

TE Verg Bescheid 2008/2/1 N/0127-BVA/08/2007-25

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 01.02.2008

Norm

BVergG 2006 §322 Abs2 Z1

BVergG 2006 §2 Z16 lit a sublit dd

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat am 29.1.2008 durch den Senat 8 (Vorsitzender Mag Reinhard Grasböck, Dr Walter Fuchs als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag Alexander Piekniczek als Mitglied der Auftragnehmerseite) im Nachprüfungsverfahren N/0127- BVA/08/2007 betreffend das Vergabeverfahren insbesondere zur Vergabe der Errichtung eines 800 MW Gas- und Dampfturbinen-Kombinationskraftwerks am Standort Mellach (inklusive weiterer Leistungen) der Antragsgegnerin und (Sektoren-) Auftraggeberin VERBUND - Austrian Thermal Power GmbH & Co KG (FN 220 426g) über die seitens der Antragstellerin A***. begehrte Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin, das Angebot der S*** nicht auszuschneiden; in diesbezüglicher Miterledigung der Gegenanträge der Auftraggeberin und der S*** gemäß § 59 Abs 1 AVG; wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat am 29.1.2008 durch den Senat 8 (Vorsitzender Mag Reinhard Grasböck, Dr Walter Fuchs als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag Alexander Piekniczek als Mitglied der Auftragnehmerseite) im Nachprüfungsverfahren N/0127- BVA/08/2007 betreffend das Vergabeverfahren insbesondere zur Vergabe der Errichtung eines 800 MW Gas- und Dampfturbinen-Kombinationskraftwerks am Standort Mellach (inklusive weiterer Leistungen) der Antragsgegnerin und (Sektoren-) Auftraggeberin VERBUND - Austrian Thermal Power GmbH & Co KG (FN 220 426g) über die seitens der Antragstellerin

A***. begehrte Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin, das Angebot der S*** nicht auszuschneiden; in diesbezüglicher Miterledigung der Gegenanträge der Auftraggeberin und der S*** gemäß Paragraph 59, Absatz eins, AVG; wie folgt entschieden:

Spruch

Das Begehren der Antragstellerin vom 21.12.2007, die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der S*** nicht auszuschneiden, werde für nichtig erklärt, wird

zurückgewiesen.

Rechtsgrundlagen: § 322 Abs 2 Z 1 BVergG 2006, BGBl I 17/2006; § 345 Abs 13 BVergG 2006 BGBl I 186/2007
Rechtsgrundlagen: Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, 17 aus 2006.; Paragraph 345, Absatz 13, BVergG 2006 Bundesgesetzblatt Teil eins, römisch eins 86 aus 2007,

Begründung:

Sachverhalt

Jener Tatsachenhintergrund, vor welchem der gegenständliche Nachprüfungsantrag zu sehen ist, ergibt sich vorerst aus den nachstehend auszugsweise wiedergegebenen Tatsachenfeststellungen im Bescheid des Bundesvergabeamts vom 7.12.2007, N/0087- BVA/08/2007-257 mit diesbezüglichen auf den Verfahrensakt N/0087- BVA/08/2007 bezogenen Beweismittelangaben, wie folgt:

Die Antragsgegnerin (im Folgenden auch nur: Auftraggeberin) leitete Anfang Juni 2006 ein Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb gemäß § 192 Abs 5 BVergG 2006 im Oberschwellenbereich ein, um damit einen Leistungsvertrag zu vergeben, mit dem die Generalunternehmerleistungen für die Planung und Ausführung (insbesondere also auch die Auslegung, Fertigung, Verpackung, Transport, Lieferung, Montage, Abnahme, Inbetriebnahme, Probetrieb, Schulung, Dokumentation und Übernahme) eines schlüsselfertigen, betriebsbereiten Gas- und Dampfturbinen-Kombinationskraftwerks in Mellach samt Instandhaltungsleistungen für die geplante schlüsselfertige Wartung sowie für ungeplante Wartungsmaßnahmen (Langzeitwartungsvertrag) beauftragt werden sollen. Die Antragsgegnerin (im Folgenden auch nur: Auftraggeberin) leitete Anfang Juni 2006 ein Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb gemäß Paragraph 192, Absatz 5, BVergG 2006 im Oberschwellenbereich ein, um damit einen Leistungsvertrag zu vergeben, mit dem die Generalunternehmerleistungen für die Planung und Ausführung (insbesondere also auch die Auslegung, Fertigung, Verpackung, Transport, Lieferung, Montage, Abnahme, Inbetriebnahme, Probetrieb, Schulung, Dokumentation und Übernahme) eines schlüsselfertigen, betriebsbereiten Gas- und Dampfturbinen-Kombinationskraftwerks in Mellach samt Instandhaltungsleistungen für die geplante schlüsselfertige Wartung sowie für ungeplante Wartungsmaßnahmen (Langzeitwartungsvertrag) beauftragt werden sollen.

Beschafft werden soll damit letztlich ein Kraftwerk, bei dem in zwei getrennten Linien Erdgas zuerst über je eine Gasturbine verfeuert wird; wobei danach mit den Verbrennungsgasen Wasserdampf erzeugt wird, der in jeder Linie zusätzlich eine Dampfturbine antreibt.

Aus der aus der Erdgasverbrennung gewonnenen kalorischen Energie wird daher über die jeweiligen Gas- und Dampfturbinen Bewegungsenergie gewonnen, die dererseits wieder - über Generatoren etc - in elektrische Energie umgewandelt wird. (Die in den Ausschreibungsunterlagen angesprochene Fernwärmeauskoppelungsmöglichkeit ist dabei ein Nebenaspekt dieser Beschaffung.)

Dies vorausgeschickt zum Verständnis der nachmalig zentralen Thematik der Gesamtanlagenverfügbarkeit in Gegenüberstellung zur bloßen Gasturbinenverfügbarkeit.

[...]

In der ersten Stufe des Verhandlungsverfahrens langte bei der Auftraggeberin ein Teilnahmeantrag ein, bei dem in der englischen Version der Teilnahmeantragsformulare im Feld "... applicant" vorerst eine "A*** Industries, Ltd" mit Postanschrift in Japan angeführt ist und danach ausgeführt wird: "(For all project related correspondence please contact:) A*** ..."; siehe dazu in der Lasche 1 des Ordners 14/47 der am 26.9.2007 vorgelegten Vergabeunterlagen.

Obwohl der Teilnahmeantrag dieser japanischen Interessentin zB im Bereich des Nachweises von Berufsbefugnissen bzw hinsichtlich Versicherungserfordernissen nicht komplett gewesen sein dürfte, wurde namens der Auftraggeberin

eine Einladung zur Angebotsabgabe an die A*** formuliert, in der festgehalten ist, dass der Teilnahmeantrag [der dort so formulierten alleinigen Adressatin] alle geforderten Mindestkriterien erfüllt habe, dass daher die Ausschreibungsunterlagen übersandt würden, und dass das (erste) Angebot bis 29.11.2007 abzugeben wäre.

Die Einladung zur Angebotsabgabe erging daher dem Wortlaut nach an die nunmehrige Antragstellerin, ohne dass diese einen Teilnahmeantrag in eigenem Namen überreicht gehabt hätte - Ordner 4, Lasche Einladung zur Angebotsabgabe.

Die Auftraggeberin hat sich daher die Einladung zur Angebotsabgabe zumindest über die Zweifelsregel des § 915 ABGB betreffend Kontakte zur Anbahnung entgeltlicher Rechtsgeschäfte zurechnen zu lassen. Die Auftraggeberin hat sich daher die Einladung zur Angebotsabgabe zumindest über die Zweifelsregel des Paragraph 915, ABGB betreffend Kontakte zur Anbahnung entgeltlicher Rechtsgeschäfte zurechnen zu lassen.

Bereits vor der Erstangebotsabgabe fanden Gespräche zwischen Repräsentanten der Auftraggeberin einerseits und (dem Konzern) der nunmehrigen Antragstellerin (bzw deren Subunternehmerin KW*** AG) andererseits statt, in denen der Auftraggeberin mitgeteilt wurde, dass die Antragstellerin die Ausschreibungserfordernisse in allen Punkten nicht erfüllen wird können - zB unbestritten gebliebene Aussage des selbständig vertretungsbefugten Vorstands der KW*** AG, Herrn DI Pi*** in der mündlichen Verhandlung am 21.11.2007, Verhandlungsniederschrift = MVh 21.11.2007, Seiten 7 und 11f. Im Erstangebot vom 28.11.2006 scheint genauso wie im verbesserten Angebot vom 4.6.2007 und im Letztangebot vom 27.7.2007 jeweils im Tender Letter die Antragstellerin als Bieterin auf, wobei der englische Begriff "bidder" eindeutig nach dem Sprachgebrauch und nach Einschau in ein einschlägiges Wörterbuch als "Bietende" und damit "Bieterin" zu übersetzen ist - siehe Ordner 4, Laschen "Nachforderung zum Erstangebot", "Gutachterliste und überarbeitetes Angebot" sowie "Letztangebot"; sowie PONS Deutsch - Englisch, Englisch - Deutsch³.

Während die Auftraggeberin aus der Tatsache des nicht von der Antragstellerin gestellten Teilnahmeantrags zu Beginn der Nachprüfungsverfahrens einen Ausscheidensgrund zu Lasten der Antragstellerin ableiten wollte, sah dies die Antragstellerin im Ergebnis, allerdings ohne erstmalig eigenen Hinweis auf die nachstehend zitierten Normen, anders.

