

TE Verg Bescheid 2009/5/12 N/0014-BVA/04/2009-28,, N/0025-BVA/04/2009-22;

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.05.2009

Norm

AVG 1991 §39 Abs2

AVG 1991 §71 Abs1 Z1

AVG 1991 §71 Abs2

AVG 1991 §71 Abs3

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs2 Z2

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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 in den Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 86/2007 (BVergG) betreffend die 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-Dienstleistungen GmbH, Clemens-Holzmeister-Straße 6, 1100 Wien, diese vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 9.3.2009 und 30.3.2009, 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 in den Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, (BVergG) betreffend die 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 die Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 9.3.2009 und 30.3.2009, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag auf Bewilligung der "Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Frist zur Bekämpfung der Ausschreibung bzw. der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages" wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der unter der Aktenzahl N/0025-BVA/04/2009 protokollierte Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge die gesamte Ausschreibung / Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages der Auftraggeberinnen / Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag / Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1, III.-2.3.) ,technische Leistungsfähigkeit' (Beilage ./A und ./B), in eventu Ergänzende Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1, III.-2.3.) ,Technische Leistungsfähigkeit' (Beilage ./B), in eventu Punkt 4 der Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1, III.-Der unter der Aktenzahl N/0025-BVA/04/2009 protokollierte Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge die gesamte Ausschreibung / Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages der Auftraggeberinnen / Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag / Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1, römisch drei.-2.3.) ,technische Leistungsfähigkeit' (Beilage ./A und ./B), in eventu Ergänzende Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1, römisch drei.-2.3.) ,Technische Leistungsfähigkeit' (Beilage ./B), in eventu Punkt 4 der Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1, römisch drei.-

2.3.) ,technische Leistungsfähigkeit' (in Beilage ./B), in eventu die dort vorgesehene Textpassage ,aufgeteilt auf wenigstens 2 verschiedene Fahrzeugbaureihen', in eventu die dort vorgesehene Textpassage ,die seit mindestens 1 Jahr im kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 Betrieb stehen', in eventu die dort vorgesehene Textpassage ,im kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 Betrieb stehen', in eventu die dort vorgesehene Textpassage ,im ETCS Level 2 Betrieb stehen', für nichtig erklären", wird zurückgewiesen.

III.römisch drei.

Der unter der Aktenzahl ZI N/0014-BVA/04/2009 protokollierte Antrag, "die Entscheidungen der Auftraggeberinnen vom 23. Februar 2009, womit die Nicht-Zulassung der Antragstellerin zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren erklärt wurde (Beilage ./H), für nichtig zu erklären", wird abgewiesen.

IV.römisch vier.

Die Anträge, gerichtet auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG durch die Auftraggeber für die Nachprüfungsanträge und die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, protokolliert unter den Aktenzahlen N/0014-BVA/04/2009 sowie N/0025-BVA/04/2009, werden abgewiesen. Die Anträge, gerichtet auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG durch die Auftraggeber für die Nachprüfungsanträge und die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, protokolliert unter den Aktenzahlen N/0014-BVA/04/2009 sowie N/0025-BVA/04/2009, werden abgewiesen.

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 B*** 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 B*** 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. In Formblatt 1 waren Angaben zum bevollmächtigten Vertreter zu machen. Formblatt 4 bezog sich auf die firmenbezogenen Nachweise zu den angegebenen Referenzprojekten. 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. In Formblatt 1 waren Angaben zum bevollmächtigten Vertreter zu machen. Formblatt 4 bezog sich auf die firmenbezogenen Nachweise zu den angegebenen Referenzprojekten.

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. 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.

....."

Mit Schreiben vom 10.1.2009 stellte A*** (in der Folge Antragsteller) verschiedene Fragen an die Auftraggeber zu den Teilnahmeantragsunterlagen. Diese bezogen sich auf die Vorgaben zum Subunternehmer, zu den unter Punkt II.1.5 u.a. angeführten Schnittstellen und auf die Anpassung der Class B Systeme sowie zum Sublieferanten. Diese Anfragen

wurden von den Auftraggebern mit Schreiben vom 14.1.2009 beantwortet. Mit Schreiben vom 10.1.2009 stellte A*** (in der Folge Antragsteller) verschiedene Fragen an die Auftraggeber zu den Teilnahmeantragsunterlagen. Diese bezogen sich auf die Vorgaben zum Subunternehmer, zu den unter Punkt römisch zwei.1.5 u.a. angeführten Schnittstellen und auf die Anpassung der Class B Systeme sowie zum Sublieferanten. Diese Anfragen wurden von den Auftraggebern mit Schreiben vom 14.1.2009 beantwortet.

Der Antragsteller stellte neben anderen Bewerbern einen Teilnahmeantrag. In Formblatt 1 wurden die Vertreter des Antragstellers, Frau C***, und als deren Stellvertreter, Herr D***, die in allen Angelegenheiten des Vergabeverfahrens und des Angebotes rechtsverbindlich vertreten, genannt.

In den Formblättern 4 (firmenbezogene Nachweise für Referenzen Fahrzeugausrüstung - ETCS Level 2) gab der Antragsteller vier Referenzprojekte an. Beim erstgenannten Referenzprojekt "ETR 500 ETCS Level 2 Fahrzeugausrüstungen" schien als Auftraggeber "E***" mit 60 ausgerüsteten Fahrzeugen auf. Auftragsbeginn war März 2004 und Auftragsende Dezember 2008. Dem Antragsteller kam die Rolle des Subunternehmers im Konsortium "F***" zu. Dem Antragsteller sei für das Design, die Entwicklung, die Herstellung, die Lieferung, die Zertifizierung und die Inbetriebnahme der "ERTMS Level 2 Geräte" verantwortlich gewesen. Beim 2. Referenzprojekt "G*** ETCS Level 1 und 2 Fahrzeugausrüstung" schien als Auftraggeber die "G***" auf. Zwölf Fahrzeuge seien ausgerüstet worden, wobei der Antragsteller für das Design, die Entwicklung, die Herstellung, die Lieferung, die Zertifizierung und die Inbetriebnahme der ECV Level 1 und 2 Fahrzeugausrüstung zuständig gewesen sei. Außerdem habe der Antragsteller an Abnahmetests und "Übergängen" auf verschiedenen Strecken teilgenommen. Auftragsbeginn sei Juli 2003 und Auftragsende Dezember 2005 gewesen. Beim 3. Referenzprojekt "H*** ETCS Level 2 Fahrzeugausrüstung" wurde als Auftraggeber "I***" genannt. 27 Fahrzeuge seien ausgerüstet worden. Als Auftragsbeginn wurde September 2006 und als Auftragsende März 2009 genannt. Es handle sich um einen laufenden Prozess, der voraussichtlich Mitte 2009 abgeschlossen werde. Dem Antragsteller sei die Rolle des Auftragnehmers zugekommen. Er habe die Verantwortung für das Design, die Entwicklung, die Herstellung, die Lieferung, die Zertifizierung und die Inbetriebnahme der ERTMS Level 2 Fahrzeugausrüstung übernommen. An Tests auf verschiedenen Strecken sei teilgenommen worden. Beim 4. Referenzprojekt "J*** ETCS Level 2 Fahrzeugausrüstung" schien ebenfalls als Auftraggeber "I***" auf. 18 Fahrzeuge seien ausgerüstet worden. Mit dem Auftrag sei im März 2006 begonnen worden. Im Februar 2007 sei der Auftrag beendet worden. Als Auftragnehmer sei der Antragsteller für das Design, die Entwicklung, die Herstellung, die Lieferung und die Inbetriebnahme der "ERTMS Level 1 und 2 EVC Fahrzeugausrüstung" verantwortlich gewesen.

Mit Schriftsatz vom 30.1.2009 wurde der Antragsteller von den Auftraggebern zur Nachreichung folgender Unterlagen aufgefordert:

"Fahrzeugausrüstung ETCS Level 2/Bekanntmachung Sektoren L -

435432-884 Nachforderung von Bewerbungsunterlagen

.....

In obengenannter Angelegenheit ersuchen wir um Nachreichung

Weiters wird zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit um eine firmenmäßig gefertigte Bestätigung der in Formblatt 4 referenzierten Auftraggeber zu der Richtigkeit der Angaben insbesondere bzgl. der Dauer des kommerziellen Betriebes sowie der Rolle des Bewerbers ersucht.

Die diesbezüglichen Unterlagen sind bis zum 10.02.2009, 12.00 Uhr,.... einzureichen.

Der Bewerber ist für das fristgerechte Einreichen der Unterlagen verantwortlich. Die nicht fristgerechte Einreichung der Unterlagen führt zum Ausschluss aus dem Verfahren."

Mit Schreiben vom 3.2.2009 ersuchte der Antragsteller unter Bezugnahme auf das zuletzt genannte Schreiben der Auftraggeber unter anderem um Aufklärung darüber, ob hinsichtlich der Referenzen eine firmenmäßig gefertigte Bestätigung (a) seitens der Bieterin oder (b) der jeweiligen Referenzauftraggeber erforderlich sei. Bei einer erforderlichen Referenzauftraggeberbestätigung werde um Fristerstreckung um eine Woche ersucht, um die geforderten Bestätigungen einholen zu können.

Nach einer Fristverlängerung durch die Auftraggeber bis zum 17.2.2009 übermittelte der Antragsteller fristgerecht Originale und beglaubigte Übersetzungen der Referenzbestätigung der K*** (K***) [in der Folge K***], einer

Schwestergesellschaft der im Teilnahmeantrag genannten E*** und von L*** (in der Folge L***), die eine Tochtergesellschaft der im Teilnahmeantrag genannten G*** (in der Folge G***) ist. Aus der beglaubigten Übersetzung der G*** geht Nachfolgendes hervor:

".....

Betrifft: Bescheinigung über Boardrechner ERTMS Level 2

Entsprechend Ihrem Ersuchen bescheinigen wir hiermit, dass vom

Dezember 2004 bis zum Juli 2006 auf den ETR500 Zügen Nr. 52

Boardrechner ERTMS Level 2 installiert wurden.

Die angeführten Boardrechner verfügen sowohl über die

Funktionsfähigkeit ERTMS Level 2 als auch über die

innerstaatliche Funktionsfähigkeit SCMT.

Die italienischen Hochgeschwindigkeitsstrecken auf denen diese

Boardrechner arbeiten sind in Betrieb seit:

- Rom - Neapel Dezember 2005

- Turin - Novara Februar 2006

- Mailand - Bologna Dezember 2008"

Aus der beglaubigten Übersetzung der L*** geht Nachfolgendes

hervor:

".....Die Firma L***, an welcher G*** zu 51% beteiligt ist und M***

zu 49%, führt die Wartung von 12 Zügen des Typs ATPRD (Serie S- 120) durch, die seit Februar 2008 kommerziell mit ERTMS genutzt werden.

Mit dem heutigen Tag haben die Züge des Typs ATPRD mehr als 2 Millionen km mit Fahrgästen zurückgelegt, davon über 1,5 Millionen unter der Kontrolle des ERTMS Boardsystems von A***. Dieses System, welches in der Lage ist, die ERTMS-Stufen 0,1 und 2 auszurüsten, wurde auch in die 29 AVR-Züge (Serie S-121) eingebaut; die ersten davon (derzeit 6) sind am vergangenen 26. Jänner in den kommerziellen Betrieb abgegangen. Weitere 16 AVGL Einheiten werden ebenso ausgerüstet, wobei vorgesehen ist, dass sie im Verlauf dieses Jahres ihren kommerziellen Dienst aufnehmen.

....."

Mit der am 24.2.2009 übermittelten Telefaxmitteilung teilten die Auftraggeber dem Antragsteller mit, nicht zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen zu werden.

Begründend wurde darin Nachfolgendes ausgeführt:

"Sie wurden mit Schreiben vom 27.01.2009 zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit um eine firmenmäßig gefertigte Bestätigung des in Formblatt 4 referenzierten Auftraggebers zu der Richtigkeit der Angaben insbesondere bezüglich der Dauer des kommerziellen Betriebes sowie der Rolle des Bewerbers ersucht. Die von Ihnen bereitgestellten Nachweise (dem Schreiben der Y*** vom 17.02.2009 beigelegt) zu der Richtigkeit der Angaben in Formblatt 4 sind nicht ausreichend. Aus den Schreiben geht nicht hervor, dass Sie 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, erbracht haben."

In dem an die Auftraggeber gerichteten Schreiben vom 3.3.2009, das von Frau C*** unterzeichnet war, bezog sich der Antragsteller auf die übermittelte Ausschlussentscheidung und ersuchte um Übermittlung von Nachweisen über zumindest 2 Unternehmen weltweit, die die von den Auftraggebern geforderten Kriterien, nämlich Nachweise über die Lieferung von 50 Stück Fahrzeugausrüstungen, aufgeteilt auf wenigstens 2 verschiedene Fahrzeugbaureihen, die seit mindestens einem Jahr im kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 Betrieb stünden, erfüllen würden.

Mit Schriftsatz vom 9.3.2009 brachte der Antragsteller einen auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeber

vom 23.2.2009, den Antragsteller nicht zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren zuzulassen, gerichteten Nachprüfungsantrag ein. In Verbindung damit wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und ein auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 BVergG gestellt. Die genannten Anträge wurden unter der Aktenzahl N/0014-BVA/04/2009 protokolliert. Mit Bescheid vom 16.3.2009, ZI N/0014- BVA/04/2009-EV7, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung teilweise stattgegeben. Mit Schriftsatz vom 9.3.2009 brachte der Antragsteller einen auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeber vom 23.2.2009, den Antragsteller nicht zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren zuzulassen, gerichteten Nachprüfungsantrag ein. In Verbindung damit wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und ein auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 319, BVergG gestellt. Die genannten Anträge wurden unter der Aktenzahl N/0014-BVA/04/2009 protokolliert. Mit Bescheid vom 16.3.2009, ZI N/0014- BVA/04/2009-EV7, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung teilweise stattgegeben.

