

TE Verg Bescheid 2009/4/8 N/0016-BVA/04/2009-15

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.04.2009

Norm

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §169

BVergG 2006 §187 Abs1

BVergG 2006 §231 Abs1

BVergG 2006 §231 Abs3

BVergG 2006 §325 Abs1 Z2

ABGB §914

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 169 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
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 § 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 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. ABGB § 914 heute
 2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, und Dr. Clemens Mayr als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Fahrzeugausrüstung ETCS Level 2, Bekanntmachung Sektoren L-435432-884" der Auftraggeber 1. ÖBB-Traktion Gesellschaft mbH, Langauergasse 1, 1150 Wien, 2. ÖBB-Personenverkehr AG, Wagramerstraße 17-19, 1220 Wien, vertreten durch die ÖBB-Dienstleistungs GmbH, Clemens-Holzmeister-Straße 6, 1100 Wien, diese vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, eingebracht am 10.3.2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, und Dr. Clemens Mayr als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Fahrzeugausrüstung ETCS Level 2, Bekanntmachung Sektoren L-435432-884" der Auftraggeber 1. ÖBB-Traktion Gesellschaft mbH, Langauergasse 1, 1150 Wien, 2. ÖBB-Personenverkehr AG, Wagramerstraße 17-19, 1220 Wien, vertreten durch die ÖBB-Dienstleistungs GmbH, Clemens-Holzmeister-Straße 6, 1100 Wien, diese vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, eingebracht am 10.3.2009, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag, das Bundesvergabeamt möge "die Entscheidung der Nicht-Zulassung der Antragstellerin zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren für nichtig erklären", wird stattgegeben. Die Entscheidung der Auftraggeber, die A*** nicht zum weiteren Vergabeverfahren "Fahrzeugausrüstung ETCS Level 2, Bekanntmachung Sektoren L-435432-884" zuzulassen, wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag des Antragstellers, "den Auftraggeberinnen aufzutragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühren von EURO 1.600,-- für diesen Nachprüfungsantrag gemäß § 319 BVergG zu Handen ihres ausgewiesenen Rechtsvertreters zu ersetzen", wird stattgegeben. Dem Antrag des Antragstellers, "den Auftraggeberinnen aufzutragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühren von EURO 1.600,-- für diesen Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 319, BVergG zu Handen ihres ausgewiesenen Rechtsvertreters zu ersetzen", wird stattgegeben.

Die Auftraggeber haben dem Antragsteller, A***, zu Handen seines Rechtsvertreters, Y***, den Betrag von EURO 1.600,-- für die gemäß § 318 leg cit entrichtete Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag binnen 2 Wochen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Die Auftraggeber haben dem Antragsteller, A***, zu Handen seines Rechtsvertreters, Y***, den Betrag von EURO 1.600,-- für die gemäß Paragraph 318, leg cit entrichtete Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag binnen 2 Wochen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachung des Vergabeverfahrens "Fahrzeugausrüstung ETCS Level 2, Bekanntmachung Sektoren L- 435432-884" wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2008 S 250-334732 am 24.12.2008 veröffentlicht. Der als Lieferauftrag qualifizierte Auftrag sollte in Form eines Verhandlungsverfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Der Beginn der Vertragslaufzeit wurde mit 1.5.2009 und dessen Ende mit 13.10.2015 festgesetzt. Nach einer Berichtigung waren Teilnahmeanträge bis zum 26.1.2009 einzubringen.

Alternativangebote waren ausgeschlossen.

Der Auftrag wurde in der Ausschreibungsbekanntmachung wie folgt beschrieben:

"Fahrzeugausrüstung für 332 Loks (1016/1116), 50 Loks (1216), 67 Steuerwagen (railjet 8090) und 10 Doppelstocksteuerwagen (8633) ? ETCS Level 2 incl. aller erforderlicher Bauteile wie EVC, DMI Odometrie, JRU gemäß SRS 2.3.0d ? GSM-R für ETCS-Datenübertragung ? Einbau in die Fahrzeuge ? Schnittstellen von ETCS zur

Fahrzeugleittechnik incl. den erforderlichen Anpassungen der Fahrzeugleittechnik ? Schnittstellen zu den bestehenden Class B Systemen PZB 160 R, LZB 80/16 MVB, LZB 80E, EVM 120/160, MIREL, ZUB 262ct incl. den erforderlichen Anpassungen dieser Systeme zur Ermöglichung von fahrenden Transitionen von und nach ETCS gemäß Subset 035. ?

Wiederzulassung der umgebauten Fahrzeuge in allen Einsatzländern der jeweiligen Baureihe ? Zulassung von ETCS Level 1 und Level 2 in definierten Einsatzländern der jeweiligen Baureihe."

Als sonstige Bedingung wurde angegeben, dass die Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer nach Maßgabe der Bestimmungen des § 240 BVergG zulässig sei. Ein Bieter könne gleichzeitig als Subunternehmer auftreten. Die Bildung einer Bietergemeinschaft sei jedoch ausgeschlossen. Die ÖBB-Technische Services sei als Subunternehmer für den Einbau der ETCS-Fahrzeugausrüstungen heranzuziehen. Als sonstige Bedingung wurde angegeben, dass die Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer nach Maßgabe der Bestimmungen des Paragraph 240, BVergG zulässig sei. Ein Bieter könne gleichzeitig als Subunternehmer auftreten. Die Bildung einer Bietergemeinschaft sei jedoch ausgeschlossen. Die ÖBB-Technische Services sei als Subunternehmer für den Einbau der ETCS-Fahrzeugausrüstungen heranzuziehen.

Unter Punkt III.2. (Teilnahmebedingungen) wurde in den als "Ergänzende Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1" bezeichneten Unterlagen darauf hingewiesen, dass die angeschlossenen Formblätter neben den Nachweisen vollständig ausgefüllt und ordnungsgemäß gezeichnet vorzulegen seien. Im Formblatt 1 waren Angaben zum bevollmächtigten Vertreter, im Formblatt 2 spezifische Angaben zum Bewerber und im Formblatt 3 spezifische Angaben zum eignungsrelevanten Subunternehmer zu machen. Formblatt 4 bezog sich auf die firmenbezogenen Nachweise zu den angegebenen Referenzprojekten. In Formblatt 5 waren Angaben zu den personenbezogenen Nachweisen zu den Referenzprojekten zu machen. Unter Punkt römisch drei.2. (Teilnahmebedingungen) wurde in den als "Ergänzende Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1" bezeichneten Unterlagen darauf hingewiesen, dass die angeschlossenen Formblätter neben den Nachweisen vollständig ausgefüllt und ordnungsgemäß gezeichnet vorzulegen seien. Im Formblatt 1 waren Angaben zum bevollmächtigten Vertreter, im Formblatt 2 spezifische Angaben zum Bewerber und im Formblatt 3 spezifische Angaben zum eignungsrelevanten Subunternehmer zu machen. Formblatt 4 bezog sich auf die firmenbezogenen Nachweise zu den angegebenen Referenzprojekten. In Formblatt 5 waren Angaben zu den personenbezogenen Nachweisen zu den Referenzprojekten zu machen.

Gemäß Punkt III-2.2 (finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit) wurde unter Punkt 4 die Erbringung eines Nachweises einer aufrechten Betriebshaftpflichtversicherung über mindestens 25 Millionen Euro gefordert.

Zur technischen Leistungsfähigkeit wurde unter Punkt III-2.3 in den "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1"

Nachfolgendes ausgeführt:

"Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen:

1. 1.Ziffer eins

Zwei Drittel (von mindestens 3) der zugesicherten Projektteammitglieder des Bewerbers müssen mehrjährige Erfahrungen in mindestens einem Referenzprojekt im Bereich „ETCS Fahrzeugausrüstung“ vorweisen können. Der Projektleiter muss jedenfalls die diesbezügliche Erfahrung besitzen.

2. 2.Ziffer 2

Alle wesentlichen Kontaktpersonen des Lieferanten müssen deutschsprachig sein und sind unter Anführung ihrer Funktion im Rahmen der Projektdurchführung bekanntzugeben.

3. 3.Ziffer 3

Angabe der zugesicherten Mitglieder des Projektteams und deren geplante Funktion unter Beilage der Lebensläufe.

4. 4.Ziffer 4

Nachweis über die Lieferung von 50 Stück Fahrzeugausrüstungen, aufgeteilt auf wenigstens 2 verschiedene Fahrzeugbaureihen, die seit mindestens 1 Jahr im kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 Betrieb stehen."

In den "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 2" wurde zum Ablauf des Vergabeverfahrens Nachfolgendes ausgeführt:

"Bei ggst. Vergabe handelt es sich um ein "zweistufiges Verfahren". In der "Ersten Stufe" wird die Eignung der BIETER

anhand der Angaben im Teilnahmeantrag und der eingereichten Unterlagen zum Teilnahmeantrag vorgenommen. Im Anschluss an die "Erste Stufe" erfolgt nach Angebotslegung die "Zweite Stufe" als Verhandlungsverfahren. Das Vergabeverfahren gliedert sich auch gemäß § 188, § 228ff BVergG 2006 in nachfolgend näher beschriebene Stufen."Bei ggst. Vergabe handelt es sich um ein "zweistufiges Verfahren". In der "Ersten Stufe" wird die Eignung der BIETER anhand der Angaben im Teilnahmeantrag und der eingereichten Unterlagen zum Teilnahmeantrag vorgenommen. Im Anschluss an die "Erste Stufe" erfolgt nach Angebotslegung die "Zweite Stufe" als Verhandlungsverfahren. Das Vergabeverfahren gliedert sich auch gemäß Paragraph 188,, Paragraph 228 f, f, BVergG 2006 in nachfolgend näher beschriebene Stufen.

Erste Stufe - Teilnahmeantrag

Nur nach Abgabe eines vollständigen Teilnahmeantrages werden die Unterlagen der BIETER zur Eignung (u.a. gemäß 231ff BVergG 2006- Befugnis, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit) geprüft. Nach Prüfung der Teilnahmeanträge werden zur Angebotsabgabe jene BIETER eingeladen, welche die Eignungskriterien erfüllen und zu den weiteren Stufen des Vergabeverfahrens zuzulassen sind. Zweite Stufe - Verhandlungsverfahren....."

Die A*** mit Sitz in Wien (in der Folge Antragsteller) stellte neben anderen Bewerbern einen Teilnahmeantrag. Im Begleitschreiben zu diesem Teilnahmeantrag wurde vom Antragsteller Nachfolgendes ausgeführt:

".....

Als langjähriger Partner der ÖBB im Bereich der Leit- und Sicherungstechnik möchten wir auch im Bereich Fahrzeugausrüstung ETCS L2 unsere Fähigkeiten unter Beweis stellen.

Die angeführten Referenzen beziehen sich auf Fahrzeugausrüstungen mit ETCS L1. Geräte für ETCS L2 befinden sich derzeit in der Entwicklungsphase und werden zeitgerecht für dieses Projekt zur Verfügung stehen.

Wir hoffen, dass Sie dies auch als Beweis unserer technischen Leistungsfähigkeit anerkennen.

Für ergänzende Informationen und die Beantwortung Ihrer Rückfragen stehen wir jederzeit gerne zur Verfügung.

....."

Im Formblatt 1 werden die Vertreter des Antragstellers, Herr B***, und als dessen Stellvertreter, Herr C***, die in allen Angelegenheiten des Vergabeverfahrens und Angebotes rechtsverbindlich vertreten, genannt.

