

TE Verg Bescheid 2007/12/7 N/0087-BVA/08/2007-257

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.12.2007

Norm

BVergG 2006 §187 Abs1

BVergG 2006 §195 Z1

BVergG 2006 §252 Abs6

BVergG 2006 §252 Abs8

BVergG 2006 §269 Abs1

BVergG 2006 §269 Abs3

BVergG 2006 §325 Abs1

1. BVergG 2006 § 187 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 195 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 195 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 195 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 252 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 252 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 252 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 252 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

Das Bundesvergabeamt hat am 7.12.2007 durch den Senat 8 (Senatsvorsitzender Mag Reinhard Grasböck, Dr Walter Fuchs als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag Alexander Piekniczek als Mitglied der Auftragnehmerseite) im

Nachprüfungsverfahren betreffend die Entscheidung über die Auswahl des preferred bidders, also die preferred bidder - Entscheidung vom 5.9.2007 der (Sektoren-) Auftraggeberin VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH & Co KG (FN 220 426g) zu Gunsten der Mitbeteiligten, der Si*** AG Österreich im Vergabeverfahren zur Vergabe insbesondere der Errichtung eines 800 MW Gas- und Dampfturbinen-Kombinationskraftwerks am Standort Mellach (inklusive weiterer Leistungen), und im Pauschalgebührenersatzverfahren, jeweils eingeleitet von der Antragstellerin Mi*** Europe, Ltd und protokolliert zur Geschäftszahl N/0087-BVA/08/2007 beim Bundesvergabeamt, in gleichzeitiger Miterledigung der gestellten Gegenanträge gemäß § 59 Abs 1 AVG, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat am 7.12.2007 durch den Senat 8 (Senatsvorsitzender Mag Reinhard Grasböck, Dr Walter Fuchs als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag Alexander Piekniczek als Mitglied der Auftragnehmerseite) im Nachprüfungsverfahren betreffend die Entscheidung über die Auswahl des preferred bidders, also die preferred bidder - Entscheidung vom 5.9.2007 der (Sektoren-) Auftraggeberin VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH & Co KG (FN 220 426g) zu Gunsten der Mitbeteiligten, der Si*** AG Österreich im Vergabeverfahren zur Vergabe insbesondere der Errichtung eines 800 MW Gas- und Dampfturbinen-Kombinationskraftwerks am Standort Mellach (inklusive weiterer Leistungen), und im Pauschalgebührenersatzverfahren, jeweils eingeleitet von der Antragstellerin Mi*** Europe, Ltd und protokolliert zur Geschäftszahl N/0087-BVA/08/2007 beim Bundesvergabeamt, in gleichzeitiger Miterledigung der gestellten Gegenanträge gemäß Paragraph 59, Absatz eins, AVG, wie folgt entschieden:

Spruch

Der am 19.9.2007 nach Ende der Amtsstunden eingebrachte und daher gemäß § 13 Abs 5 AVG am 20.9.2007 beim Bundesvergabeamt protokollierte Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung über die Auswahl des preferred bidders, spricht: der preferred bidder - Entscheidung vom 5.9.2007, wird Der am 19.9.2007 nach Ende der Amtsstunden eingebrachte und daher gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG am 20.9.2007 beim Bundesvergabeamt protokollierte Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung über die Auswahl des preferred bidders, spricht: der preferred bidder - Entscheidung vom 5.9.2007, wird

abgewiesen.

Rechtsgrundlagen: § 345 Abs 13 BVergG 2006 BGBl I 2007/86; §§ 312 Abs 2 Z 2, 320ff BVergG 2006 BGBl I 2006/17
Rechtsgrundlagen: Paragraph 345, Absatz 13, BVergG 2006 BGBl römisch eins 2007/86; Paragraphen 312, Absatz 2, Ziffer 2, 320 f, f, BVergG 2006 BGBl römisch eins 2006/17

Die Anträge auf Pauschalgebührenersatz betreffend die für den Nachprüfungsantrag bezahlten Pauschalgebühren und für die bezüglich der am 19.9.2007 sowie am 6.11.2007 vorgetragenen Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezahlten Pauschalgebühren werden

abgewiesen.

Rechtsgrundlagen: § 345 Abs 13 BVergG 2006 BGBl I 2007/86; § 319 BVergG 2006 BGBl I 2006/17; Kundmachung gemäß Art 140 Abs 5 B-VG BGBl I 2007/84
Rechtsgrundlagen: Paragraph 345, Absatz 13, BVergG 2006 BGBl römisch eins 2007/86; Paragraph 319, BVergG 2006 BGBl römisch eins 2006/17; Kundmachung gemäß Artikel 140, Absatz 5, B-VG BGBl römisch eins 2007/84

Begründung

Sachverhalt inklusive des wesentlichen Gangs des Nachprüfungsverfahrens

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

Montage, Abnahme, Inbetriebnahme, Probetrieb, Schulung, Dokumentation und Übernahme) eines schlüsselfertigen, betriebsbereiten Gas- und Dampfturbinen-Kombinationskraftwerks in Mellach samt Instandhaltungsleistungen für die geplante schlüsselfertige Wartung sowie für ungeplante Wartungsmaßnahmen (Langzeitwartungsvertrag) beauftragt werden sollen.

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

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

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

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 Po*** 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 Geschäftszahl 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.

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

Obwohl der Teilnahmeantrag dieser japanischen Interessentin zB im Bereich des Nachweises von Berufsbefugnissen bzw hinsichtlich Versicherungserfordernissen nicht komplett gewesen sein dürfte, wurde namens der Auftraggeberin eine Einladung zur Angebotsabgabe an die Mi*** Europe, Ltd formuliert, in der festgehalten ist, dass der Teilnahmeantrag [der dort so formulierten alleinigen Adressatin] alle geforderten Mindestkriterien erfüllt habe, dass daher die Ausschreibungsunterlagen übersandt würden, und dass das (erste) Angebot bis 29.11.2007 abzugeben wäre.

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

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

Bereits vor der Erstantbotsabgabe fanden Gespräche zwischen Repräsentanten der Auftraggeberin einerseits und

(dem Konzern) der nunmehrigen Antragstellerin (bzw deren Subunternehmerin KW-AG***) andererseits statt, in denen der Auftraggeberin mitgeteilt wurde, dass die Antragstellerin die Ausschreibungserfordernisse in allen Punkten nicht erfüllen wird können - zB unbestritten gebliebene Aussage des selbständig vertretungsbefugten Vorstands der KW-AG***, Herrn DI Pk*** in der mündlichen Verhandlung am 21.11.2007, Verhandlungsniederschrift = MVh 21.11.2007, Seiten 7 und 11f.

Im Erstangebot vom 28.11.2006 scheint genauso wie im verbesserten Angebot vom 4.6.2007 und im Letztangebot vom 27.7.2007 jeweils im Tender Letter die Antragstellerin als Bieterin auf, wobei der englische Begriff „bidder“ eindeutig nach dem Sprachgebrauch und nach Einschau in ein einschlägiges Wörterbuch als „Bietende“ und damit „Bieterin“ zu übersetzen ist - siehe Ordner 4, Laschen „Nachforderung zum Erstangebot“, „Gutachterliste und überarbeitetes Angebot“ sowie „Letztangebot“; sowie PONS Deutsch - Englisch, Englisch - Deutsch. 3. Aufl.

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

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

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

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

Neben den sonstigen Äußerungen der Antragstellerin zB auch in diesem Begleitschreiben über die angespannte Marktsituation im Sinne eines aktuellen Nachfrageüberhangs am Kraftwerksbaumarkt wird damit die Verhaltensweise der Auftraggeberin (zumindest) wirtschaftlich verständlich, potentielle Lieferanten möglichst lange im Wettbewerb zu behalten (und allenfalls auch zu einem von Auftraggeberseite gewünschten Leistungsumfang zu motivieren), um nicht einem noch kleineren Bieterspektrum mit den dadurch für die restlichen Bieter nochmals verstärkten Marktpositionen

ausgeliefert zu sein - siehe dazu insbesondere die im Ordner 4 der Vergabeunterlagen abgelegte Korrespondenz, und dort wiederum im Begleitschreiben zum Anbot vom 4.6.2007: „... although the current market for power generation is extremely tight and busy due to the growing demand ...“.