Begründend wurde im Schriftsatz vom 9.3.2009 sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 24.3.2009 im Wesentlichen ausgeführt, dass der Antragsteller - entgegen der Ansicht der Auftraggeber - den Mängelbehebungsauftrag ordnungsgemäß erfüllt habe. Aus dem Mängelbehebungsauftrag ergebe sich nämlich nicht, dass der Antragsteller zur besagten Lieferung inhaltlich zusätzliche Informationen nachzureichen habe. Vielmehr seien lediglich firmenmäßig gefertigte Bestätigungen gefordert gewesen. Nach der Judikatur könne nur die Nichterfüllung eines klar formulierten Verbesserungsauftrages das Ausscheiden eines Angebotes zur Folge haben. In der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation sei die Nichtzulassung zum Verhandlungsverfahren jedoch nicht durch das vorhergehende Mängelbehebungsschreiben der Auftraggeber gedeckt. Die von den Auftraggebern herangezogene Begründung für den Ausschluss, dass die vom Antragsteller vorgelegten Nachweise nicht ausreichend und weitere Nachweise erforderlich seien, sei jedenfalls auf fehlende präzise Angaben im Aufforderungsschreiben der Auftraggeber vom 30.1.2009 zurückzuführen. Der Aufforderung zur Vorlage weiterer Nachweise hätte der Antragsteller entsprochen. Die Auftraggeber hätten ungeachtet der gesetzlichen Bestimmungen keine konkreten und eindeutigen und für den Bieter damit klar erkennbaren Äußerungen getätigt, worin der Mangel liege, um diesen gegebenenfalls mit geeigneten Mitteln aufzuklären bzw. aus dem Weg räumen zu können. Die in der angefochtenen Entscheidung wiedergegebene Begründung entspreche nicht den tatsächlichen Beweggründen der Auftraggeber, sie sei nicht nachvollziehbar begründet und widerspreche den Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung. Die nun mehr behauptete Nichterfüllung der Kriterien umfasse ein "nachgeschobenes" Begründungselement. Die Auftraggeber hätten nämlich keine Bestätigung, sondern sich einen Vorwand schaffen wollen, um dem Antragsteller auf Grund der - von ihnen verfehlten und diskriminierenden - Interpretation von Punkt III.2.3. Unterpunkt 4 der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag die inhaltliche Nichterfüllung der festgesetzten Kriterien zur technischen Leistungsfähigkeit vorwerfen zu können. Begründend wurde im Schriftsatz vom 9.3.2009 sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 24.3.2009 im Wesentlichen ausgeführt, dass der Antragsteller - entgegen der Ansicht der Auftraggeber - den Mängelbehebungsauftrag ordnungsgemäß erfüllt habe. Aus dem Mängelbehebungsauftrag ergebe sich nämlich nicht, dass der Antragsteller zur besagten Lieferung inhaltlich zusätzliche Informationen nachzureichen habe. Vielmehr seien lediglich firmenmäßig gefertigte Bestätigungen gefordert gewesen. Nach der Judikatur könne nur die Nichterfüllung eines klar formulierten Verbesserungsauftrages das Ausscheiden eines Angebotes zur Folge haben. In der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation sei die Nichtzulassung zum Verhandlungsverfahren jedoch nicht durch das vorhergehende Mängelbehebungsschreiben der Auftraggeber gedeckt. Die von den Auftraggebern herangezogene Begründung für den Ausschluss, dass die vom Antragsteller vorgelegten Nachweise nicht ausreichend und weitere Nachweise erforderlich seien, sei jedenfalls auf fehlende präzise Angaben im Aufforderungsschreiben der Auftraggeber vom 30.1.2009 zurückzuführen. Der Aufforderung zur Vorlage weiterer Nachweise hätte der Antragsteller entsprochen. Die Auftraggeber hätten ungeachtet der gesetzlichen Bestimmungen keine konkreten und eindeutigen und für den Bieter damit klar erkennbaren Äußerungen getätigt, worin der Mangel liege, um diesen gegebenenfalls mit geeigneten Mitteln aufzuklären bzw. aus dem Weg räumen zu können. Die in der angefochtenen Entscheidung wiedergegebene Begründung entspreche nicht den tatsächlichen Beweggründen der Auftraggeber, sie sei nicht nachvollziehbar begründet und widerspreche den Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung. Die nun mehr behauptete Nichterfüllung der Kriterien umfasse ein "nachgeschobenes" Begründungselement. Die Auftraggeber hätten nämlich keine Bestätigung, sondern sich einen Vorwand schaffen wollen, um dem Antragsteller auf Grund der -

von ihnen verfehlten und diskriminierenden - Interpretation von Punkt römisch drei.2.3. Unterpunkt 4 der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag die inhaltliche Nichterfüllung der festgesetzten Kriterien zur technischen Leistungsfähigkeit vorwerfen zu können.

Der Mängelbehebungsauftrag vom 30.1.2009 sei jedenfalls ordnungsgemäß erfüllt worden.

Im Schreiben der L*** werde ausdrücklich die kommerzielle Nutzung seit Februar 2008 bzw. der kommerzielle Betrieb seit Jänner 2008 angeführt. Im Schreiben der K*** würden die Zeitpunkte genau angegeben, seit denen die Strecken mit den zum Einsatz kommenden ETR500 Zügen im Betrieb seien. Entgegen den Darstellungen der Auftraggeber ergebe sich daraus der fahrplanmäßige kommerzielle Betrieb. Dieser erstrecke sich sowohl auf den Betrieb der Fahrzeuge als auch auf den der Strecke. Die Behauptung der Auftraggeber, dass eingesetzte Fahrzeuge von N*** stammen würden, sei unrichtig. Die L*** und die K*** seien jene Stellen, die Auskunft über den Betrieb beim referenzierten Auftraggeber geben könnten. Die von den Auftraggebern angeführte mangelnde Identität zwischen den in den nachgereichten Bestätigungen angeführten und den im Formblatt 4 angegebenen Auftraggebern könnte jedenfalls nicht das Ausscheiden des Antragstellers zur Folge haben.

Bei objektivem Verständnis der Kriterien für die geforderte technische Leistungsfähigkeit habe der Antragsteller die Voraussetzungen nachgewiesen. Dies ergebe sich aus 60 Fahrzeugen, von denen die K*** über 52 Fahrzeuge bestätigt habe, der Fahrzeugbaureihe ETR500, die seit Juli 2006 im Einsatz seien, und aus der Bestätigung der L*** vom 5.2.2009 zu 12 Fahrzeugen der Fahrzeugbaureihe O*** (Serie S-120), die seit Februar 2008 im Einsatz seien und den nicht im Formblatt 4, sondern nur in der Bestätigung vom 5.2.2009 angeführten 29, sich seit Jänner 2009 in Einsatz befindenden Fahrzeugen der Fahrzeugbaureihe P*** (Serie S-121), sowie den 27 nur in Formblatt 4 angeführten Fahrzeugen der Fahrzeugbaureihe H***, die seit November 2008 im Einsatz seien und den ebenfalls nur in Formblatt 4 angeführten 18, sich seit Juni 2007 in Einsatz befindenden Fahrzeugen der Fahrzeugbaureihe Q***.

Die von den Auftraggebern behaupteten "Verdachtumstände" seien daher in Wahrheit nicht existent. Eine Bestätigung der im Formblatt 4 angegebenen Auftraggeber wäre daher nicht notwendig gewesen. Es hätte daher auch eine fehlende Bestätigung nicht zur angefochtenen Entscheidung führen dürfen. Zudem würden die vom Antragsteller vorgelegten Schreiben der K*** vom 6.2.2009 und der L*** vom 5.2.2009 die von den Auftraggebern verlangten Nachweise enthalten.

Entgegen den Darstellungen der Auftraggeber sei eine nachträgliche Angabe von im Teilnahmeantrag nicht genannten Zügen nach Ende der Teilnahmefrist möglich. Die Auftraggeber würden selbst anführen, dass der Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe für das Vorliegen bzw. der Überprüfung der Eignung maßgeblich sei. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe habe jedoch nicht stattgefunden. Zudem würde sich ein Bieter durch nachträgliche Angaben von den im Teilnahmeantrag nicht genannten Zügen keinen Wettbewerbsvorteil verschaffen können, zumal Gang und Ablauf der kommerziellen Betriebsdauer nicht vom Bieter beeinflussbar seien.

Würden die Kriterien für die technische Leistungsfähigkeit im Sinne des Vorbringens der Auftraggeber interpretiert werden, sei die Ausschreibung rechtswidrig, zumal sie sachlich nicht gerechtfertigte diskriminierende Anforderungen aufstellen würden. Handle es sich doch bei der ETCS Level 2 - Technologie um eine sehr junge Technologie, die auf Strecken- und Fahrzeugausrüstungsebene auf Level 2 - Niveau sehr dünn gesät sei. Lediglich 500 Kilometer in Italien und circa 80 Kilometer in der Schweiz seien sowohl streckenmäßig als auch fahrzeugmäßig auf ETCS Level 2 - Niveau ausgerüstet. Im Aufbau bzw. im Testbetrieb fänden sich diese Systeme in Deutschland, Spanien und Frankreich.

Die erkennbare Absicht der Auftraggeber, den Antragsteller offenbar von vornherein von der Teilnahme an diesen Verfahren abzuhalten, sei befremdend und der Europäischen Kommission mitzuteilen. Aus dem Wortlaut der Vorlagen der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 in Punkt III.2.3. zur technischen Leistungsfähigkeit Unterpunkt 4. ergäbe sich, dass lediglich die Fahrzeugbaureihe als solche im kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 Betrieb stehen müsse. Von einem Betrieb der Strecke auf diesem Niveau sei nicht die Rede. Wäre dies jedoch gefordert worden, hätte der Auftraggeber vor dem Wort "stehen" die Wortfolge "auch mit ETCS Level 2 ausgerüsteten Strecken" einfügen müssen. Allerdings sei der Beschaffungsgegenstand nicht auf den Ankauf der Streckenausrüstung, sondern auf die Ausrüstung der Fahrzeuge ausgerichtet gewesen. Das Kriterium für die technische Leistungsfähigkeit sei somit fahrzeugbezogen und nicht streckenbezogen zu verstehen. Die erkennbare Absicht der Auftraggeber, den Antragsteller offenbar von vornherein von der Teilnahme an diesen Verfahren abzuhalten, sei befremdend und der Europäischen Kommission mitzuteilen. Aus dem Wortlaut der Vorlagen der ergänzenden Unterlagen zum

Teilnahmeantrag - Teil 1 in Punkt römisch drei.2.3. zur technischen Leistungsfähigkeit Unterpunkt 4. ergäbe sich, dass lediglich die Fahrzeugbaureihe als solche im kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 Betrieb stehen müsse. Von einem Betrieb der Strecke auf diesem Niveau sei nicht die Rede. Wäre dies jedoch gefordert worden, hätte der Auftraggeber vor dem Wort "stehen" die Wortfolge "auch mit ETCS Level 2 ausgerüsteten Strecken" einfügen müssen. Allerdings sei der Beschaffungsgegenstand nicht auf den Ankauf der Streckenausrüstung, sondern auf die Ausrüstung der Fahrzeuge ausgerichtet gewesen. Das Kriterium für die technische Leistungsfähigkeit sei somit fahrzeugbezogen und nicht streckenbezogen zu verstehen.

Das von den Auftraggebern vertretene enge Verständnis der Kriterien der technischen Leistungsfähigkeit unter dem genannten Punkt führe dazu, dass die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit als von vornherein diskriminierend und darauf hinauslaufend zu interpretieren sei, dass der Antragsteller daran gehindert werde, sich am gegenständlichen Vergabeverfahren zu beteiligen. Unter diesem Aspekt sei auch das genannte Kriterium "2 Fahrzeugbaureihen" in einem anderen Licht zu sehen. Ob ein Navigationssystem in einem Mercedes oder in einem BMW montiert sei, spiele für die Funktionalität keine Rolle. Erst durch die Verknüpfung von "2 Fahrzeugbaureihen" iVm dem Kriterium "Betrieb auf mit ETCS Level 2 ausgestatteten Strecken" seien Anforderungen geschaffen, welche der Antragsteller nicht erfüllen könne. Das von den Auftraggebern vertretene enge Verständnis der Kriterien der technischen Leistungsfähigkeit unter dem genannten Punkt führe dazu, dass die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit als von vornherein diskriminierend und darauf hinauslaufend zu interpretieren sei, dass der Antragsteller daran gehindert werde, sich am gegenständlichen Vergabeverfahren zu beteiligen. Unter diesem Aspekt sei auch das genannte Kriterium "2 Fahrzeugbaureihen" in einem anderen Licht zu sehen. Ob ein Navigationssystem in einem Mercedes oder in einem BMW montiert sei, spiele für die Funktionalität keine Rolle. Erst durch die Verknüpfung von "2 Fahrzeugbaureihen" in Verbindung mit dem Kriterium "Betrieb auf mit ETCS Level 2 ausgestatteten Strecken" seien Anforderungen geschaffen, welche der Antragsteller nicht erfüllen könne.

Als weltweit agierendes und auf die ausgeschriebene Leistung spezialisiertes Unternehmen habe der Antragsteller ein Interesse am Erhalt des ausgeschriebenen Auftrages. Durch die rechtswidrige Vorgangsweise der Auftraggeber würde dem Antragsteller die Möglichkeit genommen, am Verhandlungsverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten. Der daraus resultierende, drohende Schaden setze sich aus dem entgangenen Gewinn und den voraussichtlich nicht kompensierbaren Auslastungsdefiziten zusammen. Der Verlust eines extrem wichtigen Referenzprojektes in diesem Bereich würde sich auch auf zukünftige Vergabeverfahren negativ auswirken.

Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen, wettbewerbsorientierten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens - insbesondere in seinem Recht auf Zulassung zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren und auf Einladung zur Angebotsabgabe - verletzt. Außerdem seien das Recht auf Gleichbehandlung und das Recht, durch die Auftraggeber nicht durch den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung beeinträchtigt zu werden, verletzt.

Mit Schriftsatz vom 12.3.2009 teilte der Auftraggeber zu dem unter der Aktenzahl, ZI N/0014-BVA/04/2009, protokollierten Nachprüfungsantrag mit, dass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handle. Für den als Lieferauftrag zu qualifizierenden Auftragsgegenstand, der im Verhandlungsverfahren vergeben werden solle, sei weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen worden. Zum jetzigen Zeitpunkt befinde sich das Vergabeverfahren im Stadium der Eignungsprüfung jener Bewerber, die Nachweise noch nicht ausreichend erbracht hätten. Außerdem seien bereits die Ausschreibungsunterlagen an sämtliche Bewerber übermittelt worden.

Begründend wurde im Schriftsatz vom 12.3.2009 sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 8.4.2009 ausgeführt, dass der Teilnahmeantrag des Antragstellers zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit vier ausgefüllte "Formblätter 4" mit vier Referenzprojekten und insgesamt 117 Fahrzeugen umfasst habe. Die Auftraggeber, die sich vor Beginn des Vergabeverfahrens informiert hätten und einen Einblick in die "ungefährten" Marktverhältnisse der ausgeschriebenen Fahrzeugausrüstungen hätten, hätten die Angaben des Antragstellers in Zweifel gezogen, zumal im Rahmen eines Kongresses im Juli 2008 in Erfahrung gebracht worden sei, dass in Spanien zu diesem Zeitpunkt keine Strecke mit ETCS Level 2 in kommerziellem Betrieb gestanden sei. Aufgrund dieses Zweifels bzw. dieser Unklarheiten bei den Angaben des Antragstellers sei dieser mit Schreiben vom 27.1.2009 zur Vorlage von Nachweisen aufgefordert worden, um die Angaben in den "Formblättern 4" des Teilnahmeantrages zu belegen bzw. zu erläutern. Entgegen der Ansicht des Antragstellers sei eine über die Angaben im Nachforderungsschreiben hinausgehende Konkretisierung weder geboten noch notwendig. Weder das Gesetz noch die Judikatur fordere Angaben über die Gründe für den Zweifel der

Auftraggeber.

Entgegen der Ansicht des Antragstellers hätte diesem - unter Berücksichtigung des nach der Judikatur anzuwendenden Sorgfaltsmaßstabes eines durchschnittlichen und fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt - klar sein müssen, welche Nachweise seine Bestätigungsschreiben enthalten müssten. Die Aufforderung der Auftraggeber beziehe sich unzweifelhaft auf die Vorgaben zur technischen Leistungsfähigkeit. Die Voraussetzung des kommerziellen Betriebes sei im Aufforderungsschreiben der Auftraggeber explizit angesprochen worden. Dass der Antragsteller im Übrigen das Aufforderungsschreiben der Auftraggeber vom 27.1.2009 auch verstanden habe, gehe aus seinen Bestätigungen der L*** und der K*** hervor. Immerhin werde darin am Rande auf die Aufforderung zur technischen Leistungsfähigkeit eingegangen. Zudem habe der Antragsteller auch eine Nachfrage dahingehend unterlassen, welche Nachweise von den Bestätigungsschreiben umfasst sein sollten.

