

TE Verg Bescheid 2007/12/12 N/0117-BVA/08/2007-EV22, N/0120-BVA/08/2007-EV12

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.12.2007

Norm

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §329

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
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

Das Bundesvergabeamt hat am 12.12.2007 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 die am 5.12.2007 einerseits und am 10.12.2007 protokollierten Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, gestellt durch die (durch sowohl die X1*** GESELLSCHAFT MBH als auch die Rechtsanwältin X2***) Antragstellerin A*** Heavy Industries Europe, Ltd. wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat am 12.12.2007 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 die am 5.12.2007 einerseits und am 10.12.2007 protokollierten Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, gestellt durch die (durch sowohl die X1*** GESELLSCHAFT MBH als auch die Rechtsanwältin X2***) Antragstellerin A*** Heavy Industries Europe, Ltd. wie folgt entschieden:

Spruch

Den von der Antragstellerin am 5.12.2007 mit der Geschäftszahl N/0117-BVA/08/2007 des Bundesvergabeamts einerseits und am 10.12.2007 mit der Geschäftszahl N/0120-BVA/08/2007 des Bundesvergabeamts andererseits protokollierten Anträgen auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung,

1. 1.Ziffer eins

die Entscheidung vom 20. November 2007, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, bis 27.1.2008 bei sonstiger Exekution auszusetzen, und

2. 2.Ziffer 2

es der [Auftraggeberin] bis 27.1.2008 bei sonstiger Exekution zu untersagen, im Vergabeverfahren fortzufahren und insbesondere den Zuschlag zu erteilen,

wird - nach Verbindung dieser Sicherungsverfahren gemäß §§ 328ff BVergG 2006 zur gemeinsamen Entscheidung gemäß § 39 Abs 2 AVG teilweise wird - nach Verbindung dieser Sicherungsverfahren gemäß Paragraphen 328 f, f, BVergG 2006 zur gemeinsamen Entscheidung gemäß Paragraph 39, Absatz 2, AVG teilweise
stattgegeben.

Der VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH & Co KG ist die Erteilung des Zuschlags im als Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich abgeführten Vergabeverfahren mit der Bezeichnung "Projekt GDK Mellach, Ausschreibung: Errichtung eines 800 MW Gas- und Dampfturbinen-Kombinationskraftwerks am Standort Mellach" weiterhin für die Dauer der zu den Geschäftszahlen des Bundesvergabeamts N/0114-BVA/08/2007 und N/0117-BVA/08/2007 geführten Nachprüfungsverfahren betreffend die Frage der gebotenen Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin vom 20.11.2007 untersagt, dies allerdings längstens

bis zum Ablauf des 8.1.2008.

Die Mehrbegehren werden

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; § 39 Abs 2 AVG BGBl 1991/51 idF BGBl I 2004/10
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; Paragraph 39, Absatz 2, AVG BGBl 1991/51 in der Fassung BGBl römisch eins 2004/10

Begründung

Sachverhalt samt Parteienvorbringen 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. Gemäß den vorgelegten Vergabeunterlagen erfolgte der gemeinschaftsweite Aufruf zum Wettbewerb gemäß § 207 BVergG 2006 durch eine am 13.6.2006 erfolgte Sektoren - Vergabebekanntmachung, wobei der zu vergebende Auftrag darin als Bauauftrag qualifiziert wurde; und iS der §§ 174 und 4 Z 1 BVergG 2006 sowohl die Planung als auch die Ausführung umfassen sollte. 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. Gemäß den vorgelegten Vergabeunterlagen erfolgte der gemeinschaftsweite Aufruf zum Wettbewerb gemäß Paragraph 207, BVergG 2006 durch eine am 13.6.2006 erfolgte Sektoren - Vergabebekanntmachung, wobei der zu vergebende Auftrag darin als Bauauftrag qualifiziert wurde; und iS der Paragraphen 174 und 4 Ziffer eins, BVergG 2006 sowohl die Planung als auch die Ausführung umfassen sollte.

Am 5.9.2007 versandte die Auftraggeberin entsprechend einer Vorfestlegung vom 16.7.2007, Beilage ./1 zum Nachprüfungsantrag N/0087-BVA/08/2007 und laut Ordner 4 der am 26.9.2007 zur Geschäftszahl N/0087-BVA/08/2007

vorgelegten Vergabeunterlagen eine preferred bidder - Entscheidung.

Der Antrag auf Nichtigerklärung dieser preferred bidder - Entscheidung wurde am 7.12.2007 mit dem Bescheid des Bundesvergabeamts N/0087-BVA/08/2007-257 rechtskräftig mit der Begründung abgewiesen, die am 20.11.2007 versandte Auftraggeberentscheidung, das Angebot der Antragstellerin werde ausgeschieden, sei jedenfalls aus mehreren Gründen rechtmäßig; und bestehe daher für die Antragstellerin iS des VwGH Erkenntnisses 2005/04/0181 keine Rechtsverletzung bzw Rechtsverletzungsmöglichkeit der Antragstellerin durch die angefochtene preferred bidder - Entscheidung als der Auswahlentscheidung (gemäß der präkludierten Vorfestlegung vom 16.7.2007) - siehe insbesondere Seite 31 des Nachprüfungsbescheids N/0087-BVA/08/2007-257;

wobei die besagte Vorfestlegung vom 16.7.2007 seitens der Auftraggeberin am 18.7.2007 ausweislich des Ordners 4 der am 26.9.2007 seitens der Auftraggeberin im Verfahren N/0087- BVA/08/2007 vorgelegten Vergabeunterlagen an die Antragstellerin gefaxt worden ist.

Diese Vorfestlegung vom 16.7.2007 in ihrer deutschen Fassung wurde zB auch von der Antragstellerin als Beilage ./1 zum Nachprüfungsantrag N/0087-BVA/08/2007 betreffend die preferred bidder - Entscheidung vorgelegt und lautet im Wesentlichen:

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 Projektabbruches fällige Ausstiegzahlung 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 Bieterern
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 Bieterern
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 Pönaleregeln 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

In dieser Vorfestlegung ist das preferred bidder - Prozedere und die sonst weiter geplante Vorgangsweise im Vergabeverfahren ersichtlich.

Die Antragstellerin brachte während des letzten Verhandlungstermins im Verfahren N/0087-BVA/08/2007 betreffend die Nichtigerklärung der preferred bidder - Entscheidung am 27.11.2007, in dem unter anderem der Zeuge Oz*** mit japanischer Muttersprache ergänzend einzuvernommen werden hatte, den mit Bescheid vom 4.12.2007 erledigten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) und in unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang den ersten Schriftsatz mit einem Nichtigerklärungsantrag wider die Ausscheidensentscheidung vom 20.11.2007 ein, Eingaben lfd Nri 1 und 2 des Akts N/0114- BVA/08/2007.

Der oben erwähnte, zur Sicherung des Rechtsgestaltungsbegehrens wider die Ausscheidensentscheidung gestellte eV - Antrag vom 27.11.2007 wurde mit dem eV - Bescheid vom 4.12.2007 erledigt, der im Wesentlichen lautet:

N/0114-BVA/08/2007-EV14

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat am 4.12.2007 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 27.11.2007 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*** wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat am 4.12.2007 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 27.11.2007 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*** wie folgt entschieden:

Spruch

Der von der Antragstellerin am 27.11.2007 gestellte und im Akt des Bundesvergabeamts mit der Geschäftszahl N/0114-BVA/08/2007 in Papierform abgelegte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung,

1. 1.Ziffer eins
die Entscheidung vom 20. November 2007, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden, bis 27.1.2008 auszusetzen, und
2. 2.Ziffer 2
es der [Auftraggeberin] bis 27.1.2008 bei sonstiger Exekution zu untersagen, im Vergabeverfahren fortzufahren und insbesondere den Zuschlag zu erteilen,

wird
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 Parteinovorbringen 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.

Gemäß den vorgelegten Vergabeunterlagen erfolgte der gemeinschaftsweite Aufruf zum Wettbewerb gemäß § 207 BVergG 2006 durch eine am 13.6.2006 erfolgte Sektoren - Vergabebekanntmachung, wobei der zu vergebende Auftrag darin als Bauauftrag qualifiziert wurde; und iS der §§ 174 und 4 Z 1 BVergG 2006 sowohl die Planung als auch die Ausführung umfassen sollte. Gemäß den vorgelegten Vergabeunterlagen erfolgte der gemeinschaftsweite Aufruf zum Wettbewerb gemäß Paragraph 207, BVergG 2006 durch eine am 13.6.2006 erfolgte Sektoren - Vergabebekanntmachung, wobei der zu vergebende Auftrag darin als Bauauftrag qualifiziert wurde; und iS der Paragraphen 174 und 4 Ziffer eins, BVergG 2006 sowohl die Planung als auch die Ausführung umfassen sollte.

Die Auftraggeberin übersandte das bekanntzumachende Dokument dabei bereits am 2.6.2006 an die entsprechende Stelle auf europäischer Ebene; siehe den Ausdruck eines e-mails vom 13.6.2006 mit einer Mitteilung von ted-mail@ted.publications.eu.int an Herrn Ing P*** als einem Mitarbeiter des Konzerns der Auftraggeberin samt Ausdruck der gemeinschaftsweiten Bekanntmachung, enthalten im Ordner 1 von 47 der Vergabeunterlagen, wie insgesamt im eingeschränkten Umfang am 26.9.2007 zur GZ N/0087-BVA/08/2007 seitens der Auftraggeberin vorgelegt, soweit damals bereits existent.

Eine Verbund-Management Service GmbH nahm für die Auftraggeberin im Vergabeverfahren partiell die Aufgaben einer vergebenden Stelle iS des § 2 Z 41 BVergG 2006 wahr - am 26.9.2007 zur GZ N/0087- BVA/08/2007 vorgelegte Vergabeunterlagen. Eine Verbund-Management Service GmbH nahm für die Auftraggeberin im Vergabeverfahren

partiell die Aufgaben einer vergebenden Stelle iS des Paragraph 2, Ziffer 41, BVergG 2006 wahr - am 26.9.2007 zur GZ N/0087- BVA/08/2007 vorgelegte Vergabeunterlagen.

Am 5.9.2007 versandte die Auftraggeberin entsprechend einer Vorfestlegung vom 16.7.2007, Beilage ./1 zum Nachprüfungsantrag N/0087-BVA/08/2007, eine preferred bidder - Entscheidung.