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

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

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

Mit e-mail vom 27.6.2007 lud die Auftraggeberin die Antragstellerin über die e-mail - Adresse des als Bevollmächtigten der Antragstellerin auftretenden Herrn Hn*** zu einer Verhandlungsrunde am 2. und 3. Juli ein, wobei in dieser Einladung klärende Gespräche in der 27. und 28. Kalenderwoche, eine Aufforderung zur Abgabe eines Letztpreisofferts in der KW 28; eine Abgabefrist für das Letztpreisoffert in der KW 30 und die Bestimmung eines Preferred Bidder Ende Juli als geplant mitgeteilt wurden - Ordner 4, Lasche „Einladung 2. Verhandlung“.

Am 2. und 3. Juli 2007 fanden Gespräche bei der Auftraggeberin mit der Antragstellerin statt, an denen laut Gesprächsprotokoll vom 16.7.2007 seitens der Auftraggeberin 12 Personen zumindest teilweise teilnahmen, darunter die im Verfahren als Zeugen einvernommenen Herren Oz*** und DI Pk***, ersterer als maßgeblich befasster Mitarbeiter der Antragstellerin und letzterer als selbständig vertretungsbefugter Vorstand der KW-AG***. Dieses Protokoll ist im Ordner 4 in der Lasche „Protokolle 2. Runde, Aufruf zur Letztangebotsabgabe“ enthalten und wird nachstehend (auch) als PTTS 7035 bezeichnet.

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

Dieses Schreiben lautet auf Deutsch in den wesentlichen Teilen:

Verbund

Austrian Thermal Power

Firma

Mi*** Europe Ltd.

[Postanschrift England]

Betrifft:

Projekt GDK Mellach

Ausschreibung: Errichtung eines 800 MW Gas- und Dampfturbinen –

Kombinationskraftwerkes am Standort Mellach

Aufruf zum Letztangebot

Sehr geehrte Damen und Herren!

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

1 Generelles

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

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

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

Das Bieterauswahlverfahren wird wie folgt geändert:

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

Ausschreibung vom 28.07.2006 – unter Bedachtnahme der Lieferzeitbewertung gemäß Punkt 5 dieses Schreibens)

2 Zum Genehmigungsverfahren

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

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

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

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

Daraus ergeben sich 2 Szenarien:

- -Strichaufzählung

Best case:

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

- -Strichaufzählung

Worst case:

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

3 Projektablauf nach Bestimmung des "Preferred Bidders"

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

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

- -Strichaufzählung

Nach Bekanntgabe des PB, wobei auch die Gründe für dessen Auswahl mitgeteilt werden, werden mit diesem die Gespräche weitergeführt (unter Berücksichtigung der Haupturlaubszeit im August 2007) um das Vertragswerk zu finalisieren (technische Details wie Datenblätter, P&I Schemata, Planunterlagen, aber auch kaufmännischen Details, allgemeine Ausführungsrichtlinien und Wartungsvertrag). Zielsetzung ist, den unterschiftsreifen Vertrag bis spätestens Ende September 2007 zu finalisieren. 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.

- -Strichaufzählung

Sollte wider Erwarten von ATP bis 30.09.2007 das Projekt abgebrochen werden, so erhält der PB eine Aufwandsentschädigung von 200.000,-- €.

- -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,-- € (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,-- € (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,-- €. 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 €/Tag (das sind 750.000 €/Monat) angenommen. Erreicht diese Bewertung eine Höhe von 3.000.000 € (Bewertung eines 4 Monate späteren Übernahmetermins), behält sich der AG das Recht vor, das Angebot nicht zu berücksichtigen.

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

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

7 Besprechungsprotokoll inkl. Beilagen

Ist der Englischen Version beigelegt.

8 Weitere Vorgangsweise

Ihr verbindliches, kostenloses Letztangebot richten Sie bis spätestens

Freitag, 27. Juli 2007, 14.00 Uhr

Eintreffend, an die Verbund-Management Service GmbH,

1. z.Litera z

Hd. Herrn Po***, Abteilung Beschaffung, Zi.-Nr. 209, [...]. 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 der englischen Fassung lautet das Schreiben vom 16.7.2007 in den wesentlichen Teilen:]

Verbund

Austrian Thermal Power

Firma

Mi*** .. Europe Ltd.

[Adresse]

England

Betrifft:

Project GDK Mellach

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

Turbine Power Plant at the Site in Mellach

Request for the final offer

Dear Sir or Madam,

we refer to the project "GDK Mellach" as well as to the conversations held with you and ask you for a "final offer".

1 General

- -Strichaufzählung
As a result of the generally high degree of capacity utilisation of the supply industries for power station components, ATP decided to accelerate the bidder selection procedure and to select one "preferred bidder" (hereinafter referred to as PB) in order to secure the delivery deadlines and/or completion deadlines in this way.
- -Strichaufzählung
Compared to the previously planned continuation of the bidder selection procedure, things will be made easier for the bidder with regard to (preliminary) planning and the completion of the plant due to the early selection of the PB.
- -Strichaufzählung
By means of a back-out payment payable in the event that the project is cancelled, the Customer signals to the PB that he is seriously interested in realising the project.

The bidder selection and award procedure according to the original invitation to tender was planned as follows:

1. a.Litera a
Invitation to tender (July 06)
2. b.Litera b
Receipt of the tenders by ATP (Nov. 06)
3. c.Litera c
Technical tender review and appeal for improvement
4. d.Litera d
Receipt of the revised tenders
5. e.Litera e
Reduction to 3 bidders
6. f.Litera f
Negotiations with 3 bidders
7. g.Litera g
Submission of final offer
8. h.Litera h
Selection of the bidder

The bidder selection procedure is changed as follows:

1. a.Litera a
Invitation to tender (July 06)
2. b.Litera b
Receipt of the tender by ATP (Nov. 06)
3. c.Litera c
Technical tender review and appeal for improvement

4. d.Litera d
Receipt of the revised tenders
5. e.Litera e
Reduction to 3 bidders
6. f.Litera f
Negotiations with 3 bidders
7. g.Litera g
Submission of final offer
8. h.Litera h
Selection of the "preferred bidder " (Determination of the PB will be carried out according to the proposed awarding criteria of the invitation to tender from 28/07/2006 and under consideration of the assessment of the take-over dates in chapter 5 of the present letter)

2 On the Approval Procedure

The notice of approval of first instance for the power plant Mellach was passed in May 2006. As a result of objections, the notice has not come into effect and the approval is pending with the authority of second instance (Austrian Environmental Senate). The decision of the Environmental Senate was expected for December 2006 at the latest, but it has been considerably delayed due to the obtainment of additional opinions and expertises by the Environmental Senate. The decision of the Environmental Senate is now expected for September 2007.

If a new objection prevents that these second-instance decision become effective, the procedure will have to be settled before the public authority of third instance. In this case, the obtainment of the definite construction decision is not to be expected before the end of 2007. If, however, the decision of the authority of second instance is not passed in September 2007 and if additional expertises and opinions are requested, a delay of the finally valid decision of the public authority until the middle of 2008 cannot be excluded either. If a new objection prevents that these second-instance decision become effective, the procedure will have to be settled before the public authority of third instance. In this case, the obtainment of the definite construction decision is not to be expected before the end of 2007. If, however, the decision of the authority of second instance is not passed in September 2007 and if additional expertises and opinions are requested, a delay of the finally valid decision of the public authority until the middle of 2008 cannot be excluded either.