Die Bestimmung zur technischen Leistungsfähigkeit in Punkt III.2.3. der Teilnahmeunterlagen umfasse vier Voraussetzungen. Dazu zähle der Nachweis über die Lieferung von 50 Stück Fahrzeugausrüstungen ETCS Level 2. Diese müssten auf mindestens zwei verschiedene Fahrzeugbaureihen aufgeteilt sein. Außerdem müssten sich die nachgewiesenen 50 Stück Fahrzeugausrüstungen in Fahrzeugen befinden, die seit mindestens einem Jahr im kommerziellen fahrplanmäßigen Betrieb stünden. Dieser müsse außerdem den ETCS Level 2 betreffen. Die Bestimmung zur technischen Leistungsfähigkeit in Punkt römisch drei.2.3. der Teilnahmeunterlagen umfasse vier Voraussetzungen. Dazu zähle der Nachweis über die Lieferung von 50 Stück Fahrzeugausrüstungen ETCS Level 2. Diese müssten auf mindestens zwei verschiedene Fahrzeugbaureihen aufgeteilt sein. Außerdem müssten sich die nachgewiesenen 50 Stück Fahrzeugausrüstungen in Fahrzeugen befinden, die seit mindestens einem Jahr im kommerziellen fahrplanmäßigen Betrieb stünden. Dieser müsse außerdem den ETCS Level 2 betreffen.

Unrichtig sei, dass der kommerzielle fahrplanmäßige ETCS Level 2 - Betrieb auf einer Strecke möglich sei, die nicht mit ETCS Level 2 ausgestattet sei. Ein Fahrzeug könne nur im ETCS Level 2 - Betrieb stehen, wenn die ETCS Level 2 - Technik für die funktionierende Fahrt des Fahrzeuges ursächlich sei. Eine mit dem Bordcomputer verbundene Fahrzeugantenne zum Senden und Empfang von Informationen kommuniziere mit den auf der Strecke in regelmäßigen Abständen montierten Antennen, die mit Computern auf der Streckenseite verbunden seien. Damit sich das Fahrzeug in Bewegung setzen könne, müsse eine Verbindung zwischen dem Fahrzeug und der Strecke aufgebaut werden, was über die besagten Antennen funktioniere. Die ETCS Level 2 - Technik kommuniziere ähnlich dem Funknetz für Handys über ein GSM-R Funknetz. Bei einer aufgebauten Verbindung würden Informationen über das Fahrzeug an die Strecke und umgekehrt gesendet, sodass der Bordcomputer jederzeit in der Lage sei, Sicherheitsmaßnahmen wie beispielsweise eine Notbremsung bei einem Warnsignal über eine zu hohe Geschwindigkeit vorzunehmen. Ohne Verbindung mit der Strecke könne das Fahrzeug allenfalls mit einem anderen Zugsicherungssystem in Betrieb sein.

Kommuniziere das Fahrzeug mit ETCS Level 1 oder einem nationalen Zugsicherungssystem, sei das Fahrzeug mit ETCS Level 1 oder mit dem nationalen Zugsicherungssystem in Betrieb. Befänden sich mehrere Systeme auf dem Fahrzeug, so müsse, je nachdem welches System genutzt werde, das dazugehörige Gerät aktiviert werden. Das Gerät steuere und überwache die Fahrt, während die anderen Geräte für den Betrieb des Fahrzeuges inaktiv blieben. Die Forderung des Betriebs der Fahrzeuge mit einem anderen Zugsicherungssystem wäre sinnlos, zumal für die Auftraggeber dadurch für den Nachweis der dauerhaften Funktionalität der ETCS Level 2 Fahrzeugausrüstung nichts gewonnen wäre. Dies hätte dem Antragsteller bewusst sein müssen.

Vom Antragsteller seien in der Folge zwei Bestätigungen zu den angegebenen Referenzprojekten vorgelegt worden. Eine stamme vom spanischen Wartungsunternehmen L***, einer Tochtergesellschaft der im Teilnahmeantrag genannten G***, die andere von der italienischen K***. Die Bestätigungsschreiben stammten damit nicht von den im "Formblatt 4" des Antragstellers angegebenen Auftraggebern. Sowohl die italienische K*** als auch die spanische L*** stünden in einem Konzernverhältnis zu den im Formblatt angegebenen Auftraggebern. Eine Wartungsfirma könne auch nicht mit ausreichender Sicherheit Angaben über den kommerziellen Betrieb der Fahrzeuge machen.

Die spanische L*** habe lediglich angegeben, 12 Züge des Typs O*** (Serie S-120) zu warten. In diesen Zügen werde ERMTS kommerziell genutzt. Weitere 29 P***-Züge (Serie S-121) wären mit diesem System ausgestattet, wobei von diesen Zügen seit 26.1.2008 sechs Stück in kommerziellen Betrieb gegangen seien. Nach Ansicht der Auftraggeber seien jedoch die 29 P***-Züge im Teilnahmeantrag nicht genannt, sodass sich der Antragsteller unzulässigerweise einen Wettbewerbsvorteil verschaffe. Die nachträgliche Angabe von im Teilnahmeantrag nicht genannten Referenzen

bzw nach Ablauf der Teilnahmefrist sei unzulässig. Damit habe der Antragsteller die Lieferung der im "Formblatt 4" angegebenen 12 Fahrzeugausrüstungen ETCS Level 2 nachgewiesen. Da im Schreiben der italienischen K*** die Ausrüstung von 52 Zügen ETR500 mit dem Bordrechner ERTMS Level 2 angegeben sei, habe der Antragsteller zwar im Ergebnis mit seinen Schreiben die Lieferung von insgesamt 64 Fahrzeugausrüstungen von zwei verschiedenen Fahrzeugbaureihen nachgewiesen. Es sei jedoch zu berücksichtigen, dass die Angaben der italienischen K*** zum Betrieb streckenbezogen und nicht fahrzeugbezogen seien, sodass kein Nachweis zum kommerziellen fahrplanmäßigen Betrieb der angegebenen Fahrzeugausrüstung ETCS Level 2 erbracht worden sei. Wollte die K*** bestätigen, dass die Fahrzeuge im ETCS Level 2 - Betrieb stünden, so hätte K*** statt der Wortfolge "auf denen diese Bordrechner arbeiten" die Wortfolge "auf denen diese Bordrechner mit ETCS Level 2 arbeiten" verwenden müssen. Im Ergebnis liege daher nur eine (nicht ausreichende) Bestätigung dafür vor, dass 12 Fahrzeuge seit einem Jahr im kommerziellen Betrieb seien.

Darüber hinaus würden im Schreiben der spanischen L*** die Angaben, ob der kommerzielle fahrplanmäßige Betrieb der Züge mit ETCS Level 1 oder ETCS Level 2 stattfinde, fehlen. Die Fahrzeuge könnten damit zwar mit ETCS Level 2 ausgestattet sein, sich aber nicht im kommerziellen Betrieb befinden, da die korrespondierende Streckenausrüstung für ETCS Level 2 fehle. Im Ergebnis weise der Antragsteller damit lediglich eine Voraussetzung nach. Für alle übrigen Voraussetzungen fehle der Nachweis. Die Erfüllung der einzelnen Voraussetzungen sei mit dem vom Antragsteller nachgereichten Nachweisen damit nicht nachgewiesen. Da zudem lediglich zwei von vier im Formblatt 4 angegebene Projekte bestätigt worden seien und diese Bestätigungen noch dazu unzureichend seien, sei davon auszugehen, dass die Angaben der Antragsteller nicht bestätigt werden könnten und damit die technische Leistungsfähigkeit nicht erfüllt werden könne.

Es sei nicht Aufgabe der Auftraggeber, sich von einem Indiz zum nächsten Indiz "durchzuhanteln", bis schlussendlich die geforderten Informationen von den Bewerbern geliefert werden würden. Vielmehr hätten die Bewerber eine Mitwirkungspflicht, die vom Antragsteller im gegenständlichen Vergabeverfahren jedoch nicht wahrgenommen worden sei, sodass dieser zu Recht nicht zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zuzulassen gewesen sei.

Mit Schriftsatz vom 30.3.2009 brachte der Antragsteller einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ein, in dem die Bewilligung der Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Frist zur Bekämpfung der Ausschreibung bzw. der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages beantragt wurde. Zugleich wurde ein Nachprüfungsantrag mit den im Spruch ersichtlichen Begehren in Verbindung mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht, dem mit Bescheid vom 6.4.2009, N/0025- BVA/04/2009-EV5, teilweise stattgegeben wurde. Weiters wurde der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt. Die genannten Anträge wurden unter Aktenzahl N/0025-BVA/04/2009 protokolliert. Mit Schriftsatz vom 30.3.2009 brachte der Antragsteller einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ein, in dem die Bewilligung der Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Frist zur Bekämpfung der Ausschreibung bzw. der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages beantragt wurde. Zugleich wurde ein Nachprüfungsantrag mit den im Spruch ersichtlichen Begehren in Verbindung mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht, dem mit Bescheid vom 6.4.2009, N/0025- BVA/04/2009-EV5, teilweise stattgegeben wurde. Weiters wurde der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt. Die genannten Anträge wurden unter Aktenzahl N/0025-BVA/04/2009 protokolliert.

Begründend wurde im Schriftsatz vom 30.3.2009 sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 15.4.2009 im Wesentlichen vorgebracht, dass der Antragsteller die Referenzanforderungen zur technischen Leistungsfähigkeit unter Punkt III.2.3 der "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag Teil - 1" erfülle. Der Antragsteller habe Fahrzeugausrüstungen für ETCS Level 2 geliefert, die im Fahrzeug eingebaut worden seien und in fahrplanmäßigen Betrieb genommen worden seien. Diese Lieferungen seien nach Italien, Frankreich und Spanien erfolgt. Allerdings sei lediglich die Strecke in Italien durchgehend als Strecke mit ETCS Level 2 ausgerüstet und in durchgehendem Betrieb. Der Antragsteller könne damit nur eine Fahrzeugbaureihe als Referenz angeben, die auf einer Strecke betrieben werde, die selbst durchgehend als Strecke mit dem ETCS Level 2-System ausgerüstet sei. Begründend wurde im Schriftsatz vom 30.3.2009 sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 15.4.2009 im Wesentlichen vorgebracht, dass der Antragsteller die Referenzanforderungen zur technischen Leistungsfähigkeit unter Punkt römisch drei.2.3 der "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag Teil - 1" erfülle. Der Antragsteller habe Fahrzeugausrüstungen für ETCS Level 2 geliefert, die im Fahrzeug eingebaut worden seien und in fahrplanmäßigen Betrieb genommen worden seien. Diese Lieferungen seien nach Italien,

Frankreich und Spanien erfolgt. Allerdings sei lediglich die Strecke in Italien durchgehend als Strecke mit ETCS Level 2 ausgerüstet und in durchgehendem Betrieb. Der Antragsteller könne damit nur eine Fahrzeugbaureihe als Referenz angeben, die auf einer Strecke betrieben werde, die selbst durchgehend als Strecke mit dem ETCS Level 2-System ausgerüstet sei.

Der Antragsteller sei davon ausgegangen, dass es gemäß den Anforderungen zur technischen Leistungsfähigkeit gemäß Punkt III.2.3 Unterpunkt 4. der "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1" nicht auf die Ausrüstung der Strecke mit ETCS Level 2, sondern bloß auf die Ausrüstung der Fahrzeuge mit ETCS Level 2 ankomme. Der Antragsteller habe sich daher auch nicht von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen gefühlt, habe eine Anfechtung der Festlegungen in der genannten Bestimmung unterlassen und sich entschlossen, am Vergabeverfahren teilzunehmen. Es sei daher fristgerecht ein vollständiger und ausschreibungskonformer Teilnahmeantrag mit den geforderten Nachweisen abgegeben worden. Dem Aufforderungsschreiben der Auftraggeber vom 30.1.2009 sei der Antragsteller fristgerecht und vollständig nachgekommen. In der am 23.2.2009 bekannt gegebenen Nicht-Zulassung des Antragstellers zur Teilnahme am weiteren Verhandlungsverfahren sei noch keine nähere Präzisierung dahingehend erfolgt, welchen spezifischen Anforderungen der Antragsteller nicht entsprochen habe. Die Entscheidung der Auftraggeber vom 23.2.2009 sei aber mit einem Nachprüfungsantrag, protokolliert unter der Aktenzahl N/0014-BVA/04/2009, bekämpft worden. Der damit in Verbindung beantragten Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei insofern stattgegeben worden, als die Entscheidung der Auftraggeber vom 23.2.2009 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt worden sei. Der Antragsteller sei davon ausgegangen, dass es gemäß den Anforderungen zur technischen Leistungsfähigkeit gemäß Punkt römisch drei.2.3 Unterpunkt 4. der "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1" nicht auf die Ausrüstung der Strecke mit ETCS Level 2, sondern bloß auf die Ausrüstung der Fahrzeuge mit ETCS Level 2 ankomme. Der Antragsteller habe sich daher auch nicht von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen gefühlt, habe eine Anfechtung der Festlegungen in der genannten Bestimmung unterlassen und sich entschlossen, am Vergabeverfahren teilzunehmen. Es sei daher fristgerecht ein vollständiger und ausschreibungskonformer Teilnahmeantrag mit den geforderten Nachweisen abgegeben worden. Dem Aufforderungsschreiben der Auftraggeber vom 30.1.2009 sei der Antragsteller fristgerecht und vollständig nachgekommen. In der am 23.2.2009 bekannt gegebenen Nicht-Zulassung des Antragstellers zur Teilnahme am weiteren Verhandlungsverfahren sei noch keine nähere Präzisierung dahingehend erfolgt, welchen spezifischen Anforderungen der Antragsteller nicht entsprochen habe. Die Entscheidung der Auftraggeber vom 23.2.2009 sei aber mit einem Nachprüfungsantrag, protokolliert unter der Aktenzahl N/0014-BVA/04/2009, bekämpft worden. Der damit in Verbindung beantragten Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei insofern stattgegeben worden, als die Entscheidung der Auftraggeber vom 23.2.2009 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt worden sei.

Erst durch den im Rahmen des Parteiengehörs vom Bundesvergabeamt übermittelten Schriftsatz der Auftraggeber habe der Antragsteller erstmals davon erfahren, dass die Auftraggeber davon ausgingen, dass der Referenzanforderung "ETCS Level 2 Betrieb" nur entsprochen werde, wenn auch die Strecke selbst, auf der die mit ETCS Level 2 ausgestatteten Fahrzeuge betrieben würden, mit dem ETCS Level 2 -System ausgerüstet seien. Der Antragsteller habe die Frist zur Bekämpfung der gegenständlichen Ausschreibung bzw. der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages gemäß § 321 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 versäumt und begehre bezüglich dieser Versäumnis die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 71 Abs 1 Z 1 AVG. Im gegenständlichen Vergabeverfahren sei dem Antragsteller die Versäumung der Anfechtungsfrist unterlaufen, da er sich in einem - von den Auftraggebern veranlassten - Irrtum über die Auslegung der Teilnahmebedingungen unter Punkt III.2.3. Unterpunkt 4 der "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1" durch die Auftraggeber befunden habe. Erst durch den im Rahmen des Parteiengehörs vom Bundesvergabeamt übermittelten Schriftsatz der Auftraggeber habe der Antragsteller erstmals davon erfahren, dass die Auftraggeber davon ausgingen, dass der Referenzanforderung "ETCS Level 2 Betrieb" nur entsprochen werde, wenn auch die Strecke selbst, auf der die mit ETCS Level 2 ausgestatteten Fahrzeuge betrieben würden, mit dem ETCS Level 2 -System ausgerüstet seien. Der Antragsteller habe die Frist zur Bekämpfung der gegenständlichen Ausschreibung bzw. der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages gemäß Paragraph 321, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 versäumt und begehre bezüglich dieser Versäumnis die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß Paragraph 71, Absatz eins, Ziffer eins, AVG. Im gegenständlichen

Vergabeverfahren sei dem Antragsteller die Versäumung der Anfechtungsfrist unterlaufen, da er sich in einem - von den Auftraggebern veranlassten - Irrtum über die Auslegung der Teilnahmebedingungen unter Punkt römisch drei.2.3. Unterpunkt 4 der "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1" durch die Auftraggeber befunden habe.

