ihr, unter Berücksichtigung des Antrags der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 3.7.2015, Akteneinsicht hinsichtlich der ihr Angebot betreffenden Teile des Vergabeaktes gewährt wurde. Dies wurde von der Antragstellerin auch nicht beinanspruchnet.

Weiters begehrte die Antragstellerin Akteneinsicht in das Telefonprotokoll vom 12.6.2015, das sich ebenfalls im Vergabeakt befindet. In diesem Telefonprotokoll werden nähere Angaben zu einem Telefonat festgehalten, in dem es um ein Verhalten des Herrn DI S. ging, das nach der Rechtsansicht der Antragsgegnerin eine schwere berufliche Verfehlung im Sinne des § 229 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 darstellte und per se bereits zu einem Ausschluss der Antragstellerin, deren Geschäftsführer Herr DI S. ist, führen müsste. Da die Antragsgegnerin auf diesen Ausschlussgrund in der Ausscheidensentscheidung keinen Bezug nimmt und er auch im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren nicht näher erörtert wurde, da bereits der von der Antragsgegnerin in der Ausscheidensentscheidung angezogene Ausscheidensgrund der fehlenden technischen Leistungsfähigkeit gemäß § 269 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 als gegeben angesehen wurde, konnte von einer Klärung der Frage, ob der Antragstellerin in das Telefonprotokoll Akteneinsicht zu gewähren war, abgesehen werden. Weiters begehrte die Antragstellerin Akteneinsicht in das Telefonprotokoll vom 12.6.2015, das sich ebenfalls im Vergabeakt befindet. In diesem Telefonprotokoll werden nähere Angaben zu einem Telefonat festgehalten, in dem es um ein Verhalten des Herrn DI S. ging, das nach der Rechtsansicht der Antragsgegnerin eine schwere berufliche Verfehlung im Sinne des Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 darstellte und per se bereits zu einem Ausschluss der Antragstellerin, deren Geschäftsführer Herr DI S. ist, führen müsste. Da die Antragsgegnerin auf diesen Ausschlussgrund in der Ausscheidensentscheidung keinen Bezug nimmt und er auch im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren nicht näher erörtert wurde, da bereits der von der Antragsgegnerin in der Ausscheidensentscheidung angezogene Ausscheidensgrund der fehlenden technischen Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 als gegeben angesehen wurde, konnte von einer Klärung der Frage, ob der Antragstellerin in das Telefonprotokoll Akteneinsicht zu gewähren war, abgesehen werden.

Der im Verfahren betreffend den Nachprüfungsantrag zur Ausscheidensentscheidung von der Antragsgegnerin erstattete Schriftsatz vom 15.7.2015 wurde der Antragstellerin mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung ungeschwärzt zur Kenntnisnahme übermittelt und die Antragstellerin hatte die Möglichkeit, dazu eine Stellungnahme abzugeben. Der ebenfalls mit der Ladung übermittelte Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 3.7.2015 erging im Nachprüfungsverfahren zur Zuschlagsentscheidung. In diesem Schriftsatz wurden mehrere Passagen unkenntlich gemacht, da sie Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse des präsumtiven Zuschlagsempfängers enthielten. Diese haben jedoch keinen Bezug zur gegenständlich angefochtenen Ausscheidensentscheidung. Auf das Erfordernis dieser Schwärzungen wird in der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens zur Zuschlagsentscheidung (zur Zahl VGW-123/072/7114/2015) näher eingegangen werden.

Vorab ist weiters festzuhalten, dass das Gericht davon ausging, dass das gegenständliche Vergabeverfahren unter das Regime der Sektorenauftraggeber fällt. Die Antragsgegnerin ist Sektorenauftraggeberin, da sie eine Sektorentätigkeit gemäß § 169 Abs. 1 BVergG 2006 ausübt. Dies kommt auch in den von der Antragsgegnerin ihrem Vergabeverfahren zu Grunde gelegten Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Wiener Stadtwerke bei Vergabe als Sektorenauftraggeber, Ausgabe 2.4.2014, und die Allgemeinen Eignungsanforderungen der Wiener Stadtwerke bei Vergabe als Sektorenauftraggeber und im nicht gesetzlich geregelten Bereich ergänzt um besondere Eignungsanforderungen der L. KG (WSTW 9310 Teil 1, Ausgabe 2.4.2014) zum Ausdruck. Eine diesbezüglich offensichtlich fehlerhafte Veröffentlichung des Vergabeverfahrens kann nichts an der Einordnung des Verfahrens unter das Sektorenregime ändern, da diese Einordnung eindeutig aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgeht. Im Übrigen hat die Antragstellerin nicht nachvollziehbar dargestellt, inwiefern sie durch eine solche mangelhafte Veröffentlichung in ihren Rechten beeinträchtigt wäre. Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Antragstellerin durch die Anwendung des Sektorenregimes ein Schaden entstanden sein könnte. Vorab ist weiters festzuhalten, dass das Gericht davon ausging, dass das gegenständliche Vergabeverfahren unter das Regime der Sektorenauftraggeber fällt. Die Antragsgegnerin ist Sektorenauftraggeberin, da sie eine Sektorentätigkeit gemäß Paragraph 169, Absatz eins, BVergG 2006 ausübt. Dies kommt auch in den von der Antragsgegnerin ihrem Vergabeverfahren zu Grunde gelegten Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Wiener Stadtwerke bei Vergabe als Sektorenauftraggeber, Ausgabe 2.4.2014, und die Allgemeinen Eignungsanforderungen der Wiener Stadtwerke bei Vergabe als Sektorenauftraggeber und im nicht gesetzlich geregelten Bereich ergänzt um besondere Eignungsanforderungen der L. KG (WSTW 9310 Teil 1,

Ausgabe 2.4.2014) zum Ausdruck. Eine diesbezüglich offensichtlich fehlerhafte Veröffentlichung des Vergabeverfahrens kann nichts an der Einordnung des Verfahrens unter das Sektorenregime ändern, da diese Einordnung eindeutig aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgeht. Im Übrigen hat die Antragstellerin nicht nachvollziehbar dargestellt, inwiefern sie durch eine solche mangelhafte Veröffentlichung in ihren Rechten beeinträchtigt wäre. Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Antragstellerin durch die Anwendung des Sektorenregimes ein Schaden entstanden sein könnte.

Die Antragstellerin hat weiters gerügt, dass die Angebotsfrist ursprünglich nur 41 Tage und damit nicht die gesetzlich vorgegebenen 52 Tage betragen habe. Sie hielt jedoch auch fest, dass die Angebotsfrist in der Folge auf den 8.5.2015 verlängert worden sei, und sie durch die ursprüngliche Angebotsfrist nicht in ihren Rechten verletzt worden sei, weshalb auf diesen Punkt nicht näher einzugehen war.