2 scenarios may result from that:

- -Strichaufzählung
Best case:
The decision of the authority of second instance is passed in September 2007, there is no further objection. We can apply for the award of the project on the occasion of the board meeting in November 2007.
- -Strichaufzählung
Worst case:
The decision of the authority of second instance is further delayed. A final project decision is only possible in the middle of 2008.

3 Project schedule after determination of the "Preferred Bidder"

Upon determination of the PB (end of July/beginning of August 2007) the EIA approval of second instance will not be available yet. Consequently the ATP bodies will not be able at this time to take a definitive building decision.

The next meeting of the Supervisory Board where taking this decision would be possible in case of optimum project development (authorisation development) will take place on

21/11/2007. Therefore it shall be explained in the following how this preliminary phase after determination of the PB may proceed and/or be utilised.

- -Strichaufzählung
After disclosure of the PB, whereupon the reasons for the determination of the PB will be disclosed as well, and under consideration of the main vacation period in August 2007, the negotiations with the PB will be continued to finalise the agreement (any technical details like data sheets, P&I plans, planning documents, but also commercial

clauses, general execution guidelines and LTSA). The objective is to finalise the ready-for-signature contract by the end of September 2007 at the latest. After disclosure of the PB, whereupon the reasons for the determination of the PB will be disclosed as well, and under consideration of the main vacation period in August 2007, the negotiations with the PB will be continued to finalise the agreement (any technical details like data sheets, P&ID plans, planning documents, but also commercial clauses, general execution guidelines and LTSA). The objective is to finalise the ready-for-signature contract by the end of September 2007 at the latest,

- -Strichaufzählung

If ATP cancels the project by 30 September 2007 contrary to aU. Expectations, the PB shall receive an expense allowance to the amount of 200,000 €. If ATP cancels the project by 30 September 2007 contrary to aU. Expectations, the PB shall receive an expense allowance to the amount of 200,000 €.

- -Strichaufzählung

Upon receipt of the positive decision passed by the authority of second instance and the construction decision of the Verbund boards, the definite award of orders can be realised directly after 21 November 2007, by 31. December 2007 at the latest, however.

- -Strichaufzählung

If in the period from 30 September 2007 to 31 December 2007, however, the project is cancelled, the PB shall receive an expense allowance to the amount of max. 1,000,000 € (linear calculation in dependence upon the day of cancellation). If in the period from 30 September 2007 to 31 December 2007, however, the project is cancelled, the PB shall receive an expense allowance to the amount of max. 1,000,000 € (linear calculation in dependence upon the day of cancellation).

- -Strichaufzählung

If, in the period from 31 December 2007 to 31 July 2008, the project is cancelled, the PB shall receive an expenses allowance to the amount of max. 2,000,000 € (linear calculation in dependence upon the day of cancellation). If, in the period from 31 December 2007 to 31 July 2008, the project is cancelled, the PB shall receive an expenses allowance to the amount of max. 2,000,000 € (linear calculation in dependence upon the day of cancellation).

As a result, the accumulated compensatory payments amount to a maximum of 2,000,000 € in case the PB has been selected by 31 July 2008.

If the project is not cancelled and orders have been placed by 31 July 2008 (Notice to proceed), the above-mentioned payments will not be made. If the project is not cancelled and orders have been placed by 31 July 2008 (Notice to proceed), the above-mentioned payments will not be made.

- -Strichaufzählung

Amount of the expense allowance payable in the case the project is cancelled, diagram

[Grafik]

- Preliminary Time Schedule

[Abdruck eines pdf-Dokuments]

4 Conditions for the Selection of a Bidder as "Preferred Bidder"

- -Strichaufzählung

The bidder is the best bidder determined in the course of the comparison of the tenders.

- -Strichaufzählung

The bidder guarantees compliance with the PAC deadlines in accordance with Section 6 of this letter.

- -Strichaufzählung

The bidder extends the binding tender period until 31 July 2008. The Customer desires a fixed price for contract award by 31 December 2007 at the latest and the application of a price escalation formula from 31 December 2007 onwards.

- -Strichaufzählung

The application of the price escalation formula and other conditions must not result in a change of the best bidder order within the binding tender period.

5 Information on the price escalation formula

Price escalation for the assessment of the tenders:

The price escalation formula starting from 31.12.2007 until 31.07.2008 will be applied for the total price (incl. all deliveries and services).

The particular percentages for the fixed portion (X), the wages portion (Y) and the goods portion (Z) have to be proposed by the bidder.

Escalation formula:

[Preisgleitformel mit Indices und Konditionen]

6 Takeover Date, Assessment of the Takeover Dates

Depending on the time the order is placed, the delivery period and the start-up date have to be selected in accordance with the specified options within the following limits:

Order placed by 31 December 07:

- -Strichaufzählung
Takeover (PAC) in the period from June 2010 to Nov. 2010 (delivery period calculated from 31 December 07 to takeover: 30 to 35 months)

Order placed by 31 July 08:

- -Strichaufzählung
Takeover (PAC) in the period from Sept. 2010 to June 2011 (delivery period calculated from NTP to takeover: 26 to 35 months)

If takeover can be realised within the periods specified above, the condition "compliance with deadlines" will be deemed fulfilled and no assessment will be carried out. If a later takeover outside the specified periods is offered, an assessment of 25,000 €/day (i.e. 750,000 €/month) is assumed for the tender assessment. If this assessment gets to an amount of 3,000,000 € (assessment of a take-over date that is 4 months later), the Customer reserves the right not to take the tender into consideration. If takeover can be realised within the periods specified above, the condition "compliance with deadlines" will be deemed fulfilled and no assessment will be carried out. If a later takeover outside the specified periods is offered, an assessment of 25,000 €/day (i.e. 750,000 €/month) is assumed for the tender assessment. If this assessment gets to an amount of 3,000,000 € (assessment of a take-over date that is 4 months later), the Customer reserves the right not to take the tender into consideration.

The assessment of the delivery period and the payment schedule (Chapter 9.3 of the Invitation to Tender, Section 5 and Section 12) are inapplicable as far as the tender comparison is concerned and are replaced by the following condition:

- -Strichaufzählung
The interest accruing for the Customer from the partial payments (interest rate 4 %) up to takeover will be taken into consideration for the comparison of tenders.

The penalty-arrangements for delivery time acc. To chapter 10.6 of the invitation to tender remain unaffected and are still valid.

7 Minutes of Meeting incl. Annexes

[verschiedene word-Dokumente]

8 Further Procedure

Your binding final offer free of cost has to arrive at the address Verbund-Management Service GmbH, for the attention of Mr. Po***, Abteilung Beschaffung, Zi.-Nr.

209,

[...]

by Friday, 27 July 2007, 14.00 p.m., at the latest.

The offer has to be transmitted, containing all necessary documents, with the code word

“GDK Mellach – Final Offer”

The offer has to be submitted arranged by the parts of the invitation to tender, in two sealed envelopes.

The first envelope must contain the following items:

- -Strichaufzählung
Letter of transmittal for the offer
- -Strichaufzählung
Price sheets

The second envelope must contain the following items:

- o Acknowledged Minutes of Meeting
- o Comments on the invitation to tender - commercial and technical

All offer documents have to be submitted in the form of 2 hardcopies and 1 .pdf-file on an electronic data carrier (preferably CD-ROM or DVD).

Yours sincerely

VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH & Co KG

VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH

Die Antragstellerin überreichte am 27.7.2007 ihr insbesondere auch in den Ordnern 36 und 4 der Vergabeunterlagen dokumentiertes Letztangebot entsprechend der obigen Aufforderung vom 16.7.2007, zugegangen an die Antragstellerin per Telefax am 18.7.2007.