Der Antragsteller habe die Kriterien zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bis zum 16.3.2009 nur so verstehen können, wie sie in den "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1" Punkt III.2.3. der technischen Leistungsfähigkeit unter Punkt 4. angeführt und objektiv zu verstehen gewesen wären. Bis zum 16.3.2009 hätte der Antragsteller objektiv keine Möglichkeit gehabt, die Kriterien so zu verstehen, wie sie nun von den Auftraggebern mit Schriftsatz vom 12.3.2009 erläutert und deutlich gemacht worden seien. Nach der von den Auftraggebern vertretenen Interpretationslinie werde der Referenzanforderung zum ETCS Level 2-Betrieb nur entsprochen, wenn sowohl die Strecke als auch das darauf betriebene Fahrzeug mit dem ETCS Level 2-System ausgerüstet seien. Der Antragsteller habe die Kriterien zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bis zum 16.3.2009 nur so verstehen können, wie sie in den "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1" Punkt römisch drei.2.3. der technischen Leistungsfähigkeit unter Punkt 4. angeführt und objektiv zu verstehen gewesen wären. Bis zum 16.3.2009 hätte der Antragsteller objektiv keine Möglichkeit gehabt, die Kriterien so zu verstehen, wie sie nun von den Auftraggebern mit Schriftsatz vom 12.3.2009 erläutert und deutlich gemacht worden seien. Nach der von den Auftraggebern vertretenen Interpretationslinie werde der Referenzanforderung zum ETCS Level 2-Betrieb nur entsprochen, wenn sowohl die Strecke als auch das darauf betriebene Fahrzeug mit dem ETCS Level 2-System ausgerüstet seien.

Der Irrtum über die von den Auftraggebern vertretene Interpretation zu diesem Kriterium habe den Antragsteller daran gehindert, die Ausschreibung bzw. die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages fristgerecht zu bekämpfen. Wäre dem Antragsteller bewusst gewesen, dass die Auftraggeber Punkt III.2.3. Unterpunkt 4. der "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1" in dieser Form handhaben würden, sodass der Antragsteller das Eignungskriterium nicht erfüllen könne, so hätte er jedenfalls die Ausschreibung vor dem Bundesvergabeamt bekämpft. Habe der Bieter/Bewerber ein anderes Verständnis vom Ausschreibungsinhalt haben müssen als vom Auftraggeber später angewendet, sei auch in der Literatur die Zulässigkeit des Wiedereinsetzungsantrages bejaht worden. Der von den Auftraggebern veranlasste Irrtum des Antragstellers über die Handhabung der Kriterien zur technischen Leistungsfähigkeit und die daraus resultierende Unterlassung zur Anfechtung sei das begründende Ereignis für den Wiedereinsetzungsantrag. Erst mit 16.3.2009 habe der Antragsteller Kenntnis über die Ausschreibungsinterpretation der Auftraggeber erlangt. Der bisherige Hinderungsgrund zur Anfechtung sei erst mit diesem Datum weggefallen. Es sei für den Antragsteller nicht vorhersehbar gewesen, dass der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nunmehr auch streckenbezogen und nicht nur fahrzeugbezogen zu verstehen sei. Es wäre in der erwähnten Festlegung vor dem Wort "stehen" die Wortfolge "auf mit ETCS Level 2 ausgerüsteten Strecken" einzufügen gewesen. Die Funktion der Fahrzeugausrüstung würde technisch nicht durch die Funktion der Streckenausrüstung nachgewiesen. Der Antragsteller müsse sich darauf verlassen, dass die Auftraggeber sich an den Text der eigenen Festlegung halten würden, zumal ein anderes Verständnis aus sachlich-technischer Sicht nicht gerechtfertigt gewesen sei. Der Irrtum über die von den Auftraggebern vertretene Interpretation zu diesem Kriterium habe den Antragsteller daran gehindert, die Ausschreibung bzw. die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages fristgerecht zu bekämpfen. Wäre dem Antragsteller bewusst gewesen, dass die Auftraggeber Punkt römisch drei.2.3. Unterpunkt 4. der "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1" in dieser Form handhaben würden, sodass der Antragsteller das Eignungskriterium nicht erfüllen könne, so hätte er jedenfalls die Ausschreibung vor dem Bundesvergabeamt bekämpft. Habe der Bieter/Bewerber ein anderes Verständnis vom Ausschreibungsinhalt haben müssen als vom Auftraggeber später angewendet, sei auch in der Literatur die Zulässigkeit des Wiedereinsetzungsantrages bejaht worden. Der von den Auftraggebern veranlasste Irrtum des Antragstellers über die Handhabung der Kriterien zur technischen Leistungsfähigkeit und die daraus resultierende Unterlassung zur Anfechtung sei das begründende Ereignis für den Wiedereinsetzungsantrag. Erst mit 16.3.2009 habe der Antragsteller Kenntnis über die Ausschreibungsinterpretation der Auftraggeber erlangt. Der bisherige Hinderungsgrund zur Anfechtung sei erst mit diesem Datum weggefallen. Es sei für den Antragsteller nicht vorhersehbar gewesen, dass der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nunmehr auch streckenbezogen und nicht nur fahrzeugbezogen zu verstehen sei. Es wäre in der erwähnten Festlegung vor dem Wort "stehen" die Wortfolge "auf mit ETCS Level 2 ausgerüsteten Strecken" einzufügen gewesen. Die Funktion der Fahrzeugausrüstung würde technisch nicht durch die

Funktion der Streckenausrüstung nachgewiesen. Der Antragsteller müsse sich darauf verlassen, dass die Auftraggeber sich an den Text der eigenen Festlegung halten würden, zumal ein anderes Verständnis aus sachlich-technischer Sicht nicht gerechtfertigt gewesen sei.

Den Antragsteller treffe an dem Irrtum über die Handhabung der Ausschreibungsfestlegung der Auftraggeber kein Verschulden im Sinne des § 71 Abs 1 Z 1 AVG. Der Antragsteller sei keinesfalls auffallend sorglos vorgegangen. Er habe auch die übrigen Fristen eingehalten und entsprechende Schritte bei Unklarheiten gesetzt. Die Festlegung in Punkt III.2.3. Unterpunkt 4. der "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1" sei textlich und technisch klar gewesen, sodass kein Grund zur Anfrage bestanden habe. Den Antragsteller treffe an dem Irrtum über die Handhabung der Ausschreibungsfestlegung der Auftraggeber kein Verschulden im Sinne des Paragraph 71, Absatz eins, Ziffer eins, AVG. Der Antragsteller sei keinesfalls auffallend sorglos vorgegangen. Er habe auch die übrigen Fristen eingehalten und entsprechende Schritte bei Unklarheiten gesetzt. Die Festlegung in Punkt römisch drei.2.3. Unterpunkt 4. der "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1" sei textlich und technisch klar gewesen, sodass kein Grund zur Anfrage bestanden habe.

Mit 16.3.2009 sei das Hindernis für die Bekämpfung der Ausschreibung weggefallen, sodass der Antrag auf Wiedereinsetzung rechtzeitig gestellt worden sei. Gleichzeitig hole der Antragsteller die versäumte Handlung nach und stelle daher einen Nachprüfungsantrag mit den oben angeführten Begehren. Die ETCS Level 2 - Technik sei sehr jung und daher entsprechend selten anzutreffen. Auf der Strecke und im Zugfahrzeug sei diese Technik auf ca. 500 km in Italien und ca. 80 km in der Schweiz zu finden. Dieses System würde sich in Deutschland, Spanien und Frankreich im Aufbau bzw. im Testbetrieb befinden. Die Anforderungen zur technischen Leistungsfähigkeit nach dem Verständnis der Auftraggeber im Schreiben vom 12.3.2009 könnten weltweit von einem einzigen bzw. maximal zwei Unternehmen erfüllt werden. Angesichts dessen, dass weltweit gesehen nur vier Unternehmen die Fahrzeugausrüstungen auf Level 2 Niveau liefern könnten, sei ohnehin nur ein eingeschränkter Wettbewerb auf diesem Gebiet möglich. Das von den Auftraggebern unbeantwortet gebliebene Schreiben des Antragstellers vom 3.3.2009 dokumentiere den Wunsch nach Aufklärung durch die Auftraggeber und nicht die Kenntnis vom Verständnis der Auftraggeber zu den Kriterien zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit. Die Anfrage sei ein Beleg für die Unklarheit über die Absicht der Auftraggeber. Keinesfalls sei darin das von den Auftraggebern vertretene Verständnis der festgelegten Kriterien inkludiert gewesen, zumal auch die Formulierung der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag übernommen worden sei. Die Auftraggeber würden sogar selbst eingestehen, dass auf Grund des Wortlautes auch die Kommunikation mit einem anderen Zugsicherungssystem als mögliches Verständnis für den Ausdruck "ETCS Level 2 - Betriebs" sei und unter dem "ETCS Level 2 - Betrieb" der Betrieb in Form einer Kommunikation der Fahrzeugausrüstung mit Streckenausrüstung ETCS Level 2 aus dem logischen Zusammenhang zu verstehen sei. Ein technischer Beweis sei dafür nicht vorgelegt worden.

Unerklärlich sei deshalb, warum dies nicht bereits in den ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag entsprechend klar formuliert worden sei und derart umfangreiche Argumentation benötigt werde, um etwas derart Selbstverständliches und Selbsterklärendes darzulegen. Der Nachweis einer vom Wortlaut abweichenden, technisch begründeten Bedeutung des Ausschreibungstextes würde jedenfalls ein entsprechendes Sachverständigengutachten erfordern. Die Auftraggeber würden selbst eingestehen, dass auf Grund des Wortlautes auch die Kommunikation mit einem anderen Zugsicherungssystem ein möglicher Ausdruck für einen ETCS Level - 2 Betrieb sei und hätten durch die gewählte Formulierung in den ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 den Irrtum der Antragsteller unabhängig von einer Vorsätzlichkeit oder Fahrlässigkeit veranlasst.

Unrichtig und auch nicht bewiesen sei, dass einem durchschnittlich fachkundigen Unternehmer im Bereich der ETCS - Ausrüstung klar sein müsse, dass der ETCS Level 2 - Betrieb nur bei einer Kommunikation eines mit der ETCS Level 2 - Technik ausgerüsteten Fahrzeuges mit einem mit derselben Technik ausgerüsteten Strecke möglich sei.

Die von den Auftraggebern festgelegte Anzahl der nachzuweisenden Referenzen für die Fahrzeuge sei ebenso wenig sachlich gerechtfertigt wie die Festlegung über die zu erbringenden Referenzen für zwei Fahrzeugbaureihen. Es gebe ausreichend gelindere Mittel ohne derart gravierende wettbewerbseinschränkende Kriterien für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit.

Die Funktionsfähigkeit des Systems sei nicht von der Anzahl der Fahrzeuge abhängig. Beim Argument der Auftraggeber "je mehr desto besser" handle es sich um eine banale Logik. Dafür spiele es keine Rolle, ob dieses Navigationssystem

in dem einen oder anderen Fahrzeugsystem montiert sei. Auch die festgelegte Dauer des Betriebs von einem Jahr sei nicht sachlich begründet, da die Gesamtlebensdauer einer Fahrzeugausrüstung mit ETCS Level 2 ein Vielfaches betrage. Das Kriterium des kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 - Betriebes mit mindestens einem Jahr finde auch im Auftragsgegenstand keine sachliche Rechtfertigung.

Die Verknüpfung des Betriebes der mit der ETCS Level 2 - Technik ausgestatteten Fahrzeuge mit der ETCS Level 2 betriebenen Strecke sei diskriminierend, da der Beschaffungsgegenstand der ETCS Level 2 - Technik nicht an den Ankauf einer Streckenausrüstung, sondern an den einer Fahrzeugausrüstung geknüpft sei. Die genannten Anforderungen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit seien überschießend und rechtswidrig. Zur Klärung dieser Fragen werde die Bestellung eines Sachverständigen auf dem Gebiet der ETCS Level 2 - Eisenbahnausrüstung beantragt.

Als weltweiter Anbieter der ausgeschriebenen Leistung habe der Antragsteller ein Interesse am Vertragsabschluss. Die Festlegung in Punkt III.2.3. Unterpunkt 4. der "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1" - wie sie von den Auftraggebern verstanden worden sei - sei diskriminierend und nehme dem Antragsteller die Möglichkeit, an einem diskriminierungsfreien und wettbewerbsorientierten Verfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten. Dem Antragsteller drohe daher ein Schaden in Form eines entgangenen Gewinnes und eines voraussichtlich nicht kompensierbaren Auslastungsdefizits. Der Verlust eines extrem wichtigen Referenzprojektes wirke sich auf zukünftige Vergabeverfahren auf dem hoch spezialisierten Markt empfindlich negativ für den Antragsteller aus. Als weltweiter Anbieter der ausgeschriebenen Leistung habe der Antragsteller ein Interesse am Vertragsabschluss. Die Festlegung in Punkt römisch drei.2.3. Unterpunkt 4. der "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1" - wie sie von den Auftraggebern verstanden worden sei - sei diskriminierend und nehme dem Antragsteller die Möglichkeit, an einem diskriminierungsfreien und wettbewerbsorientierten Verfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten. Dem Antragsteller drohe daher ein Schaden in Form eines entgangenen Gewinnes und eines voraussichtlich nicht kompensierbaren Auslastungsdefizits. Der Verlust eines extrem wichtigen Referenzprojektes wirke sich auf zukünftige Vergabeverfahren auf dem hoch spezialisierten Markt empfindlich negativ für den Antragsteller aus.

Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht auf einen fairen und lauterer Wettbewerb und auf Gleichbehandlung sowie auf Festlegung vergaberechtskonformer Eignungs- und Auswahlkriterien, auf Vergleichbarkeit der Teilnahmeunterlagen und auf Durchführung eines rechtskonformen, wettbewerbsorientierten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG und in seinem Recht auf diskriminierungsfreie und wettbewerbsorientierte Kriterien zur technischen Leistungsfähigkeit in den Teilnahmeantragsunterlagen verletzt. Außerdem erachte sich der Antragsteller in seinem Recht, durch die Auftraggeber nicht durch den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung beeinträchtigt zu werden, verletzt.

Mit Schriftsatz vom 1.4.2009 wiesen die Auftraggeber darauf hin, dass nach der Mitteilung der Nicht-Zulassungsentscheidung der Antragsteller mit Schreiben vom 3.3.2009 die Auftraggeber zur Übermittlung von Nachweisen über zumindest zwei Unternehmen in der Welt ersucht habe, die die Lieferung von 50 Stück Fahrzeugausrüstungen, aufgeteilt auf wenigstens zwei verschiedene Fahrzeugbaureihen, die mindestens 1 Jahr im kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 - Betrieb stünden, nachweisen könnten.