Zu der im gegenständlichen Verfahren zentralen Frage, ob die Antragstellerin mit den von ihr bekanntgegebenen Referenzen den in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit ausreichend erbracht hat, ist zunächst auf die Festlegungen in der Ausschreibung hinzuweisen, wonach die Bieter drei Referenzen über die gutachterliche Abnahme einer LZB im U-Bahnbereich bzw. eines ESTW im Bereich der U-Bahn oder Eisenbahn im Nah- und Fernverkehr mit Inbetriebnahme des referenzgegenständlichen Systems nach dem 1.1.2010 nachzuweisen hatten. Für jeden Bereich musste zumindest eine Referenz vorliegen. Referenzen, die sich sowohl auf eine LZB als auch auf ein ESTW bezogen, wurden doppelt gewertet.

In der Fragebeantwortung vom 30.4.2015 konkretisierte die Antragsgegnerin diese Anforderungen dahingehend, dass als Referenz eine Abnahmeprüfung einer LZB im U-Bahn-Bereich (Nahverkehr), eine Abnahmeprüfung an elektronischen Stellwerken im U-Bahn-Bereich (Nahverkehr) und Abnahmeprüfungen an elektronischen Stellwerken der Eisenbahn (Fernverkehr) zulässig seien. Die Auftraggeberin stellte weiters klar, dass der Begriff „Abnahmeprüfung“ kumulativ alle fünf in der Antwort zu Frage zwei dieses Dokumentes angeführten Punkte umfasst. Dabei handelt es sich um die auch in der Leistungsbeschreibung angeführten Punkte Planprüfung (Planprüfung der Bauentwurfsunterlagen gemäß § 31 Eisenbahngesetz 1957, EISBG, und Planprüfung Projektierung, Erfüllung der Auflagen aus Baugenehmigung), FAT Factory Acceptance Test („Werksabnahme“), Zuordnungsprüfung/Prüfung der Außenanlagen, Mess- und Einstellfahrten, sowie Abnahmeprüfung Gesamtanlage. In der Fragebeantwortung vom 30.4.2015 konkretisierte die Antragsgegnerin diese Anforderungen dahingehend, dass als Referenz eine Abnahmeprüfung einer LZB im U-Bahn-Bereich (Nahverkehr), eine Abnahmeprüfung an elektronischen Stellwerken im U-Bahn-Bereich (Nahverkehr) und Abnahmeprüfungen an elektronischen Stellwerken der Eisenbahn (Fernverkehr) zulässig seien. Die Auftraggeberin stellte weiters klar, dass der Begriff „Abnahmeprüfung“ kumulativ alle fünf in der Antwort zu Frage zwei dieses Dokumentes angeführten Punkte umfasst. Dabei handelt es sich um die auch in der Leistungsbeschreibung angeführten Punkte Planprüfung (Planprüfung der Bauentwurfsunterlagen gemäß Paragraph 31, Eisenbahngesetz 1957, EISBG, und Planprüfung Projektierung, Erfüllung der Auflagen aus Baugenehmigung), FAT Factory Acceptance Test („Werksabnahme“), Zuordnungsprüfung/Prüfung der Außenanlagen, Mess- und Einstellfahrten, sowie Abnahmeprüfung Gesamtanlage.

In der Fragebeantwortung wurde weiters festgehalten, dass ein Gesamtgutachten über alle Leistungspunkte (Planprüfung, FAT-Factory Acceptance Test, Zuordnungsprüfung/Prüfung der Außenanlagen, Mess- und Einstellfahrten und Abnahmeprüfung Gesamtanlage) inkl. der Berücksichtigung der Forderungen des § 38 EISbAV für Erstinbetriebnahmen zu erstellen sei. Die Auftraggeberin stellte weiters klar, dass nicht nur die Ausfertigung eines Gutachtens durch den als Schlüsselpersonal namhaft gemachten Ziviltechniker, sondern auch die Durchführung sämtlicher Abnahme- und Inbetriebnahmetätigkeiten durch die als Schlüsselpersonal namhaft gemachten Abnahmebevollmächtigten durchgeführt werden muss. In der Fragebeantwortung wurde weiters festgehalten, dass ein Gesamtgutachten über alle Leistungspunkte (Planprüfung, FAT-Factory Acceptance Test, Zuordnungsprüfung/Prüfung der Außenanlagen, Mess- und Einstellfahrten und Abnahmeprüfung Gesamtanlage) inkl. der Berücksichtigung der Forderungen des Paragraph 38, EISbAV für Erstinbetriebnahmen zu erstellen sei. Die Auftraggeberin stellte weiters klar, dass nicht nur die Ausfertigung eines Gutachtens durch den als Schlüsselpersonal namhaft gemachten Ziviltechniker, sondern auch die Durchführung sämtlicher Abnahme- und Inbetriebnahmetätigkeiten durch die als Schlüsselpersonal namhaft gemachten Abnahmebevollmächtigten durchgeführt werden muss.

Diese Festlegungen ergeben sich aus dem Vergabeakt und wurden von der Antragstellerin nicht bestritten. Sie brachte lediglich vor, sie habe diese Festlegungen insofern anders verstanden als die Antragsgegnerin, als sie davon

ausgegangen sei, dass die gutachterlichen Leistungen hinsichtlich der fünf Punkte ausreichten und keine tatsächlichen Überprüfungstätigkeiten durch die Mitarbeiter der Antragstellerin selbst gefordert gewesen seien. Aufgabe des Gutachters hinsichtlich der Punkte 2, 3 und 4 sei nach ihrer Ansicht, den Prüfumfang zu vereinbaren, die Programme entsprechend abzustimmen und die Durchführungen der Messungen zu überwachen sowie die Messergebnisse seinem Gutachten zu Grunde zu legen. Der Gutachter habe jeweils zu prüfen, ob die Messwerte mit den Anforderungen übereinstimmten. Die Fragebeantwortung vom 30.04.2015, Frage 02, habe die Antragstellerin so verstanden, dass sich diese Festlegungen auf die Erfüllung des gegenständlichen Auftrages, nicht aber auf die vorzulegenden Referenzen bezögen.

