

TE Verg Bescheid 2009/4/6 N/0025-BVA/04/2009-EV5

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 06.04.2009

Norm

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz idF der Novelle BGBl I Nr 86/2007 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Fahrzeugausrüstung ETCS Level 2, Bekanntmachung Sektoren L-435432-884", der Auftraggeber Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Fahrzeugausrüstung ETCS Level 2, Bekanntmachung Sektoren L-435432-884", der Auftraggeber

1. 1. Ziffer eins
ÖBB-Traktion Gesellschaft mbH, Langauergasse 1, 1150 Wien, 2. ÖBB-Personenverkehr Aktiengesellschaft, Wagramer Straße 17-19, 1220 Wien, vertreten durch die ÖBB-Dienstleistungs GmbH, Clemens-Holzmeister-Straße 6, 1100 Wien, diese vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 30.3.2009, wie folgt entschieden:

Spruch

Die Anträge, das Bundesvergabeamt möge

1. 1.Ziffer eins

"das gesamte gegenständliche Vergabeverfahren bis zum rechtskräftigen Abschluss des Nachprüfungsverfahrens, in eventuelle für die Dauer von zwei Monaten, aussetzen", bzw.

2. 2.Ziffer 2

"die Fortsetzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens untersagen,"

3. 3.Ziffer 3

"in eventuelle den Auftraggeberinnen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Nachprüfungsverfahrens; in eventuelle für die Dauer von zwei Monaten, die Entscheidung über die Zulassung bzw. Nicht-Zulassung zur zweiten Stufe des zweistufigen Vergabeverfahrens untersagen", werden abgewiesen.

Dem in eventuelle gestellten Antrag, "den Auftraggeberinnen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Nachprüfungsverfahrens; in eventuelle für die Dauer von zwei Monaten die Auswahl der Bieter zu untersagen", wird insoweit stattgegeben, als den Auftraggebern bis zum rechtskräftigen Abschluss des unter der Aktenzahl N/0025-BVA/04/2009 protokollierten Nachprüfungsverfahrens die Auswahl der Bieter untersagt wird. Das darüber hinausgehende Begehren wird 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 soll in Form eines Verhandlungsverfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Der Beginn der Vertragslaufzeit wurde mit 1.5.2009 und dessen Ende mit 13.12.2015 festgesetzt. Nach einer Berichtigung waren Teilnahmeanträge bis zum 26.1.2009 einzubringen. Alternativangebote waren ausgeschlossen.

Unter Punkt III.2.3 (Technische Leistungsfähigkeit) wurde in den Teilnahmeantragsunterlagen Nachfolgendes ausgeführt: Unter Punkt römisch drei.2.3 (Technische Leistungsfähigkeit) wurde in den Teilnahmeantragsunterlagen Nachfolgendes ausgeführt:

".....

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."

Die A*** (in der Folge Antragsteller) legte neben anderen Bewerbern einen Teilnahmeantrag mit vier "Formblättern

4". Mit Telefax vom 30.1.2009 wurde der Antragsteller unter

Setzung einer Frist zur Nachreichung von Unterlagen

aufgefordert. Insbesondere wurde darin Folgendes ausgeführt:

".....

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.

....."

Im Schreiben vom 3.2.2009 führte der Antragsteller Folgendes aus:

".....

2. Hinsichtlich der Referenzen ist eine firmenmäßig gefertigte Bestätigung (a) seitens der Bieterin oder (b) der jeweiligen Referenzauftraggeber erforderlich? Sollten Bestätigungen der Referenzauftraggeber erforderlich sein, wird um Fristerstreckung um eine Woche ersucht, um die geforderten Bestätigungen einholen zu können.

....."

Die Fristerstreckung für die Übermittlung der im Schreiben vom 30.1.2009 geforderten ergänzenden Unterlagen wurde von den Auftraggebern gewährt. Die Nachweise waren demgemäß bis zum 17.2.2009 zu übermitteln, wobei von den Auftraggebern darauf hingewiesen wurde, dass der Bewerber für das fristgerechte Einreichen der Unterlagen verantwortlich sei. Das nicht fristgerechte Einreichen habe den Ausschluss aus dem Verfahren zur Folge.

