jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2008/5/28 2007/04/0232

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 28.05.2008

Index

E3L E06302000;
E3L E06303000;
E6C;
E6J;
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);
40/01 Verwaltungsverfahren;
97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

31989L0665 Rechtsmittel-RL Art1 Abs3;
62001CC0249 Hackermüller Schlussantrag;
62001CJ0249 Hackermüller VORAB;
ABGB §863;
AVG §38;
BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitdd;
BVergG 2006 §246 Abs1;
BVergG 2006 §246 Abs3;
BVergG 2006 §269;
BVergG 2006 §320 Abs1 Z2;
BVergG 2006 §351 Z1;

Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):2007/04/0233

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Marzi, über die Beschwerden der M Ltd. in London, vertreten durch die Hausmaninger Kletter Rechtsanwälte-Gesellschaft m.b.H. in 1010 Wien, Franz Josefs-Kai 3, und Dr. Kathrin Hornbanger, Rechtsanwältin in 1010 Wien, Zelinkagasse 6, gegen die Bescheide des Bundesvergabeamtes 1.) vom 7. Dezember 2007, Zl. N/0087-BVA/08/2007-257 (protokolliert zur hg. Zl. 2007/04/0232), betreffend Nachprüfung der Auswahl des "preferred bidder" im Verhandlungsverfahren, und 2.) vom 14. Dezember 2007, Zlen. N/0114-BVA/08/2007-57 und N/0117- BVA/08/2007-42 (protokolliert zur hg. Zl. 2007/04/0233), betreffend Nachprüfung einer Ausscheidensentscheidung (erstmitbeteiligte Partei in beiden

Verfahren: V GmbH & Co KG in Graz, vertreten durch die Dr. Rudolf Lessiak Rechtsanwalts GmbH in 1010 Wien, Börseplatz - Börsegasse 10, zweitmitbeteiligte Partei im Verfahren Zl. 2007/04/0232: S AG in Wien, vertreten durch Siemer - Siegl - Füreder & Partner Rechtsanwälte in 1010 Wien, Dominikanerbastei 10), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von insgesamt EUR 712,30, der erstmitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.486,80 und der zweitmitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 495,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren der mitbeteiligten Parteien wird abgewiesen.

Begründung

Die Erstmitbeteiligte leitete mit einem Aufruf zum Wettbewerb gemäß § 207 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006) durch eine am 13. Juni 2006 erfolgte Sektoren-Vergabebekanntmachung ein Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb gemäß § 192 Abs. 5 BVergG 2006 im Oberschwellenbereich ein. Gegenstand dieses Vergabeverfahrens sind Generalunternehmerleistungen für die Planung und Ausführung (so u.a. die Auslegung, Fertigung, Verpackung, Transport, Lieferung, Montage, Abnahme, Inbetriebnahme, Probebetrieb, Schulung, Dokumentation und Übernahme) eines schlüsselfertigen, betriebsbereiten Gas- und Dampfturbinen-Kombinationskraftwerks in M samt Instandhaltungsleistungen für die geplante schlüsselfertige Wartung und ungeplante Wartungsmaßnahmen (Langzeitwartungsvertrag). Im Kraftwerk soll in zwei getrennten Linien Erdgas zuerst über eine Gasturbine verfeuert werden; mit den Verbrennungsgasen wird sodann Wasserdampf erzeugt, der in jeder Linie eine Dampfturbine antreibt. Die aus der Erdgasverbrennung gewonnene Energie wird daher sowohl über Gasturbinen als auch über Dampfturbinen in Bewegungsenergie umgesetzt, die ihrerseits über Generatoren in elektrische Energie umgewandelt wird. Die dabei anfallende Wärme soll außerdem als Fernwärme ausgekoppelt werden.

Auf Grund der eingelangten Teilnahmeanträge lud die Erstmitbeteiligte sowohl die beschwerdeführende Partei als auch die zweitmitbeteiligte Partei ein, auf Basis der Ausschreibungsunterlagen vom 28. Juli 2006 ein Angebot bis zum 29. November 2006 abzugeben. Die beschwerdeführende Partei legte ein Erstangebot vom 28. November 2006 und, nach einer ersten Verhandlungsrunde mit der Erstmitbeteiligten, ein verbessertes Angebot vom 4. Juni 2007. Nach einer zweiten Verhandlungsrunde am 2. und 3. Juli 2007 wurden die Bieter mit Schreiben vom 16. Juli 2007 zu einer "Letztangebotsabgabe" aufgefordert. Gleichzeitig teilte die Erstmitbeteiligte zu dieser Aufforderung mit, dass sie sich wegen der hohen Auslastung der Zulieferindustrie für Kraftwerkskomponenten zum Zweck der Sicherung eines Liefer- bzw. Fertigstellungstermines entschlossen habe, das Bieterauswahlverfahren zu beschleunigen und - gemäß den bekannt gemachten Zuschlagskriterien in der Ausschreibung vom 28. Juli 2006 - einen "preferred bidder" auszuwählen, mit dem die Gespräche zur Finalisierung eines unterschriftsreifen Vertrages weitergeführt werden sollen. Als Voraussetzung für die Auswahl dieses "preferred bidder" wurde u.a. festgelegt, dass der Bieter im Angebotsvergleich Bestbieter sein müsse und seine Angebotsbindefrist bis 31. Juli 2008 verlängere. Vor Ablauf der Letztangebotsfrist am 27. Juli 2007 überreichte die beschwerdeführende Partei ihr Letztangebot.

Mit Schreiben vom 5. September 2007 gab die Erstmitbeteiligte bekannt, dass nach der Bewertung der Letztangebote das Angebot der Zweitmitbeteiligten mit einem Vorteil in der Bewertung von 1,8% erstgereiht und diese daher als "preferred bidder" ausgewählt worden sei. Mit Nachprüfungsantrag vom 19. September 2007 begehrte die beschwerdeführende Partei bei der belangten Behörde die Nichtigerklärung dieser Auftraggeberentscheidung.