Dem ist entgegenzuhalten, dass die Antragsgegnerin in Punkt 02 ihrer Fragebeantwortung ausdrücklich zum Ausdruck gebracht hat, dass die als Referenz vorzulegenden Gutachten alle fünf Leistungspunkte umfassen müssen und dass diesen Gutachten die Durchführung sämtlicher Abnahme- und Inbetriebnahmetätigkeiten durch die als Schlüsselpersonen namhaft gemachten Abnahmebevollmächtigten zu Grunde zu liegen hatte. Damit schloss die Antragsgegnerin aus, dass die als Referenz bekanntgegebenen Gutachten auf Abnahmeprüfungen anderer, nicht vom jeweiligen Bieter gestellter Abnahmebevollmächtigter beruhten. Dies wurde von der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung damit begründet, dass damit die Qualifikation der Mitarbeiter des bekannt gegeben Ziviltechnikernachgewiesen werden sollte und andererseits auch nachgewiesen werden sollte, dass das beauftragte Büro den Leistungsumfang bewältigen könne.

Dass sich die Fragebeantwortung 01 und 02 auf die Referenzen bezog, ist aus dem Zusammenhang mit den beantworteten und in der Fragebeantwortung ausdrücklich zitierten Fragen ersichtlich, die selbst von Referenzen (und nicht von Vertragsbestimmungen) sprechen.

Damit steht aber, wie aus der Ausschreibung und der Fragebeantwortung ersichtlich und auch in der mündlichen Verhandlung von der Antragsgegnerin bestätigt, fest, dass als Referenzen einerseits nur Aufträge geeignet waren, die alle fünf Leistungspunkte (Planprüfung, FAT Factory Acceptance Test, Zuordnungsprüfung/Prüfung der Außenanlagen, Mess- und Einstellfahrten und Abnahmeprüfung Gesamtanlage) umfasst haben. Andererseits musste der Auftrag in allen fünf Punkten vom Bieter (Ziviltechniker und Abnahmebevollmächtigte) selbst durchgeführt worden sein.

Diesen in den Ausschreibungsunterlagen und in der Fragebeantwortung vom 30.4.2015 zum Ausdruck gebrachten Anforderungen der Antragsgegnerin sind nun die von der Antragstellerin bekanntgegebenen Referenzen gegenüberzustellen.

Referenz I entspricht diesen Anforderungen schon deshalb nicht, weil sie sich auf eine LZB im Eisenbahnbereich bezieht, obwohl nur Gutachten zu LZB im U-Bahn-Bereich als Referenzen zulässig waren. Dies wurde von der Antragstellerin nicht bestritten. Sie führte in der mündlichen Verhandlung lediglich aus, es gebe keine wesentlichen technischen Unterschiede zwischen LZB im Eisenbahn- und im U-Bahn-Bereich. Diesem Vorbringen ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Festlegungen in der Ausschreibung in der Form der Fragebeantwortung vom 30.4.2015 bestandsfest geworden sind. Die Frage, ob auch durch einen Referenzauftrag über die Begutachtung einer LZB im Eisenbahnbereich die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nachgewiesen hätte werden können, stellt sich daher im gegenständlichen Verfahrensabschnitt nicht mehr. Referenz römisch eins entspricht diesen Anforderungen schon deshalb nicht, weil sie sich auf eine LZB im Eisenbahnbereich bezieht, obwohl nur Gutachten zu LZB im U-Bahn-Bereich als Referenzen zulässig waren. Dies wurde von der Antragstellerin nicht bestritten. Sie führte in der mündlichen Verhandlung lediglich aus, es gebe keine wesentlichen technischen Unterschiede zwischen LZB im Eisenbahn- und im U-Bahn-Bereich. Diesem Vorbringen ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Festlegungen in der Ausschreibung in der Form der Fragebeantwortung vom 30.4.2015 bestandsfest geworden sind. Die Frage, ob auch durch einen Referenzauftrag über die Begutachtung einer LZB im Eisenbahnbereich die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nachgewiesen hätte werden können, stellt sich daher im gegenständlichen Verfahrensabschnitt nicht mehr.

Referenz II bezieht sich auf ein Gutachten gemäß § 38 EISBAV im Rahmen eines Verfahrens auf Erteilung einer (verbundenen) Bau- und Betriebsbewilligung gemäß § 31a und § 34a EISBG. Die Errichtung dieser Anlage begann erst nach der Erteilung dieser Bewilligung, weshalb sie zum Zeitpunkt der Gutachtenerstellung durch die Antragstellerin noch nicht in der Wirklichkeit vorhanden war. Eine praktische Prüfung durch die Antragstellerin (z.B. Mess- und Einstellfahrten) erfolgte nicht. Referenz römisch zwei bezieht sich auf ein Gutachten gemäß Paragraph 38, EISBAV im

Rahmen eines Verfahrens auf Erteilung einer (verbundenen) Bau- und Betriebsbewilligung gemäß Paragraph 31 a und Paragraph 34 a, EISBG. Die Errichtung dieser Anlage begann erst nach der Erteilung dieser Bewilligung, weshalb sie zum Zeitpunkt der Gutachtenerstellung durch die Antragstellerin noch nicht in der Wirklichkeit vorhanden war. Eine praktische Prüfung durch die Antragstellerin (z.B. Mess- und Einstellfahrten) erfolgte nicht.

Diese Feststellungen zu Referenz II. beruhen auf den Angaben im Vergabeakt (Angebotsprüfung), auf den Angaben der Antragstellerin und der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung und auf der glaubwürdigen Aussage des Zeugen Ing. J. ebenfalls in der mündlichen Verhandlung, der unter Wahrheitspflicht die oben zitierten Angaben zum Umfang der Referenzaufträge II., III. und III. machte. Der Zeuge war mit dem gegenständlichen Referenzprojekt im Rahmen der Projektleitung und Projektsteuerung befasst. Er wurde in der Referenz als Ansprechpartner des Referenzauftraggebers angegeben. Diese Feststellungen zu Referenz römisch zwei. beruhen auf den Angaben im Vergabeakt (Angebotsprüfung), auf den Angaben der Antragstellerin und der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung und auf der glaubwürdigen Aussage des Zeugen Ing. J. ebenfalls in der mündlichen Verhandlung, der unter Wahrheitspflicht die oben zitierten Angaben zum Umfang der Referenzaufträge römisch zwei., römisch drei. und römisch drei. machte. Der Zeuge war mit dem gegenständlichen Referenzprojekt im Rahmen der Projektleitung und Projektsteuerung befasst. Er wurde in der Referenz als Ansprechpartner des Referenzauftraggebers angegeben.