Die Antragstellerin bekämpft diese preferred bidder - Entscheidung zu Gunsten der S*** AG Österreich aktuell im Verfahren N/0087- BVA/08/2007, wobei in diesem Verfahren einerseits am 27.11.2007 die mündliche Verhandlung geschlossen wurden und andererseits auch das Ermittlungsverfahren geschlossen wurde.

Am 20.11.2007 schied die Auftraggeberin das Letztangebot der Antragstellerin formell gemäß § 269 BVergG 2006 aus dem Vergabeverfahren aus. Am 20.11.2007 schied die Auftraggeberin das Letztangebot der Antragstellerin formell gemäß Paragraph 269, BVergG 2006 aus dem Vergabeverfahren aus.

Die Antragstellerin bekämpft diese Ausscheidensentscheidung seit 27.11.2007 mit einem im Verwaltungsakt des Bundesvergabeamts zur GZ N/0114-BVA/08/2007 protokollierten weiteren Nachprüfungsantrag.

Andererseits strebt die Antragstellerin in diesem Verfahren N/0114-BVA/08/2007, sowie im Nachprüfungsverfahren N/0087- BVA/08/2007 mit am 3.12.2007 verfassten Eingaben weitere Beweisaufnahmen zur Frage der Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin unter dem Aspekt eines bestimmten Ausscheidensgrunds vom 20.11.2007 an.

Im Rahmen des Verfahrens N/0087-BVA/08/2007 besteht durch den Bescheid gemäß § 329 Abs 3 BVergG 2006 vom 2.11.2007, N/0087- BVA/08/2007 derzeit ein Verbot der Zuschlagserteilung bis zum Ablauf des 14.12.2007. Im Rahmen des Verfahrens N/0087-BVA/08/2007 besteht durch den Bescheid gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 vom 2.11.2007, N/0087- BVA/08/2007 derzeit ein Verbot der Zuschlagserteilung bis zum Ablauf des 14.12.2007.

Im Nachprüfungsverfahren N/0087-BVA/08/2007 wurde das Ermittlungsverfahren bereits ab Oktober 2007 so gestaltet, dass zentral zur Frage der Ausscheidensbedürftigkeit der Antragstellerin ermittelt wurde, wobei die fraglichen Ausscheidensgründe zuerst unter dem Aspekt der Antragslegitimation und danach ab 21.11.2007 unter dem Aspekt der Rechtsverletzungsmöglichkeit geprüft und mit den Parteien erörtert wurden.

Diese Vorgangsweise wurde unter Hinweis auf die Erkenntnisse des VwGH2005/04/0200 und danach 2005/04/0181 gegenüber den Verfahrensparteien auch rechtlich transparent gemacht, wobei es gegenständlich dabei letztlich immer um die zentrale Frage geht, ob ein Ausscheidensgrund zu Lasten der Antragstellerin bereits an Hand der Vergabeunterlagen wie zB dem Verhandlungsprotokoll der Auftraggeberin über die Verhandlungen am 2. und 3. Juli 2007 mit der Antragstellerin vorliegt.

In dem ab 21.11.2007 nur mehr entsprechend den Grundsätzen zur Verfahrensgestaltung, wie aus den VwGH Erkenntnissen 2004/04/0094 und 2005/04/0181 ableitbar, geführten Verfahren liegt bis jetzt keine Entscheidung des Senats über den Nachprüfungsantrag im Verfahren N/0087-BVA/08/2007 vor.

Dem Bundesvergabeamt ist bislang noch keine Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin in diesem Vergabeverfahren bekannt, wobei die Antragstellerin jedenfalls für den Fall, dass die Ausscheidensentscheidung nicht rechtmäßig erkannt werden sollte, noch nicht - iS der ERBV zu den §§ 131 und 272 zur Stammfassung des BVergG 2006 - rechtskräftig ausgeschieden ist und daher Anspruch auf Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung bei sonst gemäß § 273 Abs 2 BVergG 2006 mit Nichtigkeit bedrohter Zuschlagserteilung hätte; Dem Bundesvergabeamt ist bislang noch keine Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin in diesem Vergabeverfahren bekannt, wobei die Antragstellerin jedenfalls für den Fall, dass die Ausscheidensentscheidung nicht rechtmäßig erkannt werden sollte, noch nicht - iS der ERBV zu den Paragraphen 131 und 272 zur Stammfassung des BVergG 2006 - rechtskräftig ausgeschieden ist und daher Anspruch auf Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung bei sonst gemäß Paragraph 273, Absatz 2, BVergG 2006 mit Nichtigkeit bedrohter Zuschlagserteilung hätte;

dies allerdings nur dann, wenn man die von der Antragstellerin nicht angefochtene Festlegung über die preferred bidder - Vorgangsweise laut Beilage ./1 zum Nachprüfungsantrag im Verfahren N/0087-BVA/08/2007 in Zusammenschau mit den sonstigen Geschehnissen im Vergabeverfahren nicht ohnehin derart auszulegen hat, dass deshalb gegenständlich keine Pflicht zu einer Zuschlagsentscheidung mehr besteht.

Dies alles weiters auch unter Berücksichtigung, dass bei der derzeit erkannten Sachlage auch kein

Ausnahmetatbestand gemäß § 272 vorliegt, der aus den dort genannten Gründen von der Pflicht zur Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung mit der Auslösung einer Stillhaltefrist entbinden würde. Dies alles weiters auch unter Berücksichtigung, dass bei der derzeit erkannten Sachlage auch kein Ausnahmetatbestand gemäß Paragraph 272, vorliegt, der aus den dort genannten Gründen von der Pflicht zur Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung mit der Auslösung einer Stillhaltefrist entbinden würde.

Der Inhalt des hier zu behandelnden eV - Antrags lässt sich dahin zusammenfassen, dass die Antragstellerin vorläufige Sicherungsmaßnahmen laut Spruch anstrebt, weil sie befürchtet, dass ohne Sicherungsmaßnahmen der Zuschlag im Vergabeverfahren erteilt werden könnte und sich damit wirtschaftliche Nachteile bei der Antragstellerin realisierten - Seiten 10 und 12f der Eingabe, lfd Nr 1 in diesem Verfahren.

Dabei erklärt die Antragstellerin allerdings nicht, ob diese wirtschaftlichen Nachteile auch zB unter Berücksichtigung ihres Zweitangebots vom 4.6.2007 und den sonstigen Äußerungen der Antragstellerin Vergabeverfahren wirklich vorliegen, wenn permanent auch seitens der Antragstellerin auf eine angespannte Liefersituation hingewiesen wurde und im Zweitangebot vom 4.6.2007 im Angebotsbegleitschreiben, wie am 4.6.2007 datiert, der Satz enthalten ist:

"However, please note that the above condition is still subject to prior sale."

Wie nämlich der Antragstellerin aus der Niederschrift über die Zeugeneinvernahmen vom 22., 23. und 25 Oktober im eV - Verlängerungsverfahren betreffend die Absicherung des Nichtigerklärungsbegehrens wider die preferred bidder - Entscheidung bekannt, wird dieses Schreiben mitunter derart ausgelegt, dass hier von der Antragstellerin unter dem Vorbehalt eines früheren Verkaufs angeboten wird, was wiederum hinreichende anderweitige Geschäftsmöglichkeiten der Antragstellerin indiziert, und damit das tatsächliche Interesse am Vertragsabschluss relativieren könnte.

Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Inhalt der Verwaltungsakten des Bundesvergabeamts N/0087-BVA/08/2007 und N/0114-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, dies unbeschadet der unterschiedlichen juristischen Bewertung der objektivierten Tatsachen hinsichtlich der gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 anzustellenden Interessensabwägung. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Inhalt der Verwaltungsakten des Bundesvergabeamts N/0087-BVA/08/2007 und N/0114-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, dies unbeschadet der unterschiedlichen juristischen Bewertung der objektivierten Tatsachen hinsichtlich der gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 anzustellenden Interessensabwägung.

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 im Verfahren N/0087-BVA/08/2007 die Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts nicht bestritten wurde und außerdem durch eine Amtshilfemitteilung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit im gerade genannten Nachprüfungsverfahren 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 im Verfahren N/0087-BVA/08/2007 die Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts nicht bestritten wurde und außerdem durch eine Amtshilfemitteilung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit im gerade genannten Nachprüfungsverfahren 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.

In den verfahrenseinleitenden Eingaben, lfd Nri 1 und 2 des Akts, sind - jedenfalls in einer Gesamtschau - die in § 328 Abs 2 geforderten Mindestinhalte für einen Antrag auf einstweilige Verfügung (= eV) enthalten, wobei dem am 27.11.2007 protokollierten, gleichfalls in der Eingabe lfd Nr 2 enthaltenen Nachprüfungsantrag die Antragsvoraussetzungen des § 320 Abs 1 iVm § 328 Abs 1 BVergG 2006 derzeit nicht offensichtlich abgesprochen werden können, da der zuständige Senat noch keine Entscheidung über das Vorliegen von Ausscheidensgründen zu Lasten der Antragstellerin getroffen hat und zB auch noch nicht beurteilt hat, ob der Antragstellerin - weiterhin - ein Interesse am Vertragsabschluss zuzubilligen ist, so dass diese Aspekte gegen eine eV - Erlassung eben derzeit noch nicht evident sind. Diese Antragsvoraussetzungen, sprich das Vertragsabschlussinteresse und der (drohende) Schaden, bzw die Erfolgsaussichten des Nichtigerklärungsantrags wider die Ausscheidensentscheidung und auch gegen die preferred bidder - Entscheidung können nämlich gegenständlich nicht a limine ohne Bedachtnahme auf den Ausgang des Nachprüfungsverfahrens N/0087- BVA/08/2007 verneint werden. In den verfahrenseinleitenden Eingaben, lfd Nri 1 und 2 des Akts, sind - jedenfalls in einer Gesamtschau - die in Paragraph 328, Absatz 2, geforderten Mindestinhalte für einen Antrag auf einstweilige Verfügung (= eV) enthalten, wobei dem am 27.11.2007 protokollierten, gleichfalls in der Eingabe lfd Nr 2 enthaltenen Nachprüfungsantrag die Antragsvoraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 derzeit nicht offensichtlich abgesprochen werden können, da der zuständige Senat noch keine Entscheidung über das Vorliegen von Ausscheidensgründen zu Lasten der Antragstellerin getroffen hat und zB auch noch nicht beurteilt hat, ob der Antragstellerin - weiterhin - ein Interesse am Vertragsabschluss zuzubilligen ist, so dass diese Aspekte gegen eine eV - Erlassung eben derzeit noch nicht evident sind. Diese Antragsvoraussetzungen, sprich das Vertragsabschlussinteresse und der (drohende) Schaden, bzw die Erfolgsaussichten des Nichtigerklärungsantrags wider die Ausscheidensentscheidung und auch gegen die preferred bidder - Entscheidung können nämlich gegenständlich nicht a limine ohne Bedachtnahme auf den Ausgang des Nachprüfungsverfahrens N/0087- BVA/08/2007 verneint werden,