Aus diesem Schreiben des Antragstellers könne geschlossen werden, dass der Antragsteller Zweifel an der Existenz von zumindest zwei potenziellen Bietern bekommen habe. Dem Antragsteller müsste daher bewusst gewesen sein, dass für den kommerziellen Betrieb mit ETCS Level 2 die Kommunikation des Fahrzeuges mit der Strecke notwendig sei. Das Argument des Antragstellers, erstmals aufgrund des mit 12.3.2009 datierten Schriftsatzes der Auftraggeber Kenntnis davon erlangt zu haben, dass für den kommerziellen Betrieb mit ETCS Level 2 auch die Strecke mit ETCS Level 2 ausgerüstet sein müsste, gehe daher ins Leere. Der Antragsteller habe bereits am 3.3.2009 offensichtlich Kenntnis von dem von ihm bezeichneten "unvorhergesehenen Ereignis" gehabt, sodass der nunmehrige Wiedereinsetzungsantrag als verfristet zu werten sei.

Zudem handle es sich entgegen der Ansicht des Antragstellers bei dem von ihm genannten Wiedereinsetzungsgrund um kein unvorhergesehenes Ereignis. Bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte nämlich anhand des für die Interpretation der Teilnahmeantragsunterlagen heranzuziehenden Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes ersichtlich sein müssen, welche Anforderungen für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

gestellt worden seien. Dass das Fahrzeug selbst und nicht die Fahrzeugausrüstung im kommerziellen fahrplanmäßigen Betrieb stehen müsse, ergebe sich aus dem logischen Zusammenhang. Fahrpläne bestünden nur für Fahrzeuge und nicht für einzelne Fahrzeugteile.

Außerdem beziehe sich die Forderung nach einem mindestens einjährigen, im kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 - Betrieb auf die Fahrzeugbaureihe. Für den Antragsteller hätte klar sein müssen, dass ohne Streckenverbindung das Fahrzeug allenfalls mit einem anderen Zugsicherheitsführungssystem im Betrieb sein könnte. Mit mehreren Zugsicherheitsführungssystemen gleichzeitig könne das Fahrzeug technisch nicht in Betrieb stehen. Außerdem sei in den Teilnahmeunterlagen nicht nur die bloße Existenz einer Streckenausrüstung, sondern auf den ETCS Level 2 - Betrieb abgestellt worden.

Wie sich auch aus dem, mit 3.3.2009 datierten Schreiben des Antragstellers ergebe, sei dem Antragsteller auch kein Irrtum unterlaufen. Gehe doch aus diesem Schreiben hervor, dass der Antragsteller den ETCS Level 2 - Betrieb nur bei einer Kommunikation des Fahrzeuges mit der Strecke für möglich halte. Es liege auch kein Tatbestand vor, der auf einen vorsätzlich von den Auftraggebern veranlassten Irrtum zurückzuführen sei. Bei objektiver Auslegung des Inhaltes der Klausel zur technischen Leistungsfähigkeit hätte der Inhalt klar sein müssen. Außerdem hätte der Antragsteller jederzeit bei den Auftraggebern nachfragen können.

Entgegen der Darstellung des Antragstellers liege auch kein minderer Grad des Verschuldens vor. Auf dem ETCS-Markt hätte einem durchschnittlichen fachkundigen Bieter aus technischer Sicht klar sein müssen, dass der ETCS Level - 2 Betrieb nur bei Kommunikation des Fahrzeuges mit der Strecke möglich sei. Ohne Zugsicherungssystem sei der Betrieb eines Fahrzeuges nicht möglich. Auch aus diesem Grund sei die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unzulässig.

Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers sei die Vorgabe von 50 Fahrzeugen sachlich gerechtfertigt. Das ETCS Level 2-System sei eine neuartige, innovative Technologie. Für ein erfolgreiches Projekt müssten die Bewerber über ausreichende Erfahrung verfügen. Je mehr Fahrzeuge mit dem ETCS Level 2- System ausgerüstet seien, umso mehr könnten Mängel bei den umgesetzten Projekten entdeckt und beseitigt werden. Ebenso seien die geforderten zwei Fahrzeugbaureihen, die geforderte Dauer des Betriebes und die Streckenausrüstung sachlich gerechtfertigt. Bei den geforderten zwei Fahrzeugbaureihen könne die Flexibilität des Bewerbers zur Anpassung an verschiedene Fahrzeuge bewiesen werden, zumal der Einbau der neuartigen ETCS Level 2-Technologie in einen Zug viele Teile umfasse. Einen kommerziellen Betrieb von nur einigen Monaten zu fordern, wäre in diesem Zusammenhang extrem gefährlich. Fraglich sei auch, wie Fehler bei einer Anlage, die sich nur im Stand-by- Betrieb befinde, gefunden werden könnten. Nur die tatsächliche Kommunikation des Fahrzeuges mit einer sich im ETCS Level 2 - Betrieb befindenden Strecke gewährleiste, dass ein Unternehmen über längere Zeit Erfahrung im Bereich der ETCS Level 2 - Fahrzeugausrüstungen habe. Aus diesem Grund seien die Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen jedenfalls sachlich gerechtfertigt. Eine allfällige Einschränkung des Wettbewerbes aus den genannten Gründen sei als sachlich gerechtfertigt und zulässig zu beurteilen.

Außerdem werde angemerkt, dass die Bedenken zu den Anforderungen zur Anzahl der anzugebenden, gelieferten Fahrzeuge, zu den geforderten zwei Fahrzeugbaureihen und zur Dauer des Betriebes von einem Jahr bereits zu einem früheren Zeitpunkt hätten geltend gemacht werden müssen. Dabei handle es sich um kein unvorhergesehenes Ereignis im Sinne des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand.

In der mündlichen Verhandlung am 4.5.2009 wurde Frau C*** als vom Antragsteller zur Einvernahme beantragte Zeugin unter Beiziehung der mit Bescheid vom 21.4.2009, N/0014-BVA/04/2009-19 und N/0025-BVA/04/2009-13, bestellten nichtamtlichen, gerichtlich beeideten Dolmetscherin für die italienische Sprache, Frau R***, einvernommen.

Frau C*** gab an, im Büro in Genua zu arbeiten und als Gebietsmanagerin des Antragstellers für Deutschland, Österreich, Schweiz und Polen tätig zu sein. Sie führte aus, dass das ERMTS-System ein europäischer Standard für Interoperabilität sei, wobei das ETCS-System als Funktionssystem für Zugfahrzeuge ein Teilsystem des ERMTS-Systems sei. Das SCMT-System sei das nationale italienische Zugleitsystem. Mit diesen Systemen würden Unfälle verhindert.

Beim ETCS-System gebe es mit Level 1 und Level 2 unterschiedliche Niveaus. Ein ETCS Level 2 - System bestehe aus einem Schrank mit einer Hard- und Software. Außerdem gehöre dazu ein DMI-Monitor, ein Interface für den Lokführer, ein Funkgerät auf GSM-R-Basis, ein BTM und eine Antenne am Zugfahrzeug. Das BTM und die Antenne würden zum Lesen der Streckeninformationen dienen. Die Balisen auf der Strecke würden Signale zur Antenne am Zugfahrzeug

senden.

Das ETCS Level 2 - Gerät am Zugfahrzeug könne die Informationen, die von den Balisen kämen, unter anderem entschlüsseln. Diese gesendeten Informationen von den Balisen würden vom ETCS Level 2 - Gerät am Zugfahrzeug verarbeitet. Das ETCS Level 2 - System am Zugfahrzeug funktioniere nicht ohne Balisen. Das ETCS Level 2 - System am Zugfahrzeug bewirke, dass sich das Zugfahrzeug nicht von der Stelle bewege, wenn nicht auch am Gleis Balisen montiert wären. Die Antenne am Zugfahrzeug entschlüssele die Informationen, die von den Balisengeräten am Gleis gesendet würden. Damit das ETCS Level 2 - System funktioniere, bedürfe es einer ETCS Level 2 - Ausrüstung am Zugfahrzeug und einer ETCS Level 2 - Ausrüstung auf der Strecke in Form von Balisen und weiterer technischer Bestandteile.

Die Zeugin führte weiter aus, dass das ETCS Level 2 - Gerät am Zugfahrzeug auch auf ETCS Level 1 - Niveau fahren könne, da dieses Gerät flexibel sei. Bei einer vollen Funktionsweise auf ETCS Level 2 - Niveau bedürfe es eines ETCS Level 2 - Gerätes am Zugfahrzeug und einer ETCS Level 2 - Technik auf der Strecke. Es gebe Balisen auf ETCS Level 2 - Niveau, die fix auf der Strecke montiert seien. Es gebe aber auch Balisen auf der Strecke auf ETCS Level 1- Niveau.

Nach Aussage der Zeugin werde beim Verkauf der ETCS Level 2 - Zugfahrzeuggeräte der Kunde darüber informiert, dass für eine volle Funktionsfähigkeit eines ETCS Level 2 - Betriebes ein entsprechendes ETCS Level 2- Gerät auf der Strecke notwendig sei. Ein spanischer Kunde, der ETCS Level 2 - Zugfahrzeuggeräte geordert und installiert habe, habe auf der Strecke sowohl die ETCS Level 1 - Technik als auch die ETCS Level 2 - Technik installiert. Von diesem Kunden werde allerdings nur die ETCS Level 1 - Technik auf der Strecke gefahren. Es seien auch Fallkonstellationen bekannt, bei denen die ETCS Level 2 - Technik für Fahrzeuge bestellt worden sei, obwohl die Streckenausrüstung für die ETCS Level 2 - Technik noch nicht vorhanden oder erst für die Zukunft geplant sei. Sehr selten sei die Konstellation, dass die Bestellung der Streckenausrüstung auf ETCS Level 2 - Niveau erfolge, ohne dass die Fahrzeuge mit der ETCS Level 2 - Technik ausgerüstet wären.

Auf Frage des Antragstellers gab die Zeugin weiter an, dass es Fälle gebe, in denen die Fahrzeuge mit ETCS Level 2 - Technik nicht jedoch die Strecke mit ETCS Level 2 Technik ausgerüstet seien, jedoch schon bewiesen worden wäre, dass die ETCS Level 2 - Technik an den Fahrzeugen funktioniere. Dazu werde auf Tests zur Strecke Madrid - Llerida, die von A*** ausgestattet worden sei, sowie auf die von S*** in Holland, auf die vom Antragsteller in Frankreich und auf die in Belgien von N*** ausgestatteten Strecken verwiesen. Die Funktionsfähigkeit der Fahrzeugausrüstung auf ETCS Level 2 - Niveau könne auch ohne Ausrüstung der Strecke auf ETCS Level 2 - Niveau nachgewiesen werden.

Zur Frage des Antragstellers gab die Zeugin an, dass die Vorgabe von zwei verschiedenen Fahrzeugbaureihen ohne nähere Angabe und Präzisierung insbesondere hinsichtlich der Montagebedingungen zur Unterscheidung in den Ausschreibungsunterlagen mache keinen Sinn.

Die Zeugin betonte weiters, von der von den Auftraggebern vertretenen Interpretation zu den Referenzen erst durch den Schriftsatz vom 16.3.2009 erfahren zu haben, andernfalls wäre bereits zu einem früheren Zeitpunkt dagegen vorgegangen worden. Die Zeugin bestätigte auch, die Konkurrenz auf dem Markt für ETCS Level 2 - Zugfahrzeuggeräte genau zu kennen. Dazu zähle T***, N***, U*** und V***. Die ETCS Level 2 - Technik für Zugfahrzeuge sei eine sehr junge Technik. Für die ETCS Level 2 - Technik kämen hinsichtlich einer Fahrzeug- und Streckenausrüstung nur Strecken in Italien und in der Schweiz in Frage. In Italien sei die ETCS Level 2 - Fahrzeugausrüstung für die Strecken Rom - Neapel, Mailand - Bologna, Turin - Novara teilweise von N*** und teilweise vom Antragsteller (A***) geliefert worden. In der Schweiz sei die ETCS Level 2 - Fahrzeugausrüstung von T***, N*** und möglicherweise von U*** geliefert worden. Die ETCS Level 2 - Streckenausrüstung in Italien für die Strecke Rom - Neapel sei teilweise von A*** und N***, die für die Strecke Mailand - Bologna und Turin - Novara hingegen vom Antragsteller geliefert worden. Die ETCS Level 2 - Streckenausrüstung in der Schweiz stamme sicher von S*** und möglicherweise von N***.

Die Zeugin führte weiters aus, dass der Antragsteller in Italien über das Referenzprojekt zur Lieferung der ETCS Level 2 - Fahrzeugausrüstung verfüge, wobei auch die Strecke auf ETCS Level 2 - Niveau geführt werde. Beim Referenzprojekt des Antragstellers in Spanien für die ETCS Level 2 - Fahrzeugausrüstung werde jedoch die Strecke auf ETCS Level 1 - Niveau geführt. Die genannten Strecken seien im kommerziellen Betrieb. Darüber hinaus gebe es noch andere teilweise im Formblatt 4 angeführte Referenzprojekte. Teilweise seien Referenzprojekte nach der Teilnahmeantragsfrist zugesprochen worden. Bei diesen nach der Teilnahmefrist zugesprochenen Referenzprojekten des Antragstellers wären sowohl die Fahrzeugausrüstung als auch die Streckenausrüstung auf ETCS Level 2 - Niveau. Die von den

Auftraggebern vertretene restriktive diskriminierende Interpretation führe dazu, dass einzelne absolut qualifizierte Unternehmen ausgeschlossen würden und nicht am Verfahren erfolgreich teilnehmen könnten. Abschließend bemerkte der Antragsteller, dass die Vorgangsweise des Antragstellers hinsichtlich der Interpretation der technischen Leistungsfähigkeit III.2.3. (Pkt. 4.) der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag -Teil 1 allenfalls als leichte Fahrlässigkeit bzw. entschuldbare Fehlleistung zu bewerten wäre. Die Forderung nach Referenzen für zwei Fahrzeugbaureihen ohne Unterschied bezüglich der Montagebedingungen oder anderer technischer Parameter habe, für sich gesehen, keinen Erkenntniswert. Der Antragsteller würde durch diese Vorgaben der Auftraggeber nur diskriminiert. Die Beweise würden wie bisher aufrechterhalten und auf die erfolgte Einvernahme der Zeugin verwiesen. Die Zeugin führte weiters aus, dass der Antragsteller in Italien über das Referenzprojekt zur Lieferung der ETCS Level 2 - Fahrzeugausrüstung verfüge, wobei auch die Strecke auf ETCS Level 2 - Niveau geführt werde. Beim Referenzprojekt des Antragstellers in Spanien für die ETCS Level 2 - Fahrzeugausrüstung werde jedoch die Strecke auf ETCS Level 1 - Niveau geführt. Die genannten Strecken seien im kommerziellen Betrieb. Darüber hinaus gebe es noch andere teilweise im Formblatt 4 angeführte Referenzprojekte. Teilweise seien Referenzprojekte nach der Teilnahmeantragsfrist zugesprochen worden. Bei diesen nach der Teilnahmefrist zugesprochenen Referenzprojekten des Antragstellers wären sowohl die Fahrzeugausrüstung als auch die Streckenausrüstung auf ETCS Level 2 - Niveau. Die von den Auftraggebern vertretene restriktive diskriminierende Interpretation führe dazu, dass einzelne absolut qualifizierte Unternehmen ausgeschlossen würden und nicht am Verfahren erfolgreich teilnehmen könnten. Abschließend bemerkte der Antragsteller, dass die Vorgangsweise des Antragstellers hinsichtlich der Interpretation der technischen Leistungsfähigkeit römisch drei.2.3. (Pkt. 4.) der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag -Teil 1 allenfalls als leichte Fahrlässigkeit bzw. entschuldbare Fehlleistung zu bewerten wäre. Die Forderung nach Referenzen für zwei Fahrzeugbaureihen ohne Unterschied bezüglich der Montagebedingungen oder anderer technischer Parameter habe, für sich gesehen, keinen Erkenntniswert. Der Antragsteller würde durch diese Vorgaben der Auftraggeber nur diskriminiert. Die Beweise würden wie bisher aufrechterhalten und auf die erfolgte Einvernahme der Zeugin verwiesen.