Die diesbezüglich in der Verhandlungsrunde am 2. und 3. Juli 2007 mit der Antragstellerin einvernehmlich getroffenen Festlegungen laut PTTS 7035 und die vorstehend im Wesentlichen wieder gegebene, das preferred bidder - Prozedere normierende Festlegung vom 16.7.2007 blieben seitens der Antragstellerin - auch rücksichtlich der Letztangebotsfrist bis 27.7.2007 - beim Bundesvergabeamt innerhalb der Fristen des § 321 BVergG 2006 unangefochten, was hinsichtlich des Umstands relevant erscheint, dass zB der Zeuge DI Pk*** diese kurze Frist zB unter Fairnessgesichtspunkten laut Verhandlungsniederschrift vom 27.11.2007, Seite 21, kritisierte, lfd Nr 220 des Akts. Die diesbezüglich in der Verhandlungsrunde am 2. und 3. Juli 2007 mit der Antragstellerin einvernehmlich getroffenen Festlegungen laut PTTS 7035 und die vorstehend im Wesentlichen wieder gegebene, das preferred bidder - Prozedere normierende Festlegung vom 16.7.2007 blieben seitens der Antragstellerin - auch rücksichtlich der Letztangebotsfrist bis 27.7.2007 - beim Bundesvergabeamt innerhalb der Fristen des Paragraph 321, BVergG 2006 unangefochten, was hinsichtlich des Umstands relevant erscheint, dass zB der Zeuge DI Pk*** diese kurze Frist zB unter Fairnessgesichtspunkten laut Verhandlungsniederschrift vom 27.11.2007, Seite 21, kritisierte, lfd Nr 220 des Akts.

Im Protokoll PTTS 7035 über die Verhandlungen vom 2. und 3. Juli, abgelegt im Ordner 4 der Vergabeunterlagen, befinden sich - als Vollständigkeits- und Fehlerhaftigkeitsmaßstab gemäß § 269 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 - auf den Seiten 2 und 3 folgende englische Textstellen in blau, wobei die blaue Farbe bedeutet, dass etwas vereinbart wurde - siehe zB die Aussage des Zeugen Oz*** in der Verhandlung am 6.11.2007, Niederschrift lfd Nr 121a, dort Seite 16, die dortige Aussage allerdings zu der zusätzlich mit roten Kommentaren versehenen Protokollfassung PTTS 7035 als Teil des Letztangebots der Antragstellerin, erliegend zB im Ordner 36 der Vergabeunterlagen: Im Protokoll PTTS 7035 über die Verhandlungen vom 2. und 3. Juli, abgelegt im Ordner 4 der Vergabeunterlagen, befinden sich - als Vollständigkeits- und Fehlerhaftigkeitsmaßstab gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 - auf den Seiten 2 und 3 folgende englische Textstellen in blau, wobei die blaue Farbe bedeutet, dass etwas vereinbart wurde - siehe zB die

Aussage des Zeugen Oz*** in der Verhandlung am 6.11.2007, Niederschrift lfd Nr 121a, dort Seite 16, die dortige Aussage allerdings zu der zusätzlich mit roten Kommentaren versehenen Protokollfassung PTTS 7035 als Teil des Letztangebots der Antragstellerin, erliegend zB im Ordner 36 der Vergabeunterlagen:

Item 5: MHI will give an optional price within the final offer for a warranty period of 36 months. ...

Item 5 und 6: Availability guarantee is only given for the GT in the revised offer. The plant availability is not given at the moment, MHI gives only expected plant availability figures. The plant availability will be guaranteed for 24 month and optional 36 month in the final offer.

Danach ist auf der Seite 4 dieses Protokolls unter der Überschrift „Maintenance Agreement“ in der Farbe Blau Folgendes geschrieben:

...

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

...

In der Verhandlung am 27.11.2007, Niederschrift lfd Nr 220 machten die Zeugen Oz*** und DI Pk*** zu den als - unten spruchtragend betrachteten Ausscheidensgründen insbesondere nachstehende Angaben insbesondere rücksichtlich der gerade wieder gegebenen Passagen aus dem PTTS 7035, wobei in der Verhandlungsniederschrift Herr Oz*** mit Oz, Herr DI Pk*** mit Pk und die Antragstellerin mit MI abgekürzt sind. Vorerst der Zeuge Oz ab Seite 4 dieser Niederschrift:

Herrn Oz wird das Schreiben vom 16.7.2007 ausgefolgt.

Oz: Ich kenne dieses Schreiben.

Über Befragen, was die Punkte 1. und 3. bedeuten.

Oz: Pkt. 1. bezieht sich auf die Auswahl der Bieter und die Prozedur.

Pkt. 3. bezieht sich auf den Zeitplan nach der Auswahl des preferred bidder .

Über Befragen, was hier nach diesem Schreiben bewertet werden sollte.

Oz: Im Schreiben wird ein Letztangebot bis 27. Juli verlangt. Auf Grund des Letztangebotes wird ein preferred bidder ausgewählt. Der ausgewählte Bieter wird dann zu weiteren Verhandlungen eingeladen. In diesen Verhandlungen sollte gem Pkt. 3. verhandelt werden, bis zum endgültigen Vertragsabschluss.

Auf Befragen nach welchen Kriterien der preferred bidder ausgewählt werden soll.

Oz: Die Kriterien stehen nicht in diesem Schreiben. Die Kriterien befinden sich in Pkt. 9. der Ausschreibungsunterlage.

Oz: Ich habe das Angebot für 27.7. für MI bearbeitet.

Warum ist im Letztangebot kein Preis für die 36-monatige Garantie enthalten?

Oz: 1. wurde vergessen, dieses Offert zu schreiben und

1. 2.Ziffer 2

war diese 36-monatige Garantie eine Option . Ich habe es so verstanden, dass dieses Optionsangebot nicht in die Bewertung einfließt.

Der Zeuge Oz gibt über Frau Osh*** nach Durchsicht [der Niederschrift] an, dass er gesagt hätte: Laut Pkt. 9. der Ausschreibungsunterlagen fließt dieses Optionsangebot nicht in die Bewertung ein.

Über Befragen, für wie viele Monate MI die Anlagenverfügbarkeit garantiert hat,

Oz: Insgesamt wurde die Anlagenverfügbarkeit für 24 Monate garantiert.

Über Befragen, warum nicht entsprechend der Ausschreibungsunterlage 36 Monate angeboten wurden, Oz: 1. wurde am 2. und 3. Juli beim Verbund verhandelt. Die 24 Monate Verfügbarkeit war eine Basis. 36 Monate Verfügbarkeit waren als Option anzubieten.

Über Befragen, warum im Letztangebot nicht DDP angeboten wurde,

Oz: Wir haben DDP angeboten.

Über Befragen, ob Oz das DDP-Angebot in Or 36 zeigen könne, Oz: Es muss noch einen Ordner geben.

Über Vorhalt des Final Proposal for LTSA, Pkt. 3. 5) gebe ich an, dass das final offer DDU angeboten wurde und mit dem dort ersichtlichen Schätzbetrag DDP angeboten wurde.

Über nochmaliges Befragen, ob das das DDP-Angebot ist, Oz: ja

Über ergänzendes Befragen, wie viel Aufwand in zeitlicher Hinsicht die Ermittlung des genauen Zollbetrags beanspruchen würde.

Oz: Ca. 30 Minuten.

Zurückkehrend zur Anlagenverfügbarkeit, warum nur 24 Monate angeboten wurden, Oz: Ich verweise nochmals auf das Protokoll 7035. Die in blau geschriebenen Sätze wurden vereinbart. In rot ist hier auf Seite 3 dieses Protokolls bei der Verfügbarkeitsgarantie auf general comments and conditions verwiesen.