Im Formblatt 2 (spezifische Angaben zum Bewerber) verwies der Antragsteller auf seine EU-Niederlassungen in Ungarn und Bulgarien. Unter der Rubrik "Verhältnis des Unternehmens zu einer allfälligen Mutter- oder Tochtergesellschaft" führte der Antragsteller die D*** in Budapest als 100%ige Tochtergesellschaft und die E*** in Frankreich als 100%ige Muttergesellschaft an. Als eignungsrelevanten Subunternehmer nannte der Antragsteller im Formblatt 3 die F*** mit Sitz in Stuttgart. Bei diesem Subunternehmer wurde unter der Rubrik "Verhältnis des Unternehmens zu einer allfälligen Mutter- oder Tochtergesellschaft" die A*** mit Sitz in Stuttgart angeführt.

In den Formblättern 4 (firmenbezogene Nachweise für Referenzen Fahrzeugausrüstung - ETCS Level 2) gab der Antragsteller drei verschiedene Referenzen an, die er mit Bestätigungen der jeweiligen Auftraggeber belegte. Die erste Referenz bezog sich auf das Projekt "Q***", bei dem der Antragsteller die Rolle des Herstellers innegehabt, geplant, geliefert und das ETCS - Equipment installiert habe. Bei dieser Referenz sei keine ARGE eingegangen worden.

Als zweites, firmenbezogenes Referenzprojekt nannte der Antragsteller im Formblatt 4 die "R****" mit dem Auftraggeber S*** und Herrn G*** als Ansprechpartner. Als Auftragnehmer wurde die "A****" angeführt, die als Hersteller aufgetreten sei und die Planung, Lieferung und Installation des ETCS Equipments vorgenommen habe. Das Projekt sei gemeinsam mit H** in Form einer ARGE durchgeführt worden. 7 Fahrzeuge seien ausgerüstet worden. Als Fahrzeugbaureihen wurden BR 101, BR 707 und Desiro genannt.

Dieser zweiten Referenz lag auch eine in englischer Sprache gefasste, von G*** unterzeichnete Bestätigung der S*** vom 29.5.2008, gerichtet an die F*** mit Sitz in Stuttgart, bei. Aus dieser ging hervor, dass die A*** und H*** den Vertrag für die Ausstattung der Linie "R****" mit ETCS Level 2 entsprechend den europäischen Spezifikationen und den Kundenanforderungsbestimmungen der S*** erhalten hätten. Der Vertrag umfasse die Schienen- und die Fahrzeugausstattung. Beide Gesellschaften seien für die Planung, die Datenvorbereitung, die Lieferung, die Installation, den Test, die Kommissionierung und das Projektmanagement verantwortlich. Die Anzahl der RBC wurde mit 4 (Bitterfeld, Wittenberg, Jüterbog, Ludwigsfelde), der lokalen Terminals mit 4 und der zentrale Terminals mit 4

beziffert. Die Balisenzahl wurde mit 1200 angegeben. Es handle sich dabei um 7 Loks (5 BR 101, 1 BR 707 und 1 Desiro). Abschließend wird angemerkt, A*** habe die RBC Ausstattung bei alle Standorten und H*** habe die Balisen und die Fahrzeugausstattung geliefert.

Als dritte firmenbezogene Referenz führte der Antragsteller das Referenzprojekt T*** mit 130 ausgerüsteten Fahrzeugen an.

Für die personalbezogene Referenz wurde Herr I***, ein Projektmanager des Antragstellers, mit dem Referenzprojekt CFL ETCS Level 1 der U*** nominiert. Für den im Formblatt 5 angeführten Mitarbeiter des Antragstellers, Herrn J***, einem Projektmanager, wurde das Referenzprojekt "Z***" der V*** genannt. Weiters schien im personalbezogenen Formblatt 5 der Projektmanager K*** für das Referenzprojekt W*** der AA*** auf.

Ein weiterer Teilnahmeantragsteller gab im Formblatt 4 u.a. das Referenzprojekt "ETCS L2 R***" für 7 Fahrzeuge (5 BR 101, 1 BR 707 und 1 Desiro) mit der S*** als Auftraggeber und Herrn G*** als Ansprechpartner an. Dieses Projekt sei in Form einer ARGE mit "A***" als Konsortialführer durchgeführt worden. H*** habe die Rolle des Lieferanten und Systemintegrators- von ETCS Level 2 eingenommen. Die Leistung habe aus der Lieferung von ca. 150 km Streckenausrüstung mit 4 RBC, der Fahrzeugausrüstung für 5 BR 101, 1 BR 707, 1 Desiro, IBS und der Zulassung bestanden. Als Auftragsbeginn wurde der 8.1996 und als Auftragsende der 10.2006 angegeben. Als weiteres Referenzprojekt mit "A***", wobei in dieser ARGE "H***" als Konsortialführer angegeben wurde, schien im Formblatt 4 für 156 Fahrzeuge die "Trainguard 200 und LZB-STM für AVE" (ETCS Level 2) mit einem Auftragsbeginn 07/2002 bis 2010 auf. Diese bezog sich auf die Hochgeschwindigkeitsstrecke BB*** und CC***. Ein weiterer Teilnahmeantragsteller gab im Formblatt 4 u.a. das Referenzprojekt "ETCS L2 R***" für 7 Fahrzeuge (5 BR 101, 1 BR 707 und 1 Desiro) mit der S*** als Auftraggeber und Herrn G*** als Ansprechpartner an. Dieses Projekt sei in Form einer ARGE mit "A***" als Konsortialführer durchgeführt worden. H*** habe die Rolle des Lieferanten und Systemintegrators- von ETCS Level 2 eingenommen. Die Leistung habe aus der Lieferung von ca. 150 km Streckenausrüstung mit 4 RBC, der Fahrzeugausrüstung für 5 BR 101, 1 BR 707, 1 Desiro, IBS und der Zulassung bestanden. Als Auftragsbeginn wurde der 8.1996 und als Auftragsende der 10.2006 angegeben. Als weiteres Referenzprojekt mit "A***", wobei in dieser ARGE "H***" als Konsortialführer angegeben wurde, schien im Formblatt 4 für 156 Fahrzeuge die "Trainguard 200 und LZB-STM für AVE" (ETCS Level 2) mit einem Auftragsbeginn 07 aus 2002, bis 2010 auf. Diese bezog sich auf die Hochgeschwindigkeitsstrecke BB*** und CC***.

Im Zuge der Prüfung der eingelangten Teilnahmeanträge durch die Auftraggeber wurde der Antragsteller zur Vorlage einer gegebenenfalls beglaubigt übersetzten, aufrechten Betriebshaftpflichtversicherung über mindestens 25 Millionen Euro unter Setzung einer Frist aufgefordert. Dieser Aufforderung kam der Antragsteller fristgerecht nach. Andere Teilnahmeantragsteller wurden ebenso unter Setzung einer Frist zur Nachreichung von Unterlagen aufgefordert. Dies betraf beispielsweise Nachweise über eine aufrechte Betriebshaftpflichtversicherung über mindestens 25 Millionen Euro bzw die Bekanntgabe des Firmensitzes, um die Eignungsnachweise entsprechend bewerten zu können, oder die Vorlage von entsprechenden Auftraggeberbestätigungen zu den angegebenen Referenzen auf Grund von Zweifeln an der Richtigkeit der angegebenen Referenzen.

Mit der am 24.02.2009 übermittelten Telefaxmitteilung teilten die Auftraggeber dem Antragsteller mit, dass er nicht zum weiteren Vergabeverfahren zuzulassen sei. Zu den Gründen für die Nichtzulassung wurde gemäß § 252 Abs 7 BVergG Nachfolgendes ausgeführt: Mit der am 24.02.2009 übermittelten Telefaxmitteilung teilten die Auftraggeber dem Antragsteller mit, dass er nicht zum weiteren Vergabeverfahren zuzulassen sei. Zu den Gründen für die Nichtzulassung wurde gemäß Paragraph 252, Absatz 7, BVergG Nachfolgendes ausgeführt:

"Der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit musste den Nachweis über die Lieferung von 50 Stück Fahrzeugausrüstungen, aufgeteilt auf wenigstens 2 verschiedene Fahrzeugbaureihen, die seit mindestens 1 Jahr im kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 Betrieb stehen, beinhalten.

Sie haben im Begleitschreiben zum Teilnahmeantrag vom 23.01.2009 angegeben, dass sich "die angeführten Referenzen [...] auf Fahrzeugausrüstungen mit ETCS L1 [beziehen]. Geräte für ETCS L2 befinden sich derzeit in der Entwicklungsphase und werden zeitgerecht für dieses Projekt zur Verfügung stehen. Die technische Leistungsfähigkeit ist bereits vor der Einleitung der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens nachzuweisen, somit konnte die Eignung mangels nachgewiesener technischer Leistungsfähigkeit nicht erreicht werden.

....."

Mit Schreiben vom 5.3.2009 teilte der Antragsteller den Auftraggebern mit, dass die Nicht-Zulassung zum weiteren Vergabeverfahren auf einem offensichtlichen Missverständnis beruhe. Allfällige Mängel und Unklarheiten im Zusammenhang mit der technischen Leistungsfähigkeit des Antragstellers wären aufzuklären, die Entscheidung zur Nicht-Zulassung wäre zu widerrufen und unter Setzung einer Nachfrist Gelegenheit zu geben, etwaige Mängel aufzuklären und entsprechende Referenzen vorzulegen. In der Beilage würden zunächst die vom Antragsteller nachweislich erbrachten Lieferungen von Fahrzeuggeräten unter Angabe der zugehörigen Baureihe und Destination zur Kenntnis gebracht. Einsatzbestätigungen der Betreiber würden eingeholt.

Im mit 5.3.2009 datierten Schreiben der F*** mit Sitz in Stuttgart wurde die Lieferung von "ETCS-L2-Fahrzeugeinrichtung" bzw. Fahrzeuggerätekomponenten für unterschiedliche Fahrzeug-Baureihen für Kernprojekte in Spanien, Schweiz und den Niederlanden durch F*** bestätigt. Es seien in den vergangenen Jahren deutlich mehr als 50 Fahrzeuge ausgestattet worden. Dazu wurde Nachfolgendes ausgeführt:

1. "1.Ziffer eins

Das Konsortium EFS, bestehend aus A*** und H***, liefert die Fahrzeugeinrichtungen (über dritte Fahrzeughersteller) an DD***.

Bei DD*** sind seit über einem Jahr deutlich mehr als 50 durch A*** (über EFS) mit ETCS-L2-Fahrzeugeinrichtungen ausgestattete Fahrzeuge im kommerziellen Betrieb:

- -Strichaufzählung
AVE S102 von L*** (32 ETCS-L1/L2- Fahrzeugeinrichtungen sowie LZB-STM).
- -Strichaufzählung
AVE S103 von H*** (52 ETCS-L1/L2-Fahrzeugeinrichtungen sowie LZB-STM).

1. 2.Ziffer 2

In der Schweiz, Spanien und den Niederlanden sind weitere Fahrzeugbaureihen im Einsatz, die insgesamt weit mehr als 50 ETCS-L2-Komponenten von A*** enthalten. Auch diese Fahrzeuge sind allesamt bereits seit mehr als einem Jahr im ETCS-L2- Einsatz.

2.1. Schweiz

A*** hat (bereits vor mehr als einem Jahr) eine Reihe an ETCS-L2-Fahrzeuggerätekomponenten geliefert, mit denen insbesondere Fahrzeuge im ETCS-L2-Betrieb in der Schweiz, ausgerüstet werden. Diese Fahrzeuge sind unter anderem im - von A*** mit ETCS-L2 ausgerüsteten - Löschbergbasistunnel im Einsatz.