zumal es im Verfahren N/0087-BVA/08/2007 nach Einschränkung des Ermittlungsverfahrens und Schluss der mündlichen Verhandlung um die Frage der Rechtmäßigkeit des am 20.11.2007 formell vorgenommenen Ausscheidens der Antragstellerin rücksichtlich der Rechtsverletzungsmöglichkeit der Antragstellerin iSv VWGH 18.5.2005, 2004/04/0094 bzw 12.9.2007, 2005/04/0181, durch eine preferred bidder - Entscheidung zu Gunsten einer anderen Bieterin geht,

wobei die bezogene preferred bidder - Festlegung während der Verhandlungsphase im konkreten Vergabeverfahren gemäß der iS des § 321 BVergG 2006 bestandfest gewordenen Vorfestlegung der Auftraggeberin vom 16.7.2007, Blg ./1

zum Nachprüfungsantrag N/0087-BVA/08/2007, zumindest partiell die Funktion einer Zuschlagsentscheidung hat, wobei die bezogene preferred bidder - Festlegung während der Verhandlungsphase im konkreten Vergabeverfahren gemäß der iS des Paragraph 321, BVergG 2006 bestandfest gewordenen Vorfestlegung der Auftraggeberin vom 16.7.2007, Blg ./1 zum Nachprüfungsantrag N/0087-BVA/08/2007, zumindest partiell die Funktion einer Zuschlagsentscheidung hat.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor der Entscheidung über den eV - Antrag die vorhersehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor der Entscheidung über den eV - Antrag die vorhersehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen.

Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer eV, ist der Antrag auf Erlassung einer eV abzuweisen. Gemäß § 329 Abs 2 BVergG 2006 können mit einer eV das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers vorübergehend - bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag - ausgesetzt werden oder sonst geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer eV, ist der Antrag auf Erlassung einer eV abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 können mit einer eV das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers vorübergehend - bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag - ausgesetzt werden oder sonst geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs 3 Satz 1 BVergG 2006 ist die einstweilige Verfügung zu befristen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, Satz 1 BVergG 2006 ist die einstweilige Verfügung zu befristen.

Die Antragstellerin beehrte mit dem am 27.11.2007 protokollierten eV - Antrag diverse Provisorialmaßnahmen, wie im Spruch ersichtlich.

Diesbezüglich ist generell vorzuschicken, dass die eV im Rechtsschutzsystem des BVergG 2006 - gleich wie im BVergG 2002 und im BVergG 1997 - den Zweck hat, dass durch die zu verfügenden Provisorialmaßnahmen bei Vorliegen der sonstigen gesetzlich erforderlichen Stattgabevoraussetzungen verhindert wird, dass der mit dem Nichtigkeitsbegehren vorgetragene Rechtsgestaltungsantrag (auf Aufhebung und damit Beseitigung der jeweils angefochtenen Entscheidung aus dem Rechtsbestand) vor dem Zeitpunkt der Entscheidung über das Rechtsgestaltungsbegehren entweder - wegen Zuschlagserteilung oder aber wegen Widerrufs - unzulässig oder zumindest sinnentleert würde - idS zB bereits BVA 22.4.2003, 08N-39/03-12.

Insoweit die Antragstellerin ein Zuschlagsverbot anstrebt, ist zu bedenken, dass derzeit seit 27.9.2007 im Nachprüfungsverfahren N/0087-BVA/08/2007 eine derartige Sicherungsmaßnahme bis längstens 14.12.2007 besteht, vgl nur den Bescheid vom 2.11.2007, N/0087- BVA/08/2007-EV118. Insoweit die Antragstellerin ein Zuschlagsverbot anstrebt, ist zu bedenken, dass derzeit seit 27.9.2007 im Nachprüfungsverfahren N/0087-BVA/08/2007 eine derartige Sicherungsmaßnahme bis längstens 14.12.2007 besteht, vergleiche nur den Bescheid vom 2.11.2007, N/0087-BVA/08/2007-EV118.

Diese besagte Sicherungsmaßnahme besteht formell zur Absicherung eines anderen Rechtsgestaltungsbegehrens.

Während im Verfahren N/0087-BVA/08/2007 die Frage der Rechtmäßigkeit des Ausscheidens der Antragstellerin faktisch als Vorfrage auftritt, ist die Frage der Rechtmäßigkeit des Ausscheidens in diesem Nachprüfungsverfahren N/0114-BVA/08/2007 Hauptfrage.

Da aber das Nachprüfungsverfahren betreffend die preferred - bidder - Entscheidung jedenfalls seit 15.10.2007 und nach Einschränkung in der Verhandlung am 6.11.2007 zentral zur Frage des Vorliegens eines Ausscheidensgrunds zu Lasten der Antragstellerin geführt wird und der Nachprüfungsantrag zu N/0087- BVA/08/2007 abzuweisen sein wird, wenn der Senat gemäß § 303 Abs 1 BVergG 2006 das Ausscheiden als rechtmäßig zu beurteilen haben sollte, jedoch der erkennende Senat bei der gegebenen Sach- und Rechtslage diesbezüglich erst zu entscheiden hat, können die

Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags N/0114-BVA/08/2007 derzeit noch nicht mit entsprechender Sicherheit verneint werden. Da aber das Nachprüfungsverfahren betreffend die preferred - bidder - Entscheidung jedenfalls seit 15.10.2007 und nach Einschränkung in der Verhandlung am 6.11.2007 zentral zur Frage des Vorliegens eines Ausscheidensgrunds zu Lasten der Antragstellerin geführt wird und der Nachprüfungsantrag zu N/0087- BVA/08/2007 abzuweisen sein wird, wenn der Senat gemäß Paragraph 303, Absatz eins, BVergG 2006 das Ausscheiden als rechtmäßig zu beurteilen haben sollte, jedoch der erkennende Senat bei der gegebenen Sach- und Rechtslage diesbezüglich erst zu entscheiden hat, können die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags N/0114-BVA/08/2007 derzeit noch nicht mit entsprechender Sicherheit verneint werden.

Dies zumal im Senat gemäß § 305 Abs 1 BVergG 2006 die einfache Mehrheit entscheidet und daher der Senatsvorsitzende die Beendigung des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung in solchen Fällen nur dann ermöglichen wird sollen, wenn unbeschadet der Erfolgsaussichten sonstige gewichtige Gründe wider eine einstweilige Verfügung die Interessen der Antragstellerin an der Absicherung ihrer Zuschlagschance überwiegen. Dies zumal im Senat gemäß Paragraph 305, Absatz eins, BVergG 2006 die einfache Mehrheit entscheidet und daher der Senatsvorsitzende die Beendigung des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung in solchen Fällen nur dann ermöglichen wird sollen, wenn unbeschadet der Erfolgsaussichten sonstige gewichtige Gründe wider eine einstweilige Verfügung die Interessen der Antragstellerin an der Absicherung ihrer Zuschlagschance überwiegen.

Hat nunmehr der Senatsvorsitzende durch die bereits zitierte eV - Teilverlängerungsentscheidung am 2.11.2007 ein Zuschlagsverbot zur Absicherung des Nichtigerklärungsbegehrens im Nachprüfungsverfahren betreffend die preferred bidder Entscheidung bis derzeit 14.12.2007 verhängt, wird ratione legis gemäß § 329 Abs 3 BVergG 2006 rechtzeitig über das dortige Zuschlagsverbot gemäß § 329 Abs 3 BVergG 2006 zu befinden sein, wenn bis zu diesem Zeitpunkt noch keine Entscheidung über den dortigen Nachprüfungsantrag gefallen sein sollte. Hat nunmehr der Senatsvorsitzende durch die bereits zitierte eV - Teilverlängerungsentscheidung am 2.11.2007 ein Zuschlagsverbot zur Absicherung des Nichtigerklärungsbegehrens im Nachprüfungsverfahren betreffend die preferred bidder Entscheidung bis derzeit 14.12.2007 verhängt, wird ratione legis gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 rechtzeitig über das dortige Zuschlagsverbot gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 zu befinden sein, wenn bis zu diesem Zeitpunkt noch keine Entscheidung über den dortigen Nachprüfungsantrag gefallen sein sollte.

Der Zuschlag ist daher zu Gunsten der Antragstellerin im streitgegenständlichen Vergabeverfahren aktuell bereits untersagt, in dem die Antragstellerin nunmehr - auch - die Ausscheidensentscheidung bekämpft.

Das Bundesvergabeamt hat durch den monokratisch tätigen Senatsvorsitzenden gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 auf Basis der jeweils aktuellen Sach- und Rechtslage zu entscheiden - Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht⁴, 213. Das Bundesvergabeamt hat durch den monokratisch tätigen Senatsvorsitzenden gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 auf Basis der jeweils aktuellen Sach- und Rechtslage zu entscheiden - Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht⁴, 213.

Besteht daher aktuell bereits ein Zuschlagsverbot zu Gunsten einer Bieterin in Relation zu einem konkreten Vergabeverfahren, ist unter Berücksichtigung der Ausführungen der Antragstellerin rücksichtlich der ihr gemäß § 328 Abs 2 Z 2 und 4 BVergG 2006 diesbezüglich obliegenden Behauptungspflicht überhaupt nicht erkennbar, warum sie aktuell ein weiteres Zuschlagsverbot zu ihren Gunsten erwirken will. Besteht daher aktuell bereits ein Zuschlagsverbot zu Gunsten einer Bieterin in Relation zu einem konkreten Vergabeverfahren, ist unter Berücksichtigung der Ausführungen der Antragstellerin rücksichtlich der ihr gemäß Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer 2 und 4 BVergG 2006 diesbezüglich obliegenden Behauptungspflicht überhaupt nicht erkennbar, warum sie aktuell ein weiteres Zuschlagsverbot zu ihren Gunsten erwirken will.