Mit der "Ausscheidensentscheidung" vom 20. November 2007 teilte die Erstmitbeteiligte der beschwerdeführenden Partei mit, dass ihr Angebot gemäß § 269 Abs. 1 Z. 1 bis 5 und 7 sowie Abs. 3 BVergG 2006 ausgeschieden werde. Als Ausscheidungsgrund wurde zunächst angeführt, die beschwerdeführende Partei habe die unter Punkt 2.7.1. der Ausschreibungsbedingungen anzubietende Garantiefrist von 36 Monaten nicht angeboten. Vielmehr habe sie eine Garantiefrist von 24 Monaten und danach "optional" eine Garantie für weitere 12 Monate angeboten, wobei sie aber für den letztgenannten Teil der Garantie keinen verbindlichen Preis genannt habe. "Noch krasser" sei die Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes der beschwerdeführenden Partei in Bezug auf Punkt 8.2.3. der Ausschreibungsbedingungen, wonach für die gesamte Dauer der 36- monatigen Garantiefrist auch eine Verfügbarkeitsgarantie für die Gesamtanlage eingeräumt werden müsse. Diese Verfügbarkeitsgarantie im Ausmaß von

36 Monaten fehle auch im Letztangebot der beschwerdeführenden Partei vom 27. Juli 2007, obwohl diese eine entsprechende Ergänzung ihres Angebotes in der Verhandlungsrunde vom 2./3. Juli 2007 zugesagt habe. Ein Vertreter der beschwerdeführenden Partei habe dazu in einem Schreiben vom 6. August 2007 mitgeteilt, dass eine "Verlängerung der Verfügbarkeitsgarantie deshalb im Angebot fehlt, weil sie nicht angeboten wird" und klargestellt, dass die optional angebotene Verlängerung der Garantiefrist auf 36 Monate nicht für die Verfügbarkeitsgarantie gelte (Zitat des Vertreters der beschwerdeführenden Partei in der Ausscheidensentscheidung: "That means, availability guarantee ends 24 months after take over"). Als weiteren Ausscheidungsgrund führte die Erstmitbeteiligte (u.a.) an, die beschwerdeführende Partei habe entgegen ihrer Zusage in der zweiten Verhandlungsrunde die Lieferung der Teile nicht, wie dies unter Punkt 3.6.8. der Ausschreibungsbedingungen gefordert worden sei, "delivered duty paid" angeboten, sondern "delivered duty unpaid", weil das Letztangebot vom 27. Juli 2007 bloß eine unverbindliche Kostenschätzung (betreffend die Zölle) enthalten habe.

Mit Schriftsätzen vom 27. November 2007 und vom 4. Dezember 2007 beantragte die beschwerdeführende Partei bei der belangten Behörde die Nichtigerklärung der genannten Ausscheidensentscheidung vom 20. November 2007.

Mit dem erstangefochtenen Bescheid vom 7. Dezember 2007 wies die belangte Behörde den Nachprüfungsantrag betreffend die Entscheidung über die Auswahl des "preferred bidder" (sowie den damit verbundenen Antrag auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühren) ab. In der Begründung stellte sie unter der Überschrift "Sachverhalt inklusive des wesentlichen Gangs des Nachprüfungsverfahrens" den Gang des Vergabeverfahrens, den Verlauf des Nachprüfungsverfahrens und die dahinter stehenden Erwägungen der belangten Behörde sowie (zum Teil damit vermengt) die von ihr als erwiesen angenommenen Sachverhaltselemente dar. In der rechtlichen Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Entscheidung über die Auswahl des "preferred bidder" ging die belangte Behörde von der gesonderten Anfechtbarkeit dieser Auftraggeberentscheidung und, gestützt auf die hg. Erkenntnisse vom 28. März 2007, Zl. 2005/04/0200, und vom 12. September 2007, Zl. 2005/04/0181, von der Rechtsansicht aus, dass ein auszuscheidender bzw. ein zu Recht bereits ausgeschiedener Bieter nicht erfolgreich gegen eine Vergabeentscheidung des Auftraggebers vorgehen könne, sodass auch bei der gegenständlichen Auftraggeberentscheidung ("preferred bidder") zunächst als Vorfrage das Vorliegen der Ausscheidensgründe zu prüfen sei. Bei dieser Beurteilung gelangte die belangte Behörde zusammengefasst zum Ergebnis, dass die von der Erstmitbeteiligten in der Ausscheidensentscheidung genannten Gründe für das Ausscheiden des Angebotes der beschwerdeführenden Partei vorlägen, weil in diesem Angebot sowohl die verlangten Garantien für die Anlage als auch der Preis für Anlagenteile, der den Zollaufwand beinhalten müsse ("delivered duty paid"), fehle:

Im Einzelnen ging die belangte Behörde davon aus, dass im Angebot der beschwerdeführenden Partei ein Preis für die Option der Verlängerung der Garantie- bzw. Gewährleistungsfrist auf 36 Monate fehle. Beleg dafür sei (so die belangte Behörde offenbar unter Bezugnahme auf die im Bescheid vom 7. Dezember 2007 auf S. 12 unten und S. 15 wiedergegebenen Aussagen der Zeugen in der Verhandlung), dass die beschwerdeführende Partei entgegen den Wünschen der Erstmitbeteiligten und entgegen den Ausschreibungsunterlagen eine Gewährleistung bzw. Garantie bewusst nur für die Dauer von 24 Monaten habe anbieten wollen. Dies ergebe sich auch daraus, dass die ursprünglich angebotene Dauer der Gewährleistung bzw. Garantie von 24 Monaten im Letztangebot bloß als "Option" auf 36 Monate verlängert worden sei. Das Fehlen eines Preises für diese Verlängerung der Gewährleistung bzw. Garantie auf 36 Monate stelle eine Unvollständigkeit bzw. Fehlerhaftigkeit des Letztangebotes dar. Aufgrund der Zeugenaussagen könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Ausdehnung der Gewährleistung bzw. Garantie von 24 auf 36 Monate habe kostenlos erfolgen sollen. Das Fehlen eines Preises für die letzten 12 Monate der Gewährleistungs- bzw. Garantiefrist sei kein verbesserungsfähiger Mangel, weil auch dieser Preis in die Bewertung des Angebotes einfließe und eine Bekanntgabe dieses Preises erst nach Ablauf der Letztangebotsfrist die Wettbewerbsstellung der beschwerdeführenden Partei verbessert hätte. Soweit die beschwerdeführende Partei in ihrem Nachprüfungsantrag meine, dass der Preis für die Erweiterung der Gewährleistung bzw. Garantie auf 36 Monate auch nach Abgabe der Letztangebote bekannt gegeben hätte werden können, weil nach dem Einlangen der Letztangebote noch eine Verhandlung mit dem "preferred bidder" vorgesehen gewesen sei, so sei ihr entgegen zu halten, dass sie schon in der Verhandlungsrunde vom 2./3. Juli 2007 darauf hingewiesen worden sei, dass sie ihr Letztangebot in diesem Punkt vervollständigen müsse und dass die Auswahl des "preferred bidder" bereits auf der Basis dieses Letztangebotes erfolgen solle. Die beschwerdeführende Partei habe daher nicht nur den

Ausscheidungstatbestand des § 269 Abs. 1 Z. 5 BVergG 2006, sondern, weil sie die in der zweiten Verhandlungsrunde verlangte Aufklärung betreffend den Preis für die anzubietende Garantie nicht gegeben habe, auch den Tatbestand des § 269 Abs. 3 BVergG 2006 verwirklicht.

Der letztgenannte Tatbestand sei auch, so die belangte Behörde im erstangefochtenen Bescheid vom 7. Dezember 2007 weiter, in Bezug auf eine andere Ausschreibungsbedingung verwirklicht. Die von der beschwerdeführenden Partei bekannt gegebenen Preise (für Anlagenteile zur Instandhaltung) beinhalteten keine Zölle, sodass sie entgegen der Ausschreibung nicht "nicht exakt DDP" (gemäß Incoterms 2000) angeboten habe. Vielmehr habe sie bloß eine Schätzung des Zollaufwandes in ihr Angebot aufgenommen, sodass in diesem Punkt eine vergleichende Bewertung ihres Angebotes nicht möglich sei.