A*** hat außerdem über 100 ETCS-L2- Fahrzeuggerätekomponenten für Baufahrzeuge von Robel, Lösch- und Rettungszug von EE***, AM843 von FF***, ICE-1 der DB AG, RE 485 und BR 185 geliefert.

2.2 Spanien

A*** hat - neben den Hochgeschwindigkeitszügen - 8 ETCS-L2- Fahrzeuggerätekomponenten für die Lokomotive RE 319 geliefert.

A*** rüstet außerdem AVE-Fahrzeuge mit LZB-STM und ETCS L1/2 aus. In die Fahrzeuge vom Typ AVE S112 und AVE S130 wurde bereits ETCS L1/L2 eingebaut. Die Betriebsdauer dieser beiden Fahrzeugtypen liegt bis dato allerdings unter einem Jahr.

2.3 Niederlande

A*** liefert weitere ETCS-L2-Komponenten für Fahrzeuge, die bei HSL Zuid mit ETCS L2 zum Einsatz kommen."

Weitere sachdienliche Angaben könnten den entsprechenden Fachzeitschriften "Signal und Draht" 7+8/2008 sowie "RTR-European Rail Technology Review" 3/2008 entnommen werden. Außerdem hätten auf der Innotrans-Messe 2006 in Berlin Fahrzeuge wie der Hochgeschwindigkeitszug AVE S103 und die Lokomotive AM843 von FF*** mit den eingebauten Fahrzeuggerätekomponenten für ETCS L2 von A*** besichtigt werden können. Weitere sachdienliche Angaben könnten den entsprechenden Fachzeitschriften "Signal und Draht" 7+8/2008 sowie "RTR-European Rail

Technology Review" 3 aus 2008, entnommen werden. Außerdem hätten auf der Innotrans-Messe 2006 in Berlin Fahrzeuge wie der Hochgeschwindigkeitszug AVE S103 und die Lokomotive AM843 von FF*** mit den eingebauten Fahrzeuggerätekompontenten für ETCS L2 von A*** besichtigt werden können.

Mit dem an den Antragsteller gerichteten Schreiben vom 6.3.2009 hielten die Auftraggeber die Entscheidung, den Antragsteller nicht zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zuzulassen, aufrecht.

Mit Schriftsatz vom 10.3.2009 stellte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag mit den im Spruch ersichtlichen Begehren. Weiters beantragte er die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Begründend wurde in diesem Schriftsatz sowie in einem weiteren vom 25.3.2009 im Wesentlichen vorgebracht, dass für den Sektorenauftraggeber bei der Prüfung der Angebote nicht völlige Entscheidungsfreiheit bestehe. Es sei jede Abweichung von den Bestimmungen des klassischen Bereiches am Maßstab des Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatzes zu beurteilen. Daher würden auch die Grundsätze der Angebotsprüfung nach Maßgabe des § 19 BVergG für den Sektorenauftraggeber gelten. Aus der Systematik des BVergG gehe eindeutig hervor, dass Nachweismängel in Teilnahmeanträgen nach dem BVergG als behebbare Mängel anzusehen seien. Die Bewerber seien daher zur Verbesserung ihrer Teilnahmeanträge innerhalb angemessener Frist aufzufordern. Begründend wurde in diesem Schriftsatz sowie in einem weiteren vom 25.3.2009 im Wesentlichen vorgebracht, dass für den Sektorenauftraggeber bei der Prüfung der Angebote nicht völlige Entscheidungsfreiheit bestehe. Es sei jede Abweichung von den Bestimmungen des klassischen Bereiches am Maßstab des Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatzes zu beurteilen. Daher würden auch die Grundsätze der Angebotsprüfung nach Maßgabe des Paragraph 19, BVergG für den Sektorenauftraggeber gelten. Aus der Systematik des BVergG gehe eindeutig hervor, dass Nachweismängel in Teilnahmeanträgen nach dem BVergG als behebbare Mängel anzusehen seien. Die Bewerber seien daher zur Verbesserung ihrer Teilnahmeanträge innerhalb angemessener Frist aufzufordern.

Dieses Aufklärungs- und Verbesserungsgebot für den Sektorenauftraggeber sei in § 231 Abs 3 BVergG verankert. Sowohl nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes als auch nach den Entscheidungen des BVA sei das Fehlen von Nachweisen für eine zum relevanten Zeitpunkt tatsächlich gegebene Eignungsvoraussetzung durch nachträgliche Vorlage eines Nachweises verbesserungsfähig. Daher sei auch das Fehlen von Referenzen, das von den Auftraggebern zur Begründung der Entscheidung zur Nicht-Zulassung am weiteren Vergabeverfahren herangezogen worden sei, als verbesserungsfähig und als behebbarer Mangel zu qualifizieren. Dieses Aufklärungs- und Verbesserungsgebot für den Sektorenauftraggeber sei in Paragraph 231, Absatz 3, BVergG verankert. Sowohl nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes als auch nach den Entscheidungen des BVA sei das Fehlen von Nachweisen für eine zum relevanten Zeitpunkt tatsächlich gegebene Eignungsvoraussetzung durch nachträgliche Vorlage eines Nachweises verbesserungsfähig. Daher sei auch das Fehlen von Referenzen, das von den Auftraggebern zur Begründung der Entscheidung zur Nicht-Zulassung am weiteren Vergabeverfahren herangezogen worden sei, als verbesserungsfähig und als behebbarer Mangel zu qualifizieren.

Dem Argument der Auftraggeber, dass auf Grund der objektiven Auslegung des Begleitschreibens des Antragstellers kein Zweifel am Fehlen der geforderten Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit bestehe, sei entgegen zu halten, dass dies dann zutrefte, wenn vom Antragsteller unmissverständlich und somit wörtlich bestätigt worden wäre, nicht über die Referenzen zu verfügen. Dies sei jedoch gerade nicht der Fall gewesen. Außerdem hätten die Auftraggeber selbst Unklarheiten im Begleitschreiben festgestellt, zumal die zivilrechtlichen Auslegungsbestimmungen der §§ 914ff ABGB herangezogen worden seien. Ein Auslegungsbedarf bestehe jedoch nur bei Unklarheiten zum tatsächlichen Erklärungsinhalt. Zudem könne sich eine Entscheidung zur Nicht-Zulassung zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren nicht allein auf allfällige Angaben im Begleitschreiben stützen. Andernfalls würden aussagekräftige Angaben in einem Begleitschreiben zum Angebot den Auftraggeber von seiner Prüfpflicht entbinden. Eine solche Auffassung widerspreche jedoch der in § 267 BVergG geregelten Pflicht der Auftraggeber zur Prüfung der Angebote. Dem Argument der Auftraggeber, dass auf Grund der objektiven Auslegung des Begleitschreibens des Antragstellers kein Zweifel am Fehlen der geforderten Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit bestehe, sei entgegen zu halten, dass dies dann zutrefte, wenn vom Antragsteller unmissverständlich und somit wörtlich bestätigt worden wäre, nicht über die Referenzen zu verfügen. Dies sei jedoch gerade nicht der Fall gewesen. Außerdem hätten die Auftraggeber selbst Unklarheiten im Begleitschreiben festgestellt, zumal die zivilrechtlichen Auslegungsbestimmungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB herangezogen worden seien. Ein Auslegungsbedarf bestehe jedoch nur bei Unklarheiten zum tatsächlichen Erklärungsinhalt. Zudem könne sich eine Entscheidung zur Nicht-

Zulassung zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren nicht allein auf allfällige Angaben im Begleitschreiben stützen. Andernfalls würden aussagekräftige Angaben in einem Begleitschreiben zum Angebot den Auftraggeber von seiner Prüfpflicht entbinden. Eine solche Auffassung widerspreche jedoch der in Paragraph 267, BVergG geregelten Pflicht der Auftraggeber zur Prüfung der Angebote.

Wären von den Auftraggebern die Angaben des Antragstellers im Formblatt 4 zur ETCS Level 2 - Referenz ausreichend berücksichtigt worden, wäre die Führung von entsprechenden Aufklärungsgesprächen unerlässlich gewesen. Den Auftraggebern hätte bei Durchsicht des Teilnahmeantrages der offenkundige Widerspruch zwischen den Angaben im Formblatt 4 und den Erklärungen im Begleitschreiben auffallen müssen. Im Formblatt 4 "Referenz für den ETCS L2" sei das Projekt "R****" angeführt gewesen. Dieses Referenzprojekt des Antragstellers stünde im offenkundigen Widerspruch zu den Ausführungen im Begleitschreiben, wonach ETCS L2 sich erst im Entwicklungsstadium befinde. Spätestens bei Berücksichtigung dieser Angaben im Teilnahmeantrag hätten die Auftraggeber Zweifel haben müssen und einen entsprechenden Aufklärungsversuch vornehmen müssen. Um die "vollständige Sachlage" beurteilen zu können, sei das Begleitschreiben in Verbindung mit den Teilnahmeunterlagen heranzuziehen. Daraus hätte sich ergeben, dass die Angaben zur Eignung im Begleitschreiben und in den Teilnahmeunterlagen nicht korrespondieren würden.

Die Auftraggeber könnten eben nicht auf Grund der Angaben im Begleitschreiben darauf schließen, dass der Antragsteller unfähig wäre, die fehlenden Referenzen zur technischen Leistungsfähigkeit zu verbessern. Das Schreiben des Antragstellers vom 5.3.2009 beweise, dass der Antragsteller über alle geforderten Referenzen verfüge.

Der Antragsteller sei außerdem nicht nur im gegenständlichen Verfahren an der Ausrüstung von Fahrzeugen mit ETCS Level 2 beteiligt. Es werde auch in einem Parallelverfahren der ÖBB Infrastruktur Bau AG ETCS Level 2 für die streckenseitige Ausrüstung beschafft. In diesem Verfahren seien ebenso Referenzen zu ETCS Level 2 - Aufträgen gefordert gewesen. Auch wenn es sich bei der ÖBB Infrastruktur Bau AG und den Auftraggebern im gegenständlichen Verfahren um unterschiedliche Auftraggeber handle, stünden dennoch diese Unternehmen im Konzernverbund der ÖBB, sodass von einem entsprechenden Kenntnisstand auszugehen sei. Bereits aus dem laufenden Verfahren der ÖBB Infrastruktur Bau AG hätten die Auftraggeber wissen müssen, dass der Antragsteller über Referenzen aus dem gemeinsamen ARGE-Projekt mit Siemens verfüge. Es bestünde deshalb umso mehr ein Grund aufzuklären und zur Verbesserung aufzufordern.