Das Begehren auf ein weiteres Zuschlagsverbot war daher mangels derzeit daran erkennbarer Interessen abzuweisen, weil keine Eignung dieser Maßnahme für einen weitergehenden Interessenschutz der Antragstellerin gemäß § 329 Abs 1 und 2 BVergG 2006 erkennbar ist, als ohnehin aktuell bereits bestehend. Das Begehren auf ein weiteres Zuschlagsverbot war daher mangels derzeit daran erkennbarer Interessen abzuweisen, weil keine Eignung dieser Maßnahme für einen weitergehenden Interessenschutz der Antragstellerin gemäß Paragraph 329, Absatz eins und 2 BVergG 2006 erkennbar ist, als ohnehin aktuell bereits bestehend.

Zur Abweisung des Begehrens auf Aussetzung der Ausscheidensentscheidung ist festzuhalten, dass die Antragstellerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens über die Ausscheidung vor dem Hintergrund des gemeinschaftsrechtlich

gebotenen effektiven Primärrechtsschutzes Anspruch auf die Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung haben wird, sofern in diesem Verfahren eine derartige Entscheidung gemäß § 272 BVergG 2006 überhaupt noch ergehen muss. Zur Abweisung des Begehrens auf Aussetzung der Ausscheidensentscheidung ist festzuhalten, dass die Antragstellerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens über die Ausscheidung vor dem Hintergrund des gemeinschaftsrechtlich gebotenen effektiven Primärrechtsschutzes Anspruch auf die Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung haben wird, sofern in diesem Verfahren eine derartige Entscheidung gemäß Paragraph 272, BVergG 2006 überhaupt noch ergehen muss.

Muss gegenständlich keine Zuschlagsentscheidung mehr ergehen, was aus der Festlegung der Auftraggeberin vom 16.7.2007, Beilage ./1 zum Nachprüfungsantrag N/0087-BVA/08/2007 ableitbar sein könnte, ist unerfindlich, wie eine derartige Aussetzung den Rechtsgestaltungsanspruch der Antragstellerin weiter vor einer Zuschlagserteilung gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 schützen sollte. Muss gegenständlich keine Zuschlagsentscheidung mehr ergehen, was aus der Festlegung der Auftraggeberin vom 16.7.2007, Beilage ./1 zum Nachprüfungsantrag N/0087-BVA/08/2007 ableitbar sein könnte, ist unerfindlich, wie eine derartige Aussetzung den Rechtsgestaltungsanspruch der Antragstellerin weiter vor einer Zuschlagserteilung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 schützen sollte.

Geht man gegenteilig von einer zu ergehen habenden Zuschlagsentscheidung aus, gilt Folgendes:

Nach den EBRV zu den §§ 131 und 272 BVergG 2006 besteht nämlich ein Mitteilungsanspruch betreffend eine im Vergabeverfahren ergehende Zuschlagsentscheidung so lange, bis eine Bieterin rechtskräftig ausgeschieden ist. Nach den EBRV zu den Paragraphen 131 und 272 BVergG 2006 besteht nämlich ein Mitteilungsanspruch betreffend eine im Vergabeverfahren ergehende Zuschlagsentscheidung so lange, bis eine Bieterin rechtskräftig ausgeschieden ist.

Rechtskräftig bedeutet gemeinhin, dass keine ordentliche Rechtsmittelentscheidung wider eine belastende Entscheidung mehr ergehen wird; und dies wohl auch in Bezug auf Privatrechtsakte wie Auftraggeberentscheidungen, wie zB vergleichend das mit ordentlichen Rechtsmitteln bereits unanfechtbare Urteil über die wegen eines listig herbeigeführten Vertrags erhobene Anfechtungsklage gemäß § 870 ABGB rechtskräftig über die Frage der tatsächlich abschlusskausalen Täuschung beim Vertragsabschluss abspricht. Rechtskräftig bedeutet gemeinhin, dass keine ordentliche Rechtsmittelentscheidung wider eine belastende Entscheidung mehr ergehen wird; und dies wohl auch in Bezug auf Privatrechtsakte wie Auftraggeberentscheidungen, wie zB vergleichend das mit ordentlichen Rechtsmitteln bereits unanfechtbare Urteil über die wegen eines listig herbeigeführten Vertrags erhobene Anfechtungsklage gemäß Paragraph 870, ABGB rechtskräftig über die Frage der tatsächlich abschlusskausalen Täuschung beim Vertragsabschluss abspricht.

Da das Nachprüfungsverfahren wider die Ausscheidensentscheidung derzeit noch läuft und die Ausscheidensentscheidung damit noch nicht rechtskräftig ist von nicht mehr durch einen Nachprüfungsbescheid aufhebbar zu beurteilen ist, ist damit gleichzeitig nicht erkennbar, welches gemäß § 329 BVergG 2006 relevante Risiko sich für die Antragstellerin ohne eine derartige Aussetzung realisieren könnte. Da das Nachprüfungsverfahren wider die Ausscheidensentscheidung derzeit noch läuft und die Ausscheidensentscheidung damit noch nicht rechtskräftig ist von nicht mehr durch einen Nachprüfungsbescheid aufhebbar zu beurteilen ist, ist damit gleichzeitig nicht erkennbar, welches gemäß Paragraph 329, BVergG 2006 relevante Risiko sich für die Antragstellerin ohne eine derartige Aussetzung realisieren könnte.

Die Zulässigkeit des Rechtsgestaltungsbegehrens gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 wider die Ausscheidensentscheidung hängt vielmehr derzeit von einer wirksamen Zuschlagserteilung ab, die durch eine erfolgende Aussetzung der Ausscheidensentscheidung überhaupt nicht verhindert werden kann. Der begehrten Aussetzung fehlt daher die Sicherungseignung gemäß § 329 Abs 2 BVergG 2006, womit insoweit abzuweisen war. Die Zulässigkeit des Rechtsgestaltungsbegehrens gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 wider die Ausscheidensentscheidung hängt vielmehr derzeit von einer wirksamen Zuschlagserteilung ab, die durch eine erfolgende Aussetzung der Ausscheidensentscheidung überhaupt nicht verhindert werden kann. Der begehrten Aussetzung fehlt daher die Sicherungseignung gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006, womit insoweit abzuweisen war.

Sofern die Antragstellerin zusätzlich das Verbot des [sonstigen] Fortfahrens im Vergabeverfahren begehrt, war dieses Begehren aus nachstehenden Überlegungen abzuweisen:

Im Rahmen der gemäß § 328 Abs 2 Z 5 BVergG 2006 beantragten Sicherungsmaßnahmen kann derzeit nur das

begehrte Zuschlagsverbot denkmöglich eine Zuschlagserteilung verhindern.Im Rahmen der gemäß Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer 5, BVergG 2006 beantragten Sicherungsmaßnahmen kann derzeit nur das begehrte Zuschlagsverbot denkmöglich eine Zuschlagserteilung verhindern.

Dass das wider die Ausscheidungsentscheidung vorgetragene Nichtigerklärungsbegehren sinnentleert würde, wenn - ohne Zuschlagserteilung - weitere Handlungen in diesem Vergabeverfahren gesetzt würden, behauptet die Antragstellerin trotz der ihr obliegenden Sachverhaltsbehauptungspflicht gemäß § 328 Abs 2 Z 2 (iVm § 313 Abs 2) BVergG 2006 im vorliegenden Antrag keinesfalls mehr schlüssig.Dass das wider die Ausscheidungsentscheidung vorgetragene Nichtigerklärungsbegehren sinnentleert würde, wenn - ohne Zuschlagserteilung - weitere Handlungen in diesem Vergabeverfahren gesetzt würden, behauptet die Antragstellerin trotz der ihr obliegenden Sachverhaltsbehauptungspflicht gemäß Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer 2, in Verbindung mit Paragraph 313, Absatz 2,) BVergG 2006 im vorliegenden Antrag keinesfalls mehr schlüssig.

Zum diesbezüglich gleichartigen Sachverhaltsbegriff mit der entsprechenden Behauptungspflicht siehe VwGH 22.10.1992, 92/11/0150 iZm § 28 Abs 1 Z 3 (iVm § 38 Abs 2) VwGG. Der Behörde sind aber derzeit auch sonst keine bereits erwiesenen Tatsachen bekannt, die das Risiko der Zwecklosigkeit des Rechtsgestaltungsbegehrens wider die Ausscheidungsentscheidung beim sonstigen Fortfahren im Vergabeverfahren - über die Zuschlagserteilung hinaus - bedeuten könnten.Zum diesbezüglich gleichartigen Sachverhaltsbegriff mit der entsprechenden Behauptungspflicht siehe VwGH 22.10.1992, 92/11/0150 iZm Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer 3, in Verbindung mit Paragraph 38, Absatz 2,) VwGG. Der Behörde sind aber derzeit auch sonst keine bereits erwiesenen Tatsachen bekannt, die das Risiko der Zwecklosigkeit des Rechtsgestaltungsbegehrens wider die Ausscheidungsentscheidung beim sonstigen Fortfahren im Vergabeverfahren - über die Zuschlagserteilung hinaus - bedeuten könnten.

Bei diesem Verfahrensstand war es gemäß § 39 Abs 3 AVG in diesem eV - Verfahren nicht mehr notwendig, auf die seitens der S*** AG Österreich am 30.11.2007 im Verfahren N/0087-BVA/08/2007 mit der Eingabe, lfd Nr 228 des dortigen Akts, letztlich aufgestellten Behauptung einzugehen, die Subunternehmerin der Antragstellerin würde den Rechtsschutz durch das Bundesvergabeamt dazu benutzen, um damit ein Faustpfand für anderweitig gegenüber der Auftraggeberin bestehende Interessen außerhalb des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens zu verfolgen. Dies würde nämlich bei Zutreffen das Interesse am Vertragsabschluss bei der Antragstellerin zB gemäß §§ 320 Abs 1 Z 1, 322 Abs 1 Z 3 bzw 328 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 sofort entfallen lassen.Bei diesem Verfahrensstand war es gemäß Paragraph 39, Absatz 3, AVG in diesem eV - Verfahren nicht mehr notwendig, auf die seitens der S*** AG Österreich am 30.11.2007 im Verfahren N/0087-BVA/08/2007 mit der Eingabe, lfd Nr 228 des dortigen Akts, letztlich aufgestellten Behauptung einzugehen, die Subunternehmerin der Antragstellerin würde den Rechtsschutz durch das Bundesvergabeamt dazu benutzen, um damit ein Faustpfand für anderweitig gegenüber der Auftraggeberin bestehende Interessen außerhalb des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens zu verfolgen. Dies würde nämlich bei Zutreffen das Interesse am Vertragsabschluss bei der Antragstellerin zB gemäß Paragraphen 320, Absatz eins, Ziffer eins, 322, Absatz eins, Ziffer 3, bzw 328 Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 sofort entfallen lassen.