Mit Schriftsatz vom 5.5.2009 brachte der Antragsteller vor, dass Ausschreibungen in anderen Ländern im Vergleich zur gegenständlichen Ausschreibung keine "derart restriktiven (und sachlich nicht gerechtfertigten)" Eignungskriterien vorgeben würden. Dazu werde auch auf die Ausschreibung der W*** zum selben Themenkreis verwiesen. Auch die Ausschreibung für die Beschaffung der Streckenausrüstung in Österreich sehe keine derart restriktiven Bestimmungen für Referenzen zum Eignungsnachweis vor. Es handle sich bei der Streckenausrüstung nur um die "andere Seite der Kommunikationsmedaille". Es sei daher davon auszugehen, dass die technischen Eignungskriterien der gegenständlichen Ausschreibung zu Gänze unsachlich seien. Die Einvernahme der aus dem kaufmännischen Bereich stammenden einvernommenen Zeugin C*** sei nicht geeignet, das mehrfach beantragte technische Gutachten zu ersetzen. Es sei daher den Anträgen des Antragstellers stattzugeben.

Mit Schriftsatz vom 7.5.2009 legte der Antragsteller ein Schreiben der W*** und einen Auszug aus dem technischen Lastenheft vor, das nach Angaben des Antragstellers das Vergabeverfahren der W*** zur Beschaffung von Fahrzeugausrüstung ETCS Level 2 betreffe. Im Fall der Bestreitung durch die Auftraggeber werde die Einvernahme von Frau C*** beantragt. Darüber hinaus werde auch darauf verwiesen, dass - soweit sich die Auftraggeber auf die §§ 914, 915 ABGB berufen - eine Äußerung, die mehrere Deutungen zulasse, zum Nachteil desjenigen auszulegen sei, der sich derselben bedient habe. Dies hätte im gegenständlichen Verfahren zum Nachteil der Auftraggeber zu erfolgen. Mit Schriftsatz vom 7.5.2009 legte der Antragsteller ein Schreiben der W*** und einen Auszug aus dem technischen Lastenheft vor, das nach Angaben des Antragstellers das Vergabeverfahren der W*** zur Beschaffung von Fahrzeugausrüstung ETCS Level 2 betreffe. Im Fall der Bestreitung durch die Auftraggeber werde die Einvernahme von Frau C*** beantragt. Darüber hinaus werde auch darauf verwiesen, dass - soweit sich die Auftraggeber auf die Paragraphen 914, 915, ABGB berufen - eine Äußerung, die mehrere Deutungen zulasse, zum Nachteil desjenigen auszulegen sei, der sich derselben bedient habe. Dies hätte im gegenständlichen Verfahren zum Nachteil der Auftraggeber zu erfolgen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Verbindung gemäß § 39 Abs 2 AVG 1991 idgF: römisch eins. Verbindung gemäß Paragraph 39, Absatz 2, AVG 1991 idgF:

Im Hinblick auf die Grundsätze der Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und der Kostenersparnis wurden gemäß §

39 Abs 2 AVG 1991 idgF der unter der Aktenzahl N/0014-BVA/04/2009 protokollierte Nachprüfungsantrag und der unter der Aktenzahl N/0025-BVA/04/2009 protokollierte Nachprüfungsantrag in Verbindung mit einem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden. Im Hinblick auf die Grundsätze der Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und der Kostenersparnis wurden gemäß Paragraph 39, Absatz 2, AVG 1991 idgF der unter der Aktenzahl N/0014-BVA/04/2009 protokollierte Nachprüfungsantrag und der unter der Aktenzahl N/0025-BVA/04/2009 protokollierte Nachprüfungsantrag in Verbindung mit einem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

II. Zuständigkeit und Qualifizierung des Auftrages römisch zwei. Zuständigkeit 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 BVA 16.3.2009, 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; 8.4.2009, N/0016-BVA/04/2009-15). Bei der ÖBB - Personenverkehr AG und der ÖBB - Traktion Gesellschaft mbH handelt es sich um öffentliche Auftraggeber gemäß Paragraph 3, BVergG vergleiche BVA 16.3.2009, 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; 8.4.2009, N/0016-BVA/04/2009-15).

Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag iSv § 5 iVm § 174 BVergG zu qualifizieren. Auf Grund des geschätzten Auftragswertes 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 Auftragswertes ist von einem Auftrag im Oberschwellenbereich auszugehen.

III. Zu Spruchpunkt I. (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand) römisch drei. Zu Spruchpunkt römisch eins. (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand):

1. 1. Ziffer eins Allgemeines

Gemäß § 71 Abs 1 AVG 1991 idgF ist auf Antrag der Partei, die durch die Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet, gegen die Versäumung einer Frist oder einer mündlichen Verhandlung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn gemäß Paragraph 71, Absatz eins, AVG 1991 idgF ist auf Antrag der Partei, die durch die Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet, gegen die Versäumung einer Frist oder einer mündlichen Verhandlung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn

1. 1. Ziffer eins
die Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten oder zur Verhandlung zu erscheinen und sie kein Verschulden oder nur ein minderer Grad des Versehens trifft, oder
2. 2. Ziffer 2
die Partei die Rechtsmittelfrist versäumt hat, weil der Bescheid keine Rechtsmittelbelehrung, keine Rechtsmittelfrist oder fälschlich die Angaben enthält, dass kein Rechtsmittel zulässig sei.

Gemäß § 71 Abs 2 leg cit muss der Antrag auf Wiedereinsetzung binnen 2 Wochen nach Wegfall des Hindernisses oder nach dem Zeitpunkt, in dem die Partei von der Zulässigkeit der Berufung Kenntnis erlangt hat, gestellt werden. Gemäß Paragraph 71, Absatz 2, leg cit muss der Antrag auf Wiedereinsetzung binnen 2 Wochen nach Wegfall des Hindernisses oder nach dem Zeitpunkt, in dem die Partei von der Zulässigkeit der Berufung Kenntnis erlangt hat, gestellt werden.

Gemäß § 71 Abs 3 leg cit hat die Partei im Fall der Versäumung einer Frist die versäumte Handlung gleichzeitig mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachzuholen. Gemäß Paragraph 71, Absatz 3, leg cit hat die Partei im Fall der Versäumung einer Frist die versäumte Handlung gleichzeitig mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachzuholen.

Der Wiedereinsetzungsantrag des Antragstellers richtet sich gegen die Versäumung der Frist zur Bekämpfung der Ausschreibung bzw. der Aufforderung zur Abgabe eines Teilhabeantrages. Als Wiedereinsetzungsgrund gab der

Antragsteller einen von den Auftraggebern veranlassten Irrtum betreffend die Auslegung der Teilnahmebedingungen unter Punkt III.2.3. Unterpunkt 4. der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 durch die Auftraggeber an. Auf Grund dessen sei er gehindert gewesen, die Ausschreibung bzw. die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages fristgerecht zu bekämpfen. Es sei für den Antragsteller bis zum 16.3.2009 nicht vorhersehbar gewesen, dass der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nicht nur fahrzeugbezogen, sondern auch streckenbezogen zu führen sei. An dem Irrtum über die Handhabung der Ausschreibungsfestlegung durch die Auftraggeber treffe den Antragsteller kein Verschulden iSv § 71 Abs 1 Z 1 AVG 1991 idgF. Auch sei der Antragsteller auf keinen Fall auffallend sorglos vorgegangen. Der Wiedereinsetzungsantrag des Antragstellers richtet sich gegen die Versäumung der Frist zur Bekämpfung der Ausschreibung bzw. der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages. Als Wiedereinsetzungsgrund gab der Antragsteller einen von den Auftraggebern veranlassten Irrtum betreffend die Auslegung der Teilnahmebedingungen unter Punkt römisch drei.2.3. Unterpunkt 4. der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 durch die Auftraggeber an. Auf Grund dessen sei er gehindert gewesen, die Ausschreibung bzw. die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages fristgerecht zu bekämpfen. Es sei für den Antragsteller bis zum 16.3.2009 nicht vorhersehbar gewesen, dass der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nicht nur fahrzeugbezogen, sondern auch streckenbezogen zu führen sei. An dem Irrtum über die Handhabung der Ausschreibungsfestlegung durch die Auftraggeber treffe den Antragsteller kein Verschulden iSv Paragraph 71, Absatz eins, Ziffer eins, AVG 1991 idgF. Auch sei der Antragsteller auf keinen Fall auffallend sorglos vorgegangen.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist als Ereignis iSd § 71 Abs 1 Z 1 leg cit nicht nur ein äußeres Ereignis, sondern auch ein "Irrtum" als Ereignis im Sinne der zitierten Bestimmung zu verstehen (vgl VwGH 31.4.2001, ZI 2001/20/0266; Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist als Ereignis iSd Paragraph 71, Absatz eins, Ziffer eins, leg cit nicht nur ein äußeres Ereignis, sondern auch ein "Irrtum" als Ereignis im Sinne der zitierten Bestimmung zu verstehen vergleiche VwGH 31.4.2001, ZI 2001/20/0266;

1.9.2005, 2005/20/0410). Auch ein Rechtsirrtum kann ein solches maßgebliches "Ereignis" iSd § 71 Abs 1 Z 1 leg cit darstellen (vgl VwGH 7.6.2000, ZI 99/01/0337; 18.4.2002, 2001/01/0559; 1.9.2005, 2005/20/0410). Auch ein Rechtsirrtum kann ein solches maßgebliches "Ereignis" iSd Paragraph 71, Absatz eins, Ziffer eins, leg cit darstellen vergleiche VwGH 7.6.2000, ZI 99/01/0337; 18.4.2002, 2001/01/0559;

20.4.2005, 2004/20/0435).

Allerdings ist die Frage, ob aufgrund eines Irrtums die Wiedereinsetzung zu bewilligen ist, von der Verschuldensfrage abhängig. Eine Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hat bei Vorliegen eines minderen Grades des Versehens des Antragstellers zu erfolgen. Ein solcher minderer Grad des Versehens im Sinne von § 71 Abs 1 Z 1 AVG 1991 idgF liegt nur dann vor, wenn es sich um eine leichte Fahrlässigkeit handelt, also dann, wenn ein Fehler begangen wird, den gelegentlich auch ein sorgfältiger Mensch macht (vgl Hinweis 19a zu § 71 AVG bei Hauer/Leukauf, Handbuch des Österreichischen Verwaltungsverfahrens⁶). Allerdings ist die Frage, ob aufgrund eines Irrtums die Wiedereinsetzung zu bewilligen ist, von der Verschuldensfrage abhängig. Eine Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hat bei Vorliegen eines minderen Grades des Versehens des Antragstellers zu erfolgen. Ein solcher minderer Grad des Versehens im Sinne von Paragraph 71, Absatz eins, Ziffer eins, AVG 1991 idgF liegt nur dann vor, wenn es sich um eine leichte Fahrlässigkeit handelt, also dann, wenn ein Fehler begangen wird, den gelegentlich auch ein sorgfältiger Mensch macht vergleiche Hinweis 19a zu Paragraph 71, AVG bei Hauer/Leukauf, Handbuch des Österreichischen Verwaltungsverfahrens⁶).

1. 2.Ziffer 2

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.).

Für die technische Leistungsfähigkeit wird 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 2 verschiedene Fahrzeugbaureihen, die seit mindestens einem Jahr im kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 - Betrieb stehen, erbracht werden muss. Für die technische Leistungsfähigkeit wird 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 2 verschiedene Fahrzeugbaureihen, die seit mindestens einem Jahr im kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 - Betrieb stehen, erbracht werden muss.

Aus der Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters ist im Sinne des angeführten Interpretationsmaßstabes bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG, Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 19.11.2008, 2007/04/20018, 2007/04/0019; 17.11.2004, 2002/04/0078;

16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 14.11.2008, N/0122-BVA/04/2008-48;

11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20 u.a.] die genannte Bestimmung zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit dahingehend zu verstehen, dass nicht nur die Lieferung von Fahrzeugausrüstungen auf ETCS Level 2 - Niveau für wenigstens zwei Fahrzeugbaureihen in Verbindung mit einem fahrplanmäßigen, kommerziellen mindestens einjährigen Betrieb wesentlich ist, sondern dafür auch ein mindestens einjähriger kommerzieller fahrplanmäßiger ETCS Level 2 - Betrieb erforderlich ist.

Entgegen den Ausführungen des Antragstellers im Schriftsatz vom 30.3.2009 war für die Erfüllung der technischen Leistungsfähigkeit daher nicht bloß auf einen "mindestens einjährigen Betrieb" als solchen abzustellen. Vielmehr war dieser mindestens einjährige Betrieb entsprechend den Bestimmungen zur technischen Leistungsfähigkeit unter Punkt 4. zu Punkt III.2.3. in den "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1" dergestalt spezifiziert, dass dieser Betrieb kommerziell fahrplanmäßig auf ETCS Level 2 durchgeführt werden muss. Entgegen den Ausführungen des Antragstellers im Schriftsatz vom 30.3.2009 war für die Erfüllung der technischen Leistungsfähigkeit daher nicht bloß auf einen "mindestens einjährigen Betrieb" als solchen abzustellen. Vielmehr war dieser mindestens einjährige Betrieb entsprechend den Bestimmungen zur technischen Leistungsfähigkeit unter Punkt 4. zu Punkt römisch drei.2.3. in den "Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1" dergestalt spezifiziert, dass dieser Betrieb kommerziell fahrplanmäßig auf ETCS Level 2 durchgeführt werden muss.

Ein solcher mindestens einjähriger, kommerzieller fahrplanmäßiger ETCS Level 2 - Betrieb im Sinn der genannten Bestimmung kann nur dann nachgewiesen werden, wenn nicht nur das Zugfahrzeug, sondern auch die mit diesem Zugfahrzeug zu befahrende Strecke mit der ETCS Level 2 - Technik ausgerüstet ist. Dies ergibt sich nicht nur aus den

Ausführungen der Auftraggeber in den Schriftsätzen, sondern auch aus den Aussagen der in der mündlichen Verhandlung am 4.5.2009 einvernommenen Zeugin C***.