Schließlich sah die belangte Behörde den Ausscheidenstatbestand des § 269 Abs. 1 Z. 5 BVergG 2006 auch deshalb als erfüllt an, weil die "im Rahmen präkludierter Vorfestlegungen geforderte Verfügbarkeit der Gesamtanlage von 36 Monaten" im Letztangebot der beschwerdeführenden Partei nicht enthalten gewesen sei. Die verlangte Verfügbarkeitsgarantie betreffend die Gesamtanlage werde jedenfalls durch eine Garantie bloß für die Gasturbine nicht erfüllt.

Mit dem zweitangefochtenen Bescheid vom 14. Dezember 2007 wies die belangte Behörde die genannten Nachprüfungsanträge vom 27. November 2007 und vom 4. Dezember 2007, gerichtet auf die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung der Erstmitbeteiligten vom 20. November 2007 u.a. gemäß den §§ 320 ff BVergG 2006 ab. In der Begründung verwies sie zur entscheidenden Frage des Vorliegens der Ausscheidensgründe sowohl hinsichtlich des festgestellten Sachverhaltes als auch bezüglich der rechtlichen Beurteilung "im Sinne der Verfahrensökonomie" auf den genannten erstangefochtenen Bescheid vom 7. Dezember 2007, in dem sie dieses Thema bereits als Vorfrage abgehandelt habe, und zitierte diesen Bescheid sodann wörtlich (und zur Gänze) in der Begründung des zweitangefochtenen Bescheides. Zum Ausscheidensgrund des fehlenden Angebotes betreffend die Verfügbarkeitsgarantie der Gesamtanlage führte die belangte Behörde ergänzend aus, sogar die von der beschwerdeführenden Partei namhaft gemachten Zeugen hätten in der Verhandlung vor der belangten Behörde ausgesagt, dass die maßgeblichen Entscheidungsträger der beschwerdeführenden Partei während des gesamten Vergabeverfahrens eine Gesamtverfügbarkeitsgarantie von lediglich 24 Monaten hätten anbieten wollen und somit gerade nicht für die Dauer von 36 Monaten. Die Garantie über die Verfügbarkeit der Gesamtanlage in der Dauer von 36 Monaten sei aber in der Ausschreibung zwingend und nicht bloß als Option verlangt worden.

Gegen diese beiden Bescheide vom 7. und 14. Dezember 2007 richten sich die vorliegenden Beschwerden, zu denen die belangte Behörde die Verwaltungsakten vorgelegt und, ebenso wie die mitbeteiligten Parteien, Gegenschriften erstattet hat. Zu diesen hat die beschwerdeführende Partei repliziert.

Mit Beschluss vom 25. Februar 2008, B 2337/07-20, hat der Verfassungsgerichtshof die Behandlung einer Parallelbeschwerde gegen den Bescheid vom 14. Dezember 2007 abgelehnt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die beiden Beschwerden wegen ihres persönlichen und sachlichen Zusammenhanges zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung verbunden und hierüber erwogen:

Die Bestimmungen des BVergG 2006 in der gegenständlich gemäß § 345 Abs. 13 leg. cit. maßgebenden Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 86/2007 lauten:

"§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

...

16. Entscheidung ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren.

a) Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen:

...

dd) im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung bzw. nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb: die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages); die Nicht-Zulassung zur Teilnahme; die Aufforderung zur Angebotsabgabe;

sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;

...

2. Hauptstück

Arten und Wahl der Vergabeverfahren

1. Abschnitt

Arten der Vergabeverfahren

Arten der Verfahren zur Vergabe von Aufträgen

§ 192. ...

(5) Beim Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb werden, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmern öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Danach kann über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden.

Grundsätze der Leistungsbeschreibung

§ 246. (1) Die Leistungen sind bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist. Eine konstruktive Leistungsbeschreibung hat technische Spezifikationen zu enthalten und ist erforderlichenfalls durch Pläne, Zeichnungen, Modelle, Proben, Muster und dergleichen zu ergänzen.

(2) ...

(3) Die Leistung und die Aufgabenstellung darf nicht so umschrieben werden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen.

...

Ablauf des Verhandlungsverfahrens

§ 254. (1) Der Sektorenauftraggeber darf mit dem Bieter oder den Bietern über den gesamten Leistungsinhalt verhandeln, um das für ihn beste Angebot gemäß den bekannt gemachten Zuschlagskriterien zu ermitteln. Der Sektorenauftraggeber darf Informationen nicht in solcher Weise diskriminierend weitergeben, dass bestimmte Bieter gegenüber anderen Bietern begünstigt werden können.

(2) Ein Verhandlungsverfahren mit mehreren Bietern kann in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen durchgeführt werden. Der Auftraggeber kann die Anzahl der Angebote an Hand der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien verringern. Der Sektorenauftraggeber hat jene Bieter, deren Angebote nicht weiter berücksichtigt werden, unverzüglich von dieser Entscheidung zu verständigen. Die vom Sektorenauftraggeber gewählte Vorgangsweise ist in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben. In der Schlussphase eines Verhandlungsverfahrens mit mehreren Bietern kann der Sektorenauftraggeber auch mit nur einem Bieter verhandeln.

(3) Der Sektorenauftraggeber hat, sofern nicht entsprechende Festlegungen bereits in den Ausschreibungsunterlagen erfolgt sind, dem bzw. den am Verhandlungsverfahren teilnehmenden Bieter bzw. Bietern den Abschluss der Verhandlungen vorab bekannt zu geben. Dies kann dadurch geschehen, dass eine Verhandlungsrunde als letzte Verhandlungsrunde bekannt gegeben wird oder dass der oder die verbliebenen Bieter zu einer letztmaligen Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden.

(4) Der Sektorenauftraggeber kann sich in den Ausschreibungsunterlagen vorbehalten, dass er bei einem Verhandlungsverfahren mit mehreren Bietern im Fall der Abgabe von vollständig ausgearbeiteten und vergleichbaren Angeboten Verhandlungen nur mit dem Bieter des bestgereihten Angebots führt und er mit den übrigen Bietern Verhandlungen nur dann führt, wenn die Verhandlungen mit dem Bieter des bestgereihten Angebots nicht erfolgreich abgeschlossen werden.

(5) An den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien darf, sofern in den Ausschreibungsunterlagen nicht anderes festgelegt wurde, während des Verhandlungsverfahrens keine Änderung vorgenommen werden.

(6) Anzahl und Namen der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmer sind bis zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung geheim zu halten.

Ausscheiden von Angeboten

§ 269. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Sektorenauftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung im Oberschwellenbereich folgende Angebote auszuscheiden:

...

5. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;

...

(3) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der Sektorenauftraggeber Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt.

...