Der rote Satz wurde erst am 27. Juli beim LFO eingefügt. Dieses Protokoll wurde von der Auftraggeberin an MI geschickt und wurde um Überprüfung gebeten. Die roten Eintragungen sind von MI. Auf Vorhalt des Pkt. 6. der general comments, Oz: Dieser Punkt besagt, dass nur 24 Monate Verfügbarkeit garantiert wird. Der Grund, warum wir nur 24 Monate garantiert haben, war, dass der Vorstand von Mi*** Japan nur 24 Monate Verfügbarkeit genehmigt hat. Auf Grund des Pkt. 9 der Ausschreibungsunterlage hat der Vorstand verstanden, dass die Option auf 36 Monate nicht in die Bewertung einfließt. Vom Verbund wurde nicht gesagt, dass unser Angebot abgelehnt wird, wenn wir keine 36 Monate anbieten.

Über ergänzendes Befragen, welchen Unterschied es beim Betrieb der Anlage macht, ob man die Verfügbarkeit für 24 Monate oder aber für 36 Monate anbietet, Oz: Es wird sehr lang, dies zu erklären. Grundsätzlich haben wir die Verfügbarkeit für die Anlage für 24 Monate angeboten und danach über das LTSA die Verfügbarkeit der Gasturbinenanlage für [etliche] Jahre ab Übergabe.

Der Zeuge DI Pk*** sagte zB auf Seite 19 dieser Niederschrift vom 27.11.2007 aus:

Sohin wird die Zeugeneinvernahme fortgesetzt. Vorerst richtet der Senatsvorsitzende an Pk die Frage, ob das Verständnis richtig ist, dass beim streitgegenständlichen Kraftwerk je Linie rund ein Drittel der elektrischen Energie durch die Dampfturbineneinheit erzeugt werden soll und ob die Dampfturbineneinheit hinsichtlich über Verfügbarkeit für 36 Monate garantiert wurde.

Pk: Die Dampfturbineneinheit erzeugt rund ein Drittel der elektrischen Energie aus einer Linie, wenn sie im reinen Stromerzeugungsbetrieb gefahren wird.

Es wurde auch für die Dampfturbinen nur 24 Monate Verfügbarkeitsgarantiezeit angeboten.

Sohin wird an Frau Dr. Hr*** das Fragerecht an Herrn DI Pk hinsichtlich ihres letztgenannten Beweisanspruchs grundsätzlich eingeräumt.

Dr. Hr***: Ist es richtig, dass der Inhalt der Verfügbarkeitsgarantie im Inhalt und Umfang noch weiter ausverhandelt werden sollte. Pk: Ja. Ich bin deshalb von weiteren Verhandlungen ausgegangen, weil im Zusammenhang mit der Verfügbarkeit noch über Versicherungen zu verhandeln gewesen wäre. Die Selbstbehalte bei Maschinenbruch etc. wären zB noch zu besprechen gewesen.

Auf Befragen, ob der Verbund in der letzten Verhandlungsrunde über den weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens informierte, Pk: Der Verbund hat uns so informiert, wie nachmalig im Schreiben vom 16.7., Pkt. 3. ersichtlich, und zwar bullet 1.

In den im Ordner 36 abgelegten Commercial Comments zum Letztangebot der Antragstellerin wurde rücksichtlich der vorstehenden Zeugenaussagen schließlich seitens der Antragstellerin in deren Letztangebot geschrieben:

...

1. „5.Ziffer 5
Warranty

...

However, optionally a 36 months warranty period is offered.

...

1. 6.Ziffer 6

(Plant availability (only applicable...))

We guarantee plant availability as mentioned below:

During ... the first 6 month from taking over ...

During ... month 7 to month 24 ...

...

In dem im gleichen Ordner 36 abgelegten Long Term Service Agreement ist im dortigen „Final Proposal for a Long Term Service Agreement“ im Punkt 3. „Major Terms and Conditions“ in Absatz 5) folgende Passage enthalten:

Our final offer is still based on DDU Site (Incoterms 2000), however, we will be able to accept DDP Site (Incoterms 2000) condition, if customer wishes, upon our confirmation of details for import/export procedure (license, etc.). Our estimated cost for import duties is [Nennung eines Betrags im Bereich von mehreren Millionen Euro]

Das Verlangen eines DDP - basierten Anbots durch die Auftraggeberin im Letztangebot wurde seitens der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren nicht bestritten, genauso wenig wie das Verlangen eines Preises im Letztangebot für die 36 - monatige Garantie (iS von warranty laut item 5 des PTTS 7035; bzw genauso wenig wie das Verlangen der Auftraggeberin nach einer 36 - monatigen Verfügbarkeitsgarantie für die Gesamtanlage.

Die Antragstellerin versuchte aber gegen Verfahrensende, genauso wie die Zeugen Oz*** und DI Pk*** in deren Einvernahmen am 27.11.2007, tendenziell darzustellen, dass die Antragstellerin natürlich entsprechend den Erfordernissen angeboten hätte, wenn die Antragstellerin darauf hingewiesen worden wäre, dass bei Nichterfüllung des Erfordernisses eines Garantiepreises für insgesamt 36 Monate im Letztangebot; für ein Angebot von im Rahmen des LTSA zu liefernden Teilen Delivered Duty Paid; und für eine 36 - monatige Verfügbarkeitsgarantie für die Gesamtanlage Ausscheidensgründe wären, so zB die Eingabe lfd Nr 233.

Diesbezüglich bleibt auf Tatsachenebene insbesondere noch die Aussage des Zeugen Pk*** in der Verhandlung vom 27, 11.2007, Seite 20 der lfd Nr 220, insbesondere über Befragen Dris Ls*** zu zitieren:

Herr Dr. Ls***: Auf Vorhalt des jetzigen Verständnisses dieses bullets, hinsichtlich Finalisierung des Vertragswerks sei gemeint, die Möglichkeit statt der ausschreibungswidrig bloß für 24 Monate angebotenen Verfügbarkeitsgarantie diesen Punkt nachverhandeln zu können, steht im ausdrücklichen Widerspruch zur Zusage von MI, dass MI gemäß Seite 3/9 des Verhandlungsprotokolls vom 2. und 3.7.2007 letzter Satz unter item 5 und 6 diese Garantie für 36 Monate in final offer anbieten wird. Ihr jetziges Verständnis dieser Formulierung der Finalisierung des Vertragswerks steht auch im ausdrücklichen Widerspruch zu den Ausführungen auf Seite 7/9 des Protokolls 7035 CU stipulates that all required guarentee data (.....) have to be given in the final offer []as guaranteed values. Schließlich wird vorgehalten, dass das Protokoll nicht den geringsten Anhaltspunkt für weitere Verhandlungen enthält. Ich frage daher konkret: Wurde in der Verhandlungsrunde am 2. und 3. Juli 2007 vom Auftraggeber zugesagt, dass dann wenn statt 36 Monate Verfügbarkeitsgarantie nur 24 Monate Verfügbarkeitsgarantie angeboten werden können im final offer vom 27.7.2007 dieser Punkt dennoch nachverhandelt werden könne. Ich behalte mir vor zu diesem Punkt ihre Beeidung zu beantragen.

Pk: Es ist dezitiert nicht vom Verhandlungsteam gesagt worden, dass dieser Punkt nachverhandelt werden kann. Im Sinne des Angebotsablauf[]s war in den Verhandlungen am 2. und 3.7.2007 das Hauptaugenmerk des Kunden, ob wir die erwarteten Verfügbarkeitszahlen aus dem Voroffert auch garantieren würden. Dies haben wir am 2. und 3. Juli 2007 bestätigt. Das 3. Verfügbarkeitsgarantiejahr wurde in diesem Zusammenhang kaum diskutiert, der Kunde war sehr angetan von den Verfügbarkeitszahlen und es wurde weder angedeutet noch gesagt, dass wir ausgeschieden werden, wenn wir nur zwei Jahre Verfügbarkeitsgarantie anbieten und zwar für jene erwarteten Werte für die Verfügbarkeit aus dem Zweitangebot vom 4.6.2007.

[Warum hätte der Verbund hier auf das Ausscheiden hinweisen sollen, wenn dies einvernehmlich festgelegt wurde?]