Ob insoweit in diesem oder ähnlichen Zusammenhängen die eine oder andere Partei der zu den Zahlen N/0087-BVA/08/2007 und N/0114- BVA/08/2007 zu führenden bzw geführten multiplen Verfahren mit Bezug zur gegenständlichen Kraftwerksvergabe absichtlich unrichtige verfahrensverschleppende Angaben bereits gemacht hat bzw weiterhin aufrecht erhält bzw macht, wird die Behörde in ihrem pflichtgemäßen Ermessen betreffend die allfällige Einleitung von Verfahren gemäß § 35 AVG iVm § 327 BVergG 2006 je naheliegender derartiger Falschangabe prüfen (können), dies natürlich unbeschadet der Beweiswürdigung betreffend die gestellten Nichtigerklärungsbegehren und der sonst gesetzsmäßig gebotenen Vorgangsweise mit Bezug zu den sonst laufenden Verfahren.Ob insoweit in diesem oder ähnlichen Zusammenhängen die eine oder andere Partei der zu den Zahlen N/0087-BVA/08/2007 und N/0114- BVA/08/2007 zu führenden bzw geführten multiplen Verfahren mit Bezug zur gegenständlichen Kraftwerksvergabe absichtlich unrichtige verfahrensverschleppende Angaben bereits gemacht hat bzw weiterhin aufrecht erhält bzw macht, wird die Behörde in ihrem pflichtgemäßen Ermessen betreffend die allfällige Einleitung von Verfahren gemäß Paragraph 35, AVG in Verbindung mit Paragraph 327, BVergG 2006 je naheliegender derartiger Falschangabe prüfen (können), dies natürlich unbeschadet der Beweiswürdigung betreffend die gestellten Nichtigerklärungsbegehren und der sonst gesetzsmäßig gebotenen Vorgangsweise mit Bezug zu den sonst laufenden Verfahren.

Rücksichtlich des gleichzeitig mit dem eV - Antrag und bereits vor dem Nichtigerklärungsantrag wider die Ausscheidungsentscheidung gestellten, nach dem 19.11.2007 eingebrachten Pauschalgebührenersatzantrags ist im

Lichte des § 59 Abs 1 AVG und rücksichtlich der gemäß Art 126b Abs 1 B-VG gebotenen Verwaltungsökonomie auszuführen, dass über diesen - nach der hier vertretenen Auffassung im Lichte der Kundmachung BGBl I 2007/84 - denkunmöglich erfolversprechenden Pauschalgebührenersatzantrag gemäß § 303 Abs 1 BVergG 2006 der Senat zu befinden haben wird, sofern die Antragstellerin diesen Antrag weiterhin aufrecht erhält. Rücksichtlich des gleichzeitig mit dem eV - Antrag und bereits vor dem Nichtigkeitsantrag wider die Ausscheidensentscheidung gestellten, nach dem 19.11.2007 eingebrachten Pauschalgebührenersatzantrags ist im Lichte des Paragraph 59, Absatz eins, AVG und rücksichtlich der gemäß Artikel 126 b, Absatz eins, B-VG gebotenen Verwaltungsökonomie auszuführen, dass über diesen - nach der hier vertretenen Auffassung im Lichte der Kundmachung BGBl römisch eins 2007/84 - denkunmöglich erfolversprechenden Pauschalgebührenersatzantrag gemäß Paragraph 303, Absatz eins, BVergG 2006 der Senat zu befinden haben wird, sofern die Antragstellerin diesen Antrag weiterhin aufrecht erhält.

Rechtsmittelbelehrung

[...]

Wien, am 4.12.2007

Der Vorsitzende des Senats 8

Mag. Reinhard Grasböck

Nach diesem Bescheid betreffend die Abweisung eines Sicherungsbegehrens am 4.12.2007 entschied das Bundesvergabeamt am 7.12.2007 im dafür zuständigen Senat mit Bescheid N/0087- BVA/08/2007-257, dass der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der preferred bidder - Entscheidung abgewiesen wird, weil das Ausscheiden der Antragstellerin am 20.11.2007 (jedenfalls im Ergebnis und insbesondere auch aus mehreren in der Ausscheidensentscheidung genannten Gründen) zu Recht erfolgt ist. Wegen des rechtmäßig erfolgten Ausscheidens wurde der Antragstellerin ihre Rechtsverletzung durch die preferred bidder - Entscheidung abgesprochen und derart der Bescheid vom 7.12.2007 mit dem Hinweis auf das VfGH - Erkenntnis 2005/04/0181 begründet, zumal ausweislich der Festlegung der Auftraggeberin vom 16.7.2007 die preferred bidder - Entscheidung als letzte Phase im Vergabeverfahren aufscheint, und dieser preferred bidder - Entscheidung jedenfalls - im Rahmen der Bewertung an Hand der Zuschlagskriterien, wie letztgültig in der Vorfestlegung vom 16.7.2007 festgelegt - die Teilfunktion der Bestbieterermittlung zukommt, die (scil: Teilfunktion) sonst eine Zuschlagsentscheidung hat.

Die Antragstellerin erhob gegen den abweislichen eV - Bescheid vom 4.12.2007 Parallelbeschwerde an beide Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts.

Der VfGH hat mit einem einseitigen Beschluss vom 11.12.2007, B/2298/07-5, der Beschwerde aufschiebende Wirkung bis 15.1.2008 zuerkannt.

Dieser Beschluss wurde dem Bundesvergabeamt am 11.12.2007 per Telefax zugestellt.

Der VfGH hat der bei ihm erhobenen Beschwerde mit einem mehrseitigen und insbesondere begründeten Beschluss vom 10.12.2007 insoweit aufschiebende Wirkung zuerkannt, als die Sperrwirkung des § 328 Abs 5 BVergG 2006 (Verbot, den Zuschlag zu erteilen) bis zur Entscheidung der belangten Behörde über den Nachprüfungsantrag der beschwerdeführenden Partei vom 27. November 2007 wieder hergestellt wird. Der VfGH hat der bei ihm erhobenen Beschwerde mit einem mehrseitigen und insbesondere begründeten Beschluss vom 10.12.2007 insoweit aufschiebende Wirkung zuerkannt, als die Sperrwirkung des Paragraph 328, Absatz 5, BVergG 2006 (Verbot, den Zuschlag zu erteilen) bis zur Entscheidung der belangten Behörde über den Nachprüfungsantrag der beschwerdeführenden Partei vom 27. November 2007 wieder hergestellt wird.

Dieser Beschluss des VfGH AW 2007/04/0054-4 wurde dem Bundesvergabeamt am 11.12.2007 per Telefax zugestellt. Mag in diesem Beschluss in dessen Begründung zB unter anderem das Vergabeverfahren in seiner Auftragsart anders als im gemeinschaftsweiten Aufruf zum Wettbewerb im Sektorenbereich aus dem Juni 2006 qualifiziert werden, so ist auf Basis der Zitierung des angefochtenen Bescheids im Beschluss des VfGH eindeutig, dass das Höchstgericht nunmehr eine Zuschlagssperre in jenem Vergabeverfahren durch das Wiederaufleben - Lassen der Sperrwirkung des § 328 Abs 5 BVergG 2006 verfügt, in welchem die Antragstellerin am 27.11.2007, protokolliert beim Bundesvergabeamt zur Geschäftszahl N/0114-BVA/08/2007, unter anderem die Untersagung der Zuschlagserteilung beantragt hat. Dieser Beschluss des VfGH AW 2007/04/0054-4 wurde dem Bundesvergabeamt am 11.12.2007 per Telefax zugestellt. Mag in

diesem Beschluss in dessen Begründung zB unter anderem das Vergabeverfahren in seiner Auftragsart anders als im gemeinschaftsweiten Aufruf zum Wettbewerb im Sektorenbereich aus dem Juni 2006 qualifiziert werden, so ist auf Basis der der Zitierung des angefochtenen Bescheids im Beschluss des VwGH eindeutig, dass das Höchstgericht nunmehr eine Zuschlagssperre in jenem Vergabeverfahren durch das Wiederaufleben - Lassen der Sperrwirkung des Paragraph 328, Absatz 5, BVergG 2006 verfügt, in welchem die Antragstellerin am 27.11.2007, protokolliert beim Bundesvergabeamt zur Geschäftszahl N/0114-BVA/08/2007, unter anderem die Untersagung der Zuschlagserteilung beantragt hat.

Die Antragstellerin hat am 4.12.2007 nach Ende der Amtsstunden mit einer zur Geschäftszahl N/0117-BVA/08/2007 beim Bundesvergabeamt (samt dem hier zu behandelnden eV - Antrag) verfassten Eingabe neuerlich begehrt, die Ausscheidensentscheidung für nichtig zu erklären. Diese Eingabe wurde gemäß § 13 Abs 5 AVG am 5.12.2007 protokolliert. Die Antragstellerin hat am 4.12.2007 nach Ende der Amtsstunden mit einer zur Geschäftszahl N/0117-BVA/08/2007 beim Bundesvergabeamt (samt dem hier zu behandelnden eV - Antrag) verfassten Eingabe neuerlich begehrt, die Ausscheidensentscheidung für nichtig zu erklären. Diese Eingabe wurde gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG am 5.12.2007 protokolliert.

Diesbezüglich ist zur Klarstellung festzuhalten, dass der Bescheid N/0114-BVA/08/2007-EV14 der Antragstellerin am 4.12.2007 vor Amtsstundenende per Telefax zugestellt wurde, wie dies zB auch durch den dem Bescheid vom 4.12.2007 angehängten Fax - Bericht mit der laufenden Nummer des Akts N/0114-BVA/08/2007 14d und der dort ersichtlichen Uhrzeit 14.43 für die Behörde im Lichte des § 315 BVergG 2006 dokumentiert ist, wobei die Antragstellerin vor der Zustellung im besagten Verfahren N/0114-BVA/08/2007 mit der Eingabe, lfd Nr 13 die auf dem Faxbericht, lfd Nr 14d ersichtliche, diesbezüglich bekannt gegebene Fax - Nummer mitgeteilt hatte. Diesbezüglich ist zur Klarstellung festzuhalten, dass der Bescheid N/0114-BVA/08/2007-EV14 der Antragstellerin am 4.12.2007 vor Amtsstundenende per Telefax zugestellt wurde, wie dies zB auch durch den dem Bescheid vom 4.12.2007 angehängten Fax - Bericht mit der laufenden Nummer des Akts N/0114-BVA/08/2007 14d und der dort ersichtlichen Uhrzeit 14.43 für die Behörde im Lichte des Paragraph 315, BVergG 2006 dokumentiert ist, wobei die Antragstellerin vor der Zustellung im besagten Verfahren N/0114-BVA/08/2007 mit der Eingabe, lfd Nr 13 die auf dem Faxbericht, lfd Nr 14d ersichtliche, diesbezüglich bekannt gegebene Fax - Nummer mitgeteilt hatte.