Nachprüfungsverfahren

Einleitung des Verfahrens

§ 320. (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1 . er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(2) ..."

Zunächst ist zur Begründung des angefochtenen Bescheides vom 7. Dezember 2007 ("Sachverhalt inklusive des wesentlichen Gangs des Nachprüfungsverfahrens") anzumerken, dass daraus (noch) mit hinreichender Deutlichkeit entnommen werden kann, welche Begründungsteile eine bloße Wiedergabe des Verfahrensgeschehens, so etwa der Aussagen in der Verhandlung, darstellen und welche Passagen der Begründung den als erwiesen angenommen Sachverhalt beinhalten (vgl. zum Erfordernis der klaren und übersichtlichen Begründung etwa die bei Walter/Thienel unter E. 21 und 22 zu § 60 AVG referierte hg. Rechtsprechung). Dies gilt auch für den angefochtenen Bescheid vom 14. Dezember 2007, dessen Begründung, wie erwähnt, in wesentlichen Teilen aus einer wörtlichen Wiedergabe des Bescheides vom 7. Dezember 2007 besteht.

Zu Zl. 2007/04/0233 (zur Ausscheidensentscheidung):

Der obigen Darstellung zufolge lassen sich die Gründe, aus denen die belangte Behörde die Ausscheidensentscheidung der Erstmitbeteiligten vom 20. November 2007 für rechtmäßig erachtete, im Wesentlichen wie folgt zusammenfassen:

Erstens habe im Angebot der beschwerdeführenden Partei hinsichtlich der angebotenen Gewährleistung bzw. Garantie die Bekanntgabe eines Preises zumindest teilweise, nämlich für die Gewährleistung bzw. Garantie zwischen dem 24. und dem 36. Monat (gerechnet ab der Übernahme des Kraftwerkes) gefehlt. Zweitens seien die (Preis-)Angaben der beschwerdeführenden Partei für bestimmte Anlagenteile unvollständig, weil ihr Angebot entgegen den Ausschreibungsbedingungen nicht der Vorgabe "Delivered Duty Paid" (also vor allem die Zölle bzw. das diesbezügliche Abgabenrisiko beinhaltend) entsprochen habe; die Höhe der Zölle sei von der beschwerdeführenden Partei nur geschätzt worden. Drittens habe die beschwerdeführende Partei die Verfügbarkeit der Gesamtanlage nicht für die geforderte Dauer von 36 Monaten garantiert.

Die hier wesentlichen Teile der Ausschreibungsbedingungen vom 28. Juli 2006 lauten (Streichungen im Original):

"2.7 Gewährleistung, Garantie, Schadensbehebung, Mängelbehebung und -beseitigung

2.7.1 Gewährleistung

Der AN leistet volle Gewähr, dass seine Lieferungen/Leistungen die in der Ausschreibung bzw. in der Bestellung ausdrücklich bedungenen und die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften haben und den anerkannten Regeln der Technik entsprechen. Weiters gewährleistet der AN für eine einwandfreie, den in Österreich geltenden Vorschriften und Normen entsprechende Ausführung seiner Lieferungen/Leistungen und für die Einhaltung aller geforderten Eigenschaften der Anlagen, insbesondere für die ordnungsgemäße Funktion, Wirtschaftlichkeit und Betriebssicherheit aller Anlagenteile. Der Nachweis für die ordnungsgemäße Erfüllung obliegt dem AN.

Der AN leistet volle Gewähr für die verwendeten Materialien und Bauteile, deren richtige, sachgemäße Bemessung und Konstruktion, die einwandfreie fachmännische Ausführung und Montage der Anlagen sowie die Einhaltung zugesicherter Eigenschaften, gleich ob diese von AN oder seinen Subunternehmern bzw. Unterlieferanten stammen.

Die Überprüfung von Plänen, Berechnungsergebnissen etc. sowie die Durchführung von Kontrollen, Abnahmeprüfungen sowie jede sonstige Art der Überwachung durch den AG schränkt die Gewährleistung des AN nicht ein.

Die Dauer der Gewährleistung beträgt 36 Monate, gerechnet ab dem Tag der Übernahme der Lieferungen/Leistungen durch den AG.

Besondere Gewährleistungsfristen und Kriterien:

...

2.7.2 Garantie

Über die Gewährleistung hinaus garantiert der AN ab dem Tag der Übernahme der Lieferungen/Leistungen die Behebung der Mängel, die innerhalb der Garantiezeit an den Lieferungen/Leistungen auftreten.

Er verpflichtet sich, alle jene Teile zu reparieren, neu zu liefern oder umzubauen, die sich innerhalb der Garantiefrist infolge Nichteinhaltung der technischen Bedingungen, Verwendung ungeeigneter Werkstoffe, fehlerhafter Ausführung, unrichtiger oder unsachgemäßer Bemessung, Konstruktion, Montage oder sonstiger Nichteinhaltung der auftragsgemäßen Bedingungen unbrauchbar oder in ihrer Verwendbarkeit merkbar beeinträchtigt erweisen, wobei der auftragsgemäße Zustand einschließlich aller Nebenarbeiten herzustellen ist.

Im übrigen gelten für die Garantie sinngemäß die Festlegungen

gemäß Gewährleistung Kapitel 2.7.1.

...

2.8. Verzug, Rückweisung, Rücktritt vom Vertrag

....

3. Instandhaltungsvertrag

Anzubieten ist ein Langzeitwartungsvertrag, der die geplante schlüsselfertige Wartung sowie ungeplante Wartungsmaßnahmen (siehe Kapitel 3.2) bis zu einer jährlichen Gesamtkostenhöhe von 1,0 Mio.EUR umfasst.

...

3.1. Geplante Instandhaltung

3.1.1. Leistungsumfang

...

3.2. Ungeplante Instandhaltung

...

3.6.8 Lieferung von Anlagenteilen

Der AN liefert die Anlagenteile für die geplante wie auch für die ungeplante Instandhaltung gemäß Incoterms 2000, nach "Delivered Duty Paid", zum Standort der Anlage. ...

...

8.2.3 Garantie der Anlagenverfügbarkeit

Definition der Anlagenverfügbarkeit: Die Definition der Verfügbarkeit ist in nachfolgender Abbildung 8-2 erläutert. Zu garantieren ist die Verfügbarkeit als Verhältnis der in einem Zeitraum verfügbaren Stunden (Betriebsstunden plus Bereitschaftsstunden) zu den Gesamtstunden in diesem Zeitraum. Sind in den Gesamtstunden Nichtverfügbarkeitszeiten enthalten, die der AG zu vertreten hat, so werden diese Zeiten von den Gesamtstunden abgezogen (Beispiele für vom AG zu vertretenden Nichtverfügbarkeiten sind: Betriebsverbot durch die Behörde, Nichtverfügbarkeit von Betriebsmitteln (Gas, Kühlwasser, Deionat), Nichtverfügbarkeit des Hochspannungsnetzes u.ä.).

...