Pk: Ich möchte dies mit dem Prozessablauf erklären. In den Vorrunden wurde bereits vor der Erstoffertabgabe kundgetan, dass wir Schwierigkeiten mit einer Verfügbarkeitsgarantie haben. Wir haben das Erstangebot ohne Verfügbarkeitsgarantie [abgegeben], wir wurden nicht ausgeschieden, sondern vom Verhandlungsteam des Verbunds

quer durch gebeten, etwas auf der Verfügbarkeitsebene zu machen. Wir haben im Zweitangebot wiederum keine Garantie abgegeben, allerdings attraktive Erwartungswerte. Wir haben am 2. und 3. Juli zugesagt, dass wir diese Werte auch garantieren können, und haben wir diese Garantie auch mit dem finalen Angebot angeboten. Ich bin zwar kein Jurist, aber seit 30 Jahren im Vertrieb tätig. In unserer Branche ist es üblich und ein Stil der Fairness, dass die Minimumkriterien vom Auftraggeber insoweit offen gelegt werden, als zB bei EON darauf hingewiesen wird, dass ein Ausscheiden droht, wenn diese Mindestkriterien nicht erfüllt werden.

Der Zeuge DI Pk*** hat also hier selbst ausgesagt, dass seitens der Auftraggeberin nicht gesagt worden ist, es könnte nach dem 27.7.2007 nachverhandelt werden.

Auch in Vorwegnahme der rechtlichen Beurteilung ist daher bereits hier festzuhalten, dass sich die Antragstellerin betreffend die Erwartung weiterer Verhandlungen über die als Ausscheidensgründe in diesem Bescheid als rechtmäßig erkannten Ausscheidenstatsachen einen geheimen Vorbehalt ihrer Repräsentanten (scil: Mentalreservation) gegenüber der Auftraggeberin zuzurechnen lassen hat, wie die gerade zitierte Aussage des Zeugen DI Pk*** zeigt. Seitens der Antragstellerin wurde gerade nicht klargestellt, dass sie davon ausgehe, dass weiterverhandelt würde, falls man diesem Zeugen aus der Sphäre der Antragstellerin insoweit nicht unrichtige Zeugenangaben zusinnen wollte bzw von ebensolchem Vorbringen auszugehen hat.

Da in der Verhandlung am 27.11.2007 schließlich auch keine weiteren Beweisanträge mehr gestellt wurden, um die Aussagen der Zeugen DI Pk*** zu widerlegen - Niederschrift lfd Nr 220, Seite 22, wurde das Ermittlungsverfahren am 27.11.2007 für geschlossen erklärt.

Betreffend die Bewertung des Letztangebots der Antragstellerin vor dem Hintergrund der Verhandlungsrunde am 2. und 3. Juli 2007 und der Aufforderung zur Letztangebotsabgabe inklusive preferred bidder - Prozedere vom 16.7.2007, Beilage ./1 zum Nachprüfungsantrag bzw wie oben wiedergegeben, ist weiters noch auf Punkt 9.2 der Ausschreibungsunterlagen laut Ordner 10 der Vergabeunterlagen einerseits und auf Aussagen in der Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt am 21.11.2007 hinzuweisen, und zwar ab Seite 7 der Niederschrift lfd Nr 194, wo DI Pk*** wiederum mit Pk abgekürzt ist:

Auf Vorhalt des Protokolls 7035 über die Verhandlungen am 2. und 3. Juli 2007 und gefragt, ob er die blauen Passagen betreffend "Warranty" auf dieser Seite kenne und was diese Ausführungen bedeuten,

Pk: Ich kenne diese Ausführungen. Für mich bedeuten diese Ausführungen, dass wir dem Kunden zu Beginn der Angebotsbearbeitung mitgeteilt haben, was wir anbieten wollen und können. Im Wesentlichen gab es immer drei oder vier große Themen. Das eine war das Gasturbinenmodell von Mi*** (MI).

Das zweite war die Verfügbarkeit der Kraftwerksanlage. Das dritte war das Thema der Garantietzeit.

Das vierte war die Frage, wie die Wartung in Bezug auf lokales Personal gemacht werden kann.

Konkret gefragt nach dem dritten Thema:

Pk: Wir haben von Beginn an klargestellt, dass wir nur eine Garantietzeit von 24 Monaten anbieten wollen und können. Dafür gab es zwei Erklärungen bzw Gründe. Einmal die sogenannte Managemententscheidung bei MI und im Hause KW-AG***. Der zweite praktische Grund liegt darin, dass wir die meisten Komponenten zukaufen, und in der heute überhitzten Marktsituation Sublieferanten keine dreijährigen Garantien abgeben. Als Erklärung wurde angegeben, dass sich der Markt heute bereits auf zweijährige Garantien eingestellt hat.

Der Verbund hat bekannt gegeben, dass diese drei Jahre Garantie in der Ausschreibung stehen, wir uns bemühen sollen, mit dem Management zu reden, ein entsprechendes Angebot zu machen, was wir dann auch zugesagt haben, es wurde aber in keiner der Verhandlungen angesprochen, dass diese zwei Jahre laut unserem Angebot ein Deal - Breaker seien.

Im Zuge der Verhandlungen wurde unsererseits erklärt, dass man innerhalb von zwei Jahren Betriebszeit sehr wohl feststellen kann, ob eine Anlage zuverlässig ist. Im aktuell laufenden Türkeiprojekt mit 50 %iger Beteiligung des Verbunds war die Garantietzeit über zwei Jahre hinaus überhaupt kein Thema.

Konkret nachgefragt nach der Vereinbarung in der letzten Verhandlungsrunde, dass im Letztangebot ein optionaler Preis für eine Garantieperiode von 36 Monaten anzugeben wäre, Pk: Mein Verständnis war, dass der Preis nicht relevant war, weil darüber erst in der nächsten Phase gesprochen werden solle.

Nachgefragt, ob die vorgehaltene Passage vom Wortlaut her nicht anderes bedeutet, Pk: Für mich ist bis heute nicht klar, was bis heute das Erfordernis des Verbunds für ein derartiges Projekt ist. Ich habe diese Unterlage mit keinem juristischen Auge durchgesehen.

Auf Vorhalt des Pkt. 5. der Commercial Comments, abgelegt in Or 36, ob hier als Teil des Letztangebots optional 36 Monate angeboten worden sind, Pk: Ja dies steht hier. Ich habe diese Commercial Comments vor dem 27.7.2007 gekannt. Dieser Teil des Letztangebots wurde bei uns in der Firma erstellt.

Gefragt, ob der Letztangebotspreis mit einer Garantiezeit von 24 Monaten oder aber 36 Monaten der gleiche ist, Pk: Dies könnte man aus dieser Aussage lesen, ich war froh, dass die Verbund hier um Klarstellung gebeten hat. Der Preisunterschied mit und ohne die weiteren 12 Monate würde für meinen Lieferanteil, gemeint der KW-AG***, ca. [x,y] Millionen € ausmachen würde. Dies für die beiden Linien gemeinsam. Nach der Aussage von MI, ich meine hier das E-Mail von Herrn Oz vom 1.8.2007, hätte hier der Betrag für das Gesamtangebot insgesamt 0,5 % vom EPC-Preis betragen.

Ich meine hier die € [mehrere hundert Millionen] lt. Tender Letter, Base Offer, Annex 1 zum Letztangebot, wie in Or 4 abgelegt.

Gefragt, ob der Zeuge Pk die als Verkehrssitte übliche Aussage kenne, dass der Kaufmann nichts umsonst tut: Stimmt. [...]

Gefragt, ob der Mehrpreis für eine 36-monatige Garantie irgendwo in Pkt. 9. der Ausschreibungsunterlage in die Bewertung einfließt, Pk: Für mich war dies nicht bewertungsrelevant. Dies deshalb, weil Optionen nach der Ausschreibungsunterlage nicht bewertungsrelevant sind. Mein Wissensstand hat sich nach der Angebotsabgabe verändert. Denn der Verbund hat hier abgefragt, was diese Option kostet und, soweit ich mich erinnern kann, in einem Telefonat bzw E-Mail kundgetan, dass diese Information für die Bewertung relevant wäre.