Der Antragsteller reichte Unterlagen nach. Aus der ersten vorgelegten beglaubigten Übersetzung aus der spanischen Sprache vom 5.2.2009 ergab sich, dass die spanische B*** (in der Folge B***) bestätigte, dass die Züge des Typs ATPRD mehr als 2 Millionen km mit Fahrgästen zurückgelegt hätten, davon 1,5 Millionen unter der Kontrolle des ERTMS Bordsystems von A***

Das System, das die "ERTMS-Stufen" 0,1,2 ausführe, sei in die 29 AVR-Züge (Serie S-121) eingebaut, wobei die ersten davon (derzeit 6) am vergangenen 26. Jänner in kommerziellen Betrieb gegangen seien. Weitere 16 AVGL Einheiten würden ebenso ausgerüstet werden, wobei diese im Laufe dieses Jahres ihren kommerziellen Betrieb aufnehmen würden. Aus der zweiten vorgelegten, beglaubigten Übersetzung aus der italienischen Sprache der C*** (in der Folge C***) vom 6.2.2009 ging hervor, dass vom Dezember 2004 bis zum Juli 2006 auf den ETR500 Zügen Nr. 52 Bordrechner "ERTMS Level 2" installiert worden seien. Die Bordrechner würden sowohl über die Funktionsfähigkeit "ERTMS Level 2" als auch über die innerstaatliche Funktionsfähigkeit SCMT verfügen. Die italienischen Hochgeschwindigkeitsstrecken, auf denen diese Bordrechner arbeiten würden, seien auf den Strecken Rom-Neapel seit Dezember 2005, Turin-Novara seit Februar 2006 und Mailand-Bologna seit Dezember 2008 in Betrieb.

Mit Telefaxmitteilung vom 23.2.2009 gaben die Auftraggeber dem Antragsteller die Nicht-Zulassung zur Teilnahme an der 2. Stufe des Vergabeverfahrens bekannt. Begründend hiefür wurde ausgeführt, dass die nachgereichten Nachweise für die Richtigkeit der Angaben im "Formblatt 4" nicht ausreichend seien. Aus diesen ergebe sich nicht, dass 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, erbracht worden sei.

Mit Schriftsatz vom 9.3.2009 brachte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Verbindung mit einem Nachprüfungsantrag ein, mit dem die Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeber vom 23.2.2009, den Antragsteller nicht zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zuzulassen, begehrt wurde. Die 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 insoweit stattgegeben, als die Entscheidung des Auftraggebers vom 23.2.2009, den Antragsteller nicht zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zuzulassen, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt wurde.

Mit Schriftsatz vom 30.3.2009 stellte der Antragsteller einen weiteren Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren. Weiters wurde ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eingebracht, 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 folgendem Begehren eingebracht:

"Die gesamte Ausschreibung/Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages der Auftraggeberinnen/Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahme-antrag/Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag

- -Strichaufzählung
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 eventuelle Punkt 4 der Ergänzenden Unterlagen zum Teilnahmeantrag

- -Strichaufzählung

Teil 1, III.2.3) "Technische Leistungsfähigkeit" (Beilage./B), in eventuelle die dort vorgesehene Textpassage "aufgeteilt auf wenigstens 2 verschiedene Fahrzeugbaureihen", in eventuelle die dort vorgesehene Textpassage "die seit mindestens 1 Jahr im kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 Betrieb stehen", in eventuelle die dort vorgesehene Textpassage "im kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 Betrieb stehen" in eventuelle die dort vorgesehene Textpassage "im ETCS Level 2 Betrieb stehen" für nichtig zu erklären."

Weiters wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Aufnahme der angebotenen Beweise beantragt.

Begründend wurde 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 auf ETCS Level 2, die im Fahrzeug eingebaut worden seien und in fahrzeugmäßigen 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 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 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 auf ETCS Level 2, die im Fahrzeug eingebaut worden seien und in fahrzeugmäßigen 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 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 in Verbindung damit 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 in Verbindung damit 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 den 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 3 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 den 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 3, 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 das vom Auftraggeber später vorgegeben, sei auch in der Literatur die Zulässigkeit des Wiedereinsetzungsantrages bejaht worden. 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 technischer Sicht gesehen sachlich 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 das vom Auftraggeber später vorgegeben, sei auch in der Literatur die Zulässigkeit des Wiedereinsetzungsantrages bejaht worden. 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 technischer Sicht gesehen sachlich nicht gerechtfertigt gewesen sei. Dem 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. Dem 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, die die Auftraggeber im Schreiben von 12.3.2009 vorgesehen hätten, 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.