Garantien

Zu garantieren ist die Verfügbarkeit der Gesamtanlage, nicht die Verfügbarkeit einer oder mehrerer Anlagenkomponenten.

Die Verfügbarkeit nach vorstehender Definition ist für folgende Zeiträume zu garantieren:

Betrachtungszeitraum 1: Verfügbarkeitsgarantie in den ersten 6 Monaten (182 Tage) ab Übernahme

Betrachtungszeitraum 2: Verfügbarkeitsgarantie ab dem

183. Tag bis zum Ende Garantie- und Gewährleistungsfrist

Die garantierte Verfügbarkeit ist vom Anbieter anzugeben und wird im Angebotsvergleich bewertet. Siehe dazu Kapitel 9.

Seitens des AG werden folgende Richtwerte angestrebt:

-

Im Betrachtungszeitraum 1: 88 % - Werte für die garantierte Verfügbarkeit < 86 % werden vom AG nicht akzeptiert.

-

Im Betrachtungszeitraum 2: 92 % - Werte für die garantierte Verfügbarkeit < 90 % werden vom AG nicht akzeptiert.

Die Berechnung der garantierten Verfügbarkeit erfolgt am Ende des jeweiligen Betrachtungszeitraumes.

...

10.4 Nichterreichen der garantierten Anlagenverfügbarkeit

Bei Nichterreichen der garantierten Anlagenverfügbarkeit gemäß Kapitel 8.2.3 in den ersten 6 Betriebsmonaten wird ein Pönale in der Höhe von 200.000 EUR je Prozent-Punkt der Unterschreitung berechnet.

Bei Unterschreitung der garantierten Anlagenverfügbarkeit unter einen Wert von 86 % gelten, unbeschadet der sonstigen vertraglichen Vereinbarungen, insbesondere die Festlegungen gemäß Kapitel 2.7 und Kapitel 2.8.

Bei Nichterreichen der garantierten Anlagenverfügbarkeit gemäß Kapitel 8.2.3 in den weiteren 30 Betriebsmonaten wird ein Pönale in der Höhe von 1.200.000 EUR je Prozent-Punkt der Unterschreitung verrechnet.

Bei Unterschreitung der garantierten Anlagenverfügbarkeit unter einen Wert von 90 % gelten unbeschadet der sonstigen vertraglichen Vereinbarungen, insbesondere die Festlegungen gemäß Kapitel 2.7 und Kapitel 2.8.

10.5 Nichterreichen der garantierten Performance aus dem Instandhaltungsvertrag

Bei Unterschreitung der garantierten Performance-Daten wird dem AN, innerhalb einer vom AG eingeräumten angemessenen Nachfrist, die Möglichkeit des Nachbesserns eingeräumt um mehr als 1 %-Punkt besteht die Pflicht des AN, innerhalb einer angemessenen Nachfrist eine Nachbesserung durchzuführen.

Wird trotz Sollte diese Nachbesserung nicht erfolgreich sein und wird der garantierte Wert nicht erreicht, so werden nachfolgende Pönalien verrechnet.

-

Bei Nichterreichen der garantierten Anlagenverfügbarkeit Verfügbarkeit der vertragsgegenständlichen Einheit gemäß Kapitel 3.6.13 wird ein Pönale in der Höhe von EUR 100.000 je Prozent-Punkt und Jahr verrechnet.

-

Bei Nichterreichen der garantierten Wirkungsgrade gemäß Kapitel 3.6.13 wird ein Pönale in der Höhe von EUR 100.000 je Prozent-Punkt und Jahr verrechnet.

-

Bei Nichterreichen der garantierten Leistung gemäß Kapitel 3.6.13 wird ein Pönale in der Höhe von EUR 50.000 je Prozent und Jahr verrechnet."

Für die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung vom 20. November 2007 und des diese bestätigenden angefochtenen Bescheides vom 14. Dezember 2007 reicht es aus, wenn die beschwerdeführende Partei bloß einen der oben genannten Ausscheidungsgründe verwirklicht hat.

Zum Ausscheidensgrund der Nichterfüllung der unter 8.2.3 der Ausschreibungsbedingungen geforderten "Garantie der Anlagenverfügbarkeit" (diese unterscheidet sich nach den wiedergegebenen Ausschreibungsbedingungen von der in Punkt 2.7. näher geregelten Gewährleistung bzw. Garantie dadurch, dass die Gesamtanlage bis zum Ende der 36-monatigen Garantie- und Gewährleistungsfrist auch in einem bestimmten Mindestausmaß verfügbar, also für die Energieerzeugung einsetzbar sein muss), wendet die Beschwerde ein, die belangte Behörde habe dem angefochtenen Bescheid unzutreffend die Feststellung zugrunde gelegt, dass eine solche Garantie im Angebot zwingend enthalten sein müsse. Richtigerweise habe die Ausschreibung den Bietern bloß die Option eingeräumt, die Garantie der Anlagenverfügbarkeit für die Dauer von 36 Monaten anzubieten. So sei die beschwerdeführende Partei von der Erstmitbeteiligten nie darauf hingewiesen worden, dass sie im Falle des Nichtgarantierens der genannten Anlagenverfügbarkeit ausgeschieden werde. Hingegen habe es die Erstmitbeteiligte in allen anderen Fällen ausdrücklich und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, wenn sie auf die Einhaltung bestimmter Ausschreibungsbedingungen bestanden habe.

Der Verwaltungsgerichtshof vermag diese Auffassung schon im Hinblick auf den eindeutigen Wortlaut des Ausschreibungspunktes 8.2.3 nicht zu teilen: Daraus ergibt sich, was zunächst die Dauer der verlangten Garantie betreffend die Anlagenverfügbarkeit betrifft, dass diese "bis zum Ende der Garantie- und Gewährleistungsfrist" einzuräumen ist, somit gemäß Punkt 2.7.1. für die Dauer von "36 Monaten ab dem Tag der Übernahme der Lieferungen/Leistungen". Dem Einwand, eine Garantie betreffend die Anlagenverfügbarkeit für diese Dauer habe nicht zwingend angeboten werden müssen, ist zu entgegnen, dass die erstmitbeteiligte Auftraggeberin schon in der Ausschreibung festgelegt hat, dass für den hier strittigen Zeitraum zwischen dem 24. Monat und dem 36. Monat ab der Übernahme (dieser Zeitraum fällt gemäß Punkt 8.2.3 in den "Betrachtungszeitraum 2") Werte für die "garantierte Verfügbarkeit < 90 % ... nicht akzeptiert" würden. Damit hat die erstmitbeteiligte Auftraggeberin - von Anfang an zweifelsfrei - zum Ausdruck gebracht, dass ein Angebot, das eine Verfügbarkeit der Gesamtanlage im dritten Betriebsjahr entweder gar nicht oder nicht zumindest im Ausmaß von 90 % garantiert, nicht ausschreibungskonform ist und den Zuschlag nicht erhalten kann. Somit ist die Feststellung im angefochtenen Bescheid (S. 40 unten), die Ausschreibung habe hinsichtlich der Garantie über die Anlagenverfügbarkeit kein Gestaltungsrecht der beschwerdeführenden Partei (Option) enthalten, nicht als unschlüssig zu erkennen.