Referenz II. betrifft damit einen Auftrag, der nicht alle fünf Leistungspunkte umfasst. Da es sich dabei um eine verbundene Bau- und Betriebsbewilligung gemäß § 34a EISBG handelt, wurde mit der Ausführung der Anlage erst nach Erstellung des Gutachtens durch die Antragstellerin begonnen. Eine Überprüfung der ausgeführten Anlage im Sinne der Leistungspunkte 2. bis 4. (FAT, Zuordnungsprüfung/Prüfung der Außenanlagen, Mess- und Einstellfahrten) durch die Antragstellerin erfolgte nicht. Damit erfüllt diese Referenz die Anforderungen der Ausschreibung in der Form der Fragebeantwortung vom 30.4.2015 nicht. Referenz römisch zwei. betrifft damit einen Auftrag, der nicht alle fünf Leistungspunkte umfasst. Da es sich dabei um eine verbundene Bau- und Betriebsbewilligung gemäß Paragraph 34 a, EISBG handelt, wurde mit der Ausführung der Anlage erst nach Erstellung des Gutachtens durch die Antragstellerin begonnen. Eine Überprüfung der ausgeführten Anlage im Sinne der Leistungspunkte 2. bis 4. (FAT, Zuordnungsprüfung/Prüfung der Außenanlagen, Mess- und Einstellfahrten) durch die Antragstellerin erfolgte nicht. Damit erfüllt diese Referenz die Anforderungen der Ausschreibung in der Form der Fragebeantwortung vom 30.4.2015 nicht.

In der mündlichen Verhandlung führte die Antragsgegnerin aus, dass sie bei den zu erbringenden Referenzen die Durchführung von Mess- und Einstellfahrten gefordert habe. Diese würden einen größeren Umfang umfassen, als der von der Antragstellerin verwendete Begriff „Abnahmefahrt“, da anlässlich der über einen längeren Zeitraum stattfindenden Mess- und Einstellfahrten die sicherheitstechnischen Anlagen überprüft würden, eine Abnahmefahrt aber auch eine Besichtigungsfahrt sein könne, bei der man sich davon überzeugt, dass bestimmte Voraussetzung z.B. des Arbeitnehmerschutzes gegeben sind.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin in ihrem Vorblatt zu Referenz II. selbst angibt, es seien keine Messfahrten erforderlich gewesen. Die Antragstellerin räumt in ihrem Vorblatt zur Referenz II. somit selbst ein, dass sie in diesem Auftrag keine Messfahrten durchgeführt und damit zumindest Leistungspunkt 4. nicht erbracht hat. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin in ihrem Vorblatt zu Referenz römisch zwei. selbst angibt, es seien keine Messfahrten erforderlich gewesen. Die Antragstellerin räumt in ihrem Vorblatt zur Referenz römisch zwei. somit selbst ein, dass sie in diesem Auftrag keine Messfahrten durchgeführt und damit zumindest Leistungspunkt 4. nicht erbracht hat.

Zu den umfänglich gleichen Referenzen III. (Eisenbahnsicherungsanlage Bahnhof Fr.) und IV. (ESTW P.) ist auf das zu Referenz II. Gesagte zu verweisen. Zu den umfänglich gleichen Referenzen römisch drei. (Eisenbahnsicherungsanlage Bahnhof Fr.) und römisch vier. (ESTW P.) ist auf das zu Referenz römisch zwei. Gesagte zu verweisen.

Referenz V. umfasst die gutachterliche Abnahme von eisenbahnsicherungstechnischen Anlagen und einer LZB im Zusammenhang mit der Verlängerung der U... durch Erstellung eines Gutachtens gemäß § 31a und § 34a EISBG. Auch in diesem Projekt wurde auf der Grundlage des von der Antragstellerin erstellten Gutachtens eine verbundene Bau- und Betriebsbewilligung erteilt und die Ausführung erst danach begonnen. Die Antragstellerin räumte in der mündlichen Verhandlung selbst ein, dass sie in diesem Projekt die praktischen Prüfungen nicht selbst durchgeführt habe. Dies wurde auch durch den unter Wahrheitspflicht einvernommenen Zeugen Herrn Ing. Sb. bestätigt, der als Mitarbeiter

der Referenzauftraggeberin mit der Projektleitung und dem Projektmanagement des gegenständlichen Referenzprojektes betraut war. Er wurde in der Referenz als Ansprechpartner des Referenzauftraggebers angegeben. Referenz römisch fünf. umfasst die gutachterliche Abnahme von eisenbahnsicherungstechnischen Anlagen und einer LZB im Zusammenhang mit der Verlängerung der U... durch Erstellung eines Gutachtens gemäß Paragraph 31 a und Paragraph 34 a, EisbG. Auch in diesem Projekt wurde auf der Grundlage des von der Antragstellerin erstellten Gutachtens eine verbundene Bau- und Betriebsbewilligung erteilt und die Ausführung erst danach begonnen. Die Antragstellerin räumte in der mündlichen Verhandlung selbst ein, dass sie in diesem Projekt die praktischen Prüfungen nicht selbst durchgeführt habe. Dies wurde auch durch den unter Wahrheitspflicht einvernommenen Zeugen Herrn Ing. Sb. bestätigt, der als Mitarbeiter der Referenzauftraggeberin mit der Projektleitung und dem Projektmanagement des gegenständlichen Referenzprojektes betraut war. Er wurde in der Referenz als Ansprechpartner des Referenzauftraggebers angegeben.

Folgerichtig hält die Antragstellerin im Vorblatt zur Referenz V. nur fest, dass sie in diesem Projekt zu den Leistungspunkten 2. „FAT (Factory acceptance test)“, 3. „Zuordnungsprüfung/Prüfung der Außenanlage“, 4. „Mess- und Einstellfahrten“ und 5. „Abnahme Gesamtanlage“ im Gutachten Vorgaben zur Abnahme (...) formuliert sowie eine abschließende Abnahme gemäß § 38 EisbAV als Voraussetzung der Inbetriebnahme der Gesamtanlage gefordert habe. Folgerichtig hält die Antragstellerin im Vorblatt zur Referenz römisch fünf. nur fest, dass sie in diesem Projekt zu den Leistungspunkten 2. „FAT (Factory acceptance test)“, 3. „Zuordnungsprüfung/Prüfung der Außenanlage“, 4. „Mess- und Einstellfahrten“ und 5. „Abnahme Gesamtanlage“ im Gutachten Vorgaben zur Abnahme (...) formuliert sowie eine abschließende Abnahme gemäß Paragraph 38, EisbAV als Voraussetzung der Inbetriebnahme der Gesamtanlage gefordert habe.