Da im Sektorenbereich des BVergG 2006 einerseits ein dem § 129 Abs 1 Z 10 BVergG 2006 (aus dem klassischen Vergaberechtsbereich) vergleichbarer Ausscheidensgrund fehlt und andererseits eine Sektorenauftraggeberin wie die Antragstellerin gemäß § 252 Abs 8 BVergG 2006 mitunter auch Bieter in das Vergabeverfahren einbeziehen darf, die keinen fristgerechten Teilnahmeantrag gestellt haben, sah sich der erkennende Senat nicht veranlasst, diesen Aspekt im Wege der Antragslegitimationsfrage iS von VwGH 2005/04/0200 bzw nachmalig als Ausscheidensgrund aufzugreifen, zumal das Vergabeverfahren bis zur Relevierung dieses Aspekts im Nachprüfungsverfahren schon sehr lange dauerte, ohne dass die Auftraggeberin diesen Umstand zuvor aufgegriffen gehabt hätte; was (scil: das Nichtaufgreifen) rücksichtlich der §§ 129 Abs 1 Z 10 iVm 269 Abs 1 e contrario und 252 Abs 8 BVergG 2006 nach Senatsauffassung wie gesagt korrekt erscheint. Mit dieser Auffassung musste - hinsichtlich der Gestaltung des Nachprüfungsverfahrens als Sachverhaltselement - mit den Parteien in concreto auch nicht erörtert werden, ob gegenständlich die Positionen aus einem Teilnahmeantrag bzw aus der Einladung zur Angebotsabgabe konzernintern zessionabel erscheinen. Nach der Erstangebotslegung und Nachforderungen der Auftraggeberin zum Erstangebot fand zwischen der Antragstellerin und der Auftraggeberin eine erste Verhandlungsrunde von 26. bis 28.2.2007 statt, die schließlich zu einem verbesserten Angebot der Antragstellerin zum Stichtag 4.6.2007 führte. Da im Sektorenbereich des BVergG 2006 einerseits ein dem Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 10, BVergG 2006 (aus dem klassischen Vergaberechtsbereich) vergleichbarer Ausscheidensgrund fehlt und andererseits eine Sektorenauftraggeberin wie die Antragstellerin gemäß Paragraph 252, Absatz 8, BVergG 2006 mitunter auch Bieter in das Vergabeverfahren einbeziehen darf, die keinen fristgerechten Teilnahmeantrag gestellt haben, sah sich der erkennende Senat nicht veranlasst, diesen Aspekt im Wege der Antragslegitimationsfrage iS von VwGH 2005/04/0200 bzw nachmalig als Ausscheidensgrund aufzugreifen, zumal das Vergabeverfahren bis zur Relevierung dieses Aspekts im Nachprüfungsverfahren schon sehr lange dauerte, ohne dass die Auftraggeberin diesen Umstand zuvor aufgegriffen gehabt hätte; was (scil: das Nichtaufgreifen) rücksichtlich der Paragraphen 129, Absatz eins, Ziffer 10, in Verbindung mit 269 Absatz eins, e contrario und 252 Absatz 8, BVergG 2006 nach Senatsauffassung wie gesagt korrekt erscheint. Mit dieser Auffassung musste - hinsichtlich der Gestaltung des Nachprüfungsverfahrens als Sachverhaltselement - mit den Parteien in concreto auch nicht erörtert werden, ob gegenständlich die Positionen aus einem Teilnahmeantrag bzw aus der Einladung zur Angebotsabgabe konzernintern zessionabel erscheinen. Nach der Erstangebotslegung und

Nachforderungen der Auftraggeberin zum Erstantgebot fand zwischen der Antragstellerin und der Auftraggeberin eine erste Verhandlungsrunde von 26. bis 28.2.2007 statt, die schließlich zu einem verbesserten Angebot der Antragstellerin zum Stichtag 4.6.2007 führte.

In diesem verbesserten Angebot führt die Antragstellerin in ihrem Begleitschreiben dazu aus: "However, please note that the above condition is still subject to prior sale.", was mitunter innerhalb des Verbunds als Anbot unter dem Vorbehalt des früheren anderweitigen Verkaufs verstanden wurde - Niederschrift über die Zeugeneinvernahmen im eV - Verfahren, lfd Nr 104 des Verwaltungsakts.

Neben den sonstigen Äußerungen der Antragstellerin zB auch in diesem Begleitschreiben über die angespannte Marktsituation im Sinne eines aktuellen Nachfrageüberhangs am Kraftwerksbaumarkt wird damit die Verhaltensweise der Auftraggeberin (zumindest) wirtschaftlich verständlich, potentielle Lieferanten möglichst lange im Wettbewerb zu behalten (und allenfalls auch zu einem von Auftraggeberseite gewünschten Leistungsumfang zu motivieren), um nicht einem noch kleineren Bieterspektrum mit den dadurch für die restlichen Bieter nochmals verstärkten Marktpositionen ausgeliefert zu sein - siehe dazu insbesondere die im Ordner 4 der Vergabeunterlagen abgelegte Korrespondenz, und dort wiederum im Begleitschreiben zum Anbot vom 4.6.2007: "... although the current market for power generation is extremely tight and busy due to the growing demand ...".

Der Zeuge DI Pi*** als Person aus der Sphäre der Antragstellerin empfand dieses Bestreben der Auftraggeberin nach einem möglichst breiten Wettbewerb am 21.11.2007 in der Verhandlung laut seiner Aussage subjektiv derart, dass Mitsubishi als Bieter, nicht aber als Lieferant willkommen gewesen wäre; MVh 21.11.2007, Seite 12, lfd Nr 195.

Nach dem 4.6.2007 trat für die Auftraggeberin das Problem auf, dass die offenbar als maßgebliche Subunternehmerin der Antragstellerin auftretende und mitverhandelnde KW*** AG Teil eines Konzerns ist, welcher an einem Zusammenschlussverfahren beteiligt ist, bei dem auch eine anderes am Vergabeverfahren in bestimmter Weise beteiligtes Unternehmen betroffen ist - Ordner 4, Lasche "Stellungnahme [...]" und dort zB das Schreiben vom 18.6.2007; Fusionskontrollkundmachungen der EK im öffentlich zugänglichen ABl der EG. Nach dem 4.6.2007 trat für die Auftraggeberin das Problem auf, dass die offenbar als maßgebliche Subunternehmerin der Antragstellerin auftretende und mitverhandelnde KW*** AG Teil eines Konzerns ist, welcher an einem Zusammenschlussverfahren beteiligt ist, bei dem auch eine anderes am Vergabeverfahren in bestimmter Weise beteiligtes Unternehmen betroffen ist - Ordner 4, Lasche "Stellungnahme [...]" und dort zB das Schreiben vom 18.6.2007; Fusionskontrollkundmachungen der EK im öffentlich zugänglichen Amtsblatt der EG.

Dieses Thema und die von der Antragstellerin diesbezüglich im Vergabeverfahren gesetzten Handlungen wurden von den diesbezüglich befassen Entscheidungsträgern der Auftraggeberin, soweit für dieses Nachprüfungsverfahren derzeit ergebnisrelevant erscheinend, schließlich nicht mehr zum Diskussionsgegenstand auf vergaberechtlicher Ebene gemacht, nachdem das fragliche, vom Zusammenschluss betroffene Unternehmen tatsächlich mit keinem Letztangebot mehr in Konkurrenzbeziehung steht und die Auftraggeberin offenbar um Angebote bemüht war - vorgelegter Vergabeakt, Niederschrift lfd Nr 104, Seite 15.

Mit e-mail vom 27.6.2007 lud die Auftraggeberin die Antragstellerin über die e-mail - Adresse des als Bevollmächtigten der Antragstellerin auftretenden Herrn Hn*** zu einer Verhandlungsrunde am 2. und 3. Juli ein, wobei in dieser Einladung klärende Gespräche in der 27. und 28. Kalenderwoche, eine Aufforderung zur Abgabe eines Letztpreisofferts in der KW 28; eine Abgabefrist für das Letztpreisoffert in der KW 30 und die Bestimmung eines Preferred Bidder Ende Juli als geplant mitgeteilt wurden - Ordner 4, Lasche "Einladung 2. Verhandlung". Am 2. und 3. Juli 2007 fanden Gespräche bei der Auftraggeberin mit der Antragstellerin statt, an denen laut Gesprächsprotokoll vom 16.7.2007 seitens der Auftraggeberin 12 Personen zumindest teilweise teilnahmen, darunter die im Verfahren als Zeugen einvernommenen Herren Oz*** und DI Pi***, ersterer als maßgeblich befasster Mitarbeiter der Antragstellerin und letzterer als selbständig vertretungsbefugter Vorstand der KW*** AG. Dieses Protokoll ist im Ordner 4 in der Lasche "Protokolle 2. Runde, Aufruf zur Letztangebotsabgabe" enthalten und wird nachstehend (auch) als PTTS 7035 bezeichnet.

Nach dem 3.7.2007 versandte die Auftraggeberin mit Telefax vom 18.7.2007 in Deutsch und Englisch das nachstehende Schreiben an die Antragstellerin, welches als Beilage ./1 zum Nachprüfungsantrag seitens der Antragstellerin in deutscher Sprache vorgelegt wurde und mit 16.7.2007 datiert ist.

Dieses Schreiben lautet auf Deutsch in den wesentlichen Teilen:

Verbund

Austrian Thermal Power

Firma

A***

[Adresse, England]

Betrifft:

Projekt GDK Mellach

Ausschreibung: Errichtung eines 800 MW Gas- und Dampfturbinen -

Kombinationskraftwerkes am Standort Mellach

Aufruf zum Letztangebot

Sehr geehrte Damen und Herren!

wir beziehen uns auf das o.a. Projekt sowie die mit Ihnen geführten Gespräche und fordern Sie zu einer "Letztangebotsabgabe" auf.