In der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof bleibt unbestritten, dass im Angebot der beschwerdeführenden Partei eine Garantie betreffend die Verfügbarkeit der Gesamtanlage im dritten Betriebsjahr gänzlich fehlt. In ihrem Nachprüfungsantrag vom 4. Dezember 2007 (siehe dort S. 9) hat die beschwerdeführende Partei sogar ausdrücklich zugestanden, dass sie diese Garantie nicht im Ausmaß von 36 Monaten gegeben habe. Die belangte Behörde hat auch schlüssig festgestellt, dass die beschwerdeführende Partei von der erstmitbeteiligten Auftraggeberin aufgefordert wurde, im Letztangebot die 36-monatige Garantie für die Anlagenverfügbarkeit anzubieten, wird doch auch von der beschwerdeführenden Partei zugestanden, dass sie die diesbezügliche Ergänzung ihres Angebotes in der Verhandlungsrunde im Juli 2007 zugesagt hat (Zitat dieser Zusage laut Beschwerde S. 11: "The plant availability will be guaranteed for 24 and optional 36 months in the final offer.").

Als Verfahrensmangel macht die Beschwerde geltend, die belangte Behörde habe einen Beweisantrag zur Frage der "Gasturbinen-Verfügbarkeit bzw. der Gesamtanlagen-Verfügbarkeit" übergangen, wobei das von der beschwerdeführenden Partei "angebotene Garantiemodell einen gleichwertigen Garantieschutz" biete. Dazu verweist die Beschwerde auf den unter Punkt 10.5 der Ausschreibungsbedingungen genannten "Instandhaltungsvertrag", durch den "zumindest indirekt" eine Gesamtanlagenverfügbarkeit, und zwar sogar "im Ausmaß von 100 %, also 365 Tage im

Jahr", erreicht werde.

Zum ersten Teil dieses Vorbringens ist einerseits zu antworten, dass die beschwerdeführende Partei nicht näher ausführt, welchen konkreten Beweisantrag sie zur Einhaltung der Garantiebestimmungen betreffend die Verfügbarkeit der Gesamtanlage gestellt hat und weshalb die Stattgabe dieses Beweisantrages (trotz des vorhin erwähnten Zugeständnisses im Nachprüfungsantrag) zu dem Ergebnis hätte führen können, ihr Angebot habe eine solche Garantie für 36 Monate enthalten. Soweit der Beweisantrag andererseits auf den Nachweis der Garantie über die Verfügbarkeit (bloß) der Gasturbine abzielt, so betrifft er kein relevantes Beweisthema, weil, worauf die belangte Behörde zutreffend hingewiesen hat, die Verfügbarkeitsgarantie nach dem Ausschreibungspunkt 8.2.3 nicht nur die Verfügbarkeit der Gasturbine, sondern vielmehr der Gesamtanlage zu umfassen hat. Es stellt daher keinen Verfahrensmangel dar, wenn die belangte Behörde dem Beweisantrag betreffend die Verfügbarkeit der Gasturbine nicht weiter nachging (vgl. die bei Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze I2, unter E 106 zu § 39 AVG wiedergegebene hg. Rechtsprechung).

Soweit die beschwerdeführende Partei mit dem genannten weiteren Beschwerdevorbringen meint, sie erfülle mit ihrem Angebot die verlangte Verfügbarkeitsgarantie für die Gesamtanlage - zumindest indirekt - auf andere Weise, nämlich im Wege eines "Instandhaltungsvertrages", so ist ihr zu entgegnen, dass es, wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgeführt hat, grundsätzlich Sache des öffentlichen Auftraggebers ist, die Mindestanforderungen der Leistung, die er beschaffen will, festzulegen. Wesentlich ist aber im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Bieter, dass die vom öffentlichen Auftraggeber ausgeschriebenen Leistungen eindeutig, vollständig und neutral beschrieben sind bzw. nicht so umschrieben sind, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen (vgl. das auch auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften Bezug nehmende, zum BVergG 2002 ergangene hg. Erkenntnis vom 26. April 2007, Zlen. 2005/04/0189 und 0190, und daran anschließend das Erkenntnis vom 28. März 2008, Zl. 2006/04/0030). Diese Aussagen sind im Hinblick auf § 246 Abs. 1 und 3 BVergG 2006 auch für das vorliegende Verfahren maßgebend. Ist daher gegenständlich nach den Ausschreibungsbedingungen eine dreijährige Verfügbarkeit der Gesamtanlage zu garantieren, so kann der Bieter diese von ihm verlangte Garantiezusage nicht durch den Abschluss eines Instandhaltungsvertrages ersetzen (abgesehen davon, dass der Abschluss des Instandhaltungsvertrages nach der wiedergegebenen Ausschreibung zusätzlich zur Verfügbarkeitsgarantie zu erfolgen hat).

Die Beschwerde führt gegen den in Rede stehenden Ausscheidensgrund weiter ins Treffen, es sei nicht nur international gesehen unüblich, sondern sogar sittenwidrig, wenn der Auftraggeber neben der Verfügbarkeitsgarantie auch einen Instandhaltungsvertrag verlange und an beide Verpflichtungen eine Pönale knüpfe (gemeint sind offenbar die Punkte 10.4 und 10.5 der Ausschreibungsbedingungen), weil dies wegen der dadurch bewirkten "Doppelpönale" zu einer unzulässigen Anspruchshäufung führe. Dieser Einwand ist freilich schon deshalb nicht zielführend, weil die Ausschreibung von der beschwerdeführenden Partei nicht bekämpft wurde und daher bestandsfest geworden ist.

Die beschwerdeführende Partei bringt weiters vor, sie habe im Hinblick auf § 254 Abs. 2 letzter Satz BVergG 2006 davon ausgehen können, dass sie auch nach der Abgabe des Letztangebotes im Rahmen der vorgesehenen weiteren Verhandlung Gelegenheit haben werde, Gespräche über die Garantie der Anlagenverfügbarkeit zu führen. Sie verweist dazu auf das Schreiben der Erstmitbeteiligten vom 16. Juli 2007 (Aufforderung zur Abgabe eines Letztangebotes), in dem diese für die Phase nach der Abgabe des Letztangebotes noch weitere Verhandlungen zur Finalisierung des Vertragstextes angekündigt habe. Dabei übersieht die beschwerdeführende Partei jedoch, dass die Erstmitbeteiligte im genannten Schreiben vom 16. Juli 2007 nach dem Einlangen des Letztangebotes nur mehr Verhandlungen mit einem einzigen Bieter, nämlich dem "Bestbieter im Angebotsvergleich" vorgesehen hat. Die Auswahl zum Bestbieter setzt jedoch bereits die Einhaltung der Ausschreibungsbedingungen voraus, sodass kein Grund für die Annahme bestand, die beschwerdeführende Partei werde, auch wenn ihr Letztangebot die Ausschreibungsbedingungen nur teilweise erfülle, zu weiteren Verhandlungen eingeladen.