Diese Feststellungen zu Referenz V. beruhen auf den Angaben im Vergabeakt (Angebotsprüfung), auf den Angaben der Antragstellerin und der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung und auf der glaubwürdigen Aussage des Zeugen Ing. Sb. ebenfalls in der mündlichen Verhandlung, die mit den Angaben der Antragstellerin zu dieser Referenz nicht im Widerspruch standen. Diese Feststellungen zu Referenz römisch fünf. beruhen auf den Angaben im Vergabeakt (Angebotsprüfung), auf den Angaben der Antragstellerin und der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung und auf der glaubwürdigen Aussage des Zeugen Ing. Sb. ebenfalls in der mündlichen Verhandlung, die mit den Angaben der Antragstellerin zu dieser Referenz nicht im Widerspruch standen.

Damit umfasst Referenz V. jedoch nicht alle fünf in der Ausschreibung geforderten Leistungspunkte, sondern lediglich die Planprüfung und Gutachtenserstellung über Leistungspunkt 1. Sie ist damit ebenfalls nicht geeignet, die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin in der in der Ausschreibung in der Form der Fragebeantwortung vom 30.4.2015 festgelegten Form nachzuweisen. Damit umfasst Referenz römisch fünf. jedoch nicht alle fünf in der Ausschreibung geforderten Leistungspunkte, sondern lediglich die Planprüfung und Gutachtenserstellung über Leistungspunkt 1. Sie ist damit ebenfalls nicht geeignet, die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin in der in der Ausschreibung in der Form der Fragebeantwortung vom 30.4.2015 festgelegten Form nachzuweisen.

Zur umfänglich gleichen Referenz VI. (U... H., ...) ist auf das zu Referenz V. Gesagte zu verweisen, wobei zu diesem Projekt darauf hinzuweisen ist, dass eine Umsetzung der Bau- und Betriebsbewilligung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung noch nicht stattgefunden hatte, sodass die Referenz schon aus diesem Grund die Leistungspunkte 2. bis 5. nicht umfassen konnte. Auch diese Referenz entspricht somit nicht den Anforderungen der Ausschreibung in der Form der Fragebeantwortung vom 30.4.2015. Zur umfänglich gleichen Referenz römisch sechs. (U... H., ...) ist auf das zu Referenz römisch fünf. Gesagte zu verweisen, wobei zu diesem Projekt darauf hinzuweisen ist, dass eine Umsetzung der Bau- und Betriebsbewilligung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung noch nicht stattgefunden hatte, sodass die Referenz schon aus diesem Grund die Leistungspunkte 2. bis 5. nicht umfassen konnte. Auch diese Referenz entspricht somit nicht den Anforderungen der Ausschreibung in der Form der Fragebeantwortung vom 30.4.2015.

Referenz VII. bezieht sich auf die gutachterliche Abnahme für die Adaptierung des ESTW Sg. nach Umbau der Außenanlage durch Erstellung einer Prüfbescheinigung gemäß § 34a EisbG zur Erwirkung der Betriebsbewilligung. Der Aufgabenbereich der Antragstellerin in diesem Projekt umfasste die Planprüfung und die Kontrolle der durch die Signalkontrollore der O. vorgenommenen praktischen Prüfungen. Referenz römisch sieben. bezieht sich auf die gutachterliche Abnahme für die Adaptierung des ESTW Sg. nach Umbau der Außenanlage durch Erstellung einer Prüfbescheinigung gemäß Paragraph 34 a, EisbG zur Erwirkung der Betriebsbewilligung. Der Aufgabenbereich der Antragstellerin in diesem Projekt umfasste die Planprüfung und die Kontrolle der durch die Signalkontrollore der O.

vorgenommenen praktischen Prüfungen.

Diese Feststellungen zu Referenz VII. beruhen auf den Angaben im Vergabeakt (Angebotsprüfung), auf den Angaben der Antragstellerin und der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung und auf der glaubwürdigen Aussage des Zeugen Ing. We. ebenfalls in der mündlichen Verhandlung. Der Zeuge war am gegenständlichen Projekt als Baumanager beteiligt und wurde in der Referenz als Ansprechpartner des Referenzbeauftragers angegeben. Diese Feststellungen zu Referenz römisch sieben. beruhen auf den Angaben im Vergabeakt (Angebotsprüfung), auf den Angaben der Antragstellerin und der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung und auf der glaubwürdigen Aussage des Zeugen Ing. We. ebenfalls in der mündlichen Verhandlung. Der Zeuge war am gegenständlichen Projekt als Baumanager beteiligt und wurde in der Referenz als Ansprechpartner des Referenzbeauftragers angegeben.

Mit diesen Feststellungen stehen die Angaben der Antragstellerin im Vorblatt zur Referenz VII. nicht im Widerspruch, wonach die Prüfung der Außenanlagen durch Prüfung auf Übereinstimmung der dokumentierten Abnahmeprüfung inkl. Prüfbefund gemäß § 38 EisbAV mit den Planungsunterlagen erfolgt sei. Zu Punkt 4. wird festgehalten, dass an den Mess- und Einstellfahrten begleitend teilgenommen wurde. Zu Punkt 5. wird festgehalten, dass sämtliche Erstabnahmeprotokolle zu den jeweiligen Anlagenteilen hinsichtlich Vollständigkeit des baugenehmigten Projektumfanges bzw. der Plausibilität der positiven Bewertung geprüft wurden. Mit diesen Feststellungen stehen die Angaben der Antragstellerin im Vorblatt zur Referenz römisch sieben. nicht im Widerspruch, wonach die Prüfung der Außenanlagen durch Prüfung auf Übereinstimmung der dokumentierten Abnahmeprüfung inkl. Prüfbefund gemäß Paragraph 38, EisbAV mit den Planungsunterlagen erfolgt sei. Zu Punkt 4. wird festgehalten, dass an den Mess- und Einstellfahrten begleitend teilgenommen wurde. Zu Punkt 5. wird festgehalten, dass sämtliche Erstabnahmeprotokolle zu den jeweiligen Anlagenteilen hinsichtlich Vollständigkeit des baugenehmigten Projektumfanges bzw. der Plausibilität der positiven Bewertung geprüft wurden.