1 Generelles

- -Strichaufzählung
Wegen der generell hohen Auslastung der Zulieferindustrie für Kraftwerkskomponenten hat sich ATP entschieden, das Bieterauswahlverfahren zu beschleunigen und einen "preferred bidder" (in der Folge als PB bezeichnet) auszuwählen, um sich damit Liefer- bzw. Fertigstellungstermine zu sichern.
- -Strichaufzählung
Im Vergleich mit der bisher geplanten Fortführung des Bieterauswahlverfahrens ergeben sich durch die frühe Festlegung des PB für diesen Erleichterungen in der (Vor-)Planung und Ausführung der Anlage.
- -Strichaufzählung
Durch eine im Falle des Projektabbruchs fällige Ausstiegszahlung signalisiert der AG dem PB das ernsthafte Interesse, das Projekt zu realisieren.

Das Bieterauswahl- und Vergabeverfahren gemäß der ursprünglichen Ausschreibung war wie folgt geplant:

1. a.Litera a
Ausschreibung (Juli 06)
2. b.Litera b
Einlangen der Angebote bei ATP (Nov. 06)
3. c.Litera c
Technische Angebotsabklärung und Aufruf zur Nachbesserung
4. d.Litera d
Einlangen der nachgebesserten Angebote
5. e.Litera e
Reduktion auf 3 Bieter
6. f.Litera f
Verhandlung mit 3 Bietern
7. g.Litera g
Letztangebotsabgabe
8. h.Litera h
Auswahl des Bieters

Das Bieterauswahlverfahren wird wie folgt geändert:

1. a.Litera a
Ausschreibung (Juli 06)

2. b.Litera b
Einlangen der Angebote bei ATP (Nov. 06)
3. c.Litera c
Technische Angebotsabklärung und Aufruf zur Nachbesserung
4. d.Litera d
Einlangen der nachgebesserten Angebote
5. e.Litera e
Reduktion auf 3 Bieter
6. f.Litera f
Verhandlung mit 3 Bietern
7. g.Litera g
Letztangebotsabgabe
8. h.Litera h
Auswahl des "preferred bidders" (Ermittlung des PB erfolgt gemäß bekanntgemachter Zuschlagskriterien - gemäß Ausschreibung vom 28.07.2006 - unter Bedachtnahme der Lieferzeitbewertung gemäß Punkt 5 dieses Schreibens)

2 Zum Genehmigungsverfahren

Der Genehmigungsbescheid erster Instanz für das Kraftwerk Mellach wurde im Mai 2006 erteilt. Aufgrund von Einsprüchen ist der Bescheid nicht in Rechtskraft erwachsen, das Genehmigungsverfahren ist daher in 2. Instanz (Umweltsenat) anhängig. Die Entscheidung des Umweltsenats war für spätestens Dezember 2006 erwartet, hat sich jedoch wegen der Einholung zusätzlicher Stellungnahmen und Gutachten durch den Umweltsenat wesentlich verzögert. Mit der Entscheidung des Umweltsenats wird nunmehr im September 2007 gerechnet.

Sofern ein neuerlicher Einspruch das Eintreten der Rechtskraft dieses zweitinstanzlichen Bescheides verhindert, ist der Abschluss des Verfahrens in 3. Instanz erforderlich. In diesem Fall ist mit dem Vorliegen des definitiven Baubeschlusses nicht vor Ende 2007 zu rechnen.

Sofern die Entscheidung der 2. Instanz jedoch nicht im September 2007 gefällt wird und

zusätzliche Gutachten und Stellungnahmen eingeholt werden, ist auch eine Verzögerung der letztgültigen Behördenentscheidung bis Mitte 2008 nicht auszuschließen.

Daraus ergeben sich 2 Szenarien:

- -Strichaufzählung
Best case:
Die Entscheidung der 2. Instanz ergeht im September 2007, es erfolgt kein weiterer Einspruch. Die Vergabe des Projektes kann in der Aufsichtsratsitzung im November 2007 beantragt werden.

Worst case:

Die Entscheidung der 2. Instanz verzögert sich weiter. Die definitive Projektentscheidung ist erst Mitte 2008 möglich.

3 Projektablauf nach Bestimmung des "Preferred Bidders"

Zum Zeitpunkt der Festlegung des PB (Ende Juli/Anfang August 2007) wird ein gültiger Genehmigungsbescheid noch nicht vorliegen. Damit ist die definitive Bau-Beschlussfassung in den Gremien der ATP zu diesem Zeitpunkt nicht möglich.

Die nächste Aufsichtsratssitzung, in welcher diese Beschlussfassung bei optimalem Projektverlauf (Genehmigungslauf) möglich wäre, findet am 21.11.2007 statt. Es wird daher nachfolgend dargelegt, wie diese Vorphase nach Festlegung des PB ablaufen bzw. genutzt werden kann.

- -Strichaufzählung
Bekanntgabe des PB, wobei auch die Gründe für dessen Auswahl mitgeteilt

werden, werden mit diesem die Gespräche weitergeführt (unter Berücksichtigung der Haupturlaubszeit im August 2007) um das Vertragswerk zu finalisieren (technische Details wie Datenblätter, P&I Schemata, Planunterlagen, aber auch kaufmännischen Details, allgemeine Ausführungsrichtlinien und Wartungsvertrag). Zielsetzung ist, den unterschriftsreifen Vertrag bis spätestens Ende September 2007 zu finalisieren. werden, werden mit diesem die

Gespräche weitergeführt (unter Berücksichtigung der Haupturlaubszeit im August 2007) um das Vertragswerk zu finalisieren (technische Details wie Datenblätter, P&römisches Schemata, Planunterlagen, aber auch kaufmännischen Details, allgemeine Ausführungsrichtlinien und Wartungsvertrag). Zielsetzung ist, den unterschiftsreifen Vertrag bis spätestens Ende September 2007 zu finalisieren.

- -Strichaufzählung
Sollte wider Erwarten von ATP bis 30.09.2007 das Projekt abgebrochen werden, so erhält der PB eine Aufwandsentschädigung von 200.000,-- Euro.
- -Strichaufzählung
Nach Erhalt des positiven Bescheides 2. Instanz und Baubeschluss der Verbundsgremien kann eine definitive Auftragsvergabe unmittelbar nach dem 21.11.2007 spätestens jedoch bis 31.12.2007 erfolgen.
- -Strichaufzählung
Sollte in der Phase vom 30.09.2007 bis 31.12.2007 jedoch ein Abbruch des Projektes erfolgen, so hält der PB eine Aufwandsentschädigung von maximal 1.000.000,-- Euro (Errechnung erfolgt linear in Abhängigkeit des Abbruchtages).
- -Strichaufzählung
Sollte in der Phase vom 31.12.2007 bis 31.07.2008 ein Abbruch des Projektes erfolgen, so erhält der PB eine Aufwandsentschädigung von maximal 2.000.000,-- Euro (Errechnung erfolgt linear in Abhängigkeit des Abbruchtages).

Die Entschädigungszahlungen betragen somit nach Festlegung des PB bis zum 31.07.2008 kumuliert maximal 2.000.000,-- Euro. Sofern das Projekt nicht abgebrochen und bis zum 31.07.2008 bestellt wird (Notice To Proceed), werden vorstehende Zahlungen nicht geleistet.

- -Strichaufzählung
Höhe der Aufwandsentschädigung bei Projektabbruch, grafische Darstellung

[Grafik]

- Vorläufiger Terminplan

[Abdruck eines pdf-Dokuments]

4 Voraussetzung für die Auswahl eines Bieters zum "preferred bidder"

- -Strichaufzählung
Der Bieter ist Bestbieter im Angebotsvergleich
- -Strichaufzählung
Der Bieter sichert die Einhaltung der PAC-Termine gem. Pkt. 6 dieses Schreibens zu
- -Strichaufzählung
Der Bieter verlängert die Angebotsbindefrist bis 31.07.2008. Vom AG gewünscht ist einen Festpreis für Vergabe bis spätestens 31.12.2007 sowie die Anwendung einer Preisgleitformel ab dem 31.12.2007.
- -Strichaufzählung
Die Anwendung der Preisgleitformel und sonstiger Bedingungen darf im Zeitraum der Angebotsbindung zu keiner Umkehr der Bestbieter-Reihung führen.

5 Angabe der Preisgleitung

Preisgleitung für die Evaluierung:

Die Preisgleitformel ab 31.12.2007 bis 31.07.2008 wird für die Angebotssumme (für sämtliche Lieferungen und Leistungen) angesetzt.

Die jeweiligen Prozentsätze für den Festanteil (X), Lohnanteil (Y) sowie für den Materialanteil (Z) sind vom Bieter einzusetzen. Die jeweiligen Prozentsätze für den Festanteil (römisch zehn), Lohnanteil (Y) sowie für den Materialanteil (Z) sind vom Bieter einzusetzen.

Preisgleitformel:

[Preisgleitformel mit Indices und Konditionen]

6 Übernahmetermin, Bewertung des Übernahmetermins

Abhängig vom Bestellzeitpunkt sind die Lieferzeit und der Inbetriebnahmetermin entsprechend den gegebenen Möglichkeiten in nachfolgenden Grenzen zu wählen:

Bei Bestellung bis 31.12.07:

- -Strichaufzählung
Übernahme (PAC) im Zeitraum Juni 2010 bis Nov. 2010 (Lieferzeit gerechnet ab 31.12.07 bis Übernahme: 30 bis 35 Monate)

Bei Bestellung bis 31.7.08.

- -Strichaufzählung
Übernahme (PAC) im Zeitraum Sept. 2010 bis Juni 2011 (Lieferzeit gerechnet ab NTP bis Übernahme: 26 bis 35 Monate)

Kann die Übernahme innerhalb vorstehender Fristen erfolgen, so wird die Bedingung "Termineinhaltung" als erfüllt angesehen und es erfolgt keine Bewertung. Wird eine spätere, außerhalb der angegebenen Fristen liegende Übernahme angeboten, so wird in der Angebotsbewertung eine Bewertung von 25.000 Euro/Tag (das sind 750.000 Euro/Monat) angenommen. Erreicht diese Bewertung eine Höhe von 3.000.000 Euro (Bewertung eines 4 Monate späteren Übernahmetermins), behält sich der AG das Recht vor, das Angebot nicht zu berücksichtigen.

Die Bewertung der Lieferzeit und des Zahlungsplanes (Kapitel 9.3 der Ausschreibung: Punkt 5 und 12) entfallen im Angebotsvergleich und werden durch folgende Festlegung ersetzt:

- -Strichaufzählung
Im Angebotsvergleich berücksichtigt werden die bis zur Übernahme für den AG anfallenden Zinsen der Teilzahlungen (Zinssatz 4%). Die Pönaleregulungen zum Thema Liefertermin gemäß Kapitel 10.6 der Ausschreibung bleiben davon unberührt aufrecht.

7 Besprechungsprotokoll inkl. Beilagen

Ist der Englischen Version beigelegt.

8 Weitere Vorgangsweise

Ihr verbindliches, kostenloses Letztangebot richten Sie bis spätestens

Freitag, 27. Juli 2007, 14.00 Uhr

Eintreffend, an die Verbund-Management Service GmbH,

1. z.Litera z

Hd. Herrn Po***, Abteilung Beschaffung, Zi.-Nr. 209, Ankerstraße 6, 8054 Graz.

Das Angebot ist unter Anschluss aller geforderten Unterlagen mit dem Kennwort "GDK Mellach - Letztangebot" zu übersenden.

Das Angebot ist geordnet nach Ausschreibungsteilen, in zwei verschlossenen Kuverts einzureichen.

Das Kuvert Nr. 1 hat folgende Teile zu enthalten:

- -Strichaufzählung
Angebotsanschreiben
- -Strichaufzählung
Preisblätter

Das Kuvert Nr. 2 hat folgende Teile zu enthalten:

- o Bestätigte Besprechungsprotokolle
- o Kommentare zur Ausschreibung - kaufmännisch und technisch

Sämtliche Angebotsunterlagen sind 2-fach in Papierform und 1-fach als .pdf - Datei auf elektronischen Datenträger (bevorzugt CD-ROM oder DVD) zu übersenden.

mit freundlichen Grüßen

VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH & Co KG

VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH

Aus der vorstehenden Festlegung vom 16.7.2007 (dies auch iS einer Kurzbezeichnung) ist ersichtlich, dass bis 27.7.2007 Letztangebote zu legen waren und dass danach auf Basis dieser Letztangebote in einem letzten großen Abschnitt des Vergabeverfahrens ein preferred bidder ausgewählt würde.

Die S*** wurde am 5.9.2007 als preferred bidder ausgewählt. Die Antragstellerin bekämpfte diese Auswahlentscheidung zur Zahl N/0087-BVA/08/2007 beim Bundesvergabeamt.

Das Angebot der Antragstellerin wurde am 20.11.2007 von der Auftraggeberin aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden. Die Antragstellerin bekämpfte diese Ausscheidensentscheidung zu den Zahlen N/0114-BVA/08/2007 und N/0117-BVA/08/2007 beim Bundesvergabeamt.

Die Nachprüfungsanträge wider die preferred bidder - Entscheidung und wider die Ausscheidensentscheidung wurden vom Bundesvergabeamt am 7.12.2007 und 14.12.2007 jeweils abgewiesen.

Die Antragstellerin nahm diese Abweisungen jeweils zum Anlass für diverse Höchstgerichtsbeschwerden, über deren Zulässigkeit und Begründetheit noch zu entscheiden ist.

Die Antragstellerin beantragte schließlich neben der hier begehrten Nichtigerklärung zusätzlich zur Zahl des Bundesvergabeamts N/0129-BVA/08/2007 die Nichtigerklärung der Nicht - Durchführung einer neuerlichen Angebots- und Verhandlungsrunde unter Einbeziehung der Antragstellerin, wobei der letztgenannte Antrag am 29.1.2008 in einer mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt - gleichwie ein im letztgenannten Akt gestelltes Feststellungsbegehren außerhalb der Feststellungskompetenzen des Bundesvergabeamts gemäß § 312 BVergG 2006 - zurückgezogen wurde. Die Antragstellerin beantragte schließlich neben der hier begehrten Nichtigerklärung zusätzlich zur Zahl des Bundesvergabeamts N/0129-BVA/08/2007 die Nichtigerklärung der Nicht - Durchführung einer neuerlichen Angebots- und Verhandlungsrunde unter Einbeziehung der Antragstellerin, wobei der letztgenannte Antrag am 29.1.2008 in einer mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt - gleichwie ein im letztgenannten Akt gestelltes Feststellungsbegehren außerhalb der Feststellungskompetenzen des Bundesvergabeamts gemäß Paragraph 312, BVergG 2006 - zurückgezogen wurde.

In der besagten Verhandlung am 29.1.2008 vor dem auch in diesem Verfahren erkennenden Senat ergab sich folgender Verhandlungsverlauf auf Basis des am 29.1.2008 unter Einwendungsverzicht auch namens der Antragstellerin unterfertigten

Verhandlungsprotokolls:

[...]

Parteienvertreter:

1. 1.Ziffer eins

RA L*** für die Auftraggeberin;

1. 2.Ziffer 2

RA Hr*** gemeinsam mit Herrn Univ.Prof. P***, RAA bei der zuvor Genannten, LU per 1.7.2007 für die Antragstellerin;

1. 3.Ziffer 3

RA Br*** gemeinsam mit Frau Pf, Juristin bei der S*** für die Mitbeteiligte

[...]

Zum vorerst geplanten Verhandlungsverlauf ist festzuhalten:

In einem ersten Verhandlungsabschnitt soll die Frage des tauglichen Anfechtungsgegenstands im Verfahren N/0127-BVA/08/2007 mit den Parteien erörtert werden.

In einem zweiten Verhandlungsabschnitt soll die Frage des tauglichen Anfechtungsgegenstands im Verfahren N/0129-BVA/08/2007 mit den Parteien erörtert werden.

In einem dritten Verhandlungsabschnitt soll der Parteiwille der Antragstellerin bezüglich des in der Eingabe vom

21.12.2007, protokolliert am 27.12.2007 enthaltenen Feststellungsantrags abgeklärt werden.

Klargestellt wird dabei, dass die Verhandlung gemäß § 316 Abs 1 BVergG 2006 durchgeführt wird, um die Behörde insbesondere nicht dem Vorwurf auszusetzen, sie hätte den Parteien nicht die Gelegenheit zur ausreichenden Erörterung gegeben und würde Parteien nachmalig im Bescheid mit Rechtsansichten überraschen, sofern nach dieser Verhandlung auf Grund der Verhandlungsergebnisse nicht ohnehin weiterverhandelt würde. Zusätzlich wird klargestellt, dass eine Willenserklärung nach der herrschenden Meinung eine Willenäußerung ist, die auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet ist. Klargestellt wird dabei, dass die Verhandlung gemäß Paragraph 316, Absatz eins, BVergG 2006 durchgeführt wird, um die Behörde insbesondere nicht dem Vorwurf auszusetzen, sie hätte den Parteien nicht die Gelegenheit zur ausreichenden Erörterung gegeben und würde Parteien nachmalig im Bescheid mit Rechtsansichten überraschen, sofern nach dieser Verhandlung auf Grund der Verhandlungsergebnisse nicht ohnehin weiterverhandelt würde. Zusätzlich wird klargestellt, dass eine Willenserklärung nach der herrschenden Meinung eine Willenäußerung ist, die auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet ist.

Sohin wird der erste Verhandlungsabschnitt begonnen. Die Antragstellerin wird unter Vorhalt der lfd Nr 1 des Akts N/0127-BVA/08/2007 aufgefordert, dem Bundesvergabeamt nochmals kurz darzulegen, welche Willensäußerung sie in ihrer Eingabe vom 21.12.2007, ca 10.30 Uhr nichtig erklärt haben will. Dies insbesondere rücksichtlich der konkreten Bezeichnungen und auch rücksichtlich des Umstands, dass der Schriftsatz der Auftraggeberin vom 12.12.2007 eine Verfahrenshandlung gegenüber der Behörde war, die offenbar insbesondere auf eine Note des Bundesvergabeamts vom 10.12.2007 zurückgehen dürfte.

Die Antragstellerin verweist auf den heutigen Schriftsatz. Auf der Seite 6 dieses Schriftsatzes ist die konkrete Passage kursiv und eingeschoben angeführt. Die Antragstellervertreterin wiederholt die diesbezüglichen Schriftsatzausführungen zusammenfassend. Weiters wird die Antragstellerin aufgefordert, darzulegen, welche Rechtsfolgen gegenüber wem mit der derart bezeichneten Willensäußerung herbeigeführt werden sollten.

Nach Auffassung der Antragstellerin ist der Schriftsatz vom 12.12.2007 die nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der S*** nicht auszuschneiden. Bei der Klärung der Frage, ob es sich um eine Willenserklärung im Sinne der VfGH-Judikatur handelt, ist auf das Rechtsschutzbedürfnis abzustellen. Für die Antragstellerin stellt der Schriftsatz die letzte nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung des Auftraggebers dar, die einer Anfechtung zugänglich ist. Es ist daher über die Definition der Willenserklärung hinaus auf das Rechtsschutzbedürfnis abzustellen und sind daher nicht nur Willenserklärungen im Sinne des Zivilrechts gesondert anfechtbar.