Unter diesem Aspekt sei auch die Bestimmung des § 231 Abs 3 BVergG zu beurteilen, die zwar grundsätzlich keine Verpflichtung aber jedenfalls eine Berechtigung zur Aufforderung der nachträglichen Vorlage von Eignungsnachweisen vorsehe. Diese ergebe sich auch aus der Judikatur, die bei widersprechenden Angaben im Angebot und Begleitschreiben eine Prüf- und Aufklärungspflicht des Auftraggebers vorsehe. Für die Auftraggeber wäre daher angesichts des oben aufgezeigten offensichtlichen Widerspruches zwischen Begleitschreiben und den Angaben im Formblatt zu den Referenzen eine Aufklärung geboten gewesen. Von einem völlig "unrealistischen Verdacht" könne jedenfalls in dieser Fallkonstellation nicht ausgegangen werden. Das Aufforderungsschreiben der Auftraggeber vom 30.1.2009 zur nachträglichen Vorlage weiterer Nachweise zeige auch, dass das Nachreichen fehlender oder einer Verbesserung zugängliche Eignungsnachweise nicht ausgeschlossen sei. Hätten die Auftraggeber im genannten Schreiben auf Unklarheiten bezüglich der Referenzen hingewiesen, wären die notwendigen Angaben gemeinsam mit der geforderten Übersetzung der Versicherungspolizze innerhalb der offenen Nachfrist eingereicht worden. Unter diesem Aspekt sei auch die Bestimmung des Paragraph 231, Absatz 3, BVergG zu beurteilen, die zwar grundsätzlich keine Verpflichtung aber jedenfalls eine Berechtigung zur Aufforderung der nachträglichen Vorlage von Eignungsnachweisen vorsehe. Diese ergebe sich auch aus der Judikatur, die bei widersprechenden Angaben im Angebot und Begleitschreiben eine Prüf- und Aufklärungspflicht des Auftraggebers vorsehe. Für die Auftraggeber wäre daher angesichts des oben aufgezeigten offensichtlichen Widerspruches zwischen Begleitschreiben und den Angaben im Formblatt zu den Referenzen eine Aufklärung geboten gewesen. Von einem völlig "unrealistischen Verdacht" könne jedenfalls in dieser Fallkonstellation nicht ausgegangen werden. Das Aufforderungsschreiben der Auftraggeber vom 30.1.2009 zur nachträglichen Vorlage weiterer Nachweise zeige auch, dass das Nachreichen fehlender oder einer Verbesserung zugängliche Eignungsnachweise nicht ausgeschlossen sei. Hätten die Auftraggeber im genannten Schreiben auf Unklarheiten bezüglich der Referenzen hingewiesen, wären die notwendigen Angaben gemeinsam mit der geforderten Übersetzung der Versicherungspolizze innerhalb der offenen Nachfrist eingereicht worden.

Die Nicht-Zulassung zur Teilnahme mit dem drohenden Ausschluss vom Vergabeverfahren und der damit drohende

Zuschlag an einen anderen Bieter hätten für den Antragsteller einen beträchtlichen finanziellen und sonstigen Schaden zur Folge. Der Antragsteller könne nicht mehr an einem fairen und lauterem Wettbewerb zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistung teilnehmen und verliere die Chance auf die Erteilung des Zuschlages. Es drohe ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinnes von zumindest EURO 2 Millionen. Außerdem entginge damit ein wichtiges Referenzprojekt. Die ausgeschriebene Leistung gehöre zum Kernmarkt des Betätigungsfeldes des Antragstellers, der die Präsenz in Österreich ausbauen wolle. Mit der Durchführung der ausgeschriebenen Leistung könne belegt werden, dass die Erbringung dieser Leistung zum spezialisierten Tätigkeitsbereich des Antragstellers gehöre und den Schwerpunkt des Unternehmens darstelle.

Durch die rechtswidrige Entscheidung erachte sich der Antragsteller in seinen Rechten auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Verfahrens gemäß § 19 Abs 1 BVergG, auf Zulassung zur Teilnahme am Vergabeverfahren, auf das Führen von Aufklärungsgesprächen unter Teilnahme an einem mit den Grundsätzen des Vergaberechts übereinstimmenden Vergabeverfahren sowie auf Beteiligung an einem fairen und lauterem Wettbewerb verletzt. Aufgrund der rechtswidrigen Entscheidung würde der Antragsteller von der weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, könne kein chancenreiches Angebot legen und hätte keine Chance auf Zuschlagserteilung. Durch die rechtswidrige Entscheidung erachte sich der Antragsteller in seinen Rechten auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Verfahrens gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG, auf Zulassung zur Teilnahme am Vergabeverfahren, auf das Führen von Aufklärungsgesprächen unter Teilnahme an einem mit den Grundsätzen des Vergaberechts übereinstimmenden Vergabeverfahren sowie auf Beteiligung an einem fairen und lauterem Wettbewerb verletzt. Aufgrund der rechtswidrigen Entscheidung würde der Antragsteller von der weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, könne kein chancenreiches Angebot legen und hätte keine Chance auf Zuschlagserteilung.

Mit Schriftsatz vom 17.3.2009 gaben die Auftraggeber einen im Oberschwellenbereich liegenden, geschätzten Auftragswert an. Für den als Lieferauftrag zu qualifizierenden Auftragsgegenstand, der in Form eines Verhandlungsverfahrens nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb vergeben werden soll, sei weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen worden. Zum jetzigen Zeitpunkt befinde sich das Vergabeverfahren im Stadium der Eignungsprüfung für jene Bieter, die einen Nachweis noch nicht ausreichend erbracht hätten oder deren Nachweise noch geprüft würden. Außerdem seien die Ausschreibungsunterlagen bereits an sämtliche Bieter übermittelt worden. Dies sei bei jenen, die nicht zugelassen worden seien, unter Vorbehalt der Entscheidung des BVA und bei jenen, deren Eignung nicht ausreichend geprüft oder nachgewiesen worden sei, unter Vorbehalt des Vorliegens der Eignung erfolgt.

Unter Punkt III.2.3 (technische Leistungsfähigkeit) sei in den ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag die technische Leistungsfähigkeit geregelt. In Teil 2 der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag sei zur ersten Stufe des Vergabeverfahrens festgehalten, dass nach Abgabe eines vollständigen Teilnahmeantrages die Unterlagen der Bieter zur Eignung (u.a. gemäß § 231 ff BVergG - Befugnis, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit) geprüft würden. Nach Prüfung der Teilnahmeanträge würden jene Bieter zur Angebotsabgabe eingeladen, welche die Eignungskriterien erfüllen würden und damit zu den weiteren Stufen des Vergabeverfahrens zuzulassen. Die Auftraggeber hätten sich vor Beginn des Vergabeverfahrens ausführlich über ETCS Level 2 informiert. Sie hätten einen Einblick in die "ungefähren Marktverhältnisse" und die Anzahl der ausgerüsteten Fahrzeuge erlangt. Unter Punkt römisch drei.2.3 (technische Leistungsfähigkeit) sei in den ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag die technische Leistungsfähigkeit geregelt. In Teil 2 der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag sei zur ersten Stufe des Vergabeverfahrens festgehalten, dass nach Abgabe eines vollständigen Teilnahmeantrages die Unterlagen der Bieter zur Eignung (u.a. gemäß Paragraph 231, ff BVergG - Befugnis, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit) geprüft würden. Nach Prüfung der Teilnahmeanträge würden jene Bieter zur Angebotsabgabe eingeladen, welche die Eignungskriterien erfüllen würden und damit zu den weiteren Stufen des Vergabeverfahrens zuzulassen. Die Auftraggeber hätten sich vor Beginn des Vergabeverfahrens ausführlich über ETCS Level 2 informiert. Sie hätten einen Einblick in die "ungefähren Marktverhältnisse" und die Anzahl der ausgerüsteten Fahrzeuge erlangt.

Entgegen der Ansicht des Antragstellers hätten die Auftraggeber den Antragsteller nicht zur Verbesserung und Aufklärung aufzufordern gehabt. Weder aus § 231 Abs 1 noch aus § 231 Abs 3 BVergG sei eine prinzipielle Verpflichtung des Auftraggebers, zur Vorlage von Nachweisen aufzufordern, vorgesehen. Bei Vorliegen von Zweifeln an der mangelnden Eignung habe der Auftraggeber aber vor einem allfälligen Ausscheiden die Eignung zu prüfen und es

sei daher von einer Pflicht, weitere Nachweise zu verlangen, auszugehen. Der Judikatur zufolge habe bei Vorliegen eines "nicht völlig unrealistischen Verdachtes" eine nähere Prüfung zu erfolgen. Entgegen der Ansicht des Antragstellers hätten die Auftraggeber den Antragsteller nicht zur Verbesserung und Aufklärung aufzufordern gehabt. Weder aus Paragraph 231, Absatz eins, noch aus Paragraph 231, Absatz 3, BVergG sei eine prinzipielle Verpflichtung des Auftraggebers, zur Vorlage von Nachweisen aufzufordern, vorgesehen. Bei Vorliegen von Zweifeln an der mangelnden Eignung habe der Auftraggeber aber vor einem allfälligen Ausscheiden die Eignung zu prüfen und es sei daher von einer Pflicht, weitere Nachweise zu verlangen, auszugehen. Der Judikatur zufolge habe bei Vorliegen eines "nicht völlig unrealistischen Verdachtes" eine nähere Prüfung zu erfolgen.

Zur Klärung der Frage, ob der Antragsteller die technische Leistungsfähigkeit ausreichend nachgewiesen habe, hätten die Auftraggeber den Teilnahmeantrag und das Begleitschreiben zu prüfen. An Hand dieser Angaben könnten die Auftraggeber beurteilen, ob die technische Leistungsfähigkeit nachgewiesen worden sei. Unter Anwendung der für die Auslegung von Angeboten maßgebenden zivilrechtlichen Regelungen zur rechtsgeschäftlichen Erklärung in den §§ 914 ff ABGB sei beim Teilnahmeantrag des Antragstellers davon auszugehen, dass sich seine Geräte für ETCS Level 2 zum jetzigen Zeitpunkt in einer Entwicklungsphase befänden. Zur Klärung der Frage, ob der Antragsteller die technische Leistungsfähigkeit ausreichend nachgewiesen habe, hätten die Auftraggeber den Teilnahmeantrag und das Begleitschreiben zu prüfen. An Hand dieser Angaben könnten die Auftraggeber beurteilen, ob die technische Leistungsfähigkeit nachgewiesen worden sei. Unter Anwendung der für die Auslegung von Angeboten maßgebenden zivilrechtlichen Regelungen zur rechtsgeschäftlichen Erklärung in den Paragraphen 914, ff ABGB sei beim Teilnahmeantrag des Antragstellers davon auszugehen, dass sich seine Geräte für ETCS Level 2 zum jetzigen Zeitpunkt in einer Entwicklungsphase befänden.

Nach Ansicht der Auftraggeber gehe daraus hervor, dass das Ende der Entwicklung noch nicht erreicht sei. Erst mit Abschluss der Entwicklung liege ein fertiges und somit zum Verkauf geeignetes Produkt vor. Diese Interpretation stehe auch im Einklang mit den anschließenden Angaben des Antragstellers in seinem Begleitschreiben, wonach die Geräte für ETCS Level 2 zeitgerecht für dieses Projekt zur Verfügung stehen würden.

Unter der Wortwendung "zur Verfügung stehen" sei die Übergabe oder das Überlassen zur Disposition zu verstehen. Zwangsläufig hätten die Auftraggeber daraus abzuleiten, dass die Geräte unmöglich ein Jahr oder länger im kommerziellen Betrieb gestanden wären. Der Antragsteller könne definitiv keinen Nachweis zur geforderten technischen Leistungsfähigkeit erbringen. Die Formulierung des Antragstellers im Begleitschreiben, zu hoffen, dass dies auch als Beweis für die technische Leistungsfähigkeit anerkannt werden würde, zeige deutlich, dass sich der Antragsteller beim Verfassen des Teilnahmeantrags bewusst gewesen sei, die geforderten Voraussetzungen für die technische Leistungsfähigkeit nicht zu erfüllen. Auf Grund dieser klaren Formulierung des Antragstellers im Begleitschreiben könne kein Zweifel daran bestehen, dass der Antragsteller nicht die geforderten Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit erbringen könne. Dass der Antragsteller die Anforderungen der vorgegebenen technischen Leistungsfähigkeit nicht erfüllen könne, ergebe sich auch aus den 3 Referenzprojekten im Formblatt 4 (Nachweisreferenz Fahrzeugausrüstung - ETCS-Level 2 - firmenbezogen) seines Teilnahmeantrages. Nur bei einem der genannten Referenzprojekte handle es sich nach den Angaben des Antragstellers um ein ETCS Level 2 - Projekt, das in Form einer ARGE mit H*** erbracht worden sei und lediglich 7 Fahrzeuge umfasse. Die beiden anderen genannten Referenzprojekte seien lediglich auf dem Niveau ETCS Level 1 erbracht worden. Beim Referenzprojekt "R****" würden aber die Angaben des Auftragsbeginns und des Auftragsendes fehlen, sodass der Antragsteller auch hiermit die Voraussetzungen für die technische Leistungsfähigkeit nicht ausreichend nachgewiesen habe. Der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit sei dem Antragsteller zweifellos nicht gelungen. Auf Grund dieser Konstellation habe für die Auftraggeber kein Grund zur Nachfrage bestanden, ob der Antragsteller die Nachweise nicht doch erbringen könne. Eine Aufklärung oder eine Verbesserung sei daher nicht mehr erforderlich gewesen.