Die Auftraggeber führten aus, es sei unrichtig, dass ein kommerzieller fahrplanmäßiger ETCS Level 2 - Betrieb auf einer nicht mit der ETCS Level 2 - Technik ausgestatteten Strecke erfolgen könne. Sie stützen dies darauf, dass die Funktion des ETCS Level 2 - Betriebs auf einer Kommunikation zwischen dem mit dieser Technik ausgerüsteten Zugfahrzeug und der entsprechenden, ebenfalls mit dieser Technik ausgerüsteten Strecke beruht. Diese Kommunikation findet über die Antennen am Zugfahrzeug, welche mit dem Bordcomputer am Zugfahrzeug verbunden ist, und der Antenne, welche mit einem Computer auf der Strecke verbunden ist, statt. Würde demgegenüber das Fahrzeug mit der ETCS Level 1 - Technik oder mit einem nationalen Zugsicherungssystem kommunizieren, stünde das Fahrzeug mit ETCS Level 1 oder mit dem nationalen Zugsicherungssystem in Betrieb.

Ebenso stellte in der mündlichen Verhandlung vernommene Zeugin, C***, die vom Antragsteller auch im Formblatt 1 seines Teilnahmeantrages als rechtsverbindliche Vertreterin in allen Angelegenheiten des Vergabeverfahrens und des Angebotes genannt wurde, die ETCS Level 2 - Technik glaubwürdig und nachvollziehbar als System dar, das auf einer Kommunikation zwischen der ETCS Level 2 - Technik am Zugfahrzeug und der entsprechend ausgerüsteten Strecke beruht. Insbesondere wurde von der Zeugin dabei mehrfach darauf hingewiesen, dass es für die Funktion des ETCS Level 2 - Systems sowohl einer ETCS Level 2 - Ausrüstung am Zugfahrzeug als auch einer ETCS Level 2 - Ausrüstung auf der Strecke bedürfe. Dies wäre für eine volle Funktionsweise erforderlich. Beim Verkauf des ETCS Level 2 - Gerätes für Zugfahrzeuge werde der Kunde grundsätzlich darüber informiert, dass ein entsprechendes ETCS Level 2 - Gerät auf der Strecke für die volle Funktionsfähigkeit eines ETCS Level 2 - Betriebes notwendig sei.

Auch die die Aussage der Auftraggeber bestätigende Aussage der Zeugin C*** belegt, dass ein durchschnittlich fachkundiger Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt davon ausgehen musste, dass bei einem "ETCS Level 2 - Betrieb" im Sinne der Bestimmungen unter Punkt III.2.3. Unterpunkt 4. der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 nicht nur das Zugfahrzeug mit der ETCS Level 2 - Technik, sondern auch die von diesem befahrene Strecke mit der ETCS Level 2 - Technik ausgerüstet sein muss. Dies muss umso mehr im Fall eines mindestens einjährigen kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 - Betriebs gelten, der in der genannten Bestimmung vorausgesetzt ist. Bei der dargelegte gebotene Interpretation der genannten Bestimmung unter Punkt III.2.3. Unterpunkt 4. der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 bedarf es somit - entgegen der Ansicht des Antragstellers - auch keines ausdrücklichen Hinweises darauf mehr, dass auch die Strecke mit der ETCS Level 2 - Technik ausgerüstet sein muss. Auch die die Aussage der Auftraggeber bestätigende Aussage der Zeugin C*** belegt, dass ein durchschnittlich fachkundiger Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt davon ausgehen musste, dass bei einem "ETCS Level 2 - Betrieb" im Sinne der Bestimmungen unter Punkt römisch drei.2.3. Unterpunkt 4. der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 nicht nur das Zugfahrzeug mit der ETCS Level 2 - Technik, sondern auch die von diesem befahrene Strecke mit der ETCS Level 2 - Technik ausgerüstet sein muss. Dies muss umso mehr im Fall eines mindestens einjährigen kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 - Betriebs gelten, der in der genannten Bestimmung vorausgesetzt ist. Bei der dargelegte gebotene Interpretation der genannten Bestimmung unter Punkt römisch drei.2.3. Unterpunkt 4. der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 bedarf es somit - entgegen der Ansicht des Antragstellers - auch keines ausdrücklichen Hinweises darauf mehr, dass auch die Strecke mit der ETCS Level 2 - Technik ausgerüstet sein muss.

Auf Grund dieser Umstände kann es bei dem vom Antragsteller vertretenen Standpunkt, dass es für die Erfüllung der Anforderungen nach Punkt III.2.3. unter Punkt 4. in den ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 entsprechend dem Text der Festlegung bloß auf die Ausrüstung der Fahrzeuge mit der ETCS Level 2 - Technik ankommt, nicht jedoch die Strecke mit der ETCS Level 2 - Technik ausgerüstet sein muss, nicht von einem "minderen Grad des Versehens" iSv § 71 Abs 1 Z 1 AVG 1991 idgF gesprochen werden. Ein solcher minderer Grad des Versehens stellt aber die Voraussetzung für die Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dar. Auf Grund dieser Umstände kann es bei dem vom Antragsteller vertretenen Standpunkt, dass es für die Erfüllung der Anforderungen nach Punkt römisch drei.2.3. unter Punkt 4. in den ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 entsprechend dem Text der Festlegung bloß auf die Ausrüstung der Fahrzeuge mit der ETCS Level 2 - Technik ankommt, nicht jedoch die Strecke mit der ETCS Level 2 - Technik ausgerüstet sein muss, nicht von einem "minderen

Grad des Versehens" iSv Paragraph 71, Absatz eins, Ziffer eins, AVG 1991 idgF gesprochen werden. Ein solcher minderer Grad des Versehens stellt aber die Voraussetzung für die Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dar.

Selbst die vom Antragsteller im Teilnahmeantrag nominierte Vertreterin Frau C***, ging - wie oben angeführt - davon aus, dass neben einem mit der ETCS Level 2 - Technik ausgerüsteten Zugfahrzeug ein entsprechendes ETCS Level 2 - Gerät auf der Strecke für die volle Funktionsfähigkeit eines ETCS Level 2 - Betriebes notwendig ist. Die Einvernahme von Frau C*** hat der Antragsteller selbst in seinem Schriftsatz vom 15.4.2009 (Seite 4) zum Beweisthema "der Kommunikation zwischen dem mit ETCS Level 2 - ausgerüsteten Fahrzeug und der mit ETCS Level 2 - Technik ausgerüsteten Schiene" beantragt und sich am Schluss der mündlichen Verhandlung am 4.5.2009 nochmals auf deren Aussagen berufen.

Es ist daher nicht nachvollziehbar, dass der Antragsteller nunmehr in seinem Schriftsatz vom 5.5.2009 darauf hinweist, dass Frau C*** aus dem kaufmännischen Bereich stamme und weiter ein technisches Gutachten zu diesem Thema beantragt. Die Einholung eines Gutachtens ist auf Grund der oben dargestellten, eindeutigen Ermittlungsergebnisse nicht erforderlich. Die Auftraggeber stimmen mit der Aussage von Frau C*** darüber überein, dass bei einem mit der ETCS Level 2 - Technik ausgerüsteten Zugfahrzeug ein entsprechendes ETCS Level 2 - Gerät auf der Strecke für die volle Funktionsfähigkeit eines ETCS Level 2 - Betriebes erforderlich ist. Sie bestritten diese nachvollziehbaren und glaubwürdigen Aussage von Frau C*** in der mündlichen Verhandlung ebenso wenig wie die Aussage der genannten Zeugin, dass eine ETCS Level 2 - Fahrzeugausrüstung flexibel sei und auch auf ETCS Level 1 - Niveau fahren könne. Die Zeugin hat im Anschluss an ihre zuletzt zitierte Aussage auch klar gestellt, dass es bei einer vollen Funktionsweise auf ETCS Level 2 - Niveau neben eines mit ETCS Level 2 ausgerüsteten Fahrzeuges einer ETCS Level 2 - Technik auf der Strecke bedarf und darauf hingewiesen, dass der Kunde beim Kauf der ETCS Level 2 - Fahrzeugausrüstung darüber informiert würde, dass er ein entsprechendes ETCS Level 2 - Gerät auf der Strecke benötigt, um die volle Funktionsfähigkeit eines ETCS Level 2 - Betriebes zu haben.

Daran ändert auch nichts, dass bei der in Österreich ausgeschriebenen Beschaffung der ETCS Level 2 - Technik für die Schienen und bei der in Deutschland ausgeschriebenen Beschaffung der ETCS Level 2 - Technik für Zugfahrzeuge keine solchen Anforderungen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit wie im gegenständlichen Verfahren festgelegt worden sind. Für das gegenständliche Vergabeverfahren sind für die Erfüllung der Anforderungen der technischen Leistungsfähigkeit allein die Bestimmungen in den ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 maßgeblich, die von einem interessierten Bewerber innerhalb der in § 321 Abs 2 BVergG vorgesehenen Frist bekämpft werden können. Daran ändert auch nichts, dass bei der in Österreich ausgeschriebenen Beschaffung der ETCS Level 2 - Technik für die Schienen und bei der in Deutschland ausgeschriebenen Beschaffung der ETCS Level 2 - Technik für Zugfahrzeuge keine solchen Anforderungen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit wie im gegenständlichen Verfahren festgelegt worden sind. Für das gegenständliche Vergabeverfahren sind für die Erfüllung der Anforderungen der technischen Leistungsfähigkeit allein die Bestimmungen in den ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 maßgeblich, die von einem interessierten Bewerber innerhalb der in Paragraph 321, Absatz 2, BVergG vorgesehenen Frist bekämpft werden können.

Ob ein spanischer Kunde die ETCS Level 1 - Technik bevorzugt oder ob ein Kunde nur die ETCS Level 2 - Technik für Zugfahrzeuge bestellt und installiert und die Streckenausrüstung für die ETCS Level 2 - Technik erst für die Zukunft plant, kann dahingestellt bleiben. Dies gilt auch für die Angaben der Zeugin unter Hinweis auf Tests in Spanien oder auf Holland, Frankreich und Belgien, dass die Funktion der ETCS Level 2 - Technik an Fahrzeugen schon ohne Ausrüstung der Strecke mit der ETCS Level 2 Technik bewiesen worden sein soll.

In den Bestimmungen unter Punkt III.2.3. Unterpunkt 4. in den ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 wird jedenfalls der Nachweis der Lieferung von 50 Stück Fahrzeugausrüstung, aufgeteilt auf wenigstens 2 verschiedene Fahrzeugbaureihen, die seit mindestens 1 Jahr im kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 - Betrieb stehen, gefordert. Die Frage, ob die Funktionsfähigkeit der ETCS Level 2 - Fahrzeugausrüstung auch ohne Ausrüstung mit der ETCS Level 2 - Technik bewiesen werden könne, wäre allenfalls im Fall einer Bekämpfung der genannten Teilnahmeantragsunterlagen zum genannten Punkt innerhalb der in § 321 Abs 2 BVergG 2006 festgelegten Frist relevant. Eine solche ist - wie unten dargestellt - nicht erfolgt. In den Bestimmungen unter Punkt römisch drei.2.3. Unterpunkt 4. in den ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 wird jedenfalls der Nachweis der Lieferung von 50 Stück Fahrzeugausrüstung, aufgeteilt auf wenigstens 2 verschiedene Fahrzeugbaureihen, die seit mindestens 1

Jahr im kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 - Betrieb stehen, gefordert. Die Frage, ob die Funktionsfähigkeit der ETCS Level 2 - Fahrzeugausrüstung auch ohne Ausrüstung mit der ETCS Level 2 - Technik bewiesen werden könne, wäre allenfalls im Fall einer Bekämpfung der genannten Teilnahmeantragsunterlagen zum genannten Punkt innerhalb der in Paragraph 321, Absatz 2, BVergG 2006 festgelegten Frist relevant. Eine solche ist - wie unten dargestellt - nicht erfolgt.

Inwieweit die Auftraggeber den Irrtum des Antragstellers betreffend die Auslegung der Teilnahmebedingungen unter Punkt III.2.3. Unterpunkt 4. der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 veranlasst haben sollten, ist für das Bundesvergabeamt nicht erkennbar. Vor dem Hintergrund der gebotenen Interpretation der Bestimmungen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit unter Punkt III.2.3. Unterpunkt 4. der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 waren die Zweifel der Auftraggeber an den Angaben des Antragstellers im Formblatt 4 nicht unberechtigt. Der Antragsteller gab selbst in seinem Schriftsatz vom 30.3.2009 an, dass lediglich in Italien (500 km) und der Schweiz (80 km) Strecken mit der ETCS Level 2 - Technik ausgerüstet seien. Im Aufbau bzw Testbetrieb befänden sich die Systeme in Spanien, Frankreich und Deutschland. Inwieweit die Auftraggeber den Irrtum des Antragstellers betreffend die Auslegung der Teilnahmebedingungen unter Punkt römisch drei.2.3. Unterpunkt 4. der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 veranlasst haben sollten, ist für das Bundesvergabeamt nicht erkennbar. Vor dem Hintergrund der gebotenen Interpretation der Bestimmungen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit unter Punkt römisch drei.2.3. Unterpunkt 4. der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 waren die Zweifel der Auftraggeber an den Angaben des Antragstellers im Formblatt 4 nicht unberechtigt. Der Antragsteller gab selbst in seinem Schriftsatz vom 30.3.2009 an, dass lediglich in Italien (500 km) und der Schweiz (80 km) Strecken mit der ETCS Level 2 - Technik ausgerüstet seien. Im Aufbau bzw Testbetrieb befänden sich die Systeme in Spanien, Frankreich und Deutschland.

Im Formblatt 4 hat der Antragsteller Referenzprojekte in Spanien und Frankreich genannt. Die Aufforderung der Auftraggeber vom 30.1.2009 bezieht sich explizit auf den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit sowie auf Formblatt 4 und verlangt darin die Auftraggeberbestätigungen zur Richtigkeit der Angaben des Antragstellers in diesem Formblatt, wobei die Dauer des kommerziellen Betriebes und die Bewerberrolle besonders hervorgehoben wurden. Auf Ersuchen des Antragstellers wurde die Frist für die Beibringung dieser Auftraggeberbestätigungen verlängert, woraus sich ergibt, dass dem Antragsteller bewusst war, dass solche Bestätigungen der Referenzauftraggeber zu erbringen sind.

Die Auftraggeber haben gegenüber dem Antragsteller auch kein Vorgehen an den Tag gelegt, das mit dem des Auftraggebers in der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 27.2.2003, Rs C- 327/00 (Santex SpA), vergleichbar wäre. Die Auftraggeber haben dem Antragsteller auf Anfrage nämlich nicht die Auskunft gegeben, dass die Bestimmung unter Punkt III.2.3. Unterpunkt 4. der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 keine Anwendung finden würde oder dahingehend auszulegen wäre, dass für einen kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 - Betrieb der zwei Fahrzeugbaureihen lediglich die Zugfahrzeuge mit der ETCS Level 2 - Technik ausgerüstet sein müssten. Die Auftraggeber haben gegenüber dem Antragsteller auch kein Vorgehen an den Tag gelegt, das mit dem des Auftraggebers in der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 27.2.2003, Rs C- 327/00 (Santex SpA), vergleichbar wäre. Die Auftraggeber haben dem Antragsteller auf Anfrage nämlich nicht die Auskunft gegeben, dass die Bestimmung unter Punkt römisch drei.2.3. Unterpunkt 4. der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 keine Anwendung finden würde oder dahingehend auszulegen wäre, dass für einen kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 - Betrieb der zwei Fahrzeugbaureihen lediglich die Zugfahrzeuge mit der ETCS Level 2 - Technik ausgerüstet sein müssten.