Nicht zielführend ist auch das Vorbringen der Beschwerde, die belangte Behörde hätte die Ausscheidensentscheidung jedenfalls deshalb für nichtig erklären müssen, weil diese Entscheidung schon zu einem Zeitpunkt ergangen sei, als sich das Vergabeverfahren noch nicht im Stadium der Zuschlagsentscheidung befunden habe und weitere Verhandlungen noch ausständig gewesen seien. § 254 Abs. 2 dritter Satz BVergG 2006 normiert nämlich, dass der Auftraggeber jene Bieter, deren Angebote nicht weiter berücksichtigt werden, "unverzüglich" von dieser Entscheidung zu verständigen habe.

Aus dem Zeitpunkt der Ausscheidungsentscheidung (dem Letztangebot der beschwerdeführenden Partei folgte zunächst die Entscheidung der erstmitbeteiligten Auftraggeberin betreffend die Auswahl des "preferred bidder", die eine Bewertung des Letztangebotes auch der beschwerdeführenden Partei beinhaltete, und erst danach die Ausscheidensentscheidung) kann, anders als die beschwerdeführende Partei in ihrem ergänzenden Schriftsatz vom 25. Jänner 2008 meint, auch nicht abgeleitet werden, die erstmitbeteiligte Auftraggeberin habe damit zunächst das Angebot der beschwerdeführenden Partei und damit deren Abweichungen von den Ausschreibungsbedingungen "einvernehmlich" akzeptiert, sodass die Erstmitbeteiligte in der Folge nicht mehr berechtigt gewesen sei, diese Ausschreibungswidrigkeiten als Ausscheidensgrund aufzugreifen. Konkret vertritt die beschwerdeführende Partei die Rechtsansicht, die erstmitbeteiligte Auftraggeberin habe durch ihr Verhalten, indem sie das Angebot der beschwerdeführenden Partei im Rahmen der Entscheidung über den "preferred bidder" bewertet habe, in schlüssiger Form zum Ausdruck gebracht, dass sie mit den Abweichungen des Letztangebotes der beschwerdeführenden Partei von den Ausschreibungsbedingungen hinsichtlich der in der Ausschreibung verlangten 36-monatigen Garantie für die Anlagenverfügbarkeit einverstanden sei. Ausgehend von dieser schlüssigen Willenserklärung sei die Erstmitbeteiligte nicht mehr berechtigt gewesen, das Abweichen des Angebotes von den Ausschreibungsbedingungen als Ausscheidungsgrund aufzugreifen.

Die erstmitbeteiligte Partei hat in ihrer Gegenschrift vom 12. Februar 2008 dezidiert ausgeschlossen, dass sie einer solchen Abweichung von den Ausschreibungsbedingungen zugestimmt habe.

Bei der Beurteilung der Schlüssigkeit eines Verhaltens ist im Hinblick auf den rechtsgeschäftlichen Willen des Erklärenden ein strenger Maßstab anzulegen. Es darf demnach kein vernünftiger Grund übrig sein, daran zu zweifeln, worauf der Wille des Erklärenden gerichtet war (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 29. Jänner 2008, Zl. 2007/11/0110 und die dort zitierten Erkenntnisse vom 18. März 1994, Zl. 92/12/0217, und vom 21. April 1999, Zl. 94/12/0110, sowie das hg. Erkenntnis vom 24. September 2003, Zl. 2002/11/0072). Gerade bei der Annahme eines stillschweigenden Verzichts ist besondere Vorsicht geboten (vgl. etwa Rummel in Rummel I3, Rz. 14 zu § 863 ABGB und die dort angeführten Hinweise aus Lehre und Rechtsprechung).

Dem genannten Beschwerdevorbringen ist daher (ungeachtet der Frage, ob bzw. inwieweit die erstmitbeteiligte Auftraggeberin im gegenständlichen Verhandlungsverfahren von der bestandsfest gewordenen Ausschreibung und der verlangten Garantie betreffend die Anlagenverfügbarkeit abgehen durfte) zu entgegnen, dass der Erstmitbeteiligten eine solche - schlüssige - Willenserklärung schon deshalb nicht unterstellt werden kann, weil sie in der Ausschreibung ausdrücklich Gegenteiliges festgelegt hat: In der Ausschreibung hat die Erstmitbeteiligte, wie erwähnt, klargestellt, dass sie das Fehlen der dort näher definierten Garantie für die Anlagenverfügbarkeit "nicht akzeptiert". Schon von daher kann das genannte Verhalten der Erstmitbeteiligten nicht ohne Zweifel als Verzicht auf die Einhaltung der Ausschreibungsbedingung betreffend die Garantie über die Anlagenverfügbarkeit gedeutet werden. (Mangels schlüssig zustande gekommenem Einvernehmen betreffend ein zulässiges Abweichen von den Ausschreibungsbedingungen ist der von Hornbanger/Pesendorfer in der RPA 2008, 6 besprochene Fall vom Sachverhalt mit dem Beschwerdefall nicht vergleichbar.)

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass das Angebot der beschwerdeführenden Partei schon wegen des Fehlens der verlangten 36-monatigen Garantie betreffend die Verfügbarkeit der Gesamtanlage nicht ausschreibungskonform war und die beschwerdeführende Partei diesen Mangel trotz der Aufforderung (und entgegen ihrer eigenen diesbezüglichen Zusage), eine entsprechende Vervollständigung im Letztangebot vorzunehmen, nicht behoben hat. Schon deshalb kann, ohne dass auf die weiteren Ausscheidungsgründe einzugehen wäre, die Ansicht der belangten Behörde nicht als rechtswidrig erkannt werden, dass das Angebot der beschwerdeführenden Partei gemäß § 269 BVergG 2006 rechtmäßig ausgeschieden wurde und ihr diesbezüglicher Nachprüfungsantrag daher abzuweisen war.

Zu Zl. 2007/04/0232 (zur Entscheidung betreffend den "preferred bidder"):

Die Entscheidung der Erstmitbeteiligten vom 5. September 2007, mit dem die Zweitmitbeteiligte zum "preferred bidder" ausgewählt wurde, ist gemäß § 2 Z. 16 lit. a sublit. dd BVergG 2006 als sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist gesondert anfechtbar. Voraussetzung für die Anfechtung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers ist gemäß § 320 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006, dass dem Anfechtenden durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Auftraggeberentscheidung ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Wie bereits dargestellt hat die belangte Behörde dem Antrag der beschwerdeführenden Partei, die Entscheidung betreffend die Auswahl des "preferred bidder" für nichtig zu erklären, schon deshalb keine Folge gegeben, weil das Angebot der beschwerdeführenden Partei zu Recht ausgeschieden worden sei und ihr daher durch die Auswahl des "preferred bidder" kein Schaden entstehe.