Entgegen der Ansicht des Antragstellers handle es sich auch nicht um einen verbesserungsfähigen und behebbaren Mangel. Der Antragsteller habe selbst unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht, die Eignungsnachweise nicht erbringen zu können. Dies ergebe sich auch aus den angegebenen Referenzen im Formblatt 4. Es sei nicht Aufgabe des Auftraggebers, "Detektiv zu spielen" und heraus zu finden, welche Bewerber möglicherweise falsche Angaben gemacht hätten, um ihnen zu ermöglichen, den aufgedeckten Mangel zu beheben. Ein Auftraggeber müsse sich darauf verlassen können, dass die Angaben der Bewerber richtig seien. Nach der Judikatur bestehe für den Auftraggeber keine Pflicht, misstrauisch alle Angaben des Bewerbers und Bieters zu hinterfragen. Nur bei offenkundig falschen oder

fehlerhaften Angaben bekomme der Auftraggeber Zweifel und werde nachfragen. In der gegenständlichen Fallkonstellation habe jedoch auf Grund der Angaben des Antragstellers im Begleitschreiben und im Teilnahmeantrag kein Zweifel bestanden.

Außerdem hätten gemäß Teil 2 der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag die Teilnahmeanträge vollständig sein müssen. An Hand der Angaben zum Teilnahmeantrag werde geprüft, ob die Eignung der Bewerber vorliege. Mit dieser Formulierung habe der Auftraggeber eindeutig festgelegt, dass nur solche Bewerber in das anschließende Auswahlverfahren einbezogen werden würden, die ihre Eignung in den Teilnahmeunterlagen nachgewiesen hätten. Ein Nachreichen fehlender oder eine Verbesserung fehlerhafter Eignungsnachweise sei damit ausgeschlossen und seien die Auftraggeber nicht verpflichtet, einen entsprechenden Verbesserungsauftrag an den Antragsteller zu übermitteln. Soweit sich der Antragsteller auf nach der Mitteilung der Nicht-Zulassungsentscheidung bekannt gegebene Referenzprojekte beziehe, so sei ihm entgegenzuhalten, dass diese im Teilnahmeantrag nicht angegeben und daher für die Rechtmäßigkeit der Entscheidung nicht mehr relevant seien. Ein nachträglicher Aufklärungsversuch des Bewerbers sei im Zuge der Eignungsprüfung irrelevant, da seine Angaben im Teilnahmeantrag eindeutig gewesen seien. Diese nachträglichen Referenzprojekte als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit seien für die Rechtmäßigkeit der Entscheidung unbeachtlich und unerheblich.

In der mündlichen Verhandlung am 2.4.2009 gaben die Auftraggeber an, Marktkenntnisse bei Besuch von Kongressen, Messen und Marktbeobachtungen erworben zu haben. Herr M*** (Vertreter der ÖBB - Traktion Gesellschaft mbH) befasse sich seit 5 Jahren mit dem ETCS - Markt. Der Antragsteller habe jedoch bei der Strecke GG*** sowohl die Fahrzeuge als auch die Strecke mit Geräten auf ETCS Level 1 - Niveau ausgerüstet. Streckenseitig sei durch den Antragsteller eine Ausrüstung mit ETCS Level 2 - Geräten in Deutschland und der Schweiz erfolgt. Eine fahrzeugmäßige Ausrüstung mit ETCS Geräten auf Level 2 - Niveau durch den Antragsteller sei ihm nicht bekannt.

Dem hielt der Antragsteller entgegen, dass von ihm sehr wohl auch Eisenbahnfahrzeuge mit ETCS Level 2 - Fahrzeuggeräten auf dem deutschen, spanischen und niederländischen Markt ausgerüstet worden seien, was auch auf Veranstaltungen und Fachmessen propagiert worden und in der Branche allgemein bekannt sei. Das im Formblatt 4 angeführte Referenzprojekt R*** sei von A*** als Hersteller von ETCS Level 2 - Fahrzeuggeräten ausgerüstet worden. Die Fahrzeugausrüstung sei von der F*** Niederlassung in Deutschland gemeinsam mit H*** entwickelt worden. Die A*** Niederlassung in Österreich habe die Streckenausrüstung auf ETCS Level 2 - Niveau entwickelt. Der Vertrieb der ETCS Level 2 - Geräte für die Strecke und die Fahrzeuge werde vom A*** Konzern durchgeführt.

Nach Wissen der Auftraggeber stamme die Ausrüstung auf ETCS Level 2 - Niveau für Fahrzeuge hauptsächlich von H***, für die Streckenausrüstung auf diesem Niveau trete hingegen hauptsächlich A*** auf. Herr M*** (Vertreter der ÖBB - Traktion Gesellschaft mbH) führte weiter aus, dass das Referenzprojekt R*** in Form einer Arbeitsgemeinschaft abgewickelt worden sei, wobei auf ETCS Level 2 - Niveau die Streckengeräte von A*** und die Fahrzeuggeräte eindeutig von H*** stammten. Mit einem dieser Fahrzeuggeräte auf ETCS Level 2 - Niveau sei die noch nicht mit ETCS Level 2 ausgerüstete Strecke GG*** getestet worden. Mit der S*** würden sehr gute Kontakte gepflegt. Daher sei bekannt, dass auf der Strecke R*** die Fahrzeuge mit von H*** produzierten Geräten auf ETCS Level 2 - Niveau ausgerüstet worden seien. Diese Strecke sei in der Folge nach einem zweijährigen Betrieb wieder auf das alte System umgestellt worden.

Auf Frage des Antragstellers räumte Herr M*** (Vertreter der ÖBB - Traktion Gesellschaft mbH) ein, dass ihm die Verträge mit der S*** zur Ausrüstung der Strecke R*** mit ETCS Level 2 - Geräten für die Fahrzeuge und die Strecke nicht bekannt seien. Dazu führte der Antragsteller aus, dass bei diesem Referenzprojekt A*** und H*** als Konsortium aufgetreten seien. Gestützt auf Gespräche mit der S*** wiederholte Herr M*** (Vertreter der ÖBB - Traktion Gesellschaft mbH), dass für diese Strecke die Fahrzeuggeräte auf dem ETCS Level 2 - Niveau produktmäßig und einbaumäßig von H*** ausgerüstet worden seien. Die Auftraggeber erklärten dazu, eine Bestätigung der S*** vorzulegen. Der sich gegen die Einholung einer solchen Bestätigung aussprechende Antragsteller stützte sich darauf, dass unklar sei, was die S*** bestätigen solle. Eindeutig sei, dass A*** Konsortiumsführer gewesen sei.

Herrn M*** (Vertreter der ÖBB - Traktion Gesellschaft mbH) gab weiter an, ihm sei bekannt, dass die Strecke R*** im Zeitraum August 1996 bis Ende Oktober 2006 ausgerüstet worden sei. Anlässlich einer Hausmesse von A*** am 3.6.2008 sei ausgeführt worden, keine ETCS Level 2 - Geräte für Fahrzeuge zu haben, da diese noch in Entwicklung seien. Dies sei bei der Hausmesse auch von Herr B*** (vormals Mitarbeiter beim Antragsteller, seit 1.4.2009

Mitarbeiter der Auftraggeber) bestätigt worden. Herr N*** (Vertreter der ÖBB - Dienstleistungs GmbH) gab weiter an, dass anlässlich eines Telefongespräches bezüglich der noch ausstehenden Übersetzung zur Bestätigung über die Haftpflichtversicherung von Herrn O*** (Mitarbeiter des Antragstellers) ausgeführt worden sei, dass derzeit nichts außer die bereits vorgelegten Referenzen auf Level 2 - Niveau für Fahrzeuge geboten werden könne.

Zum Hinweis im Begleitschreiben zum Teilnahmeantrag, wonach sich das Fahrzeuggerät auf ETCS Level 2 - Niveau erst in einer Entwicklungsphase befinde, führte der Antragsteller aus, dass es sich um zwei Fahrzeuggeräte auf ETCS Level 2 - Niveau handle. Davon sei ein Fahrzeuggerät mit H*** im Konsortium entwickelt worden, während das andere Fahrzeuggerät von A*** selbstständig entwickelt werde und rechtzeitig zum ausgeschriebenen Projekt zur Verfügung stehe. Das erst in Entwicklung stehende Fahrzeuggerät auf Level 2 - Niveau sei im Begleitschreiben vom 23.1.2009 angesprochen worden. Die Referenz für die Strecke R*** und die im Schreiben vom 5.3.2009 genannten Referenzen betrafen die im Konsortium mit H*** entwickelten Fahrzeuggeräte auf ETCS Level 2 - Niveau.

Die Auftraggeber wiesen darauf hin, dass Herr B***, der seit 2. April 2009 Mitarbeiter der Auftraggeber sei, bestätigen könne, dass die Fahrzeugausrüstung auf ETCS Level 2 - Niveau beim Antragsteller erst in Entwicklung sei. Dies wurde vom Antragsteller auch nicht bestritten, da es sich dabei um die oben angeführte Eigenproduktion handle. Nach Meinung der Auftraggeber wäre der Beitrag an der Entwicklung der Fahrzeugausrüstung auf ETCS Level 2 - Niveau nur unwesentlich gewesen, was von Herrn B*** bestätigt werden könne. Dass der Beitrag von A*** nur unwesentlich gewesen wäre, wurde vom Antragsteller bestritten. Es wurde auch vom Antragsteller die Einvernahme von B*** und von P***, per Adresse Antragsteller, zum Beweis dafür, dass der Beitrag des Antragstellers an der gemeinsamen Entwicklung des Fahrzeuggerätes auf ETCS Level 2 - Niveau nicht unwesentlich gewesen sei, beantragt.

Zu dem am 5.3.2009 vorgelegten Schreiben führte Herr M*** aus, dass auf Grund seines aus Konferenzen und Unterlagen herrührenden Wissens von ihm auf einen Blick festgestellt habe werden können, dass die angegebenen ETCS Level 2 - Geräte alle von H*** produziert worden seien und von H*** stammten. Er beschäftige sich bereits seit sechs Monaten mit diesem Thema. Die spanische Referenz sei ihm relativ gut, die schweizer Referenz sehr gut und die holländische Referenz nicht bekannt. Spanien sei auf ETCS Level 1 - Niveau ein Vorzeigeland. Schweiz auf ETCS Level 2 - Niveau auf Fahrzeugseite "Weltführer". Das auf diesem Gebiet nicht sehr erfolgreiche Holland sei kein gutes Beispiel, da dort die Fahrzeuge noch keine Zulassung hätten. Der Ansicht der Auftraggeber, von der S*** könne bestätigt werden, dass die Referenzbestätigung für die Fahrzeugausrüstung auf der Strecke R*** nur für H*** ausgestellt würde, hielt der Antragsteller die seinem Teilnahmeantrag beigelegte Referenzbestätigung der S*** zum Referenzprojekt R*** entgegen, das die Ausrüstung der Fahrzeuge mit ETCS Level 2 - Geräten bestätige.