Die Amtsstunden endeten gemäß der gehörigen Kundmachung des Vorsitzenden des Bundesvergabeamts gemäß § 13 Abs 5 AVG am 4.12.2007 um 15.00 Uhr. Die Amtsstunden endeten gemäß der gehörigen Kundmachung des Vorsitzenden des Bundesvergabeamts gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG am 4.12.2007 um 15.00 Uhr.

Der nunmehr in diesem Bescheid abgehandelte eV - Antrag ging daher bei der Behörde fristauslösend gemäß § 13 Abs 5 AVG erst am 5.12.2007 ein. Der nunmehr in diesem Bescheid abgehandelte eV - Antrag ging daher bei der Behörde fristauslösend gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG erst am 5.12.2007 ein.

Er ist von den angestrebten Sicherungsmaßnahmen her ident mit dem eV - Antrag, wie er am 27.11.2007 gestellt und mit dem Bescheid N/0114-BVA/08/2007-EV14 erledigt wurde.

Er deckt sich vom Begehren zusätzlich und grundsätzlich auch mit jenem neuen eV - Antrag, wie er beim Bundesvergabeamt neuerlich am 10.12.2007 mit einer zur Geschäftszahl N/0120-BVA/08/2007 protokollierten Eingabe gestellt wurde und nunmehr mit dem zu N/0117-BVA/08/2007 protokollierten eV - Antrag verbunden wird.

Da die Antragstellerin am 10.12.2007 in dem im Akt N/0120-BVA/08/2007 erliegenden Schriftsatz, lfd Nr 1 des Akts, nicht von einer bloßen Wiederholung des Antrags vom - protokolliert - 5.12.2007 spricht, sondern sich die fraglichen Schriftsätze - abgesehen vom Begehren - zumindest vom wording her unterscheiden, und die Einbringung mehrerer Sicherungsanträge zur Absicherung eines Nichtigerklärungsbegehrens nicht ausgeschlossen ist, ist hier von 2 zu erledigenden Sicherungsanträgen mit gleichartigen Sicherungsbegehren auszugehen.

Die Auftraggeberin wurde von beiden, hier bescheidgegenständlichen Sicherungsbegehren gemäß § 328 Abs 5 und 6 BVergG 2006 verständigt und wurde damit jene Sperrwirkung ausgelöst, die der VwGH in seinem Beschluss vom 11.12.2007 ausdrücklich hinsichtlich des Sicherungsbegehrens vom 27.11.2007 zusätzlich wieder hergestellt hat. Die Auftraggeberin wurde von beiden, hier bescheidgegenständlichen Sicherungsbegehren gemäß Paragraph 328, Absatz 5 und 6 BVergG 2006 verständigt und wurde damit jene Sperrwirkung ausgelöst, die der VwGH in seinem Beschluss vom 11.12.2007 ausdrücklich hinsichtlich des Sicherungsbegehrens vom 27.11.2007 zusätzlich wieder hergestellt hat.

Die Begründung der hier zu behandelnden eV - Anträge lässt sich dahin zusammenfassen, dass die Antragstellerin vorläufige Sicherungsmaßnahmen laut Spruch anstrebt, weil sie befürchtet, dass ohne Sicherungsmaßnahmen der Zuschlag im Vergabeverfahren erteilt werden könnte, weil keine Zuschlagsentscheidung mehr an sie zugestellt würde und sich damit im Falle der Zuschlagserteilung wirtschaftliche Nachteile und insbesondere die Vereitelung der eigenen Zuschlagschance bei der Antragstellerin realisieren - Seiten 1 bis 21 der Eingabe, lfd Nr 1 des Verwaltungsakts N/0117-BVA/08/2007; Seiten 1 - 14 der Eingabe, lfd Nr 1, des Akts N/0120-BVA/08/2007.

Die Antragstellerin teilte schließlich am 11.12.2007 mit, dass beide sie vertretenden Rechtsanwaltskanzleien Zustellungsvollmacht hätten. In dieser Eingabe, lfd Nr 17, des Akts N/0117 ... und lfd Nr 7 des Akts N/0120 ...-, die per e-mail eingebracht wurde, ist jedenfalls die Telefaxnummer der Rechtsanwältin X2*** ersichtlich und sohin bekannt gegeben, wobei die Antragstellerin in dieser Eingabe - abweichend von der zwingenden Vorschrift des § 9 Abs 4 Zustellgesetz, BGBl 1982/200 idF BGBl I 2004/10 die Zustellung an beide Zustellbevollmächtigte gewünscht wird. Die Antragstellerin teilte schließlich am 11.12.2007 mit, dass beide sie vertretenden Rechtsanwaltskanzleien Zustellungsvollmacht hätten. In dieser Eingabe, lfd Nr 17, des Akts N/0117 ... und lfd Nr 7 des Akts N/0120 ...-, die per e-mail eingebracht wurde, ist jedenfalls die Telefaxnummer der Rechtsanwältin X2*** ersichtlich und sohin bekannt gegeben, wobei die Antragstellerin in dieser Eingabe - abweichend von der zwingenden Vorschrift des Paragraph 9, Absatz 4, Zustellgesetz, BGBl 1982/200 in der Fassung BGBl römisch eins 2004/10 die Zustellung an beide Zustellbevollmächtigte gewünscht wird.

Die Auftraggeberin verfasste am 12.12.2007, soweit für die gegenständlichen Sicherungsverfahren relevant, einen Schriftsatz, der bis 15.00 Uhr (als dem Ende der Amtsstunden am 12.12.2007 entsprechend den durch den Behördenleiter erfolgten Kundmachungen gemäß § 13 Abs 5 AVG) nicht mehr vollständig einlangte. In diesem Schriftsatz, als teilweise Eingabe offenbar ohne Beilagen protokolliert bereits am 12.12.2007 mit den lfd Nri 21 im Verfahren N/0117 ... und lfd Nr 11 im Verfahren N/0120 ... ist ersichtlich, dass die Antragstellerin derzeit beabsichtigt, mit dem Zuschlag bis zur Entscheidung der Nichtigkeitsanträge über das Ausscheiden noch zuzuwarten, wobei gleichzeitig neuerlich - nach den bisherigen Eingaben der Antragstellerin hinsichtlich solcher Fragen - der Hinweis auf Verzögerungsschäden erfolgt. Die Auftraggeberin verfasste am 12.12.2007, soweit für die gegenständlichen Sicherungsverfahren relevant, einen Schriftsatz, der bis 15.00 Uhr (als dem Ende der Amtsstunden am 12.12.2007 entsprechend den durch den Behördenleiter erfolgten Kundmachungen gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG) nicht mehr vollständig einlangte. In diesem Schriftsatz, als teilweise Eingabe offenbar ohne Beilagen protokolliert bereits am 12.12.2007 mit den lfd Nri 21 im Verfahren N/0117 ... und lfd Nr 11 im Verfahren N/0120 ... ist ersichtlich, dass die Antragstellerin derzeit beabsichtigt, mit dem Zuschlag bis zur Entscheidung der Nichtigkeitsanträge über das Ausscheiden noch zuzuwarten, wobei gleichzeitig neuerlich - nach den bisherigen Eingaben der Antragstellerin hinsichtlich solcher Fragen - der Hinweis auf Verzögerungsschäden erfolgt.

Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Inhalt der Verwaltungsakten des Bundesvergabeamts N/0087-BVA/08/2007, N/0114-BVA/08/2007, N/0117-BVA/08/2007, N/0120-BVA/08/2007, Vf/0004-BVA/08/2007 und Vw/0032-BVA/08/2007 und 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, dies unbeschadet der unterschiedlichen juristischen Bewertung der objektivierten Tatsachen hinsichtlich der gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 anzustellenden Interessensabwägung. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Inhalt der Verwaltungsakten des Bundesvergabeamts N/0087-BVA/08/2007, N/0114-BVA/08/2007, N/0117-BVA/08/2007, N/0120-BVA/08/2007, Vf/0004-BVA/08/2007 und Vw/0032-BVA/08/2007 und 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, dies unbeschadet der unterschiedlichen juristischen Bewertung der objektivierten Tatsachen hinsichtlich der gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 anzustellenden Interessensabwägung.

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 Stamfassung 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.

Der Senatsvorsitzende hat die beiden betreffend die gegenständliche Vergabe noch offenen eV - Anträge zur gemeinsamen Entscheidung verbunden - § 39 Abs 2 AVG. Der Senatsvorsitzende hat die beiden betreffend die gegenständliche Vergabe noch offenen eV - Anträge zur gemeinsamen Entscheidung verbunden - Paragraph 39, Absatz 2, AVG.

Zu der gemäß § 6 AVG amtswegig zu ermittelnden und zu beurteilenden Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts gemäß § 291 Abs 2 BVergG 2006 ist festzuhalten, dass im Verfahren N/0087-BVA/08/2007 die Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts nicht bestritten wurde und außerdem durch eine Amtshilfemitteilung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit im gerade genannten Nachprüfungsverfahren 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 im Verfahren N/0087-BVA/08/2007 die Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts nicht bestritten wurde und außerdem durch eine Amtshilfemitteilung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit im gerade genannten Nachprüfungsverfahren 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.

Das Bundesvergabeamt geht betreffend die hier erledigten eV - Anträge von 2 verschiedenen Anträgen aus, da die im Sachverhalt genannten Eingaben teilweise unterschiedlich sind und mehrfache eV - Anträge in einem Nachprüfungsverfahren gemäß aktueller Rechtslage nicht ex lege ausgeschlossen sind - § 13 AVG, Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrensrecht⁸, Rz 152. Das Bundesvergabeamt geht betreffend die hier erledigten eV - Anträge von 2 verschiedenen Anträgen aus, da die im Sachverhalt genannten Eingaben teilweise unterschiedlich sind und mehrfache eV - Anträge in einem Nachprüfungsverfahren gemäß aktueller Rechtslage nicht ex lege ausgeschlossen sind - Paragraph 13, AVG, Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrensrecht⁸, Rz 152.