Gefragt, ob der Zeuge Vergabeunterlagen kenne, nach denen festgelegt wäre, nach welchem Recht das Vergabeverfahren abgeführt wird, Pk: Ich kenne keine dezitierten Unterlagen, ich bin aber davon ausgegangen, dass europäisches Vergaberecht zur Anwendung kommt. In der Ausschreibung war ein Verweis auf österreichisches Vergaberecht enthalten.

Nach Rücksprache mit dem Auftraggebervertreter verweise ich hier auf Pkt. 1.6.2.3 der Ausschreibungsunterlage.

Die Zeugenvernehmung wird vorläufig nochmals unterbrochen.

Als Ergebnis des Ermittlungsverfahrens wird mitgeteilt, dass die Antragstellerin im Letztangebot keinen Preis für eine Garantie genannt hat, die über 24 Monate hinaus insgesamt 36 Monate beträgt. Damit ist die Unvollständigkeit des Angebots der Antragstellerin zum Stichtag 27.7.2007 iS des § 269 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 dokumentiert, wobei als Vollständigkeitsmaßstab das Protokoll 7035 über die Verhandlungen vom 2. und 3. Juli 2007 herangezogen wird; bzw auch das in den Ordnern 4 und 36 ersichtliche Letztangebot der Antragstellerin. Zum Vorstehenden wird iS des Art 6 MRK auf VwGH 2005/04/0200 bzw VwGH 2005/04/0181 hingewiesen. Als Ergebnis des Ermittlungsverfahrens wird mitgeteilt, dass die Antragstellerin im Letztangebot keinen Preis für eine Garantie genannt hat, die über 24 Monate hinaus insgesamt 36 Monate beträgt. Damit ist die Unvollständigkeit des Angebots der Antragstellerin zum Stichtag 27.7.2007 iS des Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 dokumentiert, wobei als Vollständigkeitsmaßstab das Protokoll 7035 über die Verhandlungen vom 2. und 3. Juli 2007 herangezogen wird; bzw auch das in den Ordnern 4 und 36 ersichtliche Letztangebot der Antragstellerin. Zum Vorstehenden wird iS des Artikel 6, MRK auf VwGH 2005/04/0200 bzw VwGH 2005/04/0181 hingewiesen.

Dieser Aspekt wird der Antragstellerin vorgehalten. Es ergeht die Anfrage an die Antragstellerin, ob die Antragstellerin noch weitere Beweisanträge zu den vorstehend wiedergegebenen Ermittlungsergebnissen hat, soweit im Rahmen der Einschränkung des Ermittlungsverfahrens vom 6.11.2007 liegend.

Der Antragstellerin wird hiefür eine Vorbereitungszeit von 20 Minuten eingeräumt.

Die anderen Parteien werden zu gleichartigen, allfälligen Beweisanträgen aufgefordert, wobei auf der Seite 638 der Ausschreibungsunterlage Bedacht genommen werden möge.

Sohin wird die Verhandlung um 11.47 Uhr für weitere 20 Minuten unterbrochen.

Um 12.21 Uhr wird die Verhandlung fortgesetzt.

Frau Dr. Hr*** stellt nachstehende Beweisanträge:

Einvernahme von Pk und Oz zum Beweis dafür, dass die Auftraggeberin der Antragstellerin erst nach Abgabe ihres Letztangebots mitgeteilt hat, dass das optional anzubietende und in der Folge auch angebotene dritte Garantiejahr in die Bewertung der Letztangebote einfließt.

Einvernahme von Herrn Oz zum Beweis dafür, dass seine Aussage in der mündlichen Verhandlung vom 6.11.2007 "We forgot the price" sich lediglich darauf bezogen hat, dass in der letzten Verhandlungsrunde zwischen der Antragstellerin und der Auftraggeberin vereinbart und festgelegt wurde, dass der Preis für das optional anzubietende und angebotene dritte Garantiejahr im Letztangebot anzugeben ist, dass aber weder in der Verhandlungsrunde im Juli noch sonst vor Abgabe des Letztangebots seitens der Antragstellerin mitgeteilt wurde, dass der Preis für diese Option in die Bewertung einfließt.

Einvernahme von Pk und Oz zum Beweis dafür, dass der Preis für das dritte Garantiejahr in den nachfolgenden Verhandlungen mit dem "preferred bidder" ausverhandelt oder aber darauf verzichtet werden sollte seitens der Auftraggeberin; und daher auch aus diesem Grunde die Antragstellerin davon ausgeht, dass der Preis für das 3. Garantiejahr nicht in die Bewertung einfließt wie in Pkt. 9.2 Seite 637 und 638 der Ausschreibungsunterlage vorgesehen.

Einvernahme von Pk und Oz zum Beweis dafür, dass die Entscheidung, ob seitens der Auftraggeberin ein 3. Garantiejahr gewählt werden würde, entweder in den Verhandlungen mit dem "preferred bidder" oder auch nach Zuschlagserteilung getroffen werden sollte; und dass aus Gründen der Gleichbehandlung nur der Preis für die 24 - monatige Garantie für die Auswahl des preferred bidders herangezogen wird.

Einvernahme von Pt und Mi zum Beweis dafür, dass die Mitbeteiligte den Preis für das 3. Garantiejahr nicht gesondert auspreisen musste und auch nicht ausgepreist hat; und auch seitens der Auftraggeberin nicht nach dem Preis für das 3. Garantiejahr gefragt wurde.

Dr. Ls*** wird nunmehr das Fragerecht an Pk eingeräumt:

Ist es richtig, dass trotz der Formulierung im Protokoll der Verhandlungsrunde vom 2. und 3. Juli 2007 unter Commercial provisions, Items 5 and 6 "The plant availability will be guaranteed for 24 and optional 36 months in the final offer" die Verfügbarkeitsgarantie im Letztangebot vom 27.7.2007 nicht für 36 Monate angeboten wurde, so wie dies Herr Ze*** von KW-AG*** mit E-Mail vom 3.8.2007 und Herr Oz mit E-Mail vom 6.8.2007 unter Pkt. 3 der letztgenannten Mail bestätigt hat.

Es stimmt, dass die Verfügbarkeitsgarantie nicht für 36 Monate angeboten wurde. Ich meine die Verfügbarkeitsgarantie für die Gesamtanlage. Sehr wohl hat MI eine 36 - monatige Garantie für die Gasturbosätze angeboten.

Auf Befragen von Frau Dr. Hr***, warum so angeboten wurde, wie angeboten wurde, Pk: Zum einen haben wir natürlich die Ausschreibung gelesen und studiert, zum anderen haben wir im Gespräch mit MI festgestellt, dass wir die Ausschreibungserfordernisse auf Punkt und Beistrich nicht erfüllen werden können. Stichworte: Gasturbine Gt***, Verfügbarkeitsgarantie, Garantiezeiten, Zahlungspläne; und MI hat sich ernsthaft überlegt, nicht an der Ausschreibung teilzunehmen. Dies auch deshalb, weil MI im Sommer 2006 sofort von der E*** AG ausgeschieden wurde und auch dort Si*** den Auftrag erhalten hat. Ich habe versucht, MI für das Projekt zu interessieren. Ich habe mit MI die gemeinsamen Angebotsmöglichkeiten erörtert. Wir haben in Vorabgesprächen vor der Erstangebotsfrist die Auftraggeberin darüber informiert, was möglich und was nicht möglich sein wird. Wir haben das Erstangebot genau im Rahmen dieser Festlegungen angeboten. D.h. die neue Gasturbine, keine Verfügbarkeitsgarantie für die Gesamtanlage, Wartung ohne lokales Personal und zwei Jahre Garantiezeit sowie eine Vielzahl anderer kleinerer und größerer Abweichungen. MI wurde nicht ausgeschieden. Laut Herrn Dr. Ls*** sollte ja Wettbewerb gewährleistet werden, ich interpretiere dies so, dass MI als Bieter, aber nicht als Lieferant willkommen ist. Derart wurde das Angebot sukzessive bis 27.7.2007 verbessert, nichts desto trotz hat es Abweichungen gegeben und erfolgten auch keine Hinweise der Auftraggeberin auf diesbezügliche Ausscheidensgründe. MI wurde immer motiviert, im Angebot zu bleiben, ich verweise hier auf den Anruf von Ing. Po***; dieser mit der Frage, ob das Angebot noch kommt.

Wir hätten wahrscheinlich kein Angebot abgegeben, wenn bewusst gewesen wäre, dass der Verbund unsere

Abweichungen nicht akzeptieren könnte.

Herr Dr. Ls*** bringt vor: Zu der vom Senat angezogenen Ausschreibungsstelle Seite 638/658 hinsichtlich des allfälligen Einbezugs von Optionen in die Bewertung wird ausgeführt:

Ausweislich des klaren Textes der Ausschreibungsunterlage bezieht sich dies nur auf die in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich genannten technischen Optionen (z.B. Seite 232/658 Abfackelanlage optional; Seite 187/658 Filterbedienwagensystem optional). Rechtliche oder wirtschaftliche Optionen kommen in der Ausschreibungsunterlage gar nicht vor und können daher auch nicht Gegenstand dieser Regelung sein. Dass der Bieter die geforderte Garantiefrist von 36 Monaten so zu erfüllen versucht, dass er sie in zwei Teilen anbietet, und zwar mit 24 und 12 Monaten, kann nicht dazu führen, dass dieser zweite Teil, den der Bieter dann als "optional" bezeichnet, zu einer Nichtberücksichtigung des darauf vom Bieter zugeordneten Preisanteils führt. Kein vernünftiger Erklärungsempfänger konnte die Ausschreibungsbedingungen so verstehen, dass sie dem Bieter die Möglichkeiten gäben, die Vergleichbarkeit der Preise schon dadurch zu verhindern, dass er zwingend geforderte Leistungsteile aufsplittet in Subleistungsteile, die er als "optional" bezeichnet. Für den Fall, dass der erkennende Senat dies nicht bereits aus den vorgelegten Unterlagen ableitet, wird die ergänzende diesbezügliche Vernehmung des Zeugen Ing Bj*** beantragt.

...

Der Zeuge DI Pk*** bestätigt in der Verhandlung am 21.11.2007 daher insbesondere, dass er froh über die Rückfrage des Verbunds hinsichtlich des Preises für die optionale 36 - monatige „warranty“ gewesen wäre; dass er die Aussage kenne, dass der Kaufmann nichts umsonst tut; und dass der Preis für das 3. Jahr „warranty“ einen nicht unerheblichen Betrag ausmacht. Die Antragstellerin stellte nach dem 21.11.2007 keine Beweisanträge bzw erstattete kein Vorbringen, dass das Vorbringen des Auftraggebervertreters Dr Ls*** in der Verhandlung am 21.11.2007 unrichtig gewesen wäre, dass in der Ausschreibungsunterlage die von diesem Rechtsanwalt zitierten Passagen technische Optionen festlegen. Dies unbeschadet der Verfahrenshandlungen der Auftraggeberin betreffend die ihrerseits angestrebte Auslegung der besagten Optionspassage in Punkt 9. der Ausschreibungsunterlage.

Ausweislich der Ausschreibungsunterlage, in deutscher Fassung in Ordner 10 der Vergabeunterlagen, Seite 638/658 wird dort zum Angebotspreis laut GU - Vertrag ausgeführt:

Sollte sich im Zuge des Vergabeverfahrens bzw der Vergabegespräche herausstellen, dass Optionen notwendig werden und damit in die Angebotsbewertung aufgenommen werden, wird dies den Bietern zum gegebenen Zeitpunkt mitgeteilt.

Auf den Seiten 186 und 187 der Ausschreibungsunterlage ist tatsächlich unter der Überschrift „Ansaugfiltergehäuse“ ausgeführt:

Filterbedienwagensystem (Optional) Jalousieklappensystem (Optional)

Auf den Seiten 231 und 232 der Ausschreibungsunterlage ist unter der Überschrift: „Gasdruckregelstation“ angeführt:

Abfackelanlage (Optional)

Die gerade wiedergegebenen Optionalerfordernisse finden sich bei den zitierten Passagen jeweils neben zwingenden Erfordernissen des Ansaugfiltergehäuses und der Gasdruckregelstation.

Von der Antragstellerin wurde niemals auch nur ansatzweise bestritten, dass die auf den Seiten 629 und 630 der Ausschreibungsunterlage verlangte Anlagenverfügbarkeitsgarantie für die Gesamtanlage mit 3 Jahren festgeschrieben war, zumal diese Bestimmungen über die Verfügbarkeitsgarantie auf die Gewährleistungszeit verweisen; und letztere laut Seite 59 der Ausschreibungsunterlage mindestens 36 Monate beträgt. Damit steht fest, dass in der Ausschreibungsunterlage weder die Anlagenverfügbarkeitsgarantie noch die Gewährleistung optional 36 und bloß grundsätzlich mit nur 24 Monaten verlangt waren.

Die Antragstellerin hielt jedoch den Standpunkt der Irrelevanz der 36 - monatigen Gesamtanlagenverfügbarkeitsgarantie im Punkte der Ausscheidung ihres Anbots vom 27.7.2007 bis zuletzt aufrecht und legte dazu zB am 3.12.2007 mit der lfd Nr 240 des Akts ein Gutachten des Privatsachverständigen Sw*** aus Deutschland vor, der offenbar dort als Ingenieurbüro für Beschaffungs- und Projektmanagement tätig ist.

Dieser Privatsachverständige kritisiert vorerst auf Seite 3 von 8 die englische (und nicht deutsche) Abfassung des Protokolls PTTS 7035 über die Vergabegespräche vom 2. und 3. Juli 2007 als nicht ausschreibungskonform, nimmt Auslegungen des Protokolls 7035 hinsichtlich der optional anzubietenden Anlagenverfügbarkeit und des Preises für eine 36 - monatige Gewährleistungszeit vor, bewertet die Aufforderung vom 17. [gemeint wohl: 16.] Juli.2007, Beilage ./1 zum Nachprüfungsantrag bzw gemäß Ordner 4 der Vergabeunterlagen, gleichfalls vor dem Hintergrund des für ihn fehlenden Hinweises auf Ausschlussgründe aus dem Vergabeverfahren ; und bestätigt schließlich dennoch in der Tabelle 1 auf Seite 4 dann selbst, dass die Antragstellerin vom 25. bis zum 36. Monat keine Gesamtanlagenverfügbarkeitsgarantie abgegeben hat. Dafür nennt er für die über 36 Monate hinaus angegebene Gasturbinenverfügbarkeit einen Wert für die prozentuelle Verfügbarkeit.

Eine Aussage dahin, dass die Antragstellerin die Verfügbarkeit der Gesamtanlage für 36 Monate entsprechend den präkludierten Festlegungen in der Verhandlungsrunde am 2. und 3. Juli 2007 angeboten hat, enthält dieses Privatgutachten nicht, sondern argumentiert er hier - zB rücksichtlich des fehlenden Preises für das 3. Jahr „warranty“ mit geringfügigen Beträgen, und sonst mit Marktusancen, einem geringen Anteil der Anlagenverfügbarkeitskosten an den Stromgestehungskosten, funktionaler Vollständigkeit etc.

Ausführungen zu § 321 BVergG 2006 über die Präklusion enthält diese Äußerung allerdings nicht, zumal auch in Deutschland vergleichