

TE Verg Bescheid 2007/12/23 N/0124-BVA/08/2007-EV16

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.12.2007

Norm

BVergG 2006 §329

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat am 23.12.2007 gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 durch den Vorsitzenden des Senats 8 Mag Reinhard Grasböck betreffend die Antragsgegnerin und Auftraggeberin VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH & Co KG und deren Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich mit der Bezeichnung "Projekt GDK Mellach, Ausschreibung: Errichtung eines 800 MW Gas- und Dampfturbinen-Kombinationskraftwerks am Standort Mellach", über den am 17.12.2007 protokollierten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, gestellt durch die (durch die X1*** RECHTSANWÄLTE GESELLSCHAFT MBH und deren diesbezügliche Substitutin RA X2*** vertretene) Antragstellerin A*** Heavy Industries Europe, Ltd. wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat am 23.12.2007 gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 durch den Vorsitzenden des Senats 8 Mag Reinhard Grasböck betreffend die Antragsgegnerin und Auftraggeberin VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH & Co KG und deren Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich mit der Bezeichnung "Projekt GDK Mellach, Ausschreibung: Errichtung eines 800 MW Gas- und Dampfturbinen-Kombinationskraftwerks am Standort Mellach", über den am 17.12.2007 protokollierten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, gestellt durch die (durch die X1*** RECHTSANWÄLTE GESELLSCHAFT MBH und deren diesbezügliche Substitutin RA X2*** vertretene) Antragstellerin A*** Heavy Industries Europe, Ltd. wie folgt entschieden:

Spruch

Der für die Antragstellerin am 17.12.2007 gemäß § 13 Abs 5 AVG protokollierte und im Akt des Bundesvergabeamts mit der Geschäftszahl N/0124-BVA/08/2007 in Papierform abgelegte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, in dem gemäß § 328 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 das Nicht - Ausscheiden des preferred bidder - Angebotes und die Nicht - Durchführung einer neuerlichen Angebotsrunde als gesondert anfechtbare Entscheidungen bezeichnet wurden; und in dem begehrt wurde, der [Auftraggeberin] bis 27.1.2007 bei sonstiger Exekution zu untersagen, im Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen, wird - unter Vorbehalt des gesonderten Abspruchs über die am 21.12.2007 protokollierten ergänzend beehrten Sicherungsmaßnahmen und in Miterledigung der Gegenanträge der Auftraggeberin gemäß § 59 Abs 1 AVG - abgewiesen. Der für die Antragstellerin am 17.12.2007 gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG protokollierte und im Akt des Bundesvergabeamts mit der Geschäftszahl N/0124-BVA/08/2007 in Papierform abgelegte Antrag auf

Erlassung einer einstweiligen Verfügung, in dem gemäß Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 das Nicht - Ausscheiden des preferred bidder - Angebotes und die Nicht - Durchführung einer neuerlichen Angebotsrunde als gesondert anfechtbare Entscheidungen bezeichnet wurden; und in dem begehrt wurde, der [Auftraggeberin] bis 27.1.2007 bei sonstiger Exekution zu untersagen, im Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen, wird - unter Vorbehalt des gesonderten Abspruchs über die am 21.12.2007 protokollierten ergänzend beehrten Sicherungsmaßnahmen und in Miterledigung der Gegenanträge der Auftraggeberin gemäß Paragraph 59, Absatz eins, AVG - abgewiesen.

Rechtsgrundlagen: §§ 328, 329 und 330 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/84; § 345 Abs 13 BVergG 2006 BGBl I 2007/86
Rechtsgrundlagen: Paragraphen 328, 329 und 330 BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/84; Paragraph 345, Absatz 13, BVergG 2006 BGBl römisch eins 2007/86

Begründung

Sachverhalt samt Parteinvorbringen und Verfahrensgang:

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.

Die Auftraggeberin will in diesem Vergabeverfahren also ein Kraftwerk beschaffen, in dem in zwei Linien mit je einer Gasturbine durch Verfeuerung von Erdgas; und dahinter mit je einer Dampfturbine, die durch den aus den Abgasen der Gasverbrennung erzeugten Wasserdampf angetrieben werden; durch Generatoren etc eben die elektrische Energie erzeugt wird. Auch soll eine Fernwärmeauskoppelungsmöglichkeit bestehen. Das Beschaffungsvolumen liegt im Bereich von 500 Mio Euro.

Die Antragstellerin legte am 27.7.2007 ein Letztangebot, dies auf Basis von Vorfestlegungen der Auftraggeberin in einer Letztverhandlungsrunde mit der Auftraggeberin am 2. und 3. Juli 2007 und einer Letztangebotsaufforderung vom 16.7.2007. Die Auftraggeberin schied die Antragstellerin am 20.11.2007 aus dem Vergabeverfahren aus.

Zuvor gab die Auftraggeberin der Antragstellerin am 5.9.2007 bekannt, dass - entsprechend der Vorfestlegung vom 16.7.2007, Beilage .1 zum Nachprüfungsantrag im Verfahren N/0087-BVA/08/2007 = Aufforderung zur Letztangebotsabgabe inklusive Festlegung des preferred bidder - Prozederes - die B*** AG Österreich als preferred bidder ausgewählt worden sei.

Die Festlegung über das preferred bidder - Prozedere und die Aufforderung zur Letztangebotsabgabe vom 16.7.2007, versandt an die Antragstellerin per Telefax am 18.7.2007, lautet im Wesentlichen wie folgt:

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 Ausstiegsszahlung 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.
- -Strichaufzählung
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
Nach 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 unterschiftsreifen 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&I 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 P***, 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:

- -Strichaufzählung
Bestätigte Besprechungsprotokolle
- -Strichaufzählung
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

Die Ausscheidensentscheidung vom 20.11.2007 lautet im Wesentlichen

wie folgt:

Betrifft:

Project GDK Mellach

Invitation to Tender: Construction of a 800 MW Gas- and Steam

Turbine Power Plant at the site in Mellach

“Decision to reject your offer”

Dear Sirs:

We refer to your “final offer” for the above mentioned project and must inform you, that VERBUND – Austrian Thermal Power GmbH & Co KG hereby formally rejects, according to § 269 of the Bundesvergabegesetz 2006, the offer of your Company in the tendering procedure for the construction of an 800-megawatt-class combined gas- and steam turbine power plant in Mellach. We refer to your “final offer” for the above mentioned project and must inform you, that VERBUND – Austrian Thermal Power GmbH & Co KG hereby formally rejects, according to Paragraph 269, of the Bundesvergabegesetz 2006, the offer of your Company in the tendering procedure for the construction of an 800-megawatt-class combined gas- and steam turbine power plant in Mellach.

For details please refer to the attached formal “Ausscheidensentscheidung,” which is issued in the German language, as German is the official language of this tendering procedure.

Please note that an English translation of this “Ausscheidensentscheidung” is enclosed too, but that the German text prevails, especially in the event of ambiguities and/or inconsistencies in the English text version the German text shall apply.

Yours sincerely,

VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH & Co KG

VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH

Enclosures: „Ausscheidensentscheidung“ and translation

Ausscheidensentscheidung,

die ergeht an die A*** , [Adresse], wie folgt:

Sehr geehrte Herren,

Im Vergabeverfahren Gas- und Dampfturbinen – Kombinationskraftwerk Mellach (GDK – Mellach) mit der Ausschreibung der Errichtung eines 800 MW Gas- und Dampfturbinen – Kombinationskraftwerkes am Standort Mellach teilt der Auftraggeber, das ist die VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH & Co KG (FN 220426g) hiermit mit, dass das von der A*** gelegte Angebot (Letztstand 27. Juli 2007 – im Folgenden kurz Angebot genannt) hiermit förmlich ausgeschieden wird.

Die Aist damit nicht mehr Bieter in diesem Vergabeverfahren.

Klargestellt wird, dass die im genannten Vergabeverfahren zur Angebotslegung eingeladene A*** Japan kein Angebot gelegt hat und damit nie Bieter in diesem Vergabeverfahren geworden ist.

Das Ausscheiden des Angebots erfolgt gemäß § 269 Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006 – (BGBl I 2006/17 idgF) und zwar insbesondere weil die Ausscheidenstatbestände des § 269 Absatz 1, Ziffer 1, Ziffer 2, Ziffer 3, Ziffer 4, Ziffer 5 und Ziffer 7 hinsichtlich Ihres Angebotes verwirklicht sind. Das Ausscheiden des Angebots erfolgt gemäß Paragraph 269, Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006 – (BGBl römisch eins 2006/17 idgF) und zwar insbesondere weil die Ausscheidenstatbestände des Paragraph 269, Absatz 1, Ziffer 1, Ziffer 2, Ziffer 3, Ziffer 4, Ziffer 5 und Ziffer 7 hinsichtlich Ihres Angebotes verwirklicht sind.

Weiters macht der Auftraggeber von der gemäß § 269 Absatz 3 BVergG 2006 eingeräumten Möglichkeit Gebrauch, das vom Bieter gelegte Angebot auch deshalb auszuschneiden, weil es der Bieter unterlassen hat, innerhalb der dem Bieter gestellten Fristen die verlangten Aufklärungen zu geben bzw. Aufklärungen einer nachvollziehbaren Begründung

entbehren und weiters das Angebot in wesentlichen Teilen so unvollständig, unklar oder mehrdeutig ist, dass eine Ergänzung durch den Auftraggeber weder zumutbar noch möglich ist, ohne dass dem Bieter unzulässige Wettbewerbsvorteile zukämen. Letzteres betrifft insbesondere die unten mit Bullets gekennzeichneten Mängel des Angebots. Weiters macht der Auftraggeber von der gemäß Paragraph 269, Absatz 3 BVergG 2006 eingeräumten Möglichkeit Gebrauch, das vom Bieter gelegte Angebot auch deshalb auszuschneiden, weil es der Bieter unterlassen hat, innerhalb der dem Bieter gestellten Fristen die verlangten Aufklärungen zu geben bzw. Aufklärungen einer nachvollziehbaren Begründung entbehren und weiters das Angebot in wesentlichen Teilen so unvollständig, unklar oder mehrdeutig ist, dass eine Ergänzung durch den Auftraggeber weder zumutbar noch möglich ist, ohne dass dem Bieter unzulässige Wettbewerbsvorteile zukämen. Letzteres betrifft insbesondere die unten mit Bullets gekennzeichneten Mängel des Angebots.

Wir gehen davon aus, dass Ihnen die Gründe für das Ausscheiden Ihres Angebotes aus dem Verfahren N/0087 – BVA/08/2007 vor dem Bundesvergabeamt der Republik Österreich, in dem der Auftraggeber ausführlich vorgebracht hat, aus welchen Gründen Ihr Angebot auszuschneiden ist, hinreichend bekannt sind und führen ergänzend zu den Gründen für Ihr Ausscheiden zusammengefasst aus:

Die gemäß Pkt 2.7.1 der Ausschreibungsbedingungen, Seite 59 von 568, anzubietende Garantiefrist von 36 Monaten war durch Ihr Unternehmen nicht angeboten worden.

Trotz entsprechender Aufforderung haben Sie lediglich eine Garantiefrist von 24 Monaten angeboten und auch über Nachforderung durch den Auftraggeber die Ausschreibungswidrigkeit Ihres Angebots nicht behoben, sondern lediglich weitere 12 Monate „optional“ angeboten gegen einen gesondert zu bezahlenden Preis, der von Ihrem Unternehmen mit dem vorgelegten Letztangebot vom 27. Juli 2007 zwar vorbehalten, aber nicht angeboten worden war.

Auch in der Folge haben Sie einen solchen Preis zwar genannt aber nicht verbindlich angeboten.

Noch krasser ist die Ausschreibungswidrigkeit Ihres Angebotes hinsichtlich der Garantie der Anlagenverfügbarkeit gemäß Punkt

8.2.3 der Ausschreibungsbedingungen.

Dort ist vorgegeben, dass auch die Verfügbarkeitsgarantie für die volle Dauer der oben genannten Garantiefrist, sohin für 36 Monate, eingeräumt werden muss. Trotz der Zusage des Bieters in der Verhandlungsrunde vom 2. und 3. Juli 2007 die geforderte Verfügbarkeitsgarantie zumindest optional für 36 Monate anzubieten, ist dies im Letztangebot vom 27. Juli 2007 nicht geschehen.

Im Gegenteil:

Über Rückfrage des Auftraggebers hat Hr. Oz*** mit E-Mail vom 6. August 2007 klar gestellt, dass die in der Verhandlungsrunde zugesagte Verlängerung der Verfügbarkeitsgarantie deshalb im Angebot fehlt, weil sie nicht angeboten wird. Die optional angebotene Verlängerung der Garantiefrist auf 36 Monate gelte nicht für die Verfügbarkeitsgarantie, wozu er ausführt: „That means, availability guarantee ends 24 months after take over“.

Das ist nicht nur eine wesentliche Ausschreibungswidrigkeit, sondern auch ein unbehebbarer Mangel des Angebots, der schon für sich allein genommen zur Begründung des Ausscheidens des Angebots hinreicht.

Weiters hat Ihr Unternehmen die in den Teilnahmebedingungen geforderten Eignungsnachweise nicht erbracht.

So fehlen für den Bieter alle von der Muttergesellschaft des Bieters, sohin von der A*** Japan, vorgelegten Nachweise für den Bieter selbst.

Darüber hinaus hat weder der Bieter selbst noch A*** Japan nachgewiesen, die für die Ausführung der Arbeiten in Österreich erforderliche Befugnis zu haben oder zumindest ein entsprechendes Verfahren zur Anerkennung oder Gleichhaltung gemäß der österreichischen Gewerbeordnung eingeleitet zu haben.

All dies blieb der Bieter trotz schriftlicher Aufforderung schuldig.

Über Urgenz des Auftraggebers hat schließlich der Bieter mit dem Begleitschreiben zum Letztangebot vom 27. Juli 2007 wahrheitswidrig ausgeführt, die entsprechende Antragstellung beim zuständigen Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit eingebracht zu haben. Wahr ist vielmehr, dass lediglich am Tag vor Legung des Letztangebotes vom 27. Juli 2007 der Bieter beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit hinsichtlich eines Teiles der gewerberechtlich

geforderten Befugnisse angefragt hat, insbesondere die ausdrücklich geforderte Befugnis für die Leistung des reglementierten Gewerbes des Baumeisters in jenem Schreiben nicht einmal angesprochen, geschweige denn eine diesbezügliche Gleichstellung oder Anerkennung beantragt hat.

Damit fehlt dem Bieter nicht nur die Befugnis. Der Bieter hat sich überdies bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Befugnis falscher Erklärungen schuldig gemacht.

Weiters hat der Bieter die gemäß den Teilnahmebedingungen geforderten Umsatzzahlen nicht bekannt gegeben, sodass nicht nur die Leistungsfähigkeit nicht gegeben ist, sondern überdies betreffend die Leistungsfähigkeit geforderte Auskünfte nicht erteilt wurden.

Weiters wurde weder vom Bieter noch von der zur Angebotslegung eingeladenen A*** Japan die gemäß Punkt 4.2 der Teilnahmeunterlagen für den Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit geforderte entsprechende Betriebshaftpflichtversicherung mit einer Mindestdeckungshöhe von Euro 10 Mio. erbracht. Diesbezügliche Verbesserungsaufträge blieben unerledigt.

Weiters wurde das Angebot nicht von der in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens den Teilnahmeantrag und die geforderten Nachweise (zumindest teilweise) erbringenden A*** Japan gelegt, sondern von der A***, die weder einen Teilnahmeantrag gestellt hat noch zur Angebotslegung eingeladen worden war noch die geforderten Nachweise erbracht hat.

Weiters hat die A*** den Auftraggeber bis zuletzt im Unklaren darüber gelassen, wer eigentlich Bieter in diesem Verfahren sein soll. Über entsprechende Rückfragen hat der Bieter, der bis dahin stets nur als Einzelbieter auftrat, für den Auftraggeber überraschend ausgeführt, dass der Bieter – soweit dies der missverständlichen Formulierung im Angebot zu entnehmen ist – die „KW-AG***“ nicht bloß als Subunternehmer einzusetzen gedenkt, sondern als Konsortialpartner und es sich ausdrücklich vorbehält, in einem „offenen“ Konsortium den Vertrag zu erfüllen. Noch im Letztangebot vom 27. Juli 2007 behält es sich der Bieter ausdrücklich vor, seine „Partner“ auszuwechseln.

Aus all dem folgt, dass der Auftraggeber nicht erkennen kann, welchem Auftragnehmer oder welchen Auftragnehmern er gemäß dem Angebot im Falle der Zuschlagserteilung gegenüberstehen soll, sodass das Angebot auszuschneiden ist.

Weiters liegt keine rechtswirksame Unterfertigung des Angebots vor. Insbesondere ist den mit dem Letztangebot vom 27. Juli 2007 vorgelegten Unterlagen nicht zu entnehmen, dass das Angebot tatsächlich rechtswirksam für die A*** unterfertigt wurde.

Damit wurde auch gegen Pkt. 1.6.1.6 der Ausschreibungsunterlagen verstoßen, wonach die Vertretungsbefugnis der das Angebot unterzeichnenden Personen gemeinsam mit dem Angebot nachzuweisen ist.

Schließlich weist das Angebot auch noch in seiner Letztfassung vom 27. Juli 2007 eine Reihe von Ausschreibungswidrigkeiten auf, die im oben genannten Nachprüfungsverfahren ausreichend erörtert und Ihnen daher hinlänglich bekannt sind.

Insbesondere betrifft dies folgende Ausschreibungswidrigkeiten:

- -Strichaufzählung
Die gemäß Pkt 2.7.1 der Ausschreibungsbedingungen, Seite 59 von 568, anzubietende Garantiefrist von 36 Monaten war durch Ihr Unternehmen nicht angeboten worden. Dazu wird auf die oben stehenden Ausführungen verwiesen.
- -Strichaufzählung
Die angebotene Garantie der Anlagenverfügbarkeit widerspricht Punkt 8.2.3 der Ausschreibungsbedingungen und ist trotz gegenteiliger Zusage des Bieters in der Verhandlungsrunde vom 2. und 3. Juli 2007 nur mit 24 statt mit 36 Monaten angeboten. Auch dazu wird auf die oben stehenden Ausführungen verwiesen.
- -Strichaufzählung
Im Angebot fehlt entgegen Punkt 3.1.1.2 der Ausschreibungsunterlagen das für die Durchführung der Instandhaltungsmaßnahmen erforderliche Personal des Auftragnehmers. Vielmehr versucht das Angebot, diese vom Auftragnehmer zu erbringende Leistung dem Auftraggeber zu überbinden.
- -Strichaufzählung
Weiters wird auch noch im Letztangebot vom 27. Juli 2007 entgegen Pkt. 3.6.8 der Ausschreibungsunterlagen die

Lieferung der Teile nicht, wie dies gefordert ist „delivered duty paid“ angeboten, sondern „delivered duty unpaid“. Entgegen der Zusage des Bieters in der Verhandlungsrunde vom 2. und 3. Juli 2007, diese Kosten konkret anzubieten, erfolgte lediglich eine unverbindliche Kostenschätzung im Letztangebot vom 27. Juli 2007.

- -Strichaufzählung

Weiters war nach Punkt 3.6.10 der Ausschreibungsunterlagen zwingend gefordert, dass der Bieter anbietet, jene Anlagenteile aufzuarbeiten und/oder zu ersetzen, welche im Rahmen des Long Term Service Agreements im Zuge des letzten Instandhaltungseinsatzes auszubauen sind. Dass diese Leistungen im Angebot enthalten und daher auch eingepreist sein müssen, hat der Auftraggeber in der Verhandlungsrunde vom 2. und 3. Juli 2007 ausdrücklich klargestellt. Der Bieter hat zwar – wie in der Verhandlungsrunde vom 2. und 3. Juli 2007 zugesagt – eine Preisliste für diese Teile vorgelegt und eine Aufstellung der vom Bieter erwarteten Lebensdauer dieser Teile vorgelegt, aber nicht – wie gefordert – diese Leistung gemäß Punkt 3.6.10 in sein Angebot einkalkuliert, sondern diesen Aufwand dem Auftraggeber überbunden. Die genannten Preise waren überdies nicht – wie gefordert – DDP, sondern CIP (carriage insurance paid) genannt. Dies widersprach auch der sonstigen Preiskalkulation des Bieters, die – wenngleich ausschreibungswidrig – DDU erfolgte.

- -Strichaufzählung

Schließlich ist gemäß Punkt 8.1, 3. Absatz, der Ausschreibungsunterlagen gefordert, "dass die vorgesehenen Anlagenhauptkomponenten keine Prototypen sind". Weiters ist im Punkt 4.1.2, 5. Aufzählungspunkt, der Ausschreibungsunterlagen gefordert, dass die Anlage bereits durch eine zufriedenstellende Anzahl von Betriebsstunden ihre Betriebszuverlässigkeit bewiesen haben muss.

Statt dessen hat der Bieter Anlagenhauptkomponenten angeboten, die nach seinen eigenen Angaben bisher noch nicht im Einsatz waren. Genau damit, sohin mit der mangelnden Erfahrung im praktischen Einsatz dieses Gerätes hat der Bieter auch begründet, warum der Bieter - entgegen den Vorgaben der Ausschreibung - die geforderte Verpflichtung zur Aufarbeitung dieser Teile gemäß Punkt 3.6.10 nach Ende der Laufzeit des Long Term Service Agreement nicht kalkulieren könne.

Gerade die vorgenannten Ausschreibungswidrigkeiten sind Beispiele dafür, dass es dem Auftraggeber nicht zumutbar ist, das Angebot der A*** in seinem Letztstand vom 27. Juli 2007 mit all diesen Mängeln, die trotz entsprechender Aufklärungsbegehren nicht beseitigt wurden, weiters im Vergabeverfahren zu belassen, weshalb der Auftraggeber auch unter Berufung auf § 269 Abs 3 BVergG 2006 dieses Angebot ausscheidet. Gerade die vorgenannten Ausschreibungswidrigkeiten sind Beispiele dafür, dass es dem Auftraggeber nicht zumutbar ist, das Angebot der A*** in seinem Letztstand vom 27. Juli 2007 mit all diesen Mängeln, die trotz entsprechender Aufklärungsbegehren nicht beseitigt wurden, weiters im Vergabeverfahren zu belassen, weshalb der Auftraggeber auch unter Berufung auf Paragraph 269, Absatz 3, BVergG 2006 dieses Angebot ausscheidet.

Der guten Ordnung halber halten wir fest, dass diese Verständigung vom Ausscheiden des Angebotes der A*** in seinem Letztstand vom 27. Juli 2007 unter Angabe der Gründe nachweislich mittels Telefax an den Bieter ergeht, weisen weiters darauf hin, dass nach Zugang dieser Ausscheidensentscheidung eine Frist von 14 Tagen zur allfälligen Stellung eines Nachprüfungsantrages gegen diese Ausscheidensentscheidung ausgelöst wird und halten nochmals fest, dass - da die Verfahrenssprache für dieses Vergabeverfahren die deutsche Sprache ist - diese dem Bieter hiermit vorgelegte Ausscheidensentscheidung in ihrer deutschen Fassung die verbindliche Fassung ist und diese deutsche Fassung der ebenfalls übermittelten englischen Übersetzung in allen Fällen eines etwaigen Zweifels oder einer etwaigen Unklarheit vorgeht.

Mit vorzüglicher Hochachtung,

VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH & Co KG

VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH

Graz, 20. November 2007

Das Bundesvergabeamt wies mit dem Bescheid vom 7.12.2007, N/0087- BVA/08/2007-257 den Nichtigerklärungsantrag gegen die preferred bidder - Auswahl vom 5.9.2007 ab, da das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin jedenfalls aus mehreren Gründen zu Recht erfolgt ist. Daher konnte die Antragstellerin durch eine anderweitige

Vergabeentscheidung zu Gunsten einer anderen Bieterin gemäß den sich aus dem VwGH -Erk 2005/04/0181 ergebenden Rechtssätzen nicht in ihren Rechten verletzt sein.

Dem Argument, dass es mitunter unbillig erscheinen könnte, wenn ein auszuscheidender bzw bereits ausgeschiedener Bieter keinen erfolgreichen Nachprüfungsantrag wider die Auswahlentscheidung zu Gunsten eines Konkurrenten verfassen könnte, wurde seitens des erkennenden Senats 8 des Bundesvergabeamts am 7.12.2007 im Bescheid N/0087-BVA/08/2007-257 auch zusätzlich folgendes Argument entgegen gehalten, welches die Rsp des VwGH sachgerecht, adäquat und - gemessen an der eng auszulegenden Einschränkung der Privatautonomie durch das Vergaberecht - richtig erscheinen lässt:

... Das Nachprüfungsverfahren betreffend die hier angefochtene preferred bidder - Entscheidung wurde auf Basis der Grundsätze aus den Erkenntnissen des VwGH 2005/04/0200 einerseits und 2005/04/0181 andererseits geführt, wonach der (aus den Vergabeakten erkennbar) zu Recht auszuscheidende bzw zu Recht bereits ausgeschiedene Bieter nicht erfolgreich gegen die Vergabeentscheidung (Zuschlagsentscheidung bzw hier: preferred bidder - Entscheidung) zu Gunsten einer Konkurrentin vorgehen kann.

Soweit die Antragstellerin unter Hinweis auf zu Lasten der B*** AG Österreich im Raum stehende Ausscheidensgründe hinweist und damit ein anderes Verfahrensergebnis anstrebt, bestand für den Senat kein Grund, von der zitierten Rsp des Höchstgerichts abzugehen, zumal auf die gegenständliche Vergabe die Sektorenregelungen Anwendung finden.

Mag für Österreich literarisch auch vertreten werden, dass der Schaden des (mit seinem Anbot) Ausgeschiedenen/Auszuscheidenden bei Ausscheidensbedürftigkeit aller Angebote im Verlust der Möglichkeit besteht, sich am folgenden Vergabeverfahren um den (gleichartigen) Auftrag zu bemühen, so ist im Sektorenbereich auf die - gemeinschaftsrechtskonformen - §§ 195 Abs 1 Z 1 und insbesondere 252 Abs 6 BVergG 2006 hinzuweisen. Wenn § 252 Abs 6 nach dem Widerruf des ersten Vergabeverfahrens mangels tauglicher Angebote ein zweites Vergabeverfahren ohne vorherigen Aufruf zu Wettbewerb ermöglicht und in diesem Folge - Vergabeverfahren auch keine zwingende Mindestteilnehmerzahl vorsieht, könnte die gegenständliche Auftraggeberin bei Zutreffen der Ausscheidensbedürftigkeit aller Bieter widerrufen und das neue Vergabeverfahren dennoch zu gleichartigen Bedingungen auch nur - hier zB mit der B*** AG Österreich - allein abführen. Die Antragstellerin hätte daher auch im Falle der Widerrufsnotwendigkeit wegen Fehlens tauglicher Angebote gegenständlich keine rechtlich naheliegende bzw nicht durchsetzbare Chance auf Beteiligung an einem Folgeverfahren zu gleichartigen Bedingungen, enthält doch § 252 Abs 6 BVergG 2006 keine zwingende Anordnung einer Mindestteilnehmerzahl in einem Folge - Vergabeverfahren und liegt es gegenständlich bereits durch die mehrfachen Hinweise der Antragstellerin im Vergabeverfahren auf den angespannten Kraftwerksmarkt selbst auf der Hand, dass es für die Auftraggeberin einen sachlichen Grund darstellen würde, im Widerrufsfall mit der ihr am besten geeignet erscheinenden Bieterin zum Vorantreiben der Investition rasch zu kontrahieren. Dieses Ergebnis erscheint zudem jedenfalls für den flexibler gestalteten Sektorenbereich sachgerecht, da das Vergaberecht die Privatautonomie und damit verfassungsrechtliche Eigentumspositionen der Sektorenauftraggeberin beschränkt und daher als Ausnahme von der Grundregel der Privatautonomie im Zweifel eng auszulegen ist. ...Mag für Österreich literarisch auch vertreten werden, dass der Schaden des (mit seinem Anbot) Ausgeschiedenen/Auszuscheidenden bei Ausscheidensbedürftigkeit aller Angebote im Verlust der Möglichkeit besteht, sich am folgenden Vergabeverfahren um den (gleichartigen) Auftrag zu bemühen, so ist im Sektorenbereich auf die - gemeinschaftsrechtskonformen - Paragraphen 195, Absatz eins, Ziffer eins und insbesondere 252 Absatz 6, BVergG 2006 hinzuweisen. Wenn Paragraph 252, Absatz 6, nach dem Widerruf des ersten Vergabeverfahrens mangels tauglicher Angebote ein zweites Vergabeverfahren ohne vorherigen Aufruf zu Wettbewerb ermöglicht und in diesem Folge - Vergabeverfahren auch keine zwingende Mindestteilnehmerzahl vorsieht, könnte die gegenständliche Auftraggeberin bei Zutreffen der Ausscheidensbedürftigkeit aller Bieter widerrufen und das neue Vergabeverfahren dennoch zu gleichartigen Bedingungen auch nur - hier zB mit der B*** AG Österreich - allein abführen. Die Antragstellerin hätte daher auch im Falle der Widerrufsnotwendigkeit wegen Fehlens tauglicher Angebote gegenständlich keine rechtlich naheliegende bzw nicht durchsetzbare Chance auf Beteiligung an einem Folgeverfahren zu gleichartigen Bedingungen, enthält doch Paragraph 252, Absatz 6, BVergG 2006 keine zwingende Anordnung einer Mindestteilnehmerzahl in einem Folge - Vergabeverfahren und liegt es gegenständlich bereits durch die mehrfachen Hinweise der Antragstellerin im Vergabeverfahren auf den angespannten Kraftwerksmarkt selbst auf der Hand, dass es für die Auftraggeberin einen sachlichen Grund darstellen würde, im Widerrufsfall mit der ihr am besten geeignet erscheinenden Bieterin zum Vorantreiben der Investition rasch zu kontrahieren. Dieses Ergebnis erscheint zudem

jedenfalls für den flexibler gestalteten Sektorenbereich sachgerecht, da das Vergaberecht die Privatautonomie und damit verfassungsrechtliche Eigentumspositionen der Sektorenauftraggeberin beschränkt und daher als Ausnahme von der Grundregel der Privatautonomie im Zweifel eng auszulegen ist. ...

Am 14.12.2007 wurden die zwei seitens der Antragstellerin wider die Ausscheidensentscheidung vorgetragenen Nichtigerklärungsbegehren abgewiesen, weil eben die Ausscheidensentscheidung jedenfalls aus verschiedenen Gründen zu Recht erfolgt wäre - Bescheid BVA 14.12.2007, N/0114-BVA/08/2007 57 = N/0117-BVA/08/2007-42.

In diesem Bescheid wurde auch ausgesprochen - dass mangels einer dem § 233 ZPO vergleichbaren Vorschrift für das Nachprüfungsverfahren - 2 Nachprüfungsanträge eines Bieters wider die gleiche Auftraggeberentscheidung zulässig erscheinen; und waren diese beiden Nichtigerklärungsbegehren wider die Ausscheidensentscheidung ein Hauptgrund dafür, warum der Bescheid über die Anfechtungen der Ausscheidensentscheidung nicht sogleich mit dem Bescheid vom 7.12.2007 zur gemeinsamen Entscheidung verbunden wurde, hatte doch das Bundesvergabeamt hier die in seiner dokumentierten Parteierklärungen der Antragstellerin im Zusammenhang mit der Anfechtung der Ausscheidensentscheidung erst entsprechend auszulegen. In diesem Bescheid wurde auch ausgesprochen - dass mangels einer dem Paragraph 233, ZPO vergleichbaren Vorschrift für das Nachprüfungsverfahren - 2 Nachprüfungsanträge eines Bieters wider die gleiche Auftraggeberentscheidung zulässig erscheinen; und waren diese beiden Nichtigerklärungsbegehren wider die Ausscheidensentscheidung ein Hauptgrund dafür, warum der Bescheid über die Anfechtungen der Ausscheidensentscheidung nicht sogleich mit dem Bescheid vom 7.12.2007 zur gemeinsamen Entscheidung verbunden wurde, hatte doch das Bundesvergabeamt hier die in seiner dokumentierten Parteierklärungen der Antragstellerin im Zusammenhang mit der Anfechtung der Ausscheidensentscheidung erst entsprechend auszulegen.

Der VfGH fasste am 17.12.2007 zwei Beschlüsse über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung, B 2335-/07-3 einerseits und B 2337/07- 4 andererseits, die unbeschadet der Frage des korrekten Bezugs zu den Bescheiden des Bundesvergabeamts vom 7.12.2007 und 14.12.2007 auf Basis der Beschwerdeschriften - wohl derart ausgelegt werden, dass sie den Bescheiden des Bundesvergabeamts vom 7.12.2007 und 14.12.2007 die Rechtswirkungen nehmen, nicht aber den Tatsachen, auf denen diese Bescheide beruhen.

Der VwGH lehnte die Gewährung von aufschiebender Wirkung gegen diese Bescheide des Bundesvergabeamts mit seinen Beschlüssen vom 14.12.2007, AW 2007/04/0055-2 und vom 20.12.2007, 2007/04/0056-5 dagegen ab.

Der Ausscheidensentscheidung vom 20.11.2007 und der Beurteilung der Rechtmäßigkeit derselben, im Punkte deren Rechtsbeständigkeit - liegen unter anderem folgende Tatsachen zu Grunde, die wie gesagt von einem Beschluss über die Gewährung von aufschiebender Wirkung nicht umfasst sind:

Die Antragstellerin vereinbarte mit der Auftraggeberin in der letzten Verhandlungsrunde am 2. und 3. Juli 2007 wie folgt

betreffend das Maintenance Agreement = Langzeitwartungsvertrag =

Long Term Service Agreement = LTSA, wobei das vereinbarte in

blauer Farbe im Protokoll PTTS 7035 ersichtlich ist:

Delivery of Components: CO [= Contractor] proposed DDU in the revised offer but will give the additional costs for delivery DDP in the final offer.

- -Strichaufzählung

Ordner 4 der Vergabeunterlagen, Protokoll über die Verhandlungen am 2.3.2007 und 3.7.2007; Zeugenaussagen des Herrn Oz*** am 6.11.2007 und 27.11.2007 in den mündlichen Verhandlungen vor dem Bundesvergabeamt im Verfahren N/0087-BVA/08/2007. Im Letztangebot der Antragstellerin vom 27.7.2007 befindet sich im Ordner 36 der Vergabeunterlagen im Teil betreffend das LTSA folgende Ausführung der Antragstellerin:

1. 5) Ziffer 5

Delivery Term: Our final offer is still based DDU Site (Incoterms 2000), however, we will be able to accept DDP Site (Incoterms 2000) condition, if customer wishes, upon our confirmation of details for import/export procedure (license, etc.). Our estimate cost for import duties is Euro 3,772,000.

Die Antragstellerin gab also im Letztangebot am 27.7.2007 wiederum keinen von ihr verlangten DDP - basierten Preis

an, obwohl sie dies in der Letztverhandlungsrunde sogar zugesichert hatte. Die Antragstellerin wusste allerdings durch die Aufforderung zur Letztangebotslegung vom 16.7.2007, dass die Letztangebote bewertet würden, wobei der Antragstellerin klar sein musste, dass ab 27.7.2007 die Preise hinsichtlich des preferred bidder - Prozederes bewertet werden würden.

Das Bundesvergabeamt ersuchte die Antragstellerin in diesem eV - Verfahren - nach der Auftraggeberverständigung gemäß § 328 Abs 5 und 6 BVergG 2006 vorerst, eine ihrer Eingabe, lfd Nr 1 des Verwaltungsakts N/0124-BVA/08/2007 fehlende 2 Textseite nachzureichen und verfasste schließlich am 18.12.2007 folgende Note an die Parteien des eV-Verfahrens: Das Bundesvergabeamt ersuchte die Antragstellerin in diesem eV - Verfahren - nach der Auftraggeberverständigung gemäß Paragraph 328, Absatz 5 und 6 BVergG 2006 vorerst, eine ihrer Eingabe, lfd Nr 1 des Verwaltungsakts N/0124-BVA/08/2007 fehlende 2 Textseite nachzureichen und verfasste schließlich am 18.12.2007 folgende Note an die Parteien des eV-Verfahrens:

Das Bundesvergabeamt übermittelt der Auftraggeberin den heute komplettierten Schriftsatz der Antragstellerin.

Beiden Adressaten wird es nunmehr

aufgefordert,

bis Freitag, 21.12.2007, 07.30 einlangend nochmals zu erörtern:

ihre Interessenslage unter Berücksichtigung der den Adressaten bekannten AW - Beschlüsse des VwGH und VfGH iS Kraftwerk Mellach - Auftragsvergabe;

das nicht offensichtliche Fehlen der Voraussetzungen gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006 unter Berücksichtigung der im Vergabeverfahren vor der Erstangebotsabgabe und in den beiden Verhandlungsrunden abgegebenen Erklärungen; das nicht offensichtliche Fehlen der Voraussetzungen gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 unter Berücksichtigung der im Vergabeverfahren vor der Erstangebotsabgabe und in den beiden Verhandlungsrunden abgegebenen Erklärungen;

die jeweilige Beurteilung der Erfolgsaussichten der erst zu erfolgen habenden Nichtigkeitsanträge wider die als gesondert anfechtbar bezeichneten "Entscheidungen" laut heutigem Schriftsatz der Antragstellerin, dies unter Berücksichtigung von EuGH C-424/01 iVm den EBRV zu § 2 Z 16 BVergG 2006, VfSlg 16.462/2002 und EuGH C-26/03, Rz 34; die jeweilige Beurteilung der Erfolgsaussichten der erst zu erfolgen habenden Nichtigkeitsanträge wider die als gesondert anfechtbar bezeichneten "Entscheidungen" laut heutigem Schriftsatz der Antragstellerin, dies unter Berücksichtigung von EuGH C-424/01 in Verbindung mit den EBRV zu Paragraph 2, Ziffer 16, BVergG 2006, VfSlg 16.462 aus 2002, und EuGH C-26/03, Rz 34;

den Umstand, dass durch die Festlegung vom 16.7.2007, Beilage ./1 zum Nachprüfungsantrag N/0087-BVA/08/2007 Verhandlungen mit dem preferred bidder in gewissem Umfang ermöglicht sind, dass diese Festlegung unangefochten geblieben ist, dass aber die - behaupteten - Leistungsänderungen laut dem von der Antragstellerin nunmehr auch beim Bundesvergabeamt vorgelegten e-mail vom 6.12.2007 zur Frage führen, ob die Antragstellerin eine im Verfahren gemäß § 331 Abs 1 Z4 BVergG 2006 wahrzunehmende drohende de facto - Vergabe befürchtet bzw zu befürchten hätte. den Umstand, dass durch die Festlegung vom 16.7.2007, Beilage ./1 zum Nachprüfungsantrag N/0087-BVA/08/2007 Verhandlungen mit dem preferred bidder in gewissem Umfang ermöglicht sind, dass diese Festlegung unangefochten geblieben ist, dass aber die - behaupteten - Leistungsänderungen laut dem von der Antragstellerin nunmehr auch beim Bundesvergabeamt vorgelegten e-mail vom 6.12.2007 zur Frage führen, ob die Antragstellerin eine im Verfahren gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Z4 BVergG 2006 wahrzunehmende drohende de facto - Vergabe befürchtet bzw zu befürchten hätte.

Klargestellt wird, dass vorstehende Fristsetzung deshalb bis Freitag morgens und nicht bis Donnerstag, 15.00 Uhr, erfolgte, da der Senatsvorsitzende nach derzeitigem Stand am Freitag über das eV - Begehren zu entscheiden haben wird, jedoch am Mittwoch und Donnerstag nicht im Dienst sein wird. Die gesetzte Frist wird am Freitag nicht erstreckt werden.

Auf den Informationsanspruch des Bundesvergabeamts gemäß § 313 Abs 1 BVergG 2006 und die Säumnisfolgen des § 313 Abs 2 BVergG 2006 wird hingewiesen. Auf den Informationsanspruch des Bundesvergabeamts gemäß Paragraph 313, Absatz eins, BVergG 2006 und die Säumnisfolgen des Paragraph 313, Absatz 2, BVergG 2006 wird hingewiesen.

Die Auftraggeberin und die Antragstellerin reagierten auf diese Aufforderung mit inhaltlichen Schriftsätzen. Die Antragstellerin begehrte - protokolliert gemäß § 13 Abs 5 AVG am 21.12.2007 - zusätzlich weitere Sicherungsmaßnahmen, die der Auftraggeberin somit erst am 21.12.2007 zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zugestellt wurden; und über die daher gesondert zu entscheiden ist. Die Auftraggeberin und die Antragstellerin reagierten auf diese Aufforderung mit inhaltlichen Schriftsätzen. Die Antragstellerin begehrte - protokolliert gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG am 21.12.2007 - zusätzlich weitere Sicherungsmaßnahmen, die der Auftraggeberin somit erst am 21.12.2007 zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zugestellt wurden; und über die daher gesondert zu entscheiden ist.

Die Auftraggeberin erstattete in ihrer Eingabe, lfd Nr 10 des Akts N/0124-BVA/08/2007, ein Vorbringen, dass dahin zu verstehen ist, dass die Antragstellerin derzeit auch nach Auffassung der Auftraggeberin - unter Berücksichtigung des Beschlusses des VfGH vom 17.12.2007, B-2337/07-4 noch einen Anspruch auf Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung hätte, was mit anderen Worten - bei sonst gesetz- und sittenwidrigem Vertragsabschlussgeschehen gemäß § 879 ABGB - bedeutet, dass aktuell noch keine Zuschlagsentscheidung versandt wurde - Seite 8 der zitierten Eingabe der Auftraggeberin. Die Auftraggeberin erstattete in ihrer Eingabe, lfd Nr 10 des Akts N/0124-BVA/08/2007, ein Vorbringen, dass dahin zu verstehen ist, dass die Antragstellerin derzeit auch nach Auffassung der Auftraggeberin - unter Berücksichtigung des Beschlusses des VfGH vom 17.12.2007, B-2337/07-4 noch einen Anspruch auf Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung hätte, was mit anderen Worten - bei sonst gesetz- und sittenwidrigem Vertragsabschlussgeschehen gemäß Paragraph 879, ABGB - bedeutet, dass aktuell noch keine Zuschlagsentscheidung versandt wurde - Seite 8 der zitierten Eingabe der Auftraggeberin.

Die Antragstellerin verfasste schließlich - protokolliert gemäß § 13 Abs 5 AVG - am 21.12.2007 einen Nichtigkeitsantrag gegen das Nichtausscheiden des preferred bidder-Angebotes bzw des Angebotes der B*** AG Österreich durch die Auftraggeberin. Ein Nichtigkeitsbegehren der Antragstellerin wider die Nicht - Durchführung einer weiteren Verhandlungsrunde unter Einbeziehung der Antragstellerin langte beim Bundesvergabeamt am 21.12.2007 innerhalb der Amtsstunden gemäß § 13 Abs 5 AVG nicht ein. Die Antragstellerin verfasste schließlich - protokolliert gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG - am 21.12.2007 einen Nichtigkeitsantrag gegen das Nichtausscheiden des preferred bidder-Angebotes bzw des Angebotes der B*** AG Österreich durch die Auftraggeberin. Ein Nichtigkeitsbegehren der Antragstellerin wider die Nicht - Durchführung einer weiteren Verhandlungsrunde unter Einbeziehung der Antragstellerin langte beim Bundesvergabeamt am 21.12.2007 innerhalb der Amtsstunden gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG nicht ein.

Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Inhalt der Verwaltungsakten des Bundesvergabeamts N/0087-BVA/08/2007, N/0114-BVA/08/2007, N/0114-BVA/08/2007, N/0120-BVA/08/2007, N/0124-BVA/08/2007 und N/0127-BVA/08/2007 bzw aus dem Inhalt der durch die Auftraggeberin am 26.9.2007 zu N/0087-BVA/08/2007 im relevant erscheinenden Umfang vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens. Weiters aus den Beschlüssen des Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshofs über die (Ablehnung der) Gewährung von aufschiebender Wirkung, soweit im Sachverhalt zitiert.

Rechtliche Beurteilung:

Nach den vorliegenden Unterlagen leitete die Antragsgegnerin VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH & Co KG (im Folgenden auch: Sektorenauftraggeberin oder nur Auftraggeberin) im Juni 2006 das streitgegenständliche Verhandlungsverfahren ein, womit gemäß § 345 Abs 13 BVergG 2006, kundgemacht in BGBl I 2007/86 eben die Stammfassung des BVergG 2006, wie in BGBl I 2006/17 verlautbart, unter Berücksichtigung der Kassationskundmachung BGBl I 2007/84 anzuwenden ist. Nach den vorliegenden Unterlagen leitete die Antragsgegnerin VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH & Co KG (im Folgenden auch: Sektorenauftraggeberin oder nur Auftraggeberin) im Juni 2006 das streitgegenständliche Verhandlungsverfahren ein, womit gemäß Paragraph 345, Absatz 13, BVergG 2006, kundgemacht in BGBl römisch eins 2007/86 eben die Stammfassung des BVergG 2006, wie in BGBl römisch eins 2006/17 verlautbart, unter Berücksichtigung der Kassationskundmachung BGBl römisch eins 2007/84 anzuwenden ist.

Paragraphenangaben ohne Gesetzesbezeichnung beziehen sich daher im Folgenden auf die Stammfassung des BVergG 2006.

Über den mit diesem Bescheid erledigten Antrag auf einstweilige Verfügung (= eV) hat gemäß § 306 Abs 1 - wegen der kurzen Entscheidungsfrist gemäß § 330 Abs 3 sachgerecht - der gemäß Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts (=BVA) zuständige Senatsvorsitzende allein zu entscheiden.Über den mit diesem Bescheid erledigten Antrag auf einstweilige Verfügung (= eV) hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, - wegen der kurzen Entscheidungsfrist gemäß Paragraph 330, Absatz 3, sachgerecht - der gemäß Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts (=BVA) zuständige Senatsvorsitzende allein zu entscheiden.

Damit ist für die nachstehenden Rechtsausführungen, sofern sie sowohl für die Beurteilung des eV - Antrags als auch für die Nichtigerklärungsbegehren bedeutsam sind, vorzuschicken, dass selbige - rechtlich - nur für die Erledigung des eV-Antrags gelten; ohne dass die hier vorgenommenen Tatsachen- und Rechtsausführungen die Senatsentscheidung über den Nichtigerklärungsantrag gemäß §§ 303 Abs 1 und 305 Abs 1 in irgendeiner Weise bindend präjudizieren.Damit ist für die nachstehenden Rechtsausführungen, sofern sie sowohl für die Beurteilung des eV - Antrags als auch für die Nichtigerklärungsbegehren bedeutsam sind, vorzuschicken, dass selbige - rechtlich - nur für die Erledigung des eV-Antrags gelten; ohne dass die hier vorgenommenen Tatsachen- und Rechtsausführungen die Senatsentscheidung über den Nichtigerklärungsantrag gemäß Paragraphen 303, Absatz eins und 305 Absatz eins, in irgendeiner Weise bindend präjudizieren.

Zu der gemäß § 6 AVG amtswegig zu ermittelnden und zu beurteilenden Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts gemäß § 291 Abs 2 BVergG 2006 ist festzuhalten, dass die Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts nicht bestritten wurde - § 313 Abs 2 BVergG 2006; und außerdem durch eine Amtshilfemitteilung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit zur GZ N/0087-BVA/08/2007 auch für dieses Verfahren feststeht, dass sich die Auftraggeberin derzeit wider eine derartige Zuständigkeit nicht auf § 179 BVergG 2006 berufen kann - Auskunft lfd Nr 148 des Akts N/0087-BVA/08/2007.Zu der gemäß Paragraph 6, AVG amtswegig zu ermittelnden und zu beurteilenden Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts gemäß Paragraph 291, Absatz 2, BVergG 2006 ist festzuhalten, dass die Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts nicht bestritten wurde - Paragraph 313, Absatz 2, BVergG 2006; und außerdem durch eine Amtshilfemitteilung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit zur GZ N/0087-BVA/08/2007 auch für dieses Verfahren feststeht, dass sich die Auftraggeberin derzeit wider eine derartige Zuständigkeit nicht auf Paragraph 179, BVergG 2006 berufen kann - Auskunft lfd Nr 148 des Akts N/0087-BVA/08/2007.

Die inhaltlichen Mindestanforderungen des eV - Antrags gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2006 sind im Wesentlichen unstrittig geblieben. Ob die im eV - Antrag als gesondert anfechtbar bezeichneten "Entscheidungen" tatsächlich gesondert anfechtbar sind, oder ob die diesbezüglichen Nachprüfungsanträge gemäß § 322 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 zurückzuweisen sein werden, ist eine Senatsentscheidung, der durch diese Provisorialentscheidung - ohne zusätzliche Belastung der Auftraggeberin durch eine Provisorialmaßnahme - hier nicht vorgegriffen wird.Die inhaltlichen Mindestanforderungen des eV - Antrags gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 sind im Wesentlichen unstrittig geblieben. Ob die im eV - Antrag als gesondert anfechtbar bezeichneten "Entscheidungen" tatsächlich gesondert anfechtbar sind, oder ob die diesbezüglichen Nachprüfungsanträge gemäß Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 zurückzuweisen sein werden, ist eine Senatsentscheidung, der durch diese Provisorialentscheidung - ohne zusätzliche Belastung der Auftraggeberin durch eine Provisorialmaßnahme - hier nicht vorgegriffen wird.

Der EuGH hat in der Rs C-424/01 ausgesprochen, dass die Erfolgsaussichten des bzw der Nachprüfungsbegehren in die Provisorialentscheidung einfließen können.

Der hier erkennende Senatsvorsitzende hält es für geboten, bei eindeutig geklärter Sach- und Rechtslage diesen Aspekt in die Interessensabwägung gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 einfließen zu lassen, denn kann es doch sachlich gerechtfertigt im Sinne des Gleichheitsgrundsatzes gemäß Art 2 StGG und Art 7 B-VG gerade nicht Sinn des Provisorialrechtsschutzes vor dem Bundesvergabeamt sein, in das durch das verfassungsrechtlich normierte Eigentumsrecht gemäß Art 5 StGG (bzw gemäß Art 1 1. ZPMRK) gewährleistete Vertragsabschlussrecht der Auftraggeberin und damit in deren Erwerbsausübungsfreiheit gemäß Art 6 StGG durch Zuschlags-, und damit Vertragsabschlagsverbote vorübergehend einzugreifen, wenn nachmalig nach der Überzeugung des hier erkennenden Senatsvorsitzenden unter Berücksichtigung der höchstgerichtlichen Rsp, soweit derzeit eben vorliegend, die Nachprüfungsanträge - auch unbeachtlich der Frage der überhaupt gegebenen gesonderten Anfechtbarkeit der von der Antragstellerin gemäß § 328 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 bezeichneten Unterlassungen - nicht von Erfolg gekrönt sein können.Der hier erkennende Senatsvorsitzende hält es für geboten, bei eindeutig geklärter Sach- und Rechtslage

diesen Aspekt in die Interessensabwägung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 einfließen zu lassen, denn kann es doch sachlich gerechtfertigt im Sinne des Gleichheitsgrundsatzes gemäß Artikel 2, StGG und Artikel 7, B-VG gerade nicht Sinn des Provisorialrechtsschutzes vor dem Bundesvergabeamt sein, in das durch das verfassungsrechtlich normierte Eigentumsrecht gemäß Artikel 5, StGG (bzw gemäß Artikel eins, 1. ZPMRK) gewährleistete Vertragsabschlussrecht der Auftraggeberin und damit in deren Erwerbsausübungsfreiheit gemäß Artikel 6, StGG durch Zuschlags-, und damit Vertragsabschlussverbote vorübergehend einzugreifen, wenn nachmalig nach der Überzeugung des hier erkennenden Senatsvorsitzenden unter Berücksichtigung der höchstgerichtlichen Rsp, soweit derzeit eben vorliegend, die Nachprüfungsanträge - auch unbeachtlich der Frage der überhaupt gegebenen gesonderten Anfechtbarkeit der von der Antragstellerin gemäß Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 bezeichneten Unterlassungen - nicht von Erfolg gekrönt sein können.

Der Verwaltungsgerichtshof hat nämlich durch vielfache Erkenntnisse aus dem Kalenderjahr 2007 und insbesondere durch die Erkenntnisse 2005/04/0200 einerseits und 2005/04/0181 andererseits klargestellt, dass der mit seinem Angebot für die Nachprüfungsbehörde entweder erkennbar auszuscheidende oder aber der durch den Auftraggeber bereits zu Recht ausgeschiedene Bieter nicht erfolgreich gegen Vergabeentscheidungen zu Gunsten eines Konkurrenten vorgehen kann.

Wie im Sachverhalt klar gelegt, hat die Antragstellerin entgegen ihrer Zusage, die natürlich über Verlangen der Auftraggeberin passierte - denn sonst hätte man dies nicht vereinbaren müssen, im Letztangebot im Zusammenhang mit dem anzubietenden Langzeitwartungsvertrag bei den zu liefernden Teilen die Preise dieser Teile nicht DDP, also inklusive des Zollaufwands, angeboten, sondern DDU, also ohne Zollaufwand. Für den Zollaufwand wurde ein Betrag in Höhe mehrerer Millionen Euro als estimate cost, also als Schätzbetrag genannt.

Verlangt die Auftraggeberin ein DDP - basiertes Angebot, und nennt die Antragstellerin im Letztangebot diesbezüglich nur einen Schätzbetrag, ist dies nicht jene Aufklärung, die die Auftraggeberin in ihren Letztangebotsverhandlungen am 2. und 3. Juli 2007 verlangt hat.

Die Auftraggeberin durfte - unter Berücksichtigung der sonstigen Ausscheidenssachverhalte laut Ausscheidensentscheidung, die vom Bundesvergabeamt bereits zweimal im Rahmen von Senatsentscheidungen über Nachprüfungsanträge gegen die preferred bidder - Entscheidung einerseits und gegen die Ausscheidensentscheidung andererseits gleichfalls als die Ausscheidensentscheidung rechtmäßig tragend beurteilt wurden - von ihrem Ermessen gemäß § 269 Abs 3 BVergG 2006 - gesetzmäßig dahingehend Gebrauch machen, dass sie ihre Ausscheidensentscheidung auch auf diese unterlassene Aufklärung über den DDP - Preis stützt. Die Auftraggeberin durfte - unter Berücksichtigung der sonstigen Ausscheidenssachverhalte laut Ausscheidensentscheidung, die vom Bundesvergabeamt bereits zweimal im Rahmen von Senatsentscheidungen über Nachprüfungsanträge gegen die preferred bidder - Entscheidung einerseits und gegen die Ausscheidensentscheidung andererseits gleichfalls als die Ausscheidensentscheidung rechtmäßig tragend beurteilt wurden - von ihrem Ermessen gemäß Paragraph 269, Absatz 3, BVergG 2006 - gesetzmäßig dahingehend Gebrauch machen, dass sie ihre Ausscheidensentscheidung auch auf diese unterlassene Aufklärung über den DDP - Preis stützt.

Da die Antragstellerin seitens der Auftraggeberin jedenfalls wegen dieser gerade neuerlich dargelegten, von der Antragstellerin verlangten, aber von der Antragstellerin unterlassenen Aufklärung vor einer Zuschlagsentscheidungsmitteilung berechtigt ausgeschieden wurde, kann die Antragstellerin durch eine Beendigung des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung bzw auch durch einer derartigen Zuschlagserteilung vorangehende Auftraggeberentscheidungen nicht mehr in ihren Rechten verletzt sein, wie dies der Verwaltungsgerichtshof zB in seinen Erkenntnissen 2004/04/0094 und 2005/04/0181 klargestellt hat. Auch das BVergG 2006 beruht - im Sektorenbereich jedenfalls gemeinschaftsrechtskonform - auf diesem Konzept der fehlenden Rechtsverletzung des bereits Ausgeschiedenen. Spricht doch § 272 BVergG 2006 davon, dass die Zuschlagsentscheidung allen verbliebenen Bietern mitzuteilen ist, gerade aber nicht jenen Bietern deren Angebote bereits ausgeschieden sind. Da die Antragstellerin seitens der Auftraggeberin jedenfalls wegen dieser gerade neuerlich dargelegten, von der Antragstellerin verlangten, aber von der Antragstellerin unterlassenen Aufklärung vor einer Zuschlagsentscheidungsmitteilung berechtigt ausgeschieden wurde, kann die Antragstellerin durch eine Beendigung des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung bzw auch durch einer derartigen Zuschlagserteilung vorangehende Auftraggeberentscheidungen nicht mehr in ihren Rechten verletzt sein, wie dies der Verwaltungsgerichtshof zB in seinen Erkenntnissen 2004/04/0094 und 2005/04/0181 klargestellt hat. Auch das BVergG 2006 beruht - im

Sektorenbereich jedenfalls gemeinschaftsrechtskonform - auf diesem Konzept der fehlenden Rechtsverletzung des bereits Ausgeschiedenen. Spricht doch Paragraph 272, BVergG 2006 davon, dass die Zuschlagsentscheidung allen verbliebenen Bietern mitzuteilen ist, gerade aber nicht jenen Bietern deren Angebote bereits ausgeschieden sind.

Dem Gesetzgeber nicht zugesonnen werden, dass er die Zuschlagsentscheidung, die für manche Bieter der Anfechtung zugänglich sein soll und wofür sogar expliziten Mitteilungspflichten gegenüber bestimmten Adressaten und korrespondierende Nichtigkeitssanktionen normiert sind, für einen Bieter anfechtbar sein soll, der - als mit seinem Angebot Ausgeschiedener - nach dem klaren Gesetzeszweck gerade keinen Anspruch auf Mitteilung dieser Zuschlagsentscheidung mehr hat.

Dass der Ausgeschiedene im Sektorenbereich kein Recht mehr hat, in einem neuen Vergabeverfahren mit gleichem oder aber ähnlichem Leistungsgegenstand eine neue Zuschlagschance zu erhalten, ergibt sich dabei wiederum aus dem BVergG 2006 und den zu Grunde liegenden materiell - rechtlichen Richtlinienbestimmungen.

Hiezu ist vor auszuschicken, dass das Nachprüfungsverfahrensrecht der §§ 320 ff BVergG 2006 nicht Selbstzweck ist, sondern individualschutzrechtlich subjektive, dem Einzelnen aus dem materiellen Vergaberecht heraus zukommende Rechte durchzusetzen ermöglichen soll. Hiezu ist vor auszuschicken, dass das Nachprüfungsverfahrensrecht der Paragraphen 320, ff BVergG 2006 nicht Selbstzweck ist, sondern individualschutzrechtlich subjektive, dem Einzelnen aus dem materiellen Vergaberecht heraus zukommende Rechte durchzusetzen ermöglichen soll.

Gegenständlich wird ein Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb gemäß § 192 Abs 5 BVergG 2006 = gemäß Art 40 Abs 2 RL 2004/17/EG durchgeführt. Gegenständlich wird ein Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb gemäß Paragraph 192, Absatz 5, BVergG 2006 = gemäß Artikel 40, Absatz 2, RL 2004/17/EG durchgeführt.

Kommt eine Sektorenauftraggeberin in einem derartigen Verfahren zu keinem Angebot, das ihren Erfordernissen entspricht, wären daher alle Angebote auszuschneiden, kann die Auftraggeberin gemäß Art 40 Abs 3 lit a) RL 2004/17/EG = gemäß § 195 Z 1 BVergG 2006 ein Verhandlungsverfahren ohne vorangehenden Aufruf zum Wettbewerb durchführen, sofern die ursprünglichen Auftragsbedingungen nicht oder nicht wesentlich geändert werden. Kommt eine Sektorenauftraggeberin in einem derartigen Verfahren zu keinem Angebot, das ihren Erfordernissen entspricht, wären daher alle Angebote auszuschneiden, kann die Auftraggeberin gemäß Artikel 40, Absatz 3, Litera a,) RL 2004/17/EG = gemäß Paragraph 195, Ziffer eins, BVergG 2006 ein Verhandlungsverfahren ohne vorangehenden Aufruf zum Wettbewerb durchführen, sofern die ursprünglichen Auftragsbedingungen nicht oder nicht wesentlich geändert werden.

Wenn nunmehr § 252 Abs 6 BVergG 2006 gemeinschaftsrechtskonform nur als lex imperfecta der Sektorenauftraggeberin nahelegt, eine bestimmte Anzahl von Unternehmen in das folgende Vergabeverfahren einzubeziehen, besteht ausweislich dieser Vorschrift keine Pflicht, mit mehreren Unternehmen in einem Verhandlungsverfahren gemäß § 195 Z 1 zu verhandeln und derart einen Aufwand verursachenden vergaberechtlichen Parallelwettbewerb zu veranstalten. Wenn nunmehr Paragraph 252, Absatz 6, BVergG 2006 gemeinschaftsrechtskonform nur als lex imperfecta der Sektorenauftraggeberin nahelegt, eine bestimmte Anzahl von Unternehmen in das folgende Vergabeverfahren einzubeziehen, besteht ausweislich dieser Vorschrift keine Pflicht, mit mehreren Unternehmen in einem Verhandlungsverfahren gemäß Paragraph 195, Ziffer eins, zu verhandeln und derart einen Aufwand verursachenden vergaberechtlichen Parallelwettbewerb zu veranstalten.

Für die Antragstellerin entfällt daher ein korrespondierendes subjektives Recht, nach ihrem Ausscheiden im gegenständlichen Vergabeverfahren gemäß dem Nachprüfungsverfahrensrecht durchsetzen zu können, dass sie in einem Folgevergabeverfahren wieder als Bieterin einbezogen wird.

Hat es idS die Antragstellerin im gegenständlichen Verhandlungsverfahren nicht geschafft, vergaberechtskonform ein taugliches Angebot abzugeben, hat die Sektorenauftraggeberin ihre Handlungsfreiheit entsprechend ihrer Privatautonomie wiedererlangt und kann in einem Folge - Vergabeverfahren gemäß § 195 Z 1 BVergG 2006 mit jenem Bieter exklusiv verhandeln, mit dem sie will. Dass dies im Sinne des § 252 Abs 6 BVergG 2006 hier sachlich begründet ist, ergibt sich bei der gegenständlichen Großinvestition schon allein aus dem Verfahrensaufwand der Verhandlungsführung mit mehreren Unternehmen in Zusammenschau mit den bisher vorliegenden Investitionsverzögerungen. Hat es idS die Antragstellerin im gegenständlichen Verhandlungsverfahren nicht geschafft,

vergaberechtskonform ein taugliches Angebot abzugeben, hat die Sektorenauftraggeberin ihre Handlungsfreiheit entsprechend ihrer Privatautonomie wiedererlangt und kann in einem Folge - Vergabeverfahren gemäß Paragraph 195, Ziffer eins, BVergG 2006 mit jenem Bieter exklusiv verhandeln, mit dem sie will. Dass dies im Sinne des Paragraph 252, Absatz 6, BVergG 2006 hier sachlich begründet ist, ergibt sich bei der gegenständlichen Großinvestition schon allein aus dem Verfahrensaufwand der Verhandlungsführung mit mehreren Unternehmern in Zusammenschau mit den bisher vorliegenden Investitionsverzögerungen.

Vor diesem materiellrechtlichen Hintergrund wird es verständlich, dass der Gesetzgeber in § 272 gerade keine Pflicht zur Mitteilung insbesondere einer Zuschlagsentscheidung zB an die hier fragliche Antragstellerin normieren musste, da diese ausweislich des Konzepts des § 252 Abs 6 BVergG 2006 durch Auftraggeberentscheidungen zu Gunsten der Konkurrentin der Antragstellerin nicht mehr in subjektiv durchsetzbaren Rechten verletzt wird. Vor diesem materiellrechtlichen Hintergrund wird es verständlich, dass der Gesetzgeber in Paragraph 272, gerade keine Pflicht zur Mitteilung insbesondere einer Zuschlagsentscheidung zB an die hier fragliche Antragstellerin normieren musste, da diese ausweislich des Konzepts des Paragraph 252, Absatz 6, BVergG 2006 durch Auftraggeberentscheidungen zu Gunsten der Konkurrentin der Antragstellerin nicht mehr in subjektiv durchsetzbaren Rechten verletzt wird.

Was diesbezüglich für die fehlende erfolgreiche Bekämpfbarkeit einer Zuschlagsentscheidung gilt, gilt gleichheitskonform auch für sämtliche sonstigen Entscheidungen der Auftraggeberin zu Gunsten der Konkurrenz der Antragstellerin. Denn der Zuschlag an die Konkurrentin kann ab dem eigenen rechtmäßigen Ausscheiden der Antragstellerin mit den Mitteln des Nachprüfungsrechts - jedenfalls im Sektorenbereich gemeinschaftsrechtskonform und konform mit der auch der Auftraggeberin zustehenden grundsätzlichen Privatautonomie - nicht mehr verhindert werden, so dass kein sachlicher Grund erkennbar ist, das Vergabeverfahren weiter durch eine Provisorialmaßnahme des Bundesvergabeamts zu verzögern.

Da die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags der Antragstellerin gegen das Nicht - Ausscheiden der Konkurrentin und gegen die Unterlassung einer weiteren Verhandlungsrunde unter Einbeziehung der - am 20.11.2007 von der Auftraggeberin ausgeschiedenen - Antragstellerin derzeit für den hier erkennenden Senatsvorsitzenden nicht erkennbar sind, welcher sich rechtlich damit in Übereinstimmung mit VwGH 2005/04/0181 sieht, sind damit gleichfalls keine Interessen der Antragstellerin ersichtlich, die eine Verhinderung des Zuschlags an die Konkurrentin der Antragstellerin - gemäß § 329 Abs 3 BVergG 2006 ohnehin nur bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag bzw die Nachprüfungsanträge wider die im eV - Antrag als gesondert anfechtbar bezeichneten "Entscheidungen" - gebieten würden. Kann es doch gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 rechtlich nur darauf ankommen, dass die Antragstellerin Interessen am eigenen Zuschlagserhalt durch ein vorläufiges Zuschlagsverbot - mit dem Ergebnis der Verhinderung der Zuschlagserteilung gemäß § 312 Abs 2 BVergG 2006 - geltend machen kann, die eine eigene Zuschlagschance im gegenständlichen Vergabeverfahren voraussetzen. Derartige Interessen existieren aber für die bereits rechtmäßig ausgeschiedene Antragstellerin nicht mehr. Da die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags der Antragstellerin gegen das Nicht - Ausscheiden der Konkurrentin und gegen die Unterlassung einer weiteren Verhandlungsrunde unter Einbeziehung der - am 20.11.2007 von der Auftraggeberin ausgeschiedenen - Antragstellerin derzeit für den hier erkennenden Senatsvorsitzenden nicht erkennbar sind, welcher sich rechtlich damit in Übereinstimmung mit VwGH 2005/04/0181 sieht, sind damit gleichfalls keine Interessen der Antragstellerin ersichtlich, die eine Verhinderung des Zuschlags an die Konkurrentin der Antragstellerin - gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 ohnehin nur bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag bzw die Nachprüfungsanträge wider die im eV - Antrag als gesondert anfechtbar bezeichneten "Entscheidungen" - gebieten würden. Kann es doch gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 rechtlich nur darauf ankommen, dass die Antragstellerin Interessen am eigenen Zuschlagserhalt durch ein vorläufiges Zuschlagsverbot - mit dem Ergebnis der Verhinderung der Zuschlagserteilung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG 2006 - geltend machen kann, die eine eigene Zuschlagschance im gegenständlichen Vergabeverfahren voraussetzen. Derartige Interessen existieren aber für die bereits rechtmäßig ausgeschiedene Antragstellerin nicht mehr.

Die vorstehende eV - Entscheidung konnte gemäß § 39 Abs 3 AVG ohne weitere Ermittlungen und ohne mündliche Verhandlungen getroffen werden, da der streitige Sachverhaltskomplex seit 20.9.2007 beim Bundesvergabeamt streithängig ist und auf durch mehrere Zeugeneinvernahmen und insbesondere fünf Verhandlungstermine am 15.10.2007, 6.11.2007, 8.11.2007, 21.11.2007 und 27.11.2007 aufbereiteten Tatsachen beruht; Die vorstehende eV - Entscheidung konnte gemäß Paragraph 39, Absatz 3, AVG ohne weitere Ermittlungen und ohne mündliche

Verhandlungen getroffen werden, da der streitige Sachverhaltskomplex seit 20.9.2007 beim Bundesvergabeamt streithängig ist und auf durch mehrere Zeugeneinvernahmen und insbesondere fünf Verhandlungstermine am 15.10.2007, 6.11.2007, 8.11.2007, 21.11.2007 und 27.11.2007 aufbereiteten Tatsachen beruht;

und insbesondere hinsichtlich des in diesem Bescheid singulär herangezogenen Ausscheidensgrunds zu Lasten der Antragstellerin auf dem insoweit unstrittigen Protokoll über die Letztverhandlungsrunde am 2. und 3. Juli 2007, auf der Aufforderung zu Letztangebotsabgabe am 16.7.2007 und auf dem insbesondere im Ordner 36 der Vergabeunterlagen dokumentierten Letztangebot der Antragstellerin beruht;

wobei der hier erkennende Senatsvorsitzende seit 20.9.2007 für sämtliche bislang seitens der Antragstellerin iZm der gegenständlichen Vergabe anhängig gemachten Verfahren zuständig war und ist und damit den Standpunkt der Antragstellerin zusätzlich bereits aus deren vielfachen Schriftsatterörterungen kennt.

Soweit die Antragstellerin in ihren Eingaben an das Bundesvergabeamt bereits mehrfach das Risiko anführt, die Auftraggeberin könnte das gegenständlich ausgeschriebene Projekt ändern und sohin einen anderen Leistungsgegenstand vergeben, als denjenigen, über den mit der Auftraggeberin verhandelt wurde, ist die Antragstellerin darauf hinzuweisen, dass ihr hierfür - unbeschadet anderer Rechtswegemöglichkeiten gemäß § 1 JN - der Rechtsbehelf gemäß § 331 Abs 1 Z 4 BVergG 2006 zur Verfügung steht, wenn sie die Vergabe eines neuen Leistungsgegenstands erkennen zu können glaubt. Der Provisorialrechtsschutz gemäß § 328ff BVergG 2006 dient aber nicht zur Verhinderung von de facto - Vergaben iS des § 331 Abs 1 Z 4 BVergG 2006, sondern zur Absicherung von Rechtsgestaltungsbegehren gemäß §§ 320ff BVergG 2006, wie dies eindeutig in § 329 Abs 3 BVergG 2006 mit der dort ersichtlichen Höchstdauer der Provisorialmaßnahme für die Dauer des Verfahrens über den Nichtigerklärungsantrag gemäß §§ 320ff BVergG 2006 erkennbar ist. Soweit die Antragstellerin in ihren Eingaben an das Bundesvergabeamt bereits mehrfach das Risiko anführt, die Auftraggeberin könnte das gegenständlich ausgeschriebene Projekt ändern und sohin einen anderen Leistungsgegenstand vergeben, als denjenigen, über den mit der Auftraggeberin verhandelt wurde, ist die Antragstellerin darauf hinzuweisen, dass ihr hierfür - unbeschadet anderer Rechtswegemöglichkeiten gemäß Paragraph eins, JN - der Rechtsbehelf gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2006 zur Verfügung steht, wenn sie die Vergabe eines neuen Leistungsgegenstands erkennen zu können glaubt. Der Provisorialrechtsschutz gemäß Paragraph 328 f, f, BVergG 2006 dient aber nicht zur Verhinderung von de facto - Vergaben iS des Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2006, sondern zur Absicherung von Rechtsgestaltungsbegehren gemäß Paragraphen 320 f, f, BVergG 2006, wie dies eindeutig in Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 mit der dort ersichtlichen Höchstdauer der Provisorialmaßnahme für die Dauer des Verfahrens über den Nichtigerklärungsantrag gemäß Paragraphen 320 f, f, BVergG 2006 erkennbar ist.

Schlagworte

Provisorialbegehren, Abweisung;

Dokumentnummer

VERGT_20071223_N_0124_BVA_08_2007_EV16_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