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. Die Funktionsfähigkeit des Systems sei nicht von der Anzahl der Fahrzeuge abhängig. 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 seien - seien 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 seien - seien 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. Durch die rechtswidrige Ausschreibung bzw. Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages werde der Antragsteller an der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen. Könnten die Auftraggeber das Vergabeverfahren beenden, würde der Rechtsschutz für den Antragsteller faktisch ins Leere gehen, da der Antragsteller mangels Kenntnis weiterer Entscheidungen, insbesondere der Zulassung zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens und der Zuschlagsentscheidung nicht in der Lage wäre, diese zu bekämpfen. Selbst bei Aufhebung der angefochtenen Ausschreibung vor Abschluss des Vergabeverfahrens würde der Antragsteller nicht aufzuholende Wettbewerbsnachteile erleiden, könnte er am weiteren Vergabeverfahren, nämlich an der Anbotslegung und den Verhandlungen nicht teilnehmen. Es gebe kein entgegenstehendes Interesse, das die Interessen des Antragstellers an den beantragten Maßnahmen überwiegen würde. Selbst bei einer faktischen weiteren Beteiligung am Vergabeverfahren wäre der effektive Schutz der Rechte des Antragstellers nicht sichergestellt, da ohne die rechtlich verbindliche Geltung einer einstweiligen Maßnahme die Auftraggeber ihr faktisches Entgegenkommen jederzeit beenden könnten. Hingewiesen werde auch auf den Vorrang des provisorischen Rechtsschutzes und das öffentliche Interesse an der Einhaltung der maßgeblichen vergaberechtlichen Vorschriften und die Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter und die Verpflichtung des Auftraggebers, eine Verzögerung des Vergabeverfahrens durch ein mögliches Nachprüfungsverfahren bei der zeitlichen Planung der Ausschreibungsdurchführung zu berücksichtigen. Ohne Erlassung der einstweiligen Verfügung könnten die Auftraggeber das Vergabeverfahren fortführen, Verhandlungen durchführen und letztlich den Zuschlag erteilen. Der Antragsteller hätte keine Möglichkeit mehr am Verfahren teilzunehmen. Eine bloße ex post Feststellung und ein allfälliger Schadenersatz könnten die Möglichkeit am Erhalt des Auftrages nicht aufwiegen. Ein entgegenstehendes Interesse der Auftraggeber liege nicht vor.

Mit Schriftsatz vom 1.4.2009 teilten die Auftraggeber 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 "technischen Aufklärung der Bewerber über die Anforderungen der Auftraggeber". Mit Schreiben vom 23.2.2009 sei dem Antragsteller die Entscheidung zur Nicht-Zulassung zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens mit der Begründung mitgeteilt worden, dass die vom Antragsteller bereitgestellten Nachweise zur Richtigkeit der Angaben in Formblatt 4 nicht ausreichend seien. Daraufhin habe der Antragsteller mit Schreiben vom 3.3.2009 die Auftraggeber zur Übermittlung von Nachweisen über zumindest zwei Unternehmen in der Welt ersucht, 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 mehr als 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 minder 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.

Aufgrund der bereits vom BVA am 16.3.2009 zur Aktenzahl N/0014- BVA/04/2009-EV7 erlassenen einstweiligen Verfügung, sei der Antragsteller für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ohnehin so zu behandeln, als wäre die Entscheidung nicht getroffen worden. Die begehrten Eventualanträge zur Untersagung der Auswahl von Bietern, zur Untersagung der Entscheidung zur Nicht-Zulassung zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens seien inhaltlich bereits

mit der Erlassung der einstweiligen Verfügung abgedeckt. Dem Antragsteller drohe zu diesen Punkten daher kein unmittelbarer Schaden, sodass dem Antragsteller auch aus diesem Grund die Antragslegitimation für die genannten Eventualanträge fehle.