Auf Grund der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation ist auch nicht davon auszugehen, dass die Auftraggeber gegenüber dem Antragsteller ein "wechselhaftes Verhalten" gezeigt hätten, das als Anlass dafür herangezogen werden könnte, dass in der Folge die Präklusionsfrist für die Anfechtung der Teilnahmeantragsunterlagen bzw. der "Ausschreibung" in die Richtung zu deuten wäre, dass dem Antragsteller die Anfechtung der genannten Bestimmungen übermäßig erschwert worden wäre und daher von einem minderen Grad des Verschuldens des Antragstellers ausgegangen werden müsste.

1. 3.Ziffer 3

Einhaltung der Frist für den Antrag auf Wiedereinsetzung

Abgesehen davon, dass wie oben dargelegt, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht zu bewilligen ist, hätte es der Antragsteller ohnedies auch verabsäumt, einen Wiedereinsetzungsantrag innerhalb der in § 71 Abs 2 AVG 1991 idgF vorgesehenen Frist rechtzeitig einzubringen. Abgesehen davon, dass wie oben dargelegt, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht zu bewilligen ist, hätte es der Antragsteller ohnedies auch verabsäumt, einen Wiedereinsetzungsantrag innerhalb der in Paragraph 71, Absatz 2, AVG 1991 idgF vorgesehenen Frist rechtzeitig einzubringen.

Aufgrund der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeber, den Antragsteller nicht zur weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren zuzulassen, richtete der Antragsteller mit Schreiben vom 3.3.2009 ein Ersuchen an die Auftraggeber zur Übermittlung von Nachweisen über zumindest 2 Unternehmen weltweit, die über die Nachweise der Lieferung von 50 Stück Fahrzeugausrüstungen, aufgeteilt auf wenigstens 2 verschiedene Fahrzeugbaureihen, die mindestens seit einem Jahr im kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 - Betrieb stünden, verfügen würden. Die Rechtfertigung des Antragstellers, dass es sich bei diesem Schreiben vom 3.3.2009 um einen Wunsch nach Aufklärung durch die Auftraggeber handle, vermag nicht zu überzeugen. In diesem Fall wäre an die Auftraggeber vielmehr die Frage zu richten gewesen, weshalb der Antragsteller die Anforderungen der technischen Leistungsfähigkeit gemäß Punkt III.2.3. Unterpunkt 4. der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 nicht erfüllt habe, und dies auch nicht nach den nachträglich von ihm vorgelegten Bestätigungen. Aufgrund der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeber, den Antragsteller nicht zur weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren zuzulassen, richtete der Antragsteller mit Schreiben vom 3.3.2009 ein Ersuchen an die Auftraggeber zur Übermittlung von Nachweisen über zumindest 2 Unternehmen weltweit, die über die Nachweise der Lieferung von 50 Stück Fahrzeugausrüstungen, aufgeteilt auf wenigstens 2 verschiedene Fahrzeugbaureihen, die mindestens seit einem Jahr im kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 - Betrieb stünden, verfügen würden. Die Rechtfertigung des Antragstellers, dass es sich bei diesem Schreiben vom 3.3.2009 um einen Wunsch nach Aufklärung durch die Auftraggeber handle, vermag nicht zu überzeugen. In diesem Fall wäre an die Auftraggeber vielmehr die Frage zu richten gewesen, weshalb der Antragsteller die Anforderungen der technischen Leistungsfähigkeit gemäß Punkt römisch drei.2.3. Unterpunkt 4. der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 nicht erfüllt habe, und dies auch nicht nach den nachträglich von ihm vorgelegten Bestätigungen.

Die Formulierung des Antragstellers im Schreiben vom 3.3.2009 spricht hingegen vielmehr dafür, dass ihm - spätestens zu diesem Zeitpunkt - selbst bewusst geworden ist, dass für einen Nachweis eines mindestens einjährigen, kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 - Betriebs auch eine streckenseitige Ausrüstung auf ETCS Level 2 - Niveau erforderlich ist. In diese Richtung weist auch der vom Antragsteller selbst gegebene Hinweis darauf, dass bei der sehr jungen ETCS Level 2 - Technologie eine Strecken- und Fahrzeugausrüstung auf ETCS Level 2 - Niveau entsprechend "dünn gesät" sei und dafür nur 500 Kilometer in Italien und ca. 80 Kilometer in der Schweiz in Frage kämen. Im Aufbau und im Testbetrieb befänden sich solche Systeme in Deutschland, Frankreich und Spanien.

Im Hinblick auf den Inhalt des Schreibens vom 3.3.2009, das von Frau C*** unterschrieben wurde, kann auch die Zeugin Frau C*** mit ihrer Aussage in der mündlichen Verhandlung am 4.5.2008, erst am 16.3.2009 von der restriktiven Interpretationslinie der Auftraggeber erfahren zu haben, in diesem Punkt nicht überzeugen. Übereinstimmend mit den Angaben des Antragstellers gab sie an, dass es sich bei der ETCS Level 2 - Technik um eine junge neue Technik handelt. Weiters führte sie aus, dass es neben dem Antragsteller auf dem Markt der ETCS Level 2 - Technik nur vier weitere Konkurrenzunternehmen, nämlich T***, N***, U*** und V*** gebe. Nach Ansicht der Zeugin würde die von den Auftraggebern vertretene restriktive, diskriminierende Interpretation dazu führen, dass einzelne absolut qualifizierte Unternehmen ausgeschlossen würden und nicht am Vergabeverfahren erfolgreich teilnehmen könnten.

Der Inhalt des Ersuchens des Antragstellers im Schreiben vom 3.3.2009 ist nur vor dem Hintergrund des Wissens über die eingeschränkte Konkurrenz auf dem Markt der ETCS Level 2 - Technik für Zugfahrzeuge und dem Wissen über die wenigen Strecken, die sowohl mit dieser Technik ausgerüstet sind als auch von mit der ETCS Level 2 - Technik ausgerüsteten Fahrzeugen befahren werden, erklärbar.

Ein anderer Grund, die Auftraggeber zur Übermittlung von Nachweisen betreffend zumindest zweier Unternehmen weltweit, die über die genannten Bedingungen verfügen würden, aufzufordern, ist nicht ersichtlich. Dass dieses Schreiben des Antragstellers vom 3.3.2009 durch die Auftraggeber unbeantwortet geblieben ist, vermag am dargestellten Ergebnis nicht zu ändern.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes beginnt für einen Wiedereinsetzungsantrag in den vorherigen Stand bei einem geltend gemachten Wiedereinsetzungsgrund in Form eines Irrtums die Wiedereinsetzungsfrist mit Wegfall des Irrtums zu laufen (vgl. VwGH 31.1.2007, 2006/08/0301; 21.7.2001, 2000/01/0409). Im Hinblick auf den Inhalt des Schreibens vom 3.3.2009, aufgrund dessen davon auszugehen ist, dass das Hindernis für den vom Antragsteller behaupteten Irrtum über den Inhalt der Anforderungen zur technischen Leistungsfähigkeit in Punkt III.2.3. Unterpunkt 4. der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 spätestens zu diesem Zeitpunkt weggefallen ist, ist der am 30.3.2009 eingebrachte Antrag auf Wiedereinsetzung, der sich gegen den Ablauf der Frist zur Bekämpfung der "Ausschreibung" bzw. "der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages" richtet, als verfristet zu beurteilen. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes beginnt für einen Wiedereinsetzungsantrag in den vorherigen Stand bei einem geltend gemachten Wiedereinsetzungsgrund in Form eines Irrtums die Wiedereinsetzungsfrist mit Wegfall des Irrtums zu laufen (vergleiche VwGH 31.1.2007, 2006/08/0301; 21.7.2001, 2000/01/0409). Im Hinblick auf den Inhalt des Schreibens vom 3.3.2009, aufgrund dessen davon auszugehen ist, dass das Hindernis für den vom Antragsteller behaupteten Irrtum über den Inhalt der Anforderungen zur technischen Leistungsfähigkeit in Punkt römisch drei.2.3. Unterpunkt 4. der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 spätestens zu diesem Zeitpunkt weggefallen ist, ist der am 30.3.2009 eingebrachte Antrag auf Wiedereinsetzung, der sich gegen den Ablauf der Frist zur Bekämpfung der "Ausschreibung" bzw. "der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages" richtet, als verfristet zu beurteilen.

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

Gemäß § 321 Abs 2 Z 2 BVergG sind Anträge auf Nachprüfung der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages spätestens 7 Tage vor Ablauf der Teilnahmefrist einzubringen. Gemäß Paragraph 321, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG sind Anträge auf Nachprüfung der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages spätestens 7 Tage vor Ablauf der Teilnahmefrist einzubringen.

Wie sich aus der Ausschreibungsbekanntmachung in Verbindung mit einer Berichtigung ergibt, waren die Teilnahmeanträge bis zum 26.1.2009 einzubringen. Der erst am 30.3.2009 eingebrachte Nachprüfungsantrag, der sich gegen die gesamte Ausschreibung bzw. Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages der Auftraggeber bzw. gegen die ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag bzw gegen einzelne Bestimmungen davon in Verbindung mit Eventualbegehren richtet, wurde verspätet eingebracht und ist daher als unzulässig zurückzuweisen.

V. zu Spruchpunkt III.römisch fünf. zu Spruchpunkt römisch drei.

Wie sich aus den obigen Erörterungen zu Spruchpunkt I. ergibt, waren die Bestimmungen zur technischen Leistungsfähigkeit unter Punkt III.2.3. Unterpunkt 4. der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 aus der Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt dahingehend auszulegen, dass bei der Lieferung von 50 Stück Fahrzeugausrüstungen, aufgeteilt auf wenigstens 2 verschiedene Fahrzeugbaureihen, auf einen mindestens einjährigen kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 - Betrieb abgestellt ist. Ein solcher ETCS Level 2 - Betrieb erfordert nicht nur eine Ausrüstung des Fahrzeuges mit einer ETCS Level 2 - Technik, sondern auch eine Ausrüstung der Strecke mit der ETCS Level 2 - Technik. Entgegen der Ansicht des Antragstellers bedarf es keines ausdrücklichen Hinweises darauf, dass auch die Strecke mit dieser Technik ausgerüstet sein muss. Wie sich aus den obigen Erörterungen zu Spruchpunkt römisch eins. ergibt, waren die Bestimmungen zur technischen Leistungsfähigkeit unter Punkt römisch drei.2.3. Unterpunkt 4. der ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 aus der Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt dahingehend auszulegen, dass bei der Lieferung von 50 Stück Fahrzeugausrüstungen, aufgeteilt auf wenigstens 2 verschiedene Fahrzeugbaureihen, auf einen mindestens einjährigen kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 - Betrieb abgestellt ist. Ein solcher ETCS Level 2 - Betrieb erfordert nicht nur eine Ausrüstung des Fahrzeuges mit einer ETCS Level 2 - Technik, sondern auch eine Ausrüstung der Strecke mit der ETCS Level 2 - Technik. Entgegen der Ansicht des Antragstellers bedarf es keines ausdrücklichen Hinweises darauf, dass auch die Strecke mit dieser Technik ausgerüstet sein muss.

Die Bestimmungen der Teilnahmeantragsunterlagen sind mangels rechtzeitiger Anfechtung durch die Bewerber bestandfest geworden (vgl. 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.) und als Maßstab für die Beurteilung des Vorliegens der technischen Leistungsfähigkeit heranzuziehen. Die Bestimmungen

der Teilnahmeantragsunterlagen sind mangels rechtzeitiger Anfechtung durch die Bewerber bestandfest geworden (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.) und als Maßstab für die Beurteilung des Vorliegens der technischen Leistungsfähigkeit heranzuziehen.

Wie der Antragsteller in seinem Schriftsatz vom 30.3.2009 selbst angibt, kann er bei Zugrundelegung einer solchen Interpretationslinie nur eine Fahrzeugbaureihe als Referenz angeben, die auf einer Strecke betrieben wird, die selbst durchgehend als Strecke mit ETCS Level 2 ausgerüstet ist. Dies betreffe die Lieferung der Fahrzeugausrüstung an die K***.

Ebenso spricht die Zeugin C*** in der mündlichen Verhandlung davon, dass die Referenz des Antragstellers in Italien die Kriterien der Ausrüstung sowohl der Zugfahrzeuge als auch der von diesen befahrenen Strecke mit der ETCS Level 2 - Technik erfülle. Diese Kriterien würden auch von Referenzen des Antragstellers, die sich auf Projekte bezögen, die nach Ablauf der Teilnahmefrist zugesprochen worden sind. Diese zuletzt von der Zeugin angesprochenen Referenzprojekte könnten jedoch auf Grund der zeitlichen Komponente in den Teilnahmeantragsunterlagen (mindestens einjähriger Betrieb) nicht berücksichtigt werden.

Der Antragsteller räumt damit selbst ein, dass er die in den ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 unter Punkt III.2.3. unter Punkt 4. geforderten Voraussetzungen für die technische Leistungsfähigkeit nicht erbringt, sodass die angefochtene Entscheidung der Auftraggeber, den Antragsteller nicht zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren zuzulassen, bereits aus diesem Grund zu Recht erfolgte. Der Antragsteller räumt damit selbst ein, dass er die in den ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag - Teil 1 unter Punkt römisch drei.2.3. unter Punkt 4. geforderten Voraussetzungen für die technische Leistungsfähigkeit nicht erbringt, sodass die angefochtene Entscheidung der Auftraggeber, den Antragsteller nicht zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren zuzulassen, bereits aus diesem Grund zu Recht erfolgte.

VI. zu Spruchpunkt IV.römisch sechs. zu Spruchpunkt römisch vier.

Gemäß § 319 Abs 1 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, 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 II. und III. ergibt - die unter den Aktenzahlen N/0014-BVA/04/2009 und N/0025-BVA/04/2009 protokollierten Nachprüfungsanträge zurück- bzw. abgewiesen wurden und somit kein Obsiegen des Antragstellers im Sinne vom § 319 Abs 1 BVergG vorliegt, waren die Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren für die unter den genannten Aktenzahlen protokollierten Nachprüfungsanträge abzuweisen. Da - wie sich aus Spruchpunkt römisch zwei. und römisch drei. ergibt - die unter den Aktenzahlen N/0014-BVA/04/2009 und N/0025-BVA/04/2009 protokollierten Nachprüfungsanträge zurück- bzw. abgewiesen wurden und somit kein Obsiegen des Antragstellers im Sinne vom Paragraph 319, Absatz eins, BVergG vorliegt, waren die Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren für die unter den genannten Aktenzahlen protokollierten Nachprüfungsanträge abzuweisen.

Dies gilt auch für die unter den genannten Aktenzahlen protokollierten Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren für die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Zwar wurde dem unter der Aktenzahl N/0014-BVA/04/2009 protokollierten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 16.3.2009, ZI N/0014-BVA/04/2009-EV7, ebenso teilweise stattgegeben wie dem unter der Aktenzahl N/0025-BVA/04/2009 protokollierten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 8.4.2009, ZI N/0025-BVA/04/2009-EV5. Die Nachprüfungsanträge wurden jedoch unter Spruchpunkt II. und III. zurück- bzw. abgewiesen. Dies gilt auch für die unter den genannten Aktenzahlen protokollierten Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren für die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Zwar wurde dem unter der Aktenzahl N/0014-BVA/04/2009 protokollierten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 16.3.2009, ZI N/0014-BVA/04/2009-EV7, ebenso teilweise

stattgegeben wie dem unter der Aktenzahl N/0025-BVA/04/2009 protokollierten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 8.4.2009, ZI N/0025-BVA/04/2009-EV5. Die Nachprüfungsanträge wurden jedoch unter Spruchpunkt römisch zwei. und römisch drei. zurück- bzw. abgewiesen.

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