Nach Ansicht der Auftraggeber sei ein Teilnahmeantrag als vollständig zu interpretieren, wenn dieser keinen Nachweis über die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit entsprechend den Vorgaben in den Teilnahmeunterlagen enthalte. Sollte ein Teilnahmeantrag nicht vollständig sein, erfolge bei einem Mangel eine entsprechende Verbesserung. Sollte daher ein Nachweis über die wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit - wie in den Teilnahmeantragsunterlagen gefordert - fehlen, werde dieser nachgefordert und in der Folge die Eignungsprüfung durchgeführt. Im ersten Schritt werde geprüft, ob die geforderten Nachweise vollständig seien, bei Fehlen eines Nachweises ergehe eine einmalige Aufforderung zur Verbesserung. In der Folge falle die Entscheidung über die Eignung. Der gesamte Prozess sei als Eignungsprüfung zu beurteilen. Die Aufforderung zur Verbesserung könne in mündlicher und schriftlicher Form erfolgen.

Die Auftraggeber gaben weiter an, telefonisch von B*** (vormals Mitarbeiter beim Antragsteller, seit 1.4.2009 Mitarbeiter beim Auftraggeber) in Erfahrung gebracht zu haben, dass sich die Bestätigung der S*** für die Strecke R*** sowohl auf die streckenmäßige als auch auf die fahrzeugmäßige Ausrüstung auf ETCS Level 2 - Niveau beziehe. Keine solche Bestätigung würde jedoch von der S*** für die fahrzeugmäßige Ausrüstung auf ETCS Level 2 - Niveau für A*** betreffend die genannte Strecke erstellt. Diese würde nur für H*** ausgestellt.

Der Antragsteller erklärte zur Referenzbestätigung der S***, dass Auftragsgegenstand bei der Strecke R*** die Ausrüstung der Strecke mit ETCS Level 2 - Geräten für die Fahrzeuge und die Bahnstrecke gewesen sei. Die Leistung sei vom Konsortium A*** und H*** gesamtschuldnerisch zu erbringen gewesen. Das Konsortium sei Auftragnehmer gewesen. Es werde bestritten, dass H*** eine solche Bestätigung von der S*** ausgestellt werden würde.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit, Zulässigkeit des Antrages und Qualifizierung des Auftrages
misch eins. Zuständigkeit, Zulässigkeit

des Antrages und Qualifizierung des Auftrages

Bei der ÖBB - Personenverkehr AG und der ÖBB - Traktion Gesellschaft mbH handelt es sich um öffentliche Auftraggeber gemäß § 3 BVergG (vgl BVA16.3.2009, N/0014-BVA/04/2009-EV7). Bei beiden genannten Gesellschaften handelt es sich auf Grund der im Bundesbahngesetz, BGBl 825/1992 idgF, beschriebenen Tätigkeitsbereiche beider Gesellschaften um im Sektorenbereich tätige Auftraggeber gemäß § 169 BVergG (vgl BVA 16.3.2009, N/0014-BVA/04/2009-EV7, 6.4.2009, N/0025-BVA/04/2009-EV5). Bei der ÖBB - Personenverkehr AG und der ÖBB - Traktion Gesellschaft mbH handelt es sich um öffentliche Auftraggeber gemäß Paragraph 3, BVergG vergleiche BVA16.3.2009, N/0014-BVA/04/2009-EV7). Bei beiden genannten Gesellschaften handelt es sich auf Grund der im Bundesbahngesetz, Bundesgesetzblatt 825 aus 1992, idgF, beschriebenen Tätigkeitsbereiche beider Gesellschaften um im Sektorenbereich tätige Auftraggeber gemäß Paragraph 169, BVergG vergleiche BVA 16.3.2009, N/0014-BVA/04/2009-EV7, 6.4.2009, N/0025-BVA/04/2009-EV5).

Im gegenständlichen Verfahren wurde weder ein Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen. Der Antragsteller hat einen Teilnahmeantrag gestellt. Der sich gegen die Nicht-Zulassung zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren richtende, fristgemäß eingebrachte Nachprüfungsantrag entspricht den formalen Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG und ist daher insoweit zulässig. Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet. Im gegenständlichen Verfahren wurde weder ein Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen. Der Antragsteller hat einen Teilnahmeantrag gestellt. Der sich gegen die Nicht-Zulassung zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren richtende, fristgemäß eingebrachte Nachprüfungsantrag entspricht den formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG und ist daher insoweit zulässig. Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet.

Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag iSv § 5 iVm § 174 BVergG zu qualifizieren. Auf Grund des geschätzten Auftragswerts ist von einem Auftrag im Oberschwellenbereich auszugehen. Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag iSv Paragraph 5, in Verbindung mit Paragraph 174, BVergG zu qualifizieren. Auf Grund des geschätzten Auftragswerts ist von einem Auftrag im Oberschwellenbereich auszugehen.

II. zu Spruchpunkt I.römisch zwei. zu Spruchpunkt römisch eins.

1. 1.Ziffer eins

Vorgaben in der Ausschreibung

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen bzw Teilnahmeantragsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (vgl VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 10.10.2007, F/0003- BVA/04/2007-21 u F/0004/04/2007-21; 28.7.2006, N/0048- BVA/15/2006-28 u.v.a). Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen bzw Teilnahmeantragsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der

objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich vergleiche VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 10.10.2007, F/0003- BVA/04/2007-21 u F/0004/04/2007-21; 28.7.2006, N/0048- BVA/15/2006-28 u.v.a).

Unter Zugrundelegung dieses Interpretationsmaßstabes ergibt sich aus den mangels fristgerechter Anfechtung bestandfest gewordenen Teilnahmeantragsunterlagen (vgl VwGH 1.10.2008, 2005/04/0204; Unter Zugrundelegung dieses Interpretationsmaßstabes ergibt sich aus den mangels fristgerechter Anfechtung bestandfest gewordenen Teilnahmeantragsunterlagen vergleiche VwGH 1.10.2008, 2005/04/0204;

25.6.2008, 2006/04/0116; 28.5.2008, 2007/04/0232, 0233;

27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 1.7.2008, N/0056- BVA/04/2008-20; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20 u.a.) zunächst aus Punkt III.2. (Teilnahmebedingungen) der "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1", dass die Bewerber im Teilnahmeantrag die Nachweise und die den Teilnahmeantragsunterlagen angeschlossenen Formblätter vollständig ausgefüllt und ordnungsgemäß gezeichnet vorzulegen haben. Betreffend den Ablauf des Vergabeverfahrens in seiner ersten Stufe wird in den "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 2" unter Punkt "Erste Stufe - Teilnahmeantrag" weiters angeführt, dass eine Prüfung der Unterlagen der Bewerber auf ihre Eignung nur nach Abgabe eines vollständigen Teilnahmeantrages erfolgt. 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 1.7.2008, N/0056- BVA/04/2008-20; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20 u.a.) zunächst aus Punkt römisch drei.2. (Teilnahmebedingungen) der "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1", dass die Bewerber im Teilnahmeantrag die Nachweise und die den Teilnahmeantragsunterlagen angeschlossenen Formblätter vollständig ausgefüllt und ordnungsgemäß gezeichnet vorzulegen haben. Betreffend den Ablauf des Vergabeverfahrens in seiner ersten Stufe wird in den "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 2" unter Punkt "Erste Stufe - Teilnahmeantrag" weiters angeführt, dass eine Prüfung der Unterlagen der Bewerber auf ihre Eignung nur nach Abgabe eines vollständigen Teilnahmeantrages erfolgt.

Für die technische Leistungsfähigkeit ist unter Punkt III.2.3. (Technische Leistungsfähigkeit) in den "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1" unter Punkt 4. festgelegt, dass ein Nachweis über die Lieferung von 50 Stück Fahrzeugausrüstungen, aufgeteilt auf wenigstens zwei verschiedene Fahrzeugbaureihen, die seit mindestens einem Jahr im kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 - Betrieb stehen, erbracht werden muss. Für die technische Leistungsfähigkeit ist unter Punkt römisch drei.2.3. (Technische Leistungsfähigkeit) in den "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1" unter Punkt 4. festgelegt, dass ein Nachweis über die Lieferung von 50 Stück Fahrzeugausrüstungen, aufgeteilt auf wenigstens zwei verschiedene Fahrzeugbaureihen, die seit mindestens einem Jahr im kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 - Betrieb stehen, erbracht werden muss.

1. 2.Ziffer 2

Teilnahmeantrag des Antragstellers

2.1. Interpretation des Teilnahmeantrages des Antragstellers

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist für das Angebot eines Bewerbers/Bieters als Interpretationsmaßstab der objektive Erklärungswert heranzuziehen (vgl VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; 14.11.2008, N/0122-BVA/04/2008-48). Dabei ist der Teilnahmeantrag in seiner Gesamtheit zu beurteilen, wovon auch die Auftraggeber in ihrem Schriftsatz vom 17.3.2009 zutreffend ausgehen. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist für das Angebot eines Bewerbers/Bieters als Interpretationsmaßstab der objektive Erklärungswert heranzuziehen vergleiche VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; 14.11.2008, N/0122-BVA/04/2008-48). Dabei ist der Teilnahmeantrag in seiner Gesamtheit zu beurteilen, wovon auch die Auftraggeber in ihrem Schriftsatz vom 17.3.2009 zutreffend ausgehen.

Die Anwendung des genannten Interpretationsmaßstabes führt gegenständlich zum Ergebnis, dass der Antragsteller in seinem Begleitschreiben einräumt, ETCS Level 2 - Fahrzeugausrüstung befände sich derzeit im Entwicklungsstadium und werde zeitgerecht für dieses Projekt zur Verfügung stehen, wobei auf eine Beschränkung der Referenzen auf Fahrzeugausrüstungen mit ETCS Level 1 verwiesen wird. In seinem Formblatt 4 (firmenbezogene Nachweise für Referenzen Fahrzeugausrüstung - ETCS Level 2) führt der Antragsteller jedoch nicht nur Referenzen für Fahrzeugausrüstung - ETCS Level 1, sondern darüber hinaus auch eine Referenz für die Fahrzeugausrüstung - ETCS Level 2 an, welche sich auf das Projekt "R****" bezieht.

Somit besteht ein Widerspruch zwischen den Ausführungen im Begleitschreiben und den im Formblatt 4 angeführten firmenbezogenen Referenzen, die nicht nur Fahrzeugausrüstungen für ETCS Level 1 sondern auch eine Referenz für ETCS Level 2 umfassen. Als Hersteller wird dabei im Formblatt 4 die "A***" genannt, die das Referenzprojekt gemeinsam mit H*** in Form einer ARGE durchgeführt hat.

Dieser Referenz lag auch eine mit 29.5.2008 datierte Bestätigung des Auftraggebers des genannten Referenzprojektes, der S***, bei, aus der hervorgeht, dass der mit A*** und H*** abgeschlossene Vertrag zur Ausrüstung der Linie R*** mit der ETCS Level 2 - Technik die Ausrüstung der Strecke und der Fahrzeuge umfasste und beide Gesellschaften die Verantwortung für die Planung, die Datenvorbereitung, die Lieferung, die Installation, den Test, die Kommissionierung und das Projektmanagement inne haben. Abschließend wird darauf hingewiesen, dass H*** die Fahrzeugausrüstung und die Balisen und A*** die RBC Ausstattung für die Standorte lieferte.