Daraus ergibt sich jedoch, dass das Referenzprojekt VII. ebenfalls nicht die Anforderungen der Ausschreibung in der Form der Fragebeantwortung vom 30.4.2015 erfüllt, weil der Gutachtenserstellung nicht die in Leistungspunkt 2. bis 4. genannten Prüfschritte durch einen als Schlüsselperson der Antragstellerin genannten Abnahmebevollmächtigten vorausgingen, sondern diese Prüfungen durch Mitarbeiter der O. durchgeführt wurden. Daraus ergibt sich jedoch, dass das Referenzprojekt römisch sieben. ebenfalls nicht die Anforderungen der Ausschreibung in der Form der Fragebeantwortung vom 30.4.2015 erfüllt, weil der Gutachtenserstellung nicht die in Leistungspunkt 2. bis 4. genannten Prüfschritte durch einen als Schlüsselperson der Antragstellerin genannten Abnahmebevollmächtigten vorausgingen, sondern diese Prüfungen durch Mitarbeiter der O. durchgeführt wurden.

Zur umfänglich gleichen Referenz VIII. (ESTW Ze.) ist auf das zu Referenz VII. Gesagte zu verweisen. Zur umfänglich gleichen Referenz römisch acht. (ESTW Ze.) ist auf das zu Referenz römisch sieben. Gesagte zu verweisen.

Den Aussagen der Zeugen war zum jeweiligen Referenzprojekt, auf das sie sich bezogen, Glauben zu schenken, da diese mit dem jeweiligen Referenzprojekt vertraute Fachleute sind, die die in der mündlichen Verhandlung gestellten Fragen sachlich und ohne Zögern beantwortet haben. Die Aussagen standen mit den im Vergabeakt befindlichen Aktenvermerken über die mit ihnen von der Antragsgegnerin im Zuge der Angebotsprüfung im Vergabeverfahren zum Umfang der jeweiligen Referenz geführten Telefongespräche und den nachfolgenden E-Mails nicht im Widerspruch. Die Aussagen der Zeugen wurden von der Antragstellerin hinsichtlich ihrer inhaltlichen Richtigkeit nicht in Frage gestellt.

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

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

Die von der Antragstellerin vorgelegten Referenzen bezogen sich jedoch im Wesentlichen auf die Gutachtenserstellung im Zusammenhang mit der Erwirkung einer eisenbahnrechtlichen Bau- und Betriebsbewilligung und umfassten die Leistungspunkte 2. bis 4., auf deren Nachweis die Antragsgegnerin, wie oben dargestellt, besonderen Wert legte, nicht.

Dem Vorbringen der Antragstellerin, die Antragsgegnerin habe in der Ausscheidensentscheidung das Fehlen von „praktischen Prüfungen“ in den von der Antragstellerin geltend gemachten Referenzprojekten verlangt, obwohl Gegenstand der Referenzen laut Ausschreibung „gutachterliche Abnahmen“ gewesen seien, ist Folgendes entgegenzuhalten: In der Fragebeantwortung vom 30.4.2015 wurde zu Frage 02 über Nachfrage der Antragstellerin, was unter dem Begriff „gutachterliche Tätigkeit“ im Zusammenhang mit den gemäß Punkt 1.2.3 lit a WSTW 9310 Teil 1 geforderten Referenzen zu verstehen sei, ausdrücklich festgehalten, dass nicht nur die Ausfertigung eines Gutachtens durch den als Schlüsselperson namhaft gemachten Ziviltechniker, sondern auch die Durchführung sämtlicher Abnahme- und Inbetriebnahmetätigkeiten durch den als Schlüsselperson namhaft gemachten Abnahmebevollmächtigten davon umfasst sein sollte. Dem Vorbringen der Antragstellerin, die Antragsgegnerin habe in der Ausscheidensentscheidung das Fehlen von „praktischen Prüfungen“ in den von der Antragstellerin geltend gemachten Referenzprojekten verlangt, obwohl Gegenstand der Referenzen laut Ausschreibung „gutachterliche Abnahmen“ gewesen seien, ist Folgendes entgegenzuhalten: In der Fragebeantwortung vom 30.4.2015 wurde zu Frage 02 über Nachfrage der Antragstellerin, was unter dem Begriff „gutachterliche Tätigkeit“ im Zusammenhang mit den gemäß Punkt 1.2.3 Litera a, WSTW 9310 Teil 1 geforderten Referenzen zu verstehen sei, ausdrücklich festgehalten, dass nicht nur die Ausfertigung eines Gutachtens durch den als Schlüsselperson namhaft gemachten Ziviltechniker, sondern auch die Durchführung sämtlicher Abnahme- und Inbetriebnahmetätigkeiten durch den als Schlüsselperson namhaft gemachten Abnahmebevollmächtigten davon umfasst sein sollte.

Damit ist klargestellt, dass die bloße Gutachtenserstellung auf der Grundlage von

Factory Acceptance Test, Zuordnungsprüfung/Prüfung der Außenanlagen und Mess- und Einstellfahrten eines anderen Ziviltechnikerbüros oder von Abnahmebevollmächtigten der Betreiberfirma (z.B. O.) nicht ausreicht.

Zum Begriffsverständnis des Ausdrucks „praktische Prüfungen“ ist darauf hinzuweisen, dass es sich dabei nicht um einen Begriff mit neuem Inhalt handelt, der mit der Ausscheidensentscheidung erstmals verlangt wurde, sondern dass „praktische Prüfungen“ einen Sammelbegriff für die im Leistungsverzeichnis genannten Leistungspunkte 2. bis 4. (Factory Acceptance Test, Zuordnungsprüfung/Prüfung der Außenanlagen und Mess- und Einstellfahrten) im Gegensatz zum Begriff „Planprüfung“ darstellt. In diesem Sinne wurde der Begriff „praktische Prüfungen“ von Herrn DI S., dem Geschäftsführer der Antragstellerin, auch spontan in den mündlichen Verhandlung verwendet, weshalb davon auszugehen war, dass diesem der Begriffsinhalt bekannt ist.

Auf das Vorbringen der Antragsgegnerin, wonach sich die Antragstellerin bei den Angaben zu den von ihr geltend gemachten Referenzprojekten, somit betreffend ihre technische Leistungsfähigkeit, in erheblichem Maß falscher Erklärungen schuldig gemacht habe, und damit den Ausschlussgrund des § 229 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 verwirklicht habe, war im Hinblick darauf, dass sich dafür aus dem Vergabeakt keine ausreichenden Nachweise ergeben hätten und die Antragsgegnerin diesen Ausschlussgrund im Vergabeverfahren nicht releviert hat, nicht näher einzugehen. Auf das Vorbringen der Antragsgegnerin, wonach sich die Antragstellerin bei den Angaben zu den von ihr geltend gemachten Referenzprojekten, somit betreffend ihre technische Leistungsfähigkeit, in erheblichem Maß falscher Erklärungen schuldig gemacht habe, und damit den Ausschlussgrund des Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 verwirklicht habe, war im Hinblick darauf, dass sich dafür aus dem Vergabeakt keine ausreichenden Nachweise ergeben hätten und die Antragsgegnerin diesen Ausschlussgrund im Vergabeverfahren nicht releviert hat, nicht näher einzugehen.