Ein besonderes öffentliches Interesse ergebe sich auf Grund der europarechtlich verbindlichen Rechtsvorschriften. Mit Ablauf des Jahres 2010 seien entsprechend den europarechtlichen Vorgaben Neubaustrecken nur noch mit dem ETCS-System zu betreiben. Es werde auch in diesem Zusammenhang auf die sich erst kürzlich ereigneten Eisenbahnunfälle verwiesen, die mit ETCS Level 2 verhindert hätten werden können. Es gelte daher die Zugsysteme möglichst rasch umzusetzen und zu vereinfachen, um einen höheren Sicherheitsstandard zu erzielen. Die Auftraggeber stünden unter großem zeitlichen Druck, die europarechtlichen Vorgaben zu ETCS umzusetzen. Die kostenintensiven, ausschließlich mit ETCS Level 2 betriebenen, zwei Neubaustrecken seien im Jahr 2012 fertig zu stellen. Wären die beiden Neubaustrecken nicht zu befahren, würde dies für die Auftraggeber einen Verlust von Millionen Euros bedeuten.

Außerdem sei die ETCS Level 2-Technik ein sehr junges Projekt, das sehr zeitintensiv sei und einem langwierigen und vielschichtigen Denkprozess unterliege. Eine Aussetzung des Vergabeverfahrens wäre mit erheblichen Verzögerungen verbunden. Das Gebot, die europarechtlichen Vorgaben zu erfüllen, sei eine gewichtige und für die Auftraggeber unabdingbare Begründung für die Fortführung des Vergabeverfahrens.

Auch alle übrigen Bewerber hätten im Hinblick auf die Weltwirtschaftskrise und auf die Größenordnung des ausgeschriebenen Auftrages Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens. Auch die Mitteilung der Europäischen Kommission sei zu berücksichtigen, wonach angesichts des Ausnahmecharakters der aktuellen Wirtschaftslage eine rasche Durchführung umfangreicher öffentlicher Arbeiten notwendig sei. Diese Dringlichkeit rechtfertige einen Rückgriff auf das beschleunigte Verfahren. Diese Mitteilung der Europäischen Kommission sei den Auftraggebern zum nur 3 Tage später stattfindenden Zeitpunkt der Veranlassung der Bekanntmachung der Mitteilung noch nicht bekannt gewesen, sodass eine entsprechende Reaktion darauf nicht möglich gewesen sei. Auch die Anhebung der Schwellenwerte für die Direktvergabe durch die Regierung zeige die Notwendigkeit, Investitionen öffentlicher Auftraggeber zu beschleunigen.

Es bestehe daher zum jetzigen Zeitpunkt ein außerordentliches Interesse der Unternehmer am ehest möglichen Zuschlag. Eine Interessenabwägung müsse zum Ergebnis kommen, dass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beziehungsweise die Eventualanträge aufgrund der gewichtigeren, besonderen öffentlichen Interessen, der Interessen der Auftraggeber, sowie der sonstigen Bewerber und mangels Beschwer des Antragstellers zurück- bzw. abzuweisen seien. Außerdem sei nur die gelindeste, noch zum Ziel führende, vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

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

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 3 und 4 BVergG rechtzeitig ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG.Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG rechtzeitig ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Mit dem Vorbringen, wonach mit der bereits am 16.3.2009 erlassenen einstweiligen Verfügung, ZI N/0014-BVA/04/2009-EV7, mit der die Aussetzung der Entscheidung zur Nicht-Zulassung des Antragstellers zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens verfügt wurde, die nunmehrigen Eventualbegehren gerichtet auf Untersagung der Auswahl von Bietern und auf Untersagung der Entscheidung zur Nicht-Zulassung zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens bereits abgedeckt wären, lassen die Auftraggeber folgende Möglichkeit außer Acht. Bei einer Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den unter der Aktenzahl N/0014-BVA/04/2009 protokollierten Nachprüfungsantrag vor dem unter der Aktenzahl N/0025-BVA/04/2009 protokollierten Nachprüfungsantrag würde auch die Wirkung der für die Dauer des unter der Aktenzahl N/0014-BVA/04/2009 protokollierten Nachprüfungsverfahrens erlassenen einstweiligen Verfügung vom 16.3.2009 wegfallen.