Danach erhalten die anderen Parteien die Möglichkeit zur Entgegnung.

Herr Dr. L*** wiederholt sein Vorbringen aus dem Schriftsatz vom 20.12.2007 im Verfahren N/0124-BVA/08/2007 und bringt ergänzend vor, dass das Nichtausscheiden eines Bieters inhaltlich gleichgelagert sei, dem vom VfGH in seiner Entscheidung vom 2.3.2002, B 691/01, behandelten Fall der Unterlassung des Widerrufs einer Ausschreibung. Der VfGH hat dies als nicht bekämpfbare Nichtfestlegung qualifiziert. Weiters bringt er vor, dass es keinen Anhaltspunkt dafür gibt, dass das Angebot der S*** ausgeschieden werden könne. Er verweist dazu auf die Akteninhalte der Akten N/0087, 0114, 0117-BVA/08/2007. Schließlich bringt er vor, dass aus dem klaren Wortlaut der von der Antragstellerin allerdings unvollständig zitierten Textpassage des gegenständlichen Schriftsatzes "informativ wird vorgebracht ..."

klar hervorgeht, dass es sich um ein zu Informationszwecken erstatteten Prozessvorbringen und nicht um die Mitteilung über eine getroffene Willensentscheidung handelt. Schließlich ist in dieser Information weder davon die Rede, dass das Angebot von S*** nicht ausgeschieden werden soll, noch davon die Rede, dass die Zuschlagsentscheidung zugunsten der S*** erfolgen soll. Vielmehr wird ausschließlich darüber informiert, dass zum Zeitpunkt dieses Schriftsatzes die Fällung einer Zuschlagsentscheidung gerade nicht beabsichtigt ist.

Herr RA Br*** schließt sich dem heutigen Vorbringen der Auftraggeberin an, verweist auf die beiden Einwendungen vom 3.1.2008, bestreitet vorsichtsweise die Richtigkeit der Rechtsausführungen im heutigen Schriftsatz der Antragstellerin. Er weist nochmals darauf hin, dass es sich bei den vom Nichtigkeitsantrag umfassten Textpassagen um keine selbständigen Willensentscheidungen der Auftraggeberin handelt, weshalb diese auch nicht selbständig anfechtbar sind und verweist auf das Erkenntnis des VwGH vom 27.6.2007, Zl. 2005/04/0111, wonach in einem vergleichbaren Sachverhalt ausdrücklich ausgesprochen wird, dass der Beschwerdeführerin kein subjektives Recht im Nachprüfungsverfahren zukomme.

Die Antragstellerin erhält die Möglichkeit zur Replik auf dieses Vorbringen.

Zum Vorbringen der Auftraggeberin, dass es sich lediglich um eine informative Äußerung der Auftraggeberin handeln würde, wird vorgebracht, dass sich der Informationscharakter lediglich darauf bezieht, derzeit keinen Zuschlag zu erteilen. Davon unabhängig ist allerdings die Mitteilung zu werten, dass der Zuschlag möglichst rasch erfolgen muss. Dieser Mitteilung liegt die Entscheidung des Auftraggebers zugrunde, das Angebot der S*** nicht auszuschneiden. Der Nachprüfungsantrag richtet sich ausdrücklich gegen diese Entscheidung. Diese Entscheidung ist zweifelsohne als anfechtbare Willenserklärung des Auftraggebers zu werten. Sie verweist diesbezüglich auf die Entscheidung des VfGH B 691/01, die nur unvollständig wiedergegeben wurde. Der VfGH stellt darauf ab, dass die intern getroffene Entscheidung ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis auslöst. Dies ist konkret der Fall, da das BVA die Auffassung vertritt, dass der Antragstellerin keine Zuschlagsentscheidung zuzustellen wäre und diesem Rechtsschutzbedürfnis daher nur durch die Zulässigkeit der Anfechtbarkeit der bezeichneten Entscheidung, die durch die Mitteilung im Schriftsatz gegenüber der Antragstellerin erstmalig nach Außen in Erscheinung tritt, in diesem Verfahren gewahrt wird. Die Antragstellerinnenvertretung stellt klar, dass nicht der Schriftsatz die Entscheidung ist, sondern im Schriftsatz die Entscheidung der Auftraggeberin zum Ausdruck kommt, die S*** nicht auszuschneiden und keine weitere Angebots- und Verhandlungsrunde unter Einbeziehung der Antragstellerin durchzuführen. Betreffend die Frage der Willenserklärung ist daher nicht auf den Schriftsatz abzustellen, sondern auf die vorangehende Entscheidung, die dieser Mitteilung zugrunde liegt, und die im Schriftsatz gegenüber der Antragstellerin zum ersten Mal zum Ausdruck kam.

RA L*** bestreitet und weist darauf hin, dass er zusätzliche Sachverhaltsvorbringen erstatten möchte. Er bestreitet das sonstige Rechts- und Tatsachenvorbringen im heutigen Schriftsatz und in den Nachprüfungsanträgen. Er bringt insbesondere vor wie in seinem Schriftsatz vom 20.12.2007 im Verfahren N/0124-BVA/08/2007 und ergänzt, dass selbst dann, wenn die Einleitung des produzierten Stromes in das 380 kV Verteilernetz nicht ermöglicht werden sollte, dieses Projekt, das hier verfahrensgegenständlich ist, unverändert zur Ausführung gelangt, weil es zwar wirtschaftlich weniger zweckmäßig aber technisch durchaus möglich ist, außerhalb des verfahrensgegenständlichen Projektes eine Umwandlung der im gegenständlichen Projekt vorgesehenen 380 kV Energieableitung so vorzunehmen, dass eine Einspeisung in das 110 kV-Netz möglich wird. Die diesbezüglichen Auftragserteilungen würden außerhalb des hier gegenständlichen Ausschreibungsgegenstandes erfolgen und sind daher nicht verfahrensgegenständlich. Weiters bringt er vor, dass die Behauptung der Antragstellerin der UVP-Bescheid sei noch nicht erteilt worden, schlicht unwahr ist.

Die Antragstellervertreterin stellt außer Streit, dass der UVP-Bescheid vorliegt.

RA L*** gibt die Zahlen des UVP-Bescheides an:

1. 1.Ziffer eins
Instanz - FA 13A-11.10-80/2005-181
2. 2.Ziffer 2
Instanz - Umweltsenat US 3B/2006/16-114

Die Antragstellerin bestreitet das Vorbringen der Auftraggeberin. Nicht der UVP-Bescheid wäre strittig. Es geht ausschließlich um die Genehmigung der Einspeisung in die 380 kV Leitung, die offenbar nach wie vor nicht vorliegt.

Die Antragstellervertreterin und der Auftraggebervertreter diskutieren zusammenfassend, ob die allfällig drohende Einspeisung in das 110 kV-Netz und die dadurch bedingte Notwendigkeit eines zusätzlichen Transformators den Leistungsgegenstand der ursprünglichen Ausschreibung ändern würde. Die Auftraggeberin verneint dies. Die Antragstellerin sieht unter Hinweis auf die ihr vorliegenden Informationen eine Änderung des Leistungsgegenstandes bzw. Ausschreibungsgegenstandes.

Da sohin betreffend diesen Verhandlungsabschnitt kein weiteres Vorbringen besteht, wird selbiger beendet.

Sohin wird der zweite Verhandlungsabschnitt begonnen.

[...]

Die Rechtsvertretung der Antragstellerin erläutert, dass dieser Nachprüfungsantrag die Möglichkeit eröffnen sollte, im Vergabeverfahren ohne weitere Verzögerungen bedingt durch die strittigen Rechtsfragen fortzufahren.

Die Antragstellerin zieht nunmehr den Nachprüfungsantrag zu N/0129-BVA/08/2007 zurück, nachdem die Rechtsvertretung der Auftraggeberin mitteilt, dass nach Rechtsansicht des RA L*** eine weitere Verhandlungsrunde schon aus vergaberechtlicher Sicht nicht in Betracht kommt.

Sohin wird nach weiteren informellen Parteiengesprächen der dritte Verhandlungsabschnitt begonnen.

[...]

Um 14.04 Uhr wird die Verhandlung zur Protokollsdurchsicht unterbrochen.

Um 14.35 Uhr werden im Einvernehmen mit den Parteienvertretern - nach Verhandlungsfortsetzung - offenkundige Unrichtigkeiten im Protokoll etc. berichtet.

Da keine weiteren Vorbringen mehr erstattet werden wollen, werden das Ermittlungsverfahren und die Verhandlung um 14.55 Uhr für geschlossen erklärt und werden die Parteienvertreter unter Einwendungsverzicht eine Protokollabschrift sogleich in Empfang nehmen.

Ende: 14.55 Uhr

Zusammenfassend geht die Antragstellerin ausweislich des Nachprüfungsantrags, lfd Nr 1 des Akts N/0127-BVA/08/2007, davon aus, dass durch einen Schriftsatz der Auftraggeberin, welcher zu den Verfahrensakten des Bundesvergabeamts N/0114-BVA/08/2007, N/0117-BVA/08/2007 und N/0120-BVA/08/2007 des Bundesvergabeamts erstattet wurde, die gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin für die Antragstellerin in Erscheinung getreten wäre, das Angebot der S*** nicht auszuschneiden.

Beweiswürdigung bzw Feststellungsgrundlagen

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus der Verhandlungsniederschrift über die Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt, lfd Nr 22 des Akts N/0127-BVA/08/2007, aus dem hier zu behandelnden Nachprüfungsantrag, lfd Nr 1 des Akts N/0127-BVA/08/2007 samt angeschlossenen Schriftsatz der Auftraggeberin vom 12.12.2007 sowie insgesamt auch aus den Verfahrensakten des Bundesvergabeamts N/0087-BVA/08/2007, N/0114-BVA/08/2007, N/0117-BVA/08/2007, N/0120-BVA/08/2007, N/0124-BVA/08/2007, N/0127-BVA/08/2007 und N/0129-BVA/08/2007. Die Antragstellerin vertrat daher am 29.1.2007 in ihrem Schriftsatz, lfd Nr 19 des Akts N/0127-BVA/08/2007 sogar die Auffassung, dass eine mündliche Verhandlung unterbleiben könne.

Rechtliche Beurteilung

Zur anwendbaren Rechtslage ist festzuhalten, dass der zurückgewiesene Antrag beim Bundesvergabeamt am 21.12.2007 protokolliert wurde und daher gemäß § 345 Abs 13 BVergG 2006, BGBl I 86/2007, die Stamfassung des BVergG 2006 laut Kundmachung BGBl I 17/2006 für den hier behandelten Antrag maßgeblich ist. Zitate im Bescheid verweisen daher nachstehend generell auf die gerade angeführte Stamfassung. Zur anwendbaren Rechtslage ist festzuhalten, dass der zurückgewiesene Antrag beim Bundesvergabeamt am 21.12.2007 protokolliert wurde und daher gemäß Paragraph 345, Absatz 13, BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, 86 aus 2007,, die Stamfassung des BVergG 2006 laut Kundmachung Bundesgesetzblatt Teil eins, 17 aus 2006, für den hier behandelten Antrag maßgeblich ist. Zitate im Bescheid verweisen daher nachstehend generell auf die gerade angeführte Stamfassung.

Die Antragstellerin bekämpft laut Seite 5 ihres Nachprüfungsantrags, lfd Nr 1 des Verwaltungsakts des Bundesvergabeamts N/0127-BVA/08/2007, als gesondert anfechtbare Entscheidung eine sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd) BVergG 2006. Eine Subsumtion des von der Antragstellerin derart bezeichneten Anfechtungsgegenstands gemäß § 322 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 unter einen anderen Tatbestand des § 2 Z 16 lit a) scheidet - gemessen am Gesetzeswortlaut iVm den unstrittigen Sachverhaltselementen - aus und wurde überdies bislang auch nicht behauptet, zumal am 27.7.2007 die Letztangebotsfrist unstrittig abgelaufen ist - Seite 2 des hier gegenständlichen Nachprüfungsantrags. Klarzustellen ist dabei, dass der 27.7.2007 für die Antragstellerin gemäß der unangefochten gebliebenen Festlegung der Auftraggeberin vom 16.7.2007 tatsächlich deren letzte Frist zur Abgabe eines Angebots gewesen ist. Die Antragstellerin bekämpft laut Seite 5 ihres Nachprüfungsantrags, lfd Nr 1 des Verwaltungsakts des Bundesvergabeamts N/0127-BVA/08/2007, als gesondert

anfechtbare Entscheidung eine sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d,) BVergG 2006. Eine Subsumtion des von der Antragstellerin derart bezeichneten Anfechtungsgegenstands gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 unter einen anderen Tatbestand des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a,) scheidet - gemessen am Gesetzeswortlaut in Verbindung mit den unstrittigen Sachverhaltselementen - aus und wurde überdies bislang auch nicht behauptet, zumal am 27.7.2007 die Letztangebotsfrist unstrittig abgelaufen ist - Seite 2 des hier gegenständlichen Nachprüfungsantrags. Klarzustellen ist dabei, dass der 27.7.2007 für die Antragstellerin gemäß der unangefochten gebliebenen Festlegung der Auftraggeberin vom 16.7.2007 tatsächlich deren letzte Frist zur Abgabe eines Angebots gewesen ist.

Für die Frage des Vorliegens von Auftraggeberentscheidungen iS der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsmittelrichtlinien 89/665/EWG einerseits und 92/13/EWG andererseits haben sowohl der VfGH - B 691/01 - als auch der VwGH - 2001/04/0144 - immer darauf abgestellt, ob eine Willenserklärung existiert.

Dieses Konzept einer feststellbaren Willenserklärung als Bedingung für das Vorliegen eines tauglichen Anfechtungsgegenstands gilt nach Auffassung des erkennenden Senats weiterhin auch für das BVergG 2006, zumal nur derart sachgerecht differenziert werden kann, inwieweit ein beim Bundesvergabeamt tauglicher Anfechtungsgegenstand vorliegt.

Willenserklärungen sind nach der hM Willensäußerungen, die auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet sind - vgl nur Rummel in Rummel, ABGB § 863 Rz 3. Willenserklärungen sind nach der hM Willensäußerungen, die auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet sind - vergleiche nur Rummel in Rummel, ABGB Paragraph 863, Rz 3.

Dass der Gesetzgeber des BVergG 2006 die Zuschlagsentscheidung und die Widerrufsentscheidung gemeinschaftsrechtskonform als Absichtserklärungen und damit als Willensmitteilungen zu konzipieren hatte, um einerseits die Anfechtbarkeit und andererseits dennoch die gegebene allseitige Reversibilität dieser Entscheidungen vor Beendigung durch Zuschlagserteilung bzw Widerruf zu normieren, ist dabei eine Legalausnahme und ändert nichts am Grundsatz, dass Auftraggeberentscheidungen und insbesondere gesondert anfechtbare Entscheidungen Willenserklärungen sind.

Die Antragstellerin bekämpft eine sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase.

Der Gesetzgeber des BVergG 2002 und fortgesetzt des BVergG 2006 haben in Abkehr von dem durch das BVergG 1993 und BVergG 1997 eingeschlagenen Weg eine Katalog gesondert anfechtbarer Entscheidungen normiert und damit festgelegt, dass nur bestimmte Festlegungen, die über die rein interne Sphäre des vergaberechtsgebundenen Auftraggebers hinaus nach außen treten, gesondert anfechtbar sein sollen. Der Gesetzgeber wollte damit sachlich gerechtfertigt eine Situation schaffen, in der einerseits der gemeinschaftsrechtlich gebotene effektive Rechtsschutz gewährleistet wird, in der aber andererseits vermieden werden soll, dass durch die Anfechtbarkeit jedweder Edition eines Auftraggebers die Beschaffungsvorgänge der öffentlichen und Sektorenauftraggeber durch permanente Antragstellungen lahmgelegt bzw zumindest sachwidrig verzögert werden können.

Diese Regelungsabsicht erscheint insbesondere bezüglich einer Sektorenauftraggeberin wie der hier streitverfangenen Auftraggeberin verfassungsrechtlich geboten, da die Anfechtbarkeit jedweder Edition dieser Auftraggeberin in deren Vergabeverfahren dazu führen würde, dass sie sachlich nicht gerechtfertigt und damit gegen den Gleichheitsgrundsatz gemäß Art 2 StGG bzw Art 7 B-VG verstoßend und weiter gegen deren Privatautonomie iS deren Eigentumsrechts gemäß Art 5 StGG bzw Art 1 1. ZPMRK verstoßend in ihren Beschaffungsvorgängen behindert würde. Diese Regelungsabsicht erscheint insbesondere bezüglich einer Sektorenauftraggeberin wie der hier streitverfangenen Auftraggeberin verfassungsrechtlich geboten, da die Anfechtbarkeit jedweder Edition dieser Auftraggeberin in deren Vergabeverfahren dazu führen würde, dass sie sachlich nicht gerechtfertigt und damit gegen den Gleichheitsgrundsatz gemäß Artikel 2, StGG bzw Artikel 7, B-VG verstoßend und weiter gegen deren Privatautonomie iS deren Eigentumsrechts gemäß Artikel 5, StGG bzw Artikel eins, 1. ZPMRK verstoßend in ihren Beschaffungsvorgängen behindert würde.

Der Tatbestand der sonstigen Festlegung ist daher verfassungskonform auszulegen.

Dies hat nach Senatsauffassung dahin zu geschehen, dass Anfechtungssachverhalte, die nach der erkennbaren Absicht des Gesetzgebers typischer Weise bei bestimmten im Katalog des § 2 Z 16 lit a angeführten Entscheidungen von einem Nachprüfungswerber aufgegriffen werden (müssen), eben nur bei der Bekämpfung dieser jeweiligen gesondert

anfechtbaren Entscheidung aufgegriffen werden können und müssen. Dies hat nach Senatsauffassung dahin zu geschehen, dass Anfechtungssachverhalte, die nach der erkennbaren Absicht des Gesetzgebers typischer Weise bei bestimmten im Katalog des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, angeführten Entscheidungen von einem Nachprüfungserber aufgegriffen werden (müssen), eben nur bei der Bekämpfung dieser jeweiligen gesondert anfechtbaren Entscheidung aufgegriffen werden können und müssen.

Der Begriff der sonstigen Festlegung - hier - während der Verhandlungsphase - umfasst daher teleologisch keine allenfalls existenten Festlegungen, die typische Anfechtungssachverhalte anderer gesondert anfechtbarer Entscheidungen sind.

Die Zuschlagsentscheidung ist in dem hier streitgegenständlichen Verhandlungsverfahren iS des § 2 Z 16 lit a sublit dd) BVergG 2006 unstrittig gesondert anfechtbar. Die Zuschlagsentscheidung ist in dem hier streitgegenständlichen Verhandlungsverfahren iS des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d,) BVergG 2006 unstrittig gesondert anfechtbar.

Desgleichen wurde die preferred bidder - Entscheidung ausweislich des Nachprüfungsverfahrens N/0087-BVA/08/2007 betreffend das hier interessierende Vergabeverfahren seitens des Bundesvergabeamts als gesondert anfechtbar qualifiziert.

Ist nunmehr typischer Anfechtungssachverhalt bei einer Zuschlagsentscheidung ua das Thema, dass nach Auffassung des Antragstellers der in der Zuschlagsentscheidung in Aussicht genommene Zuschlagsempfänger auszuschneiden wäre, erscheint es vertretbar, diesen Anfechtungsgrund und -sachverhalt auch noch in einem Anfechtungsverfahren betreffend die preferred bidder - Entscheidung auf Basis der im streitgegenständlichen Vergabeverfahren getroffenen (Vor-) Festlegung vom 16.7.2007 [über das preferred bidder - Prozedere nach Letztangebotslegung] als zulässig zu erachten, zumal die Auftraggeberin dort die preferred bidder - Auswahl als letzten großen Abschnitt im Vergabeverfahren definierte und damit die preferred bidder - Auswahl gemäß der genannten Vorfestlegung zumindest Teilfunktionen einer Zuschlagsentscheidung hatte.

Nach Senatsauffassung würde es hingegen zu einer verfassungswidrigen Erweiterung der Anfechtungsmöglichkeiten führen, wenn man das Nicht - Ausscheiden einer bestimmten Bieterin bereits vor derart das Vergabeverfahren finalisierenden Auftraggeberentscheidungen wie eben einer Zuschlagsentscheidung oder aber einer (zumindest teilweise) funktionsgleichen preferred bidder - Entscheidung - unbeschadet der Frage des Vorliegens einer Willenserklärung - als tauglichen Anfechtungsgegenstand betrachten wollte.

MaW liegt teleologisch und verfassungskonform keine sonstige Festlegung [hier:] während der Verhandlungsphase vor, wenn der Anfechtungssachverhalt, hinsichtlich dessen ein Rechtsschutzbedürfnis dargestellt wird, typischer Weise als Anfechtungssachverhalt bei einer anderen gesondert anfechtbaren Entscheidung in den jeweiligen Katalogen des § 2 Z 16 lit a) BVergG 2006 aufzugreifen ist. MaW liegt teleologisch und verfassungskonform keine sonstige Festlegung [hier:] während der Verhandlungsphase vor, wenn der Anfechtungssachverhalt, hinsichtlich dessen ein Rechtsschutzbedürfnis dargestellt wird, typischer Weise als Anfechtungssachverhalt bei einer anderen gesondert anfechtbaren Entscheidung in den jeweiligen Katalogen des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a,) BVergG 2006 aufzugreifen ist.

Dabei ist obiter klarzustellen, dass davon die Frage zu trennen ist, ob ein Unternehmer den Anfechtungssachverhalt "Ausscheidensbedürftigkeit des Konkurrenten" dann rücksichtlich seiner Antragslegitimation iSv VwGH 2005/04/0200 bzw rücksichtlich seiner Rechtsverletzungsmöglichkeit iSv VwGH 2005/04/0181 überhaupt erfolgreich aufgreifen kann.

Dementsprechend verneint der erkennende Senat in teleologischer und verfassungskonformer Rechtsanwendung gegenständlich aus den vorstehend ersichtlichen Gründen das Vorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung allein rücksichtlich des Sachverhalts, dass das Angebot der S*** nicht ausgeschieden wurde.

Die Antragstellerin leitet ihren Anfechtungsgegenstand aus einem Schriftsatz der Auftraggeberin ab, der von der Auftraggeberin ausdrücklich an das Bundesvergabeamt gerichtet war. Die Antragstellerin hat damit im Rahmen ihrer Sachverhalts- und Entscheidungsbezeichnungspflicht gemäß § 322 Abs 1 BVergG 2006 jene "Äußerung" der Auftraggeberin bezeichnet, die sie als gesondert anfechtbar betrachtet. Die Antragstellerin leitet ihren Anfechtungsgegenstand aus einem Schriftsatz der Auftraggeberin ab, der von der Auftraggeberin ausdrücklich an das

Bundesvergabebeamte gerichtet war. Die Antragstellerin hat damit im Rahmen ihrer Sachverhalts- und Entscheidungsbezeichnungspflicht gemäß Paragraph 322, Absatz eins, BVergG 2006 jene "Äußerung" der Auftraggeberin bezeichnet, die sie als gesondert anfechtbar betrachtet.

Dieser Schriftsatz und damit die Äußerung war allerdings an den Erklärungsempfänger Bundesvergabebeamte gerichtet, also eine Erklärung exklusiv gegenüber dem Bundesvergabebeamten.

Sieht man von doppeltfunktionellen Prozesshandlungen im Zivilprozess ab, wie sie für den Verzicht, den Vergleich oder aber das Anerkenntnis bzw mitunter auch für die Aufrechnung im Zivilprozess in Österreich diskutiert werden, sind im Zivilverfahren keine Prozessklärungen, sprich:

Verfahrenshandlungen ersichtlich, die dort unter dem Gesichtspunkt einer zusätzlichen Willenserklärung gegenüber dem Prozessgegner diskutiert werden.

IdS wurde das Vorliegen einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung gegenüber dem Verfahrensgegner im Zivilverfahren für sonstige Ausführungen einer Verfahrenspartei gegenüber dem Gericht bislang grundsätzlich verneint, siehe dazu zB OGH 13.11.1968, 7 Ob 205/68 bzw OGH 21.11.2001, 3 Ob 9/01x. Da diese Auffassung der fehlenden Willenserklärung gegenüber dem Verfahrensgegner im Verfahren vor dem Bundesvergabebeamten umso mehr bzw zumindest analog gelten muss, zumal das Bundesvergabeamt als Tribunal und weisungsfreie Verwaltungsbehörde noch weniger als die Zivilgerichte als für den Abschluss von Rechtsgeschäften zwischen den Verfahrensparteien eingerichtet angesehen werden kann, ist es generell abzulehnen, dass die Antragstellerin aus dem Schriftsatz der Auftraggeberin, verfasst für mehrere Nachprüfungs- bzw eV - Verfahren, eine ihr gegenüber ergehende Willenserklärung der Auftraggeberin ableiten kann.

Da sohin Verfahrenshandlungen einer Sektorenauftraggeberin vor dem Bundesvergabebeamten teleologisch nicht gleichzeitig als Willenserklärungen der Sektorenauftraggeberin gegenüber der Antragstellerin zu betrachten sind - und der hier diskutierte Schriftsatz der Auftraggeberin vom 12.12.2007 ausweislich seines Inhalts auch nichts anderes ergibt - war das Vorliegen einer Willenserklärung an die Auftraggeberin und damit schlussendlich auch das Vorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung gemäß § 322 Abs 2 Z 1 auch aus diesem Grund zu verneinen. Dass der Schriftsatz der Auftraggeberin vom 12.12.2007 an das Bundesvergabeamt nichts anderes ergeben hat, wird dabei durch den Schriftsatz der Antragstellerin vom 29.1.2008 an das Bundesvergabeamt mit der lfd Nr 19 des Akts N/0127-BVA/08/2007, Seite 6 dieses Schriftsatzes, erwiesen, wo die Antragstellerin die gesondert anfechtbare Entscheidung letztlich aus der am 12.12.2007 sinngemäß an die Behörde mitgeteilten Absicht der Auftraggeberin ableiten will, mit dem Zuschlag bis zur Erledigung der Nachprüfungsverfahren betreffend die Anfechtung der Ausscheidensentscheidung zu Lasten der Antragstellerin zuzuwarten, jedoch gleichzeitig eine rasche Zuschlagserteilung aus bestimmten Gründen geboten wäre. Derartiges Vorbringen der Auftraggeberin gegenüber der Behörde stellt nach Senatsauffassung gerade keine Willenserklärung der Auftraggeberin gegenüber der Antragstellerin dar. Da sohin Verfahrenshandlungen einer Sektorenauftraggeberin vor dem Bundesvergabebeamten teleologisch nicht gleichzeitig als Willenserklärungen der Sektorenauftraggeberin gegenüber der Antragstellerin zu betrachten sind - und der hier diskutierte Schriftsatz der Auftraggeberin vom 12.12.2007 ausweislich seines Inhalts auch nichts anderes ergibt - war das Vorliegen einer Willenserklärung an die Auftraggeberin und damit schlussendlich auch das Vorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung gemäß Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer eins, auch aus diesem Grund zu verneinen. Dass der Schriftsatz der Auftraggeberin vom 12.12.2007 an das Bundesvergabeamt nichts anderes ergeben hat, wird dabei durch den Schriftsatz der Antragstellerin vom 29.1.2008 an das Bundesvergabeamt mit der lfd Nr 19 des Akts N/0127-BVA/08/2007, Seite 6 dieses Schriftsatzes, erwiesen, wo die Antragstellerin die gesondert anfechtbare Entscheidung letztlich aus der am 12.12.2007 sinngemäß an die Behörde mitgeteilten Absicht der Auftraggeberin ableiten will, mit dem Zuschlag bis zur Erledigung der Nachprüfungsverfahren betreffend die Anfechtung der Ausscheidensentscheidung zu Lasten der Antragstellerin zuzuwarten, jedoch gleichzeitig eine rasche Zuschlagserteilung aus bestimmten Gründen geboten wäre. Derartiges Vorbringen der Auftraggeberin gegenüber der Behörde stellt nach Senatsauffassung gerade keine Willenserklärung der Auftraggeberin gegenüber der Antragstellerin dar.

Die Antragstellerin möchte wie gesagt das Nicht - Ausscheiden des Angebots der S*** als sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase und damit als gesondert anfechtbare Entscheidung verstanden wissen. Sie ficht damit ein Unterlassen an. Da die Auftraggeberin damit gerade keinen Willen zu Lasten der S*** gebildet hat, der - gemäß § 269

BVergG 2006 - gegenüber der S*** und umso weniger gegenüber der Antragstellerin geäußert wurde, fehlt es hier wiederum am Element der Willensäußerung der Auftraggeberin insbesondere auch gegenüber der Antragstellerin. Ohne Willensäußerung liegt aber wie gesagt keine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a BVergG 2006 vor. Nach Auffassung des erkennenden Senats ist es wiederum zur Vermeidung der Lahmlegung bzw unsachlichen Beeinträchtigungsmöglichkeit von Vergabeverfahren durch Sektorenauftraggeber teleologisch geboten, dass Vorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei derartigen Unterlassungen zu vermeiden, hätte doch die gegenteilige Auffassung zur Folge, dass in einem insgesamt vorliegenden Unterlassungszeitraum je einzelner Unterlassungszeitpunkt eine erneute Entscheidung, [hier:] eine Ausscheidensentscheidung nicht zu treffen, erblickt werden könnte. Dass der Gesetzgeber trotz des geschaffenen Systems der gesondert anfechtbaren Entscheidungen gerade eine derart multiple Aufgreifbarkeit eines einzigen Anfechtungsgrunds gewollt hätte, kann verfassungskonform nicht unterstellt werden. Die Antragstellerin möchte wie gesagt das Nicht - Ausscheiden des Angebots der S*** als sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase und damit als gesondert anfechtbare Entscheidung verstanden wissen. Sie ficht damit ein Unterlassen an. Da die Auftraggeberin damit gerade keinen Willen zu Lasten der S*** gebildet hat, der - gemäß Paragraph 269, BVergG 2006 - gegenüber der S*** und umso weniger gegenüber der Antragstellerin geäußert wurde, fehlt es hier wiederum am Element der Willensäußerung der Auftraggeberin insbesondere auch gegenüber der Antragstellerin. Ohne Willensäußerung liegt aber wie gesagt keine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVergG 2006 vor. Nach Auffassung des erkennenden Senats ist es wiederum zur Vermeidung der Lahmlegung bzw unsachlichen Beeinträchtigungsmöglichkeit von Vergabeverfahren durch Sektorenauftraggeber teleologisch geboten, dass Vorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei derartigen Unterlassungen zu vermeiden, hätte doch die gegenteilige Auffassung zur Folge, dass in einem insgesamt vorliegenden Unterlassungszeitraum je einzelner Unterlassungszeitpunkt eine erneute Entscheidung, [hier:] eine Ausscheidensentscheidung nicht zu treffen, erblickt werden könnte. Dass der Gesetzgeber trotz des geschaffenen Systems der gesondert anfechtbaren Entscheidungen gerade eine derart multiple Aufgreifbarkeit eines einzigen Anfechtungsgrunds gewollt hätte, kann verfassungskonform nicht unterstellt werden.

Wie bereits ausgeführt, haben der VfGH und der VwGH in Österreich das Vorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bislang immer vom Vorliegen einer Willenserklärung abhängig gemacht. Die Legalausnahmen für die Zuschlagsentscheidung und Widerrufsentscheidung wurden bereits erwähnt.

Das zentrale Wesenselement der Willenserklärung neben der Willensäußerung ist der Rechtsfolgewille gegenüber dem gewollten Adressatenkreis der Willensäußerung. Nach Senatsauffassung liegt in der Nichtausscheidung des Angebots der S*** aus dem Vergabeverfahren allein gerade kein Wille zur Herbeiführung von Rechtsfolgen gegenüber der von der S*** verschiedenen Antragstellerin. Nach dem gesetzlichen Konzept sollen die Rechtsfolgen, dass eine Bieterin bislang aus dem Vergabeverfahren nicht ausgeschieden wurde, für andere Unternehmer erst dann ausgelöst werden, wenn die Zuschlagsentscheidung bzw eine gleichartig das Vergabeverfahren finalisierende Entscheidung gegenüber einem bestimmten Adressatenkreis erklärt wird. Der schlichten Nichtausscheidung eines Angebots fehlt sohin jeglicher Rechtsfolgewille der Auftraggeberin gegenüber der Antragstellerin; und liegt sohin keine Willenserklärung und damit auch keine gesondert anfechtbare Entscheidung vor.

Zumindest wollte die Auftraggeberin nach Senatsauffassung mit einem Schriftsatz an das Bundesvergabeamt keine Rechtsfolgen gegenüber der Antragstellerin auslösen und entfällt derart gegenüber der Antragstellerin der Rechtsfolgewille als zentrales Wesenselement einer gesondert anfechtbaren Entscheidung.

Letztlich ist das Vorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung gemäß §§ 2 Z 16 lit a sublit dd) iVm 322 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 deshalb zu verneinen, weil das Bundesvergabegesetz 2006 generell davon ausgeht, dass gesondert anfechtbare Entscheidungen einen entsprechenden Publizitätsgrad gegenüber einem zu erreichen beabsichtigten Adressatenkreis erlangen müssen, um jeweils anfechtbar zu sein. So sind am Beginn von Vergabeverfahren im Ober- und Unterschwellenbereich idR Kundmachungen der Beschaffungsabsicht mit entsprechenden Mindestinformationen in der gesetzlich vorgesehenen Weise zu verlautbaren. Letztlich ist das Vorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung gemäß Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d,) in Verbindung mit 322 Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 deshalb zu verneinen, weil das Bundesvergabegesetz 2006 generell davon ausgeht, dass gesondert anfechtbare Entscheidungen einen entsprechenden Publizitätsgrad gegenüber einem zu erreichen beabsichtigten

Adressatenkreis erlangen müssen, um jeweils anfechtbar zu sein. So sind am Beginn von Vergabeverfahren im Ober- und Unterschwellenbereich idR Kundmachungen der Beschaffungsabsicht mit entsprechenden Mindestinformationen in der gesetzlich vorgesehenen Weise zu verlautbaren.

Die Zuschlagsentscheidung, die Widerrufsentscheidung und die Ausscheidensentscheidung sind im Gesetz hinsichtlich deren Bekanntgabe sogar ausdrücklich geregelt.

Darüber hinaus trägt die allgemeine Definition der gesondert anfechtbaren Entscheidung, dass dabei eine Festlegung des Auftraggebers nach Außen in Erscheinung treten muss - § 2 Z 16 BVergG 2006 - teleologisch den Normgehalt in sich, dass gegenüber einem individuell konkret bestimmten bzw zumindest gegenüber einem bestimmbar Adressatenkreis etwas festgelegt, also in bestimmter Weise vorgegeben werden muss. (Dies wiederum synchron mit dem Konzept der Willenserklärung, die - entweder als empfangsbedürftige Willenserklärung - gleichfalls entsprechend in den Machbereich des individuellen Empfängers gelangen muss oder aber - als kundgabepflichtige Willenserklärung - zumindest die gesetzlich erforderliche Publizität gegenüber dem gesetzlich vorgesehenen Adressatenkreis erlangen muss. Darüber hinaus trägt die allgemeine Definition der gesondert anfechtbaren Entscheidung, dass dabei eine Festlegung des Auftraggebers nach Außen in Erscheinung treten muss - Paragraph 2, Ziffer 16, BVergG 2006 - teleologisch den Normgehalt in sich, dass gegenüber einem individuell konkret bestimmten bzw zumindest gegenüber einem bestimmbar Adressatenkreis etwas festgelegt, also in bestimmter Weise vorgegeben werden muss. (Dies wiederum synchron mit dem Konzept der Willenserklärung, die - entweder als empfangsbedürftige Willenserklärung - gleichfalls entsprechend in den Machbereich des individuellen Empfängers gelangen muss oder aber - als kundgabepflichtige Willenserklärung - zumindest die gesetzlich erforderliche Publizität gegenüber dem gesetzlich vorgesehenen Adressatenkreis erlangen muss.

Die derart geforderte Publizität wird verkehrsmäßig und vom Grundsatz her immer durch individuell - konkrete Erklärungen des jeweiligen Auftraggebers gegenüber den am Vergabeverfahrens teilnehmenden Unternehmen gewährleistet.

Da die Auftraggeberin des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens der Antragstellerin - gemäß § 322 Abs 1 Z 1 und Z 3 BVergG 2006 und auf Basis der diesbezüglich allein der Antragstellerin obliegenden Angabe des Sachverhalts und der dieser weiters allein obliegenden Entscheidungsbezeichnung - weder individuell konkret und direkt, noch durch einen allgemeinen Publikationsakt gleich einer Bekanntmachung der Vergabeabsicht in Publikationsmedien mitgeteilt hat, dass die S*** nicht ausgeschieden würde, hat die Auftraggeberin insoweit gegenüber der Antragstellerin nichts - iS des § 2 Z 16 lit a) festgelegt, womit neuerlich das Vorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung zu verneinen und damit der verfahrensgegenständliche Antrag zurückzuweisen war - § 322 Abs 2 Z 1 BVergG 2006. Da die Auftraggeberin des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens der Antragstellerin - gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer eins und Ziffer 3, BVergG 2006 und auf Basis der diesbezüglich allein der Antragstellerin obliegenden Angabe des Sachverhalts und der dieser weiters allein obliegenden Entscheidungsbezeichnung - weder individuell konkret und direkt, noch durch einen allgemeinen Publikationsakt gleich einer Bekanntmachung der Vergabeabsicht in Publikationsmedien mitgeteilt hat, dass die S*** nicht ausgeschieden würde, hat die Auftraggeberin insoweit gegenüber der Antragstellerin nichts - iS des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a,) festgelegt, womit neuerlich das Vorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung zu verneinen und damit der verfahrensgegenständliche Antrag zurückzuweisen war - Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006.

Schlagworte

Nicht-Ausscheiden, keine gesondert anfechtbare Entscheidung;

Dokumentnummer

VERGT_20080201_N_0127_BVA_08_2007_25_00

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