Ebenso musste die Frage, ob die Antragstellerin durch das Verhalten ihres Geschäftsführers im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hat, die einen Ausschlussgrund gemäß § 229 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 darstellt, dahingestellt bleiben, da dieser Ausschlussgrund im Vergabeverfahren von der Antragsgegnerin nicht geltend gemacht wurde und das Telefonprotokoll vom 12.6.2015 aus Sicht des Senates diesbezüglich im konkreten Fall keinen ausreichenden Beweis darstellt. Ebenso musste die Frage, ob die Antragstellerin durch das Verhalten ihres Geschäftsführers im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hat, die einen Ausschlussgrund gemäß Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 darstellt, dahingestellt bleiben, da

dieser Ausschlussgrund im Vergabeverfahren von der Antragsgegnerin nicht geltend gemacht wurde und das Telefonprotokoll vom 12.6.2015 aus Sicht des Senates diesbezüglich im konkreten Fall keinen ausreichenden Beweis darstellt.

Die Antragstellerin bringt in ihren Schriftsätzen weiters vor, dass ihr die Bedenken der Antragsgegnerin zu den von ihr mit dem Angebot vorgelegten Referenzen nicht in ausreichender Deutlichkeit vorgehalten worden seien.

Die Antragsgegnerin hat die Antragstellerin mit E-Mail vom 3.6.2015 darauf hingewiesen, dass die von dieser bekannt gegebenen Referenzen nach Ansicht der Antragsgegnerin nicht den Festlegungen in Punkt 1.2.3 lit. a WSTW 9310 Teil 1 sowie der Antwort 02 der Fragebeantwortung vom 30.4.2015 entsprechen. Im zweiten Absatz dieses E-Mails wird konkretisierend ausgeführt, dass sich bei Rücksprachen mit den Referenzauftraggebern herausgestellt habe, dass die Antragstellerin zwar die Planprüfung und Gutachtenserstellung, nicht aber sämtliche Abnahme und Inbetriebnahmetätigkeiten durchgeführt habe. Weiters seien Angaben zu Mess- und Einstellfahrten gemacht worden, die laut den Referenzgebern so nicht zuträfen. Die Antragsgegnerin hat die Antragstellerin mit E-Mail vom 3.6.2015 darauf hingewiesen, dass die von dieser bekannt gegebenen Referenzen nach Ansicht der Antragsgegnerin nicht den Festlegungen in Punkt 1.2.3 Litera a, WSTW 9310 Teil 1 sowie der Antwort 02 der Fragebeantwortung vom 30.4.2015 entsprechen. Im zweiten Absatz dieses E-Mails wird konkretisierend ausgeführt, dass sich bei Rücksprachen mit den Referenzauftraggebern herausgestellt habe, dass die Antragstellerin zwar die Planprüfung und Gutachtenserstellung, nicht aber sämtliche Abnahme und Inbetriebnahmetätigkeiten durchgeführt habe. Weiters seien Angaben zu Mess- und Einstellfahrten gemacht worden, die laut den Referenzgebern so nicht zuträfen.

Damit hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin über die wesentlichen Punkte ihrer Bedenken in Kenntnis gesetzt. Die Antragstellerin wusste aufgrund dieses Vorhaltes, dass nach Ansicht der Antragsgegnerin in den bekanntgegebenen Referenzprojekten (mit Ausnahme der Referenz I., die bereits deshalb der Ausschreibung und der Fragebeantwortung vom 30.4.2015 widersprach, weil sie sich auf die Begutachtung einer LZB im Eisenbahnbereich bezog) die praktischen Prüfungen fehlten. Damit hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin über die wesentlichen Punkte ihrer Bedenken in Kenntnis gesetzt. Die Antragstellerin wusste aufgrund dieses Vorhaltes, dass nach Ansicht der Antragsgegnerin in den bekanntgegebenen Referenzprojekten (mit Ausnahme der Referenz römisch eins., die bereits deshalb der Ausschreibung und der Fragebeantwortung vom 30.4.2015 widersprach, weil sie sich auf die Begutachtung einer LZB im Eisenbahnbereich bezog) die praktischen Prüfungen fehlten.

Die Antragstellerin hat darauf mit dem Schreiben vom 9.6.2015 geantwortet, in dem sie zu den Bedenken der Antragsgegnerin Stellung nimmt. Die Argumentation in dieser Stellungnahme ist widersprüchlich, wenn z.B. unter „Aufklärung 1)“ zunächst ganz allgemein festgehalten wird, dass die im Projekt geforderten fünf Teilleistungen im Sinne der Ausschreibung bzw. der Fragebeantwortung vom 30.4.2014 von der Antragstellerin bzw. ihrem Subunternehmer, Herrn DI S., erbracht wurden. Wenige Sätze später führt die Antragstellerin jedoch aus, dass die zwei Projekte auf der N. „zumindest Prüfpunkt 1 sowie Gesamtgutachten“ abdecken. Es geht aus diesem Schreiben jedoch hervor, dass die Antragstellerin die Bedenken der Antragsgegnerin verstanden hatte und ein Vorbringen erstattete, das diese ausräumen sollte. Die Antragstellerin legte auch ergänzende Unterlagen vor. Alle Angaben und Unterlagen bezogen sich auf die von der Antragstellerin mit dem Angebot vorgelegten Referenzen, neue Referenzen wurden nicht vorgelegt.

Der Antragstellerin ist darin zuzustimmen, dass die Antragsgegnerin die Mängel in der Ausscheidensentscheidung und in den Schriftsätzen des Nachprüfungsverfahrens näher ausgeführt hat. Bereits aufgrund des E-Mails vom 3.6.2015 hat die Antragstellerin jedoch die wesentlichen Punkte, in denen die Antragsgegnerin Bedenken gegen die Erfüllung der Voraussetzungen in der Ausschreibung durch die von der Antragstellerin bekanntgegebenen Referenzen hatte, gekannt. Sie hat auf diesen Vorhalt entsprechend geantwortet.