Die Beschwerde hält diese Vorgangsweise der belangten Behörde, die sich inhaltlich mit der Frage der Richtigkeit der Auswahl des "preferred bidder" nicht auseinander gesetzt hat, auf dem Boden der Rechtslage des BVergG 2006 für rechtswidrig.

Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 28. März 2007, Zl. 2005/04/0200, zum BVergG 2002 dargelegt, dass für einen Bieter, der selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat, kein Schaden dadurch entsteht, dass dieser Bieter am weiteren Vergabeverfahren nicht teilnehmen kann. In den Entscheidungsgründen wurde nicht nur auf die Vorjudikatur verwiesen, sondern auch darauf, dass diese Rechtsansicht nicht zuletzt mit den Ausführungen des Generalanwaltes in den Schlussanträgen in der Rechtssache C-249/01 im Einklang steht, nach denen ein Bieter den Zuschlag nicht erhalten könne, der selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat.

Diese Rechtsprechung ist auch für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2006 betreffend Entscheidung des Auftraggebers über den "preferred bidder" maßgebend, weil der vom EuGH in der Rechtssache C-249/01 "Hackermüller" ausgelegte Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG auch für das BVergG 2006 maßgebend ist (vgl. § 351 Z. 1 BVergG 2006): Die Erstmitbeteiligte als Auftraggeberin hat nach dem Gesagten das Angebot der beschwerdeführenden Partei zu Recht ausgeschieden. Die beschwerdeführende Partei konnte daher den Zuschlag schon mangels eines ausschreibungskonformen Angebotes nicht erlangen, sodass ihr durch die Entscheidung des Auftraggebers, mit der die Zweitmitbeteiligte als "preferred bidder" ausgewählt wurde, kein Schaden entstehen kann. Da der Schaden auch gemäß § 320 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 Voraussetzung für einen Nachprüfungsantrag ist, hat die belangte Behörde schon bei der Überprüfung der Entscheidung betreffend den "preferred bidder" (zulässigerweise) als Vorfrage geprüft, ob das Angebot der beschwerdeführenden Partei auszuscheiden war.

Der von der beschwerdeführenden Partei dagegen ins Treffen geführte Umstand, dass die Ausscheidensentscheidung nach den Bestimmungen des BVergG 2006 nunmehr gesondert anfechtbar ist, steht der Zulässigkeit dieser Vorgangsweise, nämlich das Vorliegen von Ausscheidensgründen schon im Rahmen einer Nachprüfungsentscheidung wie der vorliegenden als Vorfrage zu prüfen, nicht entgegen, hat doch der Gesetzgeber für Fälle wie den vorliegenden eine von § 320 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 abweichende Regelung nicht vorgesehen.

Die beschwerdeführende Partei meint in diesem Zusammenhang auch, dass die Frage der Rechtmäßigkeit des Ausscheidens ihres Angebotes Gegenstand und damit Hauptfrage eines eigenständigen Nachprüfungsverfahrens gewesen sei, die erst mit (dem oben zur hg. Zl. 2007/04/0233 behandelten) Bescheid vom 14. Dezember 2007 rechtskräftig entschieden worden sei. Die belangte Behörde hätte das Vorliegen von Ausscheidungsgründen daher nur im dafür vorgesehenen Verfahren, nicht aber im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren betreffend den "preferred bidder" entscheiden dürfen.

Mit diesem Vorbringen übersieht sie, dass es gemäß § 38 AVG typischerweise zum Wesen der Vorfrage gehört, dass diese Frage in einem anderen Verfahren die Hauptfrage darstellt. Solange die Hauptfrage nicht rechtskräftig entschieden ist, kann die entsprechende Frage als Vorfrage im jeweiligen Verfahren beurteilt werden. Da die Frage des rechtmäßigen Ausscheidens des Angebotes der beschwerdeführenden Partei im vorliegenden Fall erst mit dem Bescheid vom 14. Dezember 2007 als Hauptfrage rechtskräftig entschieden wurde, ist es nicht als rechtswidrig zu erkennen, wenn diese Frage (die nach dem Gesagten gemäß § 320 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 eine Vorfrage im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren darstellt) im zuvor ergangenen angefochtenen Bescheid vom 7. Dezember 2007 als Vorfrage entschieden wurde. Entgegen der Beschwerdemeinung hat die belangte Behörde damit ihre Zuständigkeit nicht überschritten.

Gegen das Beurteilen von Ausscheidensgründen als Vorfrage im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren wird in der Beschwerde schließlich eingewendet, dass dadurch das geheim zu haltende Angebot eines Bieters zumindest für den "preferred bidder", der in diesem Nachprüfungsverfahren Parteistellung habe, schon vor der Zuschlagsentscheidung bekannt werde. Mit diesem Einwand ist die beschwerdeführende Partei abermals auf das zitierte hg. Erkenntnis Zl. 2005/04/0200 zu verweisen. Wie erwähnt hat der Bieter, der gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die

Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat, gemäß den Ausführungen in diesem Erkenntnis keinen Schaden, wenn er am weiteren Vergabeverfahren nicht teilnehmen kann, weil er den Zuschlag ohnedies nicht erlangen kann. Vor diesem Hintergrund kann der auszuscheidende Bieter auch nicht in Rechten verletzt sein, wenn sein Angebot (das von vornherein nicht zum Zuschlag führen kann) einem anderen Bieter (hier: dem ausgewählten "preferred bidder") schon vor der Zuschlagsentscheidung bekannt wird.

Da das Angebot der beschwerdeführenden Partei nach dem oben zu 2007/04/0233 Gesagten von der erstmitbeteiligten Auftraggeberin zu Recht ausgeschieden wurde (soweit auch im Rahmen der vorliegenden Beschwerde geltend macht, die Ausscheidensgründe seien nicht vorgelegen, wird auf diese Ausführungen verwiesen) und diese daher im weiteren Vergabeverfahren nicht mehr als schutzwürdig angesehen werden kann, muss entgegen der Beschwerdemeinung nicht weiter geprüft werden, ob auch das Angebot der Zweitmitbeteiligten den Ausschreibungsbedingungen widersprach und nach seiner Ausscheidung zum Widerruf der Ausschreibung geführt hätte (vgl. nochmals das zitierte Erkenntnis Zl. 2005/04/0200).

Es ist somit nicht als rechtswidrig zu erkennen, dass die belangte Behörde dem Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung betreffend den "preferred bidder" nicht stattgegeben hat.

Die Beschwerden waren daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Kostenzuspruch beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333 und beinhaltet - unter Berücksichtigung des § 49 Abs. 6 VwGG - den Schriftsatzaufwand sowie für die belangte Behörde zusätzlich den Aufwand für die gemeinsame Vorlage der Verwaltungsakten.

Wien, am 28. Mai 2008

Gerichtsentscheidung

EuGH 62001J0249 Hackermüller VORAB

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2008:2007040232.X00

Im RIS seit

13.06.2008

Zuletzt aktualisiert am

19.12.2011

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, http://www.vwgh.gv.at

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at