In den verfahrenseinleitenden Eingaben, lfd Nr 1 des Akts N/0117- BVA/08/2007, sind - jedenfalls in einer Gesamtschau - die in § 328 Abs 2 geforderten Mindestinhalte für einen Antrag auf einstweilige Verfügung (= eV) enthalten, wobei dem am 5.12.2007 protokollierten, gleichfalls in der Eingabe lfd Nr 1 enthaltenen Nichtigerklärungsantrag die

Antragsvoraussetzungen des § 320 Abs 1 iVm § 328 Abs 1 BVergG 2006 derzeit nicht offensichtlich abgesprochen werden können, da im Verfahren über die Nichtigerklärung des Ausscheidens der Schaden der Antragstellerin gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006 nicht mit der Rechtmäßigkeit des Ausscheidens vom 20.11.2007 gemäß dem rechtskräftigen Bescheid des Bundesvergabeamts vom 7.12.2007 verneint werden kann. Das Ausscheiden ist im Verfahren betreffend die Ausscheidensentscheidung Hauptfrage und nicht Vorfrage iS des VwGH 2005/04/0200. In den verfahrenseinleitenden Eingaben, lfd Nr 1 des Akts N/0117- BVA/08/2007, sind - jedenfalls in einer Gesamtschau - die in Paragraph 328, Absatz 2, geforderten Mindestinhalte für einen Antrag auf einstweilige Verfügung (= eV) enthalten, wobei dem am 5.12.2007 protokollierten, gleichfalls in der Eingabe lfd Nr 1 enthaltenen Nichtigerklärungsantrag die Antragsvoraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 derzeit nicht offensichtlich abgesprochen werden können, da im Verfahren über die Nichtigerklärung des Ausscheidens der Schaden der Antragstellerin gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 nicht mit der Rechtmäßigkeit des Ausscheidens vom 20.11.2007 gemäß dem rechtskräftigen Bescheid des Bundesvergabeamts vom 7.12.2007 verneint werden kann. Das Ausscheiden ist im Verfahren betreffend die Ausscheidensentscheidung Hauptfrage und nicht Vorfrage iS des VwGH 2005/04/0200.

Eine gleichartige Zulässigkeitsbeurteilung gilt für den am 10.12.2007 zur Zahl N/0120-BVA/08/2007 gestellten eV-Antrag, der gleichfalls offenkundig auf die Absicherung des bzw der Nichtigerklärungsbegehren wider die Ausscheidensentscheidung abzielt, wie sie im Akt N/0114-BVA/08/2007 einerseits und N/0117- BVA/08/2007 andererseits noch enthalten sind.

Da das eV-Begehren vom 27.11.2007 zum Zeitpunkt des Einlangens des zur Zahl N/0117-BVA/08/2007 protokollierten eV - Begehrens bereits erledigt war, kann das eV - Begehren vom 4.12.2007, protokolliert gemäß § 13 Abs 5 AVG keinesfalls bereits als am 4.12.2007 miterledigt betrachtet werden - § 13 AVG, zumal auch insoweit wiederum Unterschiede in den Eingaben vom 27.11.2007 und 4.12.2007 bestanden. Da das eV-Begehren vom 27.11.2007 zum Zeitpunkt des Einlangens des zur Zahl N/0117-BVA/08/2007 protokollierten eV - Begehrens bereits erledigt war, kann das eV - Begehren vom 4.12.2007, protokolliert gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG keinesfalls bereits als am 4.12.2007 miterledigt betrachtet werden - Paragraph 13, AVG, zumal auch insoweit wiederum Unterschiede in den Eingaben vom 27.11.2007 und 4.12.2007 bestanden.

Diese Antragsvoraussetzungen, sprich das Vertragsabschlussinteresse und der (drohende) Schaden, bzw die Erfolgsaussichten des Nichtigerklärungsantrags wider die Ausscheidensentscheidung können daher gegenständlich nicht a limine verneint werden.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor der Entscheidung über den eV - Antrag die vorhersehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor der Entscheidung über den eV - Antrag die vorhersehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen.

Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer eV, ist der Antrag auf Erlassung einer eV abzuweisen. Gemäß § 329 Abs 2 BVergG 2006 können mit einer eV das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers vorübergehend - bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag - ausgesetzt werden oder sonst geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer eV, ist der Antrag auf Erlassung einer eV abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 können mit einer eV das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers vorübergehend - bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag - ausgesetzt werden oder sonst geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs 3 Satz 1 BVergG 2006 ist die einstweilige Verfügung zu befristen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, Satz 1 BVergG 2006 ist die einstweilige Verfügung zu befristen.

Die Antragstellerin begehrte mit diversen Provisorialmaßnahmen, wie im Spruch ersichtlich.

Diesbezüglich ist generell vorzuschicken, dass die eV im Rechtsschutzsystem des BVergG 2006 - gleich wie im BVergG 2002 und im BVergG 1997 - den Zweck hat, dass durch die zu verfügenden Provisorialmaßnahmen bei Vorliegen der sonstigen gesetzlich erforderlichen Stattgabevoraussetzungen verhindert wird, dass der mit dem Nichtigerklärungsbegehren vorgetragene Rechtsgestaltungsantrag (auf Aufhebung und damit Beseitigung der jeweils angefochtenen Entscheidung aus dem Rechtsbestand) vor dem Zeitpunkt der Entscheidung über das Rechtsgestaltungsbegehren entweder - wegen Zuschlagserteilung oder aber wegen Widerrufs - unzulässig oder zumindest sinnentleert würde - idS zB bereits BVA 22.4.2003, 08N-39/03-12.

Insoweit die Antragstellerin ein Zuschlagsverbot anstrebt, ist zu bedenken, dass derzeit insbesondere durch den Beschluss des VwGH vom 11.12.2007, wie zitiert; und auch durch die Verständigung des Bundesvergabeamts von den zu N/0117-BVA/08/2007 und N/0120- BVA/08/2007 protokollierten eV - Anträgen eine Zuschlagssperre besteht. Dieses Zuschlagsverbot besteht für die Auftraggeberin ausweislich des VwGH - Beschlusses vom 11.12.2007 bereits jetzt für die Dauer des Verfahrens über den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 27.11.2007.

Der Zuschlag ist daher zu Gunsten der Antragstellerin im streitgegenständlichen Vergabeverfahren aktuell bereits untersagt, in dem die Antragstellerin nunmehr - auch - die Ausscheidensentscheidung bekämpft.

Das Bundesvergabeamt hat durch den monokratisch tätigen Senatsvorsitzenden gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 auf Basis der jeweils aktuellen Sach- und Rechtslage zu entscheiden - Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht⁴, 213. Das Bundesvergabeamt hat durch den monokratisch tätigen Senatsvorsitzenden gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 auf Basis der jeweils aktuellen Sach- und Rechtslage zu entscheiden - Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht⁴, 213.

Da die Rechtsschutzaufgabe über den Provisorialrechtsschutz insbesondere aber auch dem Bundesvergabeamt zukommt und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die höchstgerichtlichen Beschlüsse über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung zB durch Wiederaufnahmesachverhalte analog zu sonstigen Regelungen beseitigt werden, bevor das Bundesvergabeamt über die Frage der allenfalls gebotenen Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung entschieden hat, war ein neuerliches Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens bzw der Nachprüfungsverfahren wider die Ausscheidensentscheidung zu verhängen.

Diese eV war mit der ab 27.11.2007 berechneten 6-wöchigen Frist bis zum Ablauf des 8.1.2008 zu befristen, jedoch höchstens bis zum Zeitpunkt der Entscheidung, ob die Ausscheidensentscheidung nichtig zu erklären ist.

Die Interessen der Auftraggeberin stehen einer derartigen eV ausweislich des heutigen Schriftsatzes der Auftraggeberin, wie zitiert, nicht zwingend entgegen.

Die Antragstellerin strebt gerade ein derartiges Zuschlagsverbot an.

Eine längere Befristung war nicht auszusprechen, da der VwGH in seinem Beschluss vom 11.12.2007 selbst auf die Nachprüfungsentscheidung der Behörde abstellt und gemäß § 326 BVergG 2006 und derzeit eine längere absolute Befristung nicht zulässig erscheint. Eine längere Befristung war nicht auszusprechen, da der VwGH in seinem Beschluss vom 11.12.2007 selbst auf die Nachprüfungsentscheidung der Behörde abstellt und gemäß Paragraph 326, BVergG 2006 und derzeit eine längere absolute Befristung nicht zulässig erscheint.

Zur Abweisung des Begehrens auf Aussetzung der Ausscheidensentscheidung ist festzuhalten, dass die Antragstellerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens über die Ausscheidung vor dem Hintergrund des gemeinschaftsrechtlich gebotenen effektiven Primärrechtsschutzes Anspruch auf die Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung haben wird, sofern in diesem Verfahren eine derartige Entscheidung gemäß § 272 BVergG 2006 überhaupt noch ergehen muss. Zur Abweisung des Begehrens auf Aussetzung der Ausscheidensentscheidung ist festzuhalten, dass die Antragstellerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens über die Ausscheidung vor dem Hintergrund des gemeinschaftsrechtlich gebotenen effektiven Primärrechtsschutzes Anspruch auf die Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung haben wird, sofern in diesem Verfahren eine derartige Entscheidung gemäß Paragraph 272, BVergG 2006 überhaupt noch ergehen muss.

Der Verwaltungsgerichtshof ist in seinem am 11.12.2007 zugestellten Beschluss, wie im Sachverhalt zitiert, davon ausgegangen, dass die Auftraggeberin in diesem Vergabeverfahren derzeit überhaupt noch eine Zuschlagsentscheidung zustellen muss. Dem Verwaltungsgerichtshof ist dabei ausweislich des bei ihm angefochtenen

eV - Bescheids die Thematik bekannt gewesen, dass fraglich ist, ob in diesem Verfahren noch eine Zuschlagsentscheidung ergehen muss.

Der hier erkennende Senatsvorsitzende schließt sich der Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs an, dass in diesem Vergabeverfahren derzeit noch eine Zuschlagsentscheidung zu ergehen hat.

Damit gilt Folgendes:

Nach den EBRV zu den §§ 131 und 272 BVergG 2006 besteht ein Mitteilungsanspruch betreffend eine im Vergabeverfahren ergehende Zuschlagsentscheidung so lange, bis eine Bieterin rechtskräftig ausgeschieden ist. Nach den EBRV zu den Paragraphen 131 und 272 BVergG 2006 besteht ein Mitteilungsanspruch betreffend eine im Vergabeverfahren ergehende Zuschlagsentscheidung so lange, bis eine Bieterin rechtskräftig ausgeschieden ist.