Das ergänzende Vorbringen der Antragstellerin konnte die Bedenken der Antragsgegnerin, die Antragstellerin habe in den Referenzprojekten keine praktischen Prüfungen vorgenommen, im Sinne einer Mängelbehebung nicht ausräumen, da diese Vermutung auf alle Referenzprojekte, außer Referenz I., die bereits deshalb der Ausschreibung nicht entsprach, weil sie sich auf eine LZB im Eisenbahnbereich bezog, zutraf und die Antragstellerin in den Referenzen II. bis VIII. die Leistungspunkte 2. bis 4. nicht oder nicht vollständig erbracht hatte. Aus diesem Grund war es auch entbehrlich, dass die Antragsgegnerin ihre Bedenken, die aus ihrer Sicht auf alle Referenzen zuträfen, den einzelnen Referenzprojekten zuordnete. Da die Antragstellerin keine neuen Referenzen vorgelegt hat, konnte die Frage, ob eine

solche Vorlage zulässig gewesen wäre, im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben. Eine Verpflichtung der Antragsgegnerin zu weiteren Aufklärungsschritten bestand jedenfalls nicht. Das ergänzende Vorbringen der Antragstellerin konnte die Bedenken der Antragsgegnerin, die Antragstellerin habe in den Referenzprojekten keine praktischen Prüfungen vorgenommen, im Sinne einer Mängelbehebung nicht ausräumen, da diese Vermutung auf alle Referenzprojekte, außer Referenz römisch eins., die bereits deshalb der Ausschreibung nicht entsprach, weil sie sich auf eine LZB im Eisenbahnbereich bezog, zutraf und die Antragstellerin in den Referenzen römisch zwei. bis römisch acht. die Leistungspunkte 2. bis 4. nicht oder nicht vollständig erbracht hatte. Aus diesem Grund war es auch entbehrlich, dass die Antragsgegnerin ihre Bedenken, die aus ihrer Sicht auf alle Referenzen zutrafen, den einzelnen Referenzprojekten zuordnete. Da die Antragstellerin keine neuen Referenzen vorgelegt hat, konnte die Frage, ob eine solche Vorlage zulässig gewesen wäre, im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben. Eine Verpflichtung der Antragsgegnerin zu weiteren Aufklärungsschritten bestand jedenfalls nicht.

Nachdem die von der Antragstellerin bekanntgegebenen Referenzen die Anforderungen der Ausschreibung nicht erfüllten, waren sie auch als Referenzen im Rahmen der Namhaftmachung von Schlüsselpersonen nicht ausreichend. Die Antragstellerin hat daher auch keine geeigneten Schlüsselpersonen bekanntgegeben.

Wenn die Antragstellerin einwendet, dass sie von der Antragsgegnerin nicht ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht worden sei, dass diese sie mangels geeigneter Referenzen und Schlüsselpersonen auszuschneiden beabsichtige, ist dem entgegenzuhalten, dass der Antragstellerin als ständig an Vergabeverfahren als Bieterin beteiligter Wirtschaftsteilnehmerin bekannt sein musste, dass mangelnde technische Leistungsfähigkeit, z.B. wegen des Fehlens von Referenzen, ein Ausscheidensgrund ist. Die Antragsgegnerin musste sie nur darüber informieren, worin sie die Mangelhaftigkeit der vorgelegten Referenzen erblickt, und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Dies hat die Antragsgegnerin, wie oben dargestellt, getan. Dass die Antragsgegnerin der Antragstellerin nicht ausdrücklich (vorab) mitgeteilt hat, dass sie ausgeschieden würde, wenn sie keine ausschreibungskonformen Referenzen nennt, weil sie damit ihre technische Leistungsfähigkeit nicht nachgewiesen hat, macht die Ausscheidensentscheidung nicht rechtswidrig.

Die Antragstellerin hat daher die in der Ausschreibung bzw. in der Fragebeantwortung vom 30.4.2015 festgelegten Voraussetzungen hinsichtlich der von ihr bekanntgegebenen Referenzen nicht erfüllt und damit die technische Leistungsfähigkeit nicht nachgewiesen. Sie hat damit den Ausscheidensgrund des § 269 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 verwirklicht. Ihr Angebot wurde daher von der Antragsgegnerin zu Recht ausgeschieden. Die Antragstellerin hat daher die in der Ausschreibung bzw. in der Fragebeantwortung vom 30.4.2015 festgelegten Voraussetzungen hinsichtlich der von ihr bekanntgegebenen Referenzen nicht erfüllt und damit die technische Leistungsfähigkeit nicht nachgewiesen. Sie hat damit den Ausscheidensgrund des Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 verwirklicht. Ihr Angebot wurde daher von der Antragsgegnerin zu Recht ausgeschieden.

§ 269 BVergG 2006 normiert zwar grundsätzlich, dass der Sektorenauftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung die Angebote, hinsichtlich derer Ausschluss- oder Ausscheidengründe vorliegen, auszuschneiden hat. Dies bedeutet aber nicht, dass ein Ausscheiden nach der Zuschlagsentscheidung damit unzulässig wäre (VwGH 21.2.2004, 2002/04/0177). Paragraph 269, BVergG 2006 normiert zwar grundsätzlich, dass der Sektorenauftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung die Angebote, hinsichtlich derer Ausschluss- oder Ausscheidengründe vorliegen, auszuschneiden hat. Dies bedeutet aber nicht, dass ein Ausscheiden nach der Zuschlagsentscheidung damit unzulässig wäre (VwGH 21.2.2004, 2002/04/0177).

Im Nachprüfungsverfahren sind keine Hinweise darauf hervorgekommen, dass die Antragsgegnerin die Prüfung des Angebots der Antragstellerin zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung noch nicht abgeschlossen hatte. Eine Rechtswidrigkeit des Vorgehens der Antragsgegnerin war somit nicht erkennbar.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 26.6.2015 war daher spruchgemäß abzuweisen. Die von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren waren von dieser selbst zu tragen, da ein Gebührenersatz gemäß § 16 WVRG 2014 nur dann stattzufinden hat, wenn die Antragstellerin zumindest teilweise obsiegt. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 26.6.2015 war daher spruchgemäß abzuweisen. Die von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren waren von dieser selbst zu tragen, da ein Gebührenersatz gemäß Paragraph 16, WVRG 2014 nur dann stattzufinden hat, wenn die Antragstellerin zumindest teilweise obsiegt.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision

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

Schlagworte

Nichtigerklärung einer Ausscheidensentscheidung

Zur Frage, ob die Antragstellerin mit den von ihr bekanntgegebenen Referenzen den in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit ausreichend erbracht hat

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2015:VGW.123.072.7708.2015

Zuletzt aktualisiert am

15.12.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at