Damit würde dem Antragsteller in der Folge bis zur erst später zu treffenden Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den unter der Aktenzahl N/0025-BVA/04/2009 protokollierten Nachprüfungsantrag sehr wohl ein Schaden drohen, da die Auftraggeber die Fortführung des Vergabeverfahrens und den Zuschlag planen, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen des Antragstellers rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Antragsteller nicht mehr am weiteren Verfahren beteiligt wird, droht dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch auf Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren und auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagsentscheidung und -erteilung an den Antragsteller ermöglicht.

Laut Stellungnahme der Auftraggeber wurde im gegenständlichen Verfahren weder ein Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen.

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.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs. 2 leg cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, leg cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs. 3 leg cit ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von

Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, leg cit ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung bringen die Auftraggeber gestützt auf die verpflichtenden europarechtlichen Vorgaben, Neubaustrecken bis zum Ablauf des Jahres 2012 nur noch mit ETCS zu betreiben, sowohl öffentliche als auch Interessen der Auftraggeber vor. Im Hinblick auf diese Vorgaben stünden die Auftraggeber bei der Umsetzung auf Grund des technisch extrem komplexen Vorhabens und der langwierigen und vielschichtigen Denk- und Entscheidungsprozesse unter großem zeitlichen Druck.

Im Hinblick auf dieses Vorbringen der Auftraggeber ist auf den noch offenen, mehr als zweieinhalbjährigen Umsetzungszeitraum zu verweisen. Der Hinweis der Auftraggeber auf die technische Komplexität sowie die Ausführungen zu den langwierigen und vielschichtigen Denk- und Entscheidungsprozessen alleine vermag jedoch nicht zu überzeugen. Dies gilt auch für das Vorbringen, dass durch die ETCS Level 2 - Technik die sich erst kürzlich ereigneten Eisenbahnunfälle hätten verhindert werden können. Es handelt sich dabei um eine pauschale Darlegung, ohne dass auch nur der Versuch unternommen worden wäre, dieses Vorbringen in irgendeiner Art und Weise zu konkretisieren oder unter Beweis zu stellen. Dieses unsubstantiierte Vorbringen kann somit nicht Grundlage einer Interessenabwägung iSd § 329 Abs 1 BVergG sein (vgl. BVA 6.6.2008, N/0056-BVA/04/2008-EV7; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7; 20.10.2003, 13N-112/03-7; 12.8.2003, 10N- 137/03-7 u.a.). Im Hinblick auf dieses Vorbringen der Auftraggeber ist auf den noch offenen, mehr als zweieinhalbjährigen Umsetzungszeitraum zu verweisen. Der Hinweis der Auftraggeber auf die technische Komplexität sowie die Ausführungen zu den langwierigen und vielschichtigen Denk- und Entscheidungsprozessen alleine vermag jedoch nicht zu überzeugen. Dies gilt auch für das Vorbringen, dass durch die ETCS Level 2 - Technik die sich erst kürzlich ereigneten Eisenbahnunfälle hätten verhindert werden können. Es handelt sich dabei um eine pauschale Darlegung, ohne dass auch nur der Versuch unternommen worden wäre, dieses Vorbringen in irgendeiner Art und Weise zu konkretisieren oder unter Beweis zu stellen. Dieses unsubstantiierte Vorbringen kann somit nicht Grundlage einer Interessenabwägung iSd Paragraph 329, Absatz eins, BVergG sein (vergleiche BVA 6.6.2008, N/0056-BVA/04/2008-EV7; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7; 20.10.2003, 13N-112/03-7; 12.8.2003, 10N- 137/03-7 u.a.).

Soweit sich die Auftraggeber bei den gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen der sonstigen Bewerber auf die Darlegungen der Europäischen Kommission vom 19.12.2008 stützen, die in der derzeitigen Wirtschaftslage eine Rechtfertigung für den Rückgriff auf das beschleunigte Verfahren sieht, und sich auf die Wirtschaftskrise beziehen, so ist dem entgegen zu halten, dass die Auftraggeber gegenständlich kein beschleunigtes Verfahren durchgeführt haben. Der oben behauptete zeitliche Umsetzungsdruck und die langwierigen Denk- und Entscheidungsprozesse sind im Übrigen den Auftraggebern schon länger als die von ihnen zitierte, oben genannte Darlegung der Europäischen Kommission bekannt gewesen.