Rechtskräftig bedeutet gemeinhin, dass keine ordentliche Rechtsmittelentscheidung wider eine belastende Entscheidung mehr ergehen wird; und dies wohl auch in Bezug auf Privatrechtsakte wie Auftraggeberentscheidungen, wie zB vergleichend das mit ordentlichen Rechtsmitteln bereits unanfechtbare und eine Willenserklärung ersetzende Urteil über die Klage auf Abgabe einer Willenserklärung gemäß § 367 EO zeigt. Rechtskräftig bedeutet gemeinhin, dass keine ordentliche Rechtsmittelentscheidung wider eine belastende Entscheidung mehr ergehen wird; und dies wohl auch in Bezug auf Privatrechtsakte wie Auftraggeberentscheidungen, wie zB vergleichend das mit ordentlichen Rechtsmitteln bereits unanfechtbare und eine Willenserklärung ersetzende Urteil über die Klage auf Abgabe einer Willenserklärung gemäß Paragraph 367, EO zeigt.

Da das Nachprüfungsverfahren wider die Ausscheidensentscheidung derzeit noch läuft und die Ausscheidensentscheidung damit noch nicht rechtskräftig ist von nicht mehr durch einen Nachprüfungsbescheid aufhebbar zu beurteilen ist, ist damit gleichzeitig nicht erkennbar, welches gemäß § 329 BVergG 2006 relevante Risiko sich für die Antragstellerin ohne eine derartige Aussetzung realisieren könnte. Da das Nachprüfungsverfahren wider die Ausscheidensentscheidung derzeit noch läuft und die Ausscheidensentscheidung damit noch nicht rechtskräftig ist von nicht mehr durch einen Nachprüfungsbescheid aufhebbar zu beurteilen ist, ist damit gleichzeitig nicht erkennbar, welches gemäß Paragraph 329, BVergG 2006 relevante Risiko sich für die Antragstellerin ohne eine derartige Aussetzung realisieren könnte.

Die Zulässigkeit des Rechtsgestaltungsbegehrens gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 wider die Ausscheidensentscheidung hängt vielmehr derzeit von einer wirksamen Zuschlagserteilung ab, die durch eine erfolgende Aussetzung der Ausscheidensentscheidung überhaupt nicht verhindert werden kann. Der begehrten Aussetzung fehlt daher die Sicherungseignung gemäß § 329 Abs 2 BVergG 2006, womit insoweit abzuweisen war. Die Zulässigkeit des Rechtsgestaltungsbegehrens gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 wider die Ausscheidensentscheidung hängt vielmehr derzeit von einer wirksamen Zuschlagserteilung ab, die durch eine erfolgende Aussetzung der Ausscheidensentscheidung überhaupt nicht verhindert werden kann. Der begehrten Aussetzung fehlt daher die Sicherungseignung gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006, womit insoweit abzuweisen war.

Sofern die Antragstellerin zusätzlich das Verbot des [sonstigen] Fortfahrens im Vergabeverfahren begehrt, war dieses Begehren aus nachstehenden Überlegungen abzuweisen:

Im Rahmen der gemäß § 328 Abs 2 Z 5 BVergG 2006 beantragten Sicherungsmaßnahmen kann derzeit nur das begehrte Zuschlagsverbot eine Zuschlagserteilung effektiv verhindern und damit den eV - Zweck gemäß §§ 328f erreichen, die Unzulässigkeit der Rechtsgestaltung gemäß § 312 Abs 2 BVergG 2006 zu verhindern. Dass das wider die Ausscheidensentscheidung vorgetragene Nichtigerklärungsbegehren sinnentleert würde, wenn - ohne Zuschlagserteilung - weitere Handlungen in diesem Vergabeverfahren gesetzt würden, behauptet die Antragstellerin trotz der ihr obliegenden Sachverhaltsbehauptungspflicht gemäß § 328 Abs 2 Z 2 (iVm § 313 Abs 2) BVergG 2006 in den vorliegend zu beurteilenden eV-- Anträgen keinesfalls schlüssig. Im Rahmen der gemäß Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer 5, BVergG 2006 beantragten Sicherungsmaßnahmen kann derzeit nur das begehrte Zuschlagsverbot eine Zuschlagserteilung effektiv verhindern und damit den eV - Zweck gemäß Paragraphen 328 f, erreichen, die Unzulässigkeit der Rechtsgestaltung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG 2006 zu verhindern. Dass das wider die Ausscheidensentscheidung vorgetragene Nichtigerklärungsbegehren sinnentleert würde, wenn - ohne Zuschlagserteilung - weitere Handlungen in diesem Vergabeverfahren gesetzt würden, behauptet die Antragstellerin trotz der ihr obliegenden Sachverhaltsbehauptungspflicht gemäß Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer 2, in Verbindung mit

Paragraph 313, Absatz 2,) BVergG 2006 in den vorliegend zu beurteilenden eV-- Anträgen keinesfalls schlüssig.

Da im Verhandlungsverfahren im Sektorenbereich gemäß § 254 Abs 2 BVergG 2006 das Verhandeln mit auch nur einem Bieter gesetzlich vorgesehen ist, können weitere Handlungen der Auftraggeberin - ohne Zuschlagserteilung - die rechtlich gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 relevanten Interessen nämlich nicht berühren. Da im Verhandlungsverfahren im Sektorenbereich gemäß Paragraph 254, Absatz 2, BVergG 2006 das Verhandeln mit auch nur einem Bieter gesetzlich vorgesehen ist, können weitere Handlungen der Auftraggeberin - ohne Zuschlagserteilung - die rechtlich gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 relevanten Interessen nämlich nicht berühren.

Dass gegenständlich besondere Umstände vorliegen, die anderes nahe legen würden, behauptet die Antragstellerin derzeit in den hier abgehandelten Anträgen auch nicht mehr.

Zum diesbezüglich gleichartigen Sachverhaltsbehauptungspflicht ist einer im VwGG verlangten Darlegung des Geschehens vor den Verwaltungsbehörden, das den VwGH in die Lage versetzt, auf Basis der Behauptungen der Beschwerdeführerin zu erkennen; und daher ist eines hier erforderlichen Darlegung des derzeitigen Geschehens im Vergabeverfahren mit der entsprechenden Behauptungspflicht hinsichtlich der Risiken, wenn eine Sicherungsmaßnahme durch das Bundesvergabeamt nicht verfügt wird, siehe VwGH 22.10.1992, 92/11/0150 iZm § 28 Abs 1 Z 3 (iVm § 38 Abs 2) VwGG. Der Behörde sind aber derzeit auch sonst keine gemäß § 313 Abs 2 BVergG 2006 anzunehmenden Tatsachen bekannt, die das Risiko der Zwecklosigkeit des Rechtsgestaltungsbegehrens wider die Ausscheidensentscheidung beim sonstigen Fortfahren im Vergabeverfahren - über die Zuschlagserteilung hinaus - bedeuten könnten, zumal die Antragstellerin aktuell keine Behauptungen mehr aufstellt, die Auftraggeberin und die S*** AG Österreich hätten kollusiv nach der Letztangebotsfrist eine Nachbesserung durch die S*** AG Österreich ermöglicht. Zum diesbezüglich gleichartigen Sachverhaltsbehauptungspflicht ist einer im VwGG verlangten Darlegung des Geschehens vor den Verwaltungsbehörden, das den VwGH in die Lage versetzt, auf Basis der Behauptungen der Beschwerdeführerin zu erkennen; und daher ist eines hier erforderlichen Darlegung des derzeitigen Geschehens im Vergabeverfahren mit der entsprechenden Behauptungspflicht hinsichtlich der Risiken, wenn eine Sicherungsmaßnahme durch das Bundesvergabeamt nicht verfügt wird, siehe VwGH 22.10.1992, 92/11/0150 iZm Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer 3, in Verbindung mit Paragraph 38, Absatz 2,) VwGG. Der Behörde sind aber derzeit auch sonst keine gemäß Paragraph 313, Absatz 2, BVergG 2006 anzunehmenden Tatsachen bekannt, die das Risiko der Zwecklosigkeit des Rechtsgestaltungsbegehrens wider die Ausscheidensentscheidung beim sonstigen Fortfahren im Vergabeverfahren - über die Zuschlagserteilung hinaus - bedeuten könnten, zumal die Antragstellerin aktuell keine Behauptungen mehr aufstellt, die Auftraggeberin und die S*** AG Österreich hätten kollusiv nach der Letztangebotsfrist eine Nachbesserung durch die S*** AG Österreich ermöglicht,

was auch im Verfahren N/0087-BVA/08/2007 nach dem dort zentralen Vorwurf der Antragstellerin im Nachprüfungsantrag - vor Erweislichkeit der Ausscheidensgründe im dortigen Verfahren auf Basis der dort erhobenen Beweise - unter behördlicher Einschaltung des Bundeskriminalamts mit der gebotenen Raschheit des Verfahrens gemäß Art 1 Abs 1 RL 92/13 EWG und unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Positionen der Auftraggeberin und der S*** AG Österreich gemäß Art 6 MRK (Unschuldsvermutung) und gemäß gemäß Art 5 StGG bzw Art 1 Abs 1 des I. ZPMRK (Vertragsabschlussrecht dieser Rechtsträger) bislang nicht erwiesen werden konnte. was auch im Verfahren N/0087-BVA/08/2007 nach dem dort zentralen Vorwurf der Antragstellerin im Nachprüfungsantrag - vor Erweislichkeit der Ausscheidensgründe im dortigen Verfahren auf Basis der dort erhobenen Beweise - unter behördlicher Einschaltung des Bundeskriminalamts mit der gebotenen Raschheit des Verfahrens gemäß Artikel eins, Absatz eins, RL 92/13 EWG und unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Positionen der Auftraggeberin und der S*** AG Österreich gemäß Artikel 6, MRK (Unschuldsvermutung) und gemäß gemäß Artikel 5, StGG bzw Artikel eins, Absatz eins, des römisch eins. ZPMRK (Vertragsabschlussrecht dieser Rechtsträger) bislang nicht erwiesen werden konnte.

Schlagworte

Provisorialbegehren; Zuschlagsverbot; Abweisung anderer Sicherungsbegehren

Dokumentnummer

VERGT_20071212_N_0120_BVA_08_2007_EV12_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