Aus dieser Bestätigung der S*** geht hervor, dass es sich bei der vom Antragsteller angegebenen Referenz für die Strecke R*** nicht um die Technik auf ETCS Level 1 - Niveau, sondern um die Ausstattung mit der ETCS Level 2 - Technik handelt und Verantwortliche für dieses Projekt - auch in Bezug auf die Lieferung - beide Gesellschaften, nämlich sowohl H*** als auch A***, waren. Die Lieferung der RBS-Ausstattung erfolgte von A***, die der Balisen und der Fahrzeugausrüstung von H***.

Dass die betreffende vom Antragsteller vorgelegte Referenz für die Strecke R*** die ETCS Level 2 - Technik betrifft, ergibt sich darüber hinaus auch aus dem Formblatt 4 eines weiteren Teilnahmeantragwerbers, nämlich der H***, die genau dieses Referenzprojekt ebenfalls als firmenbezogenes Referenzprojekt für die Fahrzeugausrüstung ETCS Level 2 - Niveau angegeben hat. Im Formblatt 4 der H*** scheint für dieses Referenzprojekt "A***" als Konsortialführer auf, wobei als Auftragsbeginn August 1996 und als Auftragende Oktober 2006 angegeben wurden.

2. 2. Vorgangsweise der Auftraggeber

Die Auftraggeber berufen sich in der mündlichen Verhandlung am 2.4.2009 darauf, im Rahmen der Hausmesse von A*** im Juni 2008 darüber informiert worden zu sein, dass die Geräte für Fahrzeuge auf ETCS Level 2 - Niveau noch in Entwicklung stünden. Dem ist entgegenzuhalten, dass die technische Leistungsfähigkeit der Bewerber nicht zum Zeitpunkt Juni 2008 zu beurteilen ist, sondern hierfür der im Teilnahmeantrag vorgesehene Zeitpunkt heranzuziehen ist.

Entgegen dem Vorbringen der Auftraggeber hätte weiters auch die telefonische Auskunft von O*** betreffend ein zum Thema Übersetzung des im Teilnahmeantrag vorgelegten Versicherungsnachweises mit Herrn N*** geführten Telefonates, dem zu Folge derzeit für Fahrzeuge nichts außer den bereits vorgelegten Referenzen auf Level 2 - Niveau geboten werden könne, die Auftraggeber nicht dazu veranlassen dürfen, den Antragsteller ohne jeglicher weiterer Schritte nicht zum weiteren Vergabeverfahren zuzulassen. Dies schon im Hinblick darauf, dass Herr O*** vom Antragsteller im Formblatt 1 nicht dazu nominiert - und infolge dessen auch nicht dazu berufen war - den Antragsteller in allen Angelegenheiten des Vergabeverfahrens und des Angebotes rechtsverbindlich zu vertreten.

Die Auftraggeber räumen in ihrem Schriftsatz vom 17.3.2009 selbst ein, sich zwar vor Beginn des Vergabeverfahrens ausführlich informiert zu haben, aber (nur) "einen Einblick in die "ungefähren" Marktverhältnisse" und die Anzahl der ausgerüsteten Fahrzeuge zu haben". Damit relativieren die Auftraggeber aber ihren eigenen Kenntnis- bzw Informationsstand. In diesem Lichte müssen daher auch die von den Auftraggebern in der mündlichen Verhandlung vom 2.4.2009 getroffenen Aussagen gesehen werden, wonach ihrem Kenntnisstand zufolge der Antragsteller nur die Strecke, nicht jedoch die Fahrzeuge mit der ETCS Level 2 - Technik ausgestattet habe.

Wenn auch die auf Level 1 - Niveau ausgestattete Strecke GG*** mit einem ETCS Level 2 - Fahrzeuggerät, das nach Aussagen der Auftraggeber auf der Strecke R*** im Einsatz war und von H*** stammt, getestet worden sein mag, so ist jedoch darauf zu hinweisen, dass die Anforderungen zur technischen Leistungsfähigkeit unter Punkt III.2.3. Unterpunkt 4. der "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1" weder auf einen Test der Auftraggeber noch auf den Produzenten der ETCS Level 2 - Fahrzeugausrüstung abstellen. Aus den Vorgaben der genannten Festlegung zur technischen Leistungsfähigkeit ist auch nicht abzuleiten, dass der Lieferant gleichzeitig Produzent der Fahrzeugausrüstung auf ETCS Level 2 - Niveau oder der Lieferant der genannten Fahrzeugausrüstung deren alleiniger Produzent sein muss. Aus diesem Grund konnte auch von der beantragten Einvernahme von B*** (vormals Mitarbeiter des Antragstellers, seit 1.4.2009 Mitarbeiter der Auftraggeber) und von P*** (Mitarbeiter des Antragstellers) zur Frage, ob der Entwicklungsbeitrag des Antragstellers am Fahrzeuggerät auf Level 2 - Niveau

unwesentlich gewesen sei, Abstand genommen werden. Wenn auch die auf Level 1 - Niveau ausgestattete Strecke GG*** mit einem ETCS Level 2 - Fahrzeuggerät, das nach Aussagen der Auftraggeber auf der Strecke R*** im Einsatz war und von H*** stammt, getestet worden sein mag, so ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Anforderungen zur technischen Leistungsfähigkeit unter Punkt römisch drei.2.3. Unterpunkt 4. der "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1" weder auf einen Test der Auftraggeber noch auf den Produzenten der ETCS Level 2 - Fahrzeugausrüstung abstellen. Aus den Vorgaben der genannten Festlegung zur technischen Leistungsfähigkeit ist auch nicht abzuleiten, dass der Lieferant gleichzeitig Produzent der Fahrzeugausrüstung auf ETCS Level 2 - Niveau oder der Lieferant der genannten Fahrzeugausrüstung deren alleiniger Produzent sein muss. Aus diesem Grund konnte auch von der beantragten Einvernahme von B*** (vormals Mitarbeiter des Antragstellers, seit 1.4.2009 Mitarbeiter der Auftraggeber) und von P*** (Mitarbeiter des Antragstellers) zur Frage, ob der Entwicklungsbeitrag des Antragstellers am Fahrzeuggerät auf Level 2 - Niveau unwesentlich gewesen sei, Abstand genommen werden.

Soweit die Auftraggeber angeben, von Herr B*** (vormals Mitarbeiter des Antragstellers, seit 1.4.2009 bei den Auftraggebern tätig) telefonisch in Erfahrung gebracht zu haben, dass sich die Bestätigung der S*** zur Ausrüstung auf ETCS Level 2 - Niveau sowohl auf die Strecke als auch auf die Fahrzeuge beziehe und für die fahrzeugmäßige Ausrüstung auf ETCS Level 2 - Niveau keine Bestätigung ausgestellt würde, ist festzustellen, dass Herr B*** seit 1.4.2009 Mitarbeiter der Auftraggeber und nicht Vertreter der S*** ist.

Überdies ist darauf zu verweisen, dass aus der dem Teilnahmeantrag des Antragstellers beiliegenden Referenzbestätigung der S*** für das Referenzprojekt "R***" vom 29.5.2008 ohnehin eindeutig hervorgeht, dass es sich um einen Vertrag handelt, der die Strecken- und Fahrzeugausrüstung auf ETCS Level 2 - Niveau betrifft und beide Vertragsparteien - A*** und H*** - u.a. für die Lieferung verantwortlich sind. Bemerkt wird in diesem Zusammenhang, dass dem Teilnahmeantrag von H*** keine Bestätigung der S*** für das genannte Referenzprojekt beiliegt.

Von einer vom Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung beantragten Einvernahme von dem - vormals beim Antragsteller, nunmehr seit 1.4.2009 bei den Auftraggebern tätigen - B***, zur Bestätigung dafür, dass beim Antragsteller die Fahrzeugausrüstung auf ETCS Level 2 - Niveau erst in Entwicklung sei, konnte abgesehen werden, zumal dies der Antragsteller ohnedies nicht bestreitet und dies im Begleitschreiben zu seinem Teilnahmeantrag anführt.

Die Information im Begleitschreiben des Antragstellers, dass sich die "Fahrzeugausrüstung ETCS L2" derzeit in der Entwicklungsphase befinde und sich die angeführten Referenzen auf "Fahrzeugausrüstungen ETCS L1" beziehen würden, hätten jedoch von den Auftraggebern vor dem Hintergrund der vom Antragsteller angegebenen Referenz "R***", die neben der Streckenausrüstung auch die Lieferung der Fahrzeugausrüstung auf Level 2 - Niveau umfasst und für deren Lieferung gemäß der Bestätigung der S*** vom 29.5.2008 beide Gesellschaften (A*** und H***) verantwortlich sind, betrachtet werden müssen. Dies hätte - entgegen der Auffassung der Auftraggeber - in weiterer Folge dazu führen müssen, dass die Auftraggeber den Antragsteller zur Verbesserung aufzufordern gehabt hätten:

2.3. Aufforderung zur Verbesserung durch die Auftraggeber

Soweit sich die Auftraggeber zur Unterstützung ihrer gegenteiligen Auffassung auf die Kann-Bestimmung des § 231 Abs 3 BVergG berufen, ist ihnen entgegenzuhalten, dass diese Bestimmung dem Auftraggeber keineswegs völlige Wahlfreiheit einräumt. Vielmehr ist diese Bestimmung vor dem Hintergrund und in Zusammenschau mit den in § 187 Abs 1 BVergG verankerten allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens, die unter anderem den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter umfassen, zu beurteilen (vgl. in diesem Zusammenhang auch VwGH 24.2.2006, 2004/04/0078). Diesen allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen kommt im Wesentlichen die Funktion und Bedeutung einer Auslegungsmaxime zu (vgl. Eilmansberger/Fruhmam in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel2 § 187 Rz 1). Soweit sich die Auftraggeber zur Unterstützung ihrer gegenteiligen Auffassung auf die Kann-Bestimmung des Paragraph 231, Absatz 3, BVergG berufen, ist ihnen entgegenzuhalten, dass diese Bestimmung dem Auftraggeber keineswegs völlige Wahlfreiheit einräumt. Vielmehr ist diese Bestimmung vor dem Hintergrund und in Zusammenschau mit den in Paragraph 187, Absatz eins, BVergG verankerten allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens, die unter anderem den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter umfassen, zu beurteilen vergleiche in diesem Zusammenhang auch VwGH 24.2.2006, 2004/04/0078). Diesen allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen kommt im Wesentlichen die Funktion und Bedeutung einer Auslegungsmaxime zu vergleiche Eilmansberger/Fruhmam in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel2 Paragraph 187, Rz 1).

Den Grundsatz der Gleichbehandlung haben die Auftraggeber in der gegenständlichen Fallkonstellation durch die Nicht-Einräumung der Möglichkeit zur Verbesserung gegenüber dem Antragsteller außer Acht gelassen. Den Auftraggebern hätte nämlich auf Grund des dem Teilnahmeantrag des Antragstellers beiliegenden Referenzprojektes "R***", das sich eindeutig - wie oben dargestellt - auch auf eine Fahrzeugausrüstung auf Level 2 - Niveau bezieht, in Zusammenhalt mit der Referenzbestätigung der S*** vom 29.5.2008, wonach beide Gesellschaften (A*** und H***) für die Lieferung verantwortlich sind, auffallen müssen, dass die Angabe im Begleitschreiben des Antragstellers, wonach sich die angeführten Referenzen auf "Fahrzeugausrüstungen mit ETCS L1" beziehen würden, nicht im Einklang steht. Diese "Ungereimtheit" wäre von den Auftraggebern zu hinterfragen und ihr nachzugehen gewesen. Daran vermag auch der in der Referenzbestätigung der S*** vom 29.5.2008 enthaltene abschließende Hinweis, dass A*** RSS die RBS Ausstattung für alle Standorte und H*** die Balisen und die Fahrzeugausrüstung geliefert hätten, nichts zu ändern. Noch dazu, wo die diesbezüglichen Verträge zur Ausrüstung der Fahrzeuge und der Strecke mit der ETCS Level 2 - Technik den Auftraggebern - wie von ihnen in der mündlichen Verhandlung am 2.4.2009 ausgeführt wurde - nicht einmal bekannt waren. Dies hätte bei den Auftraggebern Zweifel an der Richtigkeit der Angaben des Antragstellers im Teilnahmeantrag aufkommen lassen müssen und hätte die Auftraggeber zur Verbesserung beim Antragsteller veranlassen müssen.

Andere Bewerber dem gegenüber, wurden von den Auftraggebern sehr wohl zur Vorlage weiterer Nachweise etwa zur Vorlage eines Nachweises über eine aufrechte Betriebshaftpflichtversicherung über mindestens € 25 Millionen, der zum Nachweis gemäß Punkt 4. der Bestimmung in Punkt III-2.2. (finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit) der "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil1" dient, aufgefordert. So lag einem Teilnahmeantrag nur eine Bestätigung über eine aufrechte Betriebshaftpflichtversicherung weit unter € 25 Millionen bei. Selbst dieser Bewerber wurde von den Auftraggebern zur Nachreichung einer entsprechenden Bestätigung aufgefordert.

Im Hinblick auf diese Vorgangsweise der Auftraggeber bei anderen Bewerbern hätten die Auftraggeber aufgrund der offenkundig widersprüchlichen - und damit aufklärungsbedürftigen - Angaben des Antragstellers auch diesem ebenso die Möglichkeit einräumen müssen, im Wege der Verbesserung die geforderte technische Leistungsfähigkeit nachzuweisen. So wie im Fall der Vorlage eines Nachweises über eine aufrechte Betriebshaftpflichtversicherung unter Euro 25 Millionen für das Vorliegen der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit im Teilnahmeantrag eines anderen Bewerbers handelt es sich auch bei dem im Teilnahmeantrag des Antragstellers fehlenden Eignungsnachweis zur technischen Leistungsfähigkeit um einen verbesserungsfähigen Mangel.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbareren Mangel darauf abzustellen, ob durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters bzw. Bewerbers gegenüber seinen Mitbieterinnen bzw. Mitbewerbern materiell verbessert würde. In diesem Sinn wurden das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebotes (VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des in den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186) oder das Fehlen eines Formblattes, das von einem Bieter nicht abänderbare Ausschreibungsbedingungen enthält (VwGH 29.6.2005, 2005/04/0024), als behebbare Mängel, das Angebot mit einer kürzeren als der von den Ausschreibungsunterlagen geforderten Mindestgewährleistungsfrist jedoch als unbehebbarer Mangel (vgl. VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030) gewertet. Durch die Nachreichung von Nachweisen zur Darlegung der vorhandenen Eignung wird die Wettbewerbsstellung des Bewerbers gegenüber seinen Mitbewerbern nicht materiell verbessert. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbareren Mangel darauf abzustellen, ob durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters bzw. Bewerbers gegenüber seinen Mitbieterinnen bzw. Mitbewerbern materiell verbessert würde. In diesem Sinn wurden das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebotes (VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des in den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186) oder das Fehlen eines Formblattes, das von einem Bieter nicht abänderbare Ausschreibungsbedingungen enthält (VwGH 29.6.2005, 2005/04/0024), als behebbare Mängel, das Angebot mit einer kürzeren als der von den Ausschreibungsunterlagen geforderten Mindestgewährleistungsfrist jedoch als unbehebbarer Mangel vergleiche VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030) gewertet. Durch die Nachreichung von Nachweisen zur Darlegung der vorhandenen Eignung wird die Wettbewerbsstellung des Bewerbers gegenüber seinen Mitbewerbern nicht materiell verbessert.

Entgegen der Ansicht der Auftraggeber stehen der gebotenen Einräumung der Verbesserungsmöglichkeit für den Antragsteller auch die Bestimmungen in den "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag in Teil 1" unter Punkt III.2. Entgegen der Ansicht der Auftraggeber stehen der gebotenen Einräumung der Verbesserungsmöglichkeit für den Antragsteller auch die Bestimmungen in den "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag in Teil 1" unter Punkt römisch drei.2.

(Teilnahmebedingungen) oder die Vorgaben in den "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 2" zur ersten Stufe im Teilnahmeantrag nicht entgegen. Weder aus der Formulierung, dass die angeschlossenen Formblätter neben den Nachweisen vollständig ausgefüllt und ordnungsgemäß gezeichnet vorzulegen sind noch aus jener Formulierung, dass nur nach Abgabe eines vollständigen Teilnahmeantrages Unterlagen der Bieter zur Eignung geprüft werden, ist abzuleiten, dass jegliche Verbesserungsmöglichkeit ausgeschlossen wird und ein unvollständiger Teilnahmeantrag die sofortige Nicht-Zulassung des Bewerbers zum weiteren Vergabeverfahren zur Folge hätte.

Dass die Auftraggeber selbst die Verbesserungsmöglichkeit nicht ausgeschlossen bzw. bei unvollständigen Teilnahmeanträgen den jeweils davon betroffenen Bewerber keineswegs automatisch nicht mehr zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren zuließen, zeigt sich gerade an ihrer eigenen, oben dargestellten Vorgangsweise gegenüber anderen Bewerbern. Diese wurden beispielsweise zur Nachreichung eines Nachweises über eine aufrechte Betriebshaftpflichtversicherung über mindestens € 25 Millionen unter Setzung einer Frist aufgefordert. Auch hierbei handelt es sich um einen Eignungsnachweis, der zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in den Teilnahmeunterlagen angeführt wurde (siehe oben).

Der Möglichkeit der Verbesserung des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit für den Antragsteller steht auch nicht entgegen, dass im Formblatt 4 für die Referenz "R***" die Angaben zum Auftragsbeginn und zum Auftragsende fehlen. Wie die Auftraggeber selbst in der mündlichen Verhandlung am 2.4.2009 angaben, war ihnen der Realisierungszeitraum für dieses Referenzprojekt sehr wohl bekannt. Dieser schien zudem auch im Formblatt 4 des Teilnahmeantragstellers H*** für die von ihnen genannte Referenz "R***" auf.

Dem Argument der Auftraggeber, dass nach der Nicht-Zulassungsentscheidung zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren der Antragsteller gar keine Eignungsnachweise mehr nachreichen habe können, ist entgegenzuhalten, dass eine solche Nicht-Zulassungsentscheidung von den Auftraggebern jederzeit zurückgenommen und dem Antragsteller in der Folge die Möglichkeit zur Verbesserung eingeräumt werden kann.

Die Ausführungen im Schreiben vom 5.3.2009 des Antragstellers im Zusammenhalt mit dem mit 5.3.2009 datierten Schreiben der F*** mit Sitz in Stuttgart hätten den Widerspruch zwischen dem Begleitschreiben des Antragstellers zum Teilnahmeantrag vom 23.1.2009 und den firmenbezogenen Referenzen für die Fahrzeugausrüstung ETCS Level 2 sowie die oben aufgezeigten - gebotenen Zweifel zu den firmenbezogenen Referenzen auf dem Niveau Level 2 darüber hinaus noch verstärken müssen. Der Aussage der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung am 2.4.2009 zum Schreiben vom 5.3.2009, dass sie "auf einen Blick" festgestellt hätten, dass die angegebenen ETCS Level 2 - Geräte allein von H*** produziert worden seien und alle von H*** stammen würden, ist entgegen zu halten, dass - wie oben ausgeführt - die Festlegungen zur technischen Leistungsfähigkeit in den Teilnahmeantragsunterlagen nicht vorgeben, dass der Lieferant gleichzeitig der Produzent der Fahrzeugausrüstung auf ETCS Level 2 - Niveau oder der Lieferant der genannten Fahrzeugausrüstung alleiniger Produzent sein müsse.

III. Rechtsverletzung und Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens
römisch drei. Rechtsverletzung und Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens

Durch die angefochtene Entscheidung zur Nicht-Zulassung zum weiteren Vergabeverfahren ohne eine vorherige Verbesserungsmöglichkeit betreffend den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit ist der Antragsteller in seinen Rechten verletzt. Auf Grund der oben aufgezeigten Vorgangsweise der Auftraggeber ist die angefochtene Entscheidung der Nichtzulassung des Antragstellers zum weiteren Vergabeverfahren mit Rechtswidrigkeiten belastet, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG von wesentlichem Einfluss ist. Es kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass der Antragsteller die technische Leistungsfähigkeit nach Einräumung der Verbesserungsmöglichkeit nachweisen kann (vgl. VwGH 30.11.2006, 2005/04/0067; 20.12.2005, 2004/04/0130; ebenso BVA 24.9.2008, N/0112-BVA/04/2008-26; 1.7.2008, N/0056- BVA/04/2008-20; u.a.). Die Nicht-Zulassungsentscheidung des Antragstellers zum weiteren Vergabeverfahren durch die Auftraggeber war daher für nichtig zu erklären. Durch die angefochtene Entscheidung zur Nicht-Zulassung zum weiteren Vergabeverfahren ohne eine vorherige

Verbesserungsmöglichkeit betreffend den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit ist der Antragsteller in seinen Rechten verletzt. Auf Grund der oben aufgezeigten Vorgangsweise der Auftraggeber ist die angefochtene Entscheidung der Nichtzulassung des Antragstellers zum weiteren Vergabeverfahren mit Rechtswidrigkeiten belastet, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG von wesentlichem Einfluss ist. Es kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass der Antragsteller die technische Leistungsfähigkeit nach Einräumung der Verbesserungsmöglichkeit nachweisen kann vergleiche VwGH 30.11.2006, 2005/04/0067; 20.12.2005, 2004/04/0130; ebenso BVA 24.9.2008, N/0112-BVA/04/2008-26; 1.7.2008, N/0056- BVA/04/2008-20; u.a.). Die Nicht-Zulassungsentscheidung des Antragstellers zum weiteren Vergabeverfahren durch die Auftraggeber war daher für nichtig zu erklären.

IV. zu Spruchpunkt II.römisch vier. zu Spruchpunkt römisch zwei.

Gemäß § 319 Abs 1 erster Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller, Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg cit entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängenden Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, erster Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller, Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg cit entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängenden Verfahrens klaglos gestellt wird.

Da - wie sich aus Spruchpunkt I. ergibt - der Antragsteller obsiegt hat, ist dem diesbezüglichen Antrag gemäß § 319 leg cit, hinsichtlich des Ersatzes der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 leg cit iHv € 1.600,00 stattzugeben. Da - wie sich aus Spruchpunkt römisch eins. ergibt - der Antragsteller obsiegt hat, ist dem diesbezüglichen Antrag gemäß Paragraph 319, leg cit, hinsichtlich des Ersatzes der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg cit iHv € 1.600,00 stattzugeben.

Zuletzt aktualisiert am

14.07.2009

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at