Zu den von den Auftraggebern vorgebrachten finanziellen Einbußen, die auf eine nicht mögliche geplante Inbetriebnahme von zwei Neubaustrecken zurückzuführen seien, ist darauf hinzuweisen, dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller Mehraufwand für die Auftraggeber ergeben kann. Dies liegt jedoch in der Natur der Sache. Als Begründung für eine Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist dies jedoch untauglich, da ansonsten die Erlassung einer einstweiligen Verfügung fast immer verhindert und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausgeschaltet würde (vgl. BVA 13.12.2007, N/0118-BVA/04/2007-EV12; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 11.10.2004, 07N-95/04- 10 u.v.a.). Zu den von den Auftraggebern vorgebrachten finanziellen Einbußen, die auf eine nicht mögliche geplante Inbetriebnahme von zwei Neubaustrecken zurückzuführen seien, ist darauf hinzuweisen, dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller

Mehraufwand für die Auftraggeber ergeben kann. Dies liegt jedoch in der Natur der Sache. Als Begründung für eine Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist dies jedoch untauglich, da ansonsten die Erlassung einer einstweiligen Verfügung fast immer verhindert und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausgeschaltet würde vergleiche BVA 13.12.2007, N/0118-BVA/04/2007- EV12; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 11.10.2004, 07N-95/04- 10 u.v.a.).

Zudem besteht auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 24.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008- BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten. Zudem besteht auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 24.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008- BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Soweit der Antragsteller die Untersagung der Entscheidung über die Zulassung bzw Nicht-Zulassung zur zweiten Stufe des zweistufigen Vergabeverfahrens begehren, ist darauf zu verweisen, dass es sich dabei um eine bereits von den Auftraggebern getroffene Entscheidungen handelt, die nicht mehr untersagt werden können. Diese könnte allenfalls ausgesetzt werden. Ein solches Begehren wurde jedoch nicht gestellt.

Zur Abweisung der Anträge auf Aussetzung des gesamten gegenständlichen Vergabeverfahrens bzw auf Untersagung der Fortsetzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens wird auf § 329 Abs 2 letzter Satz BVergG verwiesen. Danach ist bei einer einstweiligen Verfügung jeweils die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen. Bei der Untersagung der Auswahl der Bieter handelt es sich um die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme. Im Gegensatz zur beantragten Aussetzung des gesamten gegenständlichen Vergabeverfahrens bzw Untersagung der Fortsetzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens wird durch die angeordnete vorläufige Maßnahme die Handlungsfähigkeit der Auftraggeber nur im unbedingt notwendigen Ausmaß beschränkt. Es ist daher die Untersagung der Auswahl der Bieter als gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Diese wurde nicht mit der Dauer von zwei Monaten begrenzt, sondern für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens verhängt, da im Hinblick auf das Vorbringen des Antragstellers und der beantragten Bestellung eines Sachverständigen nicht absehbar ist, ob mit der Dauer von zwei Monaten das Auslangen gefunden werden kann. Zur Abweisung der Anträge auf Aussetzung des gesamten gegenständlichen Vergabeverfahrens bzw auf Untersagung der Fortsetzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens wird auf Paragraph 329, Absatz 2, letzter Satz BVergG verwiesen. Danach ist bei einer einstweiligen Verfügung jeweils die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen. Bei der Untersagung der Auswahl der Bieter handelt es sich um die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme. Im Gegensatz zur beantragten Aussetzung des gesamten gegenständlichen Vergabeverfahrens bzw Untersagung der Fortsetzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens wird durch die angeordnete vorläufige Maßnahme die Handlungsfähigkeit der Auftraggeber nur im unbedingt notwendigen Ausmaß beschränkt. Es ist daher die Untersagung der Auswahl der Bieter als gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Diese wurde nicht mit der Dauer von zwei Monaten begrenzt, sondern für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens verhängt, da im Hinblick auf das Vorbringen des Antragstellers und der beantragten Bestellung eines Sachverständigen nicht absehbar ist, ob mit der Dauer von zwei Monaten das Auslangen gefunden werden kann.

Zuletzt aktualisiert am

29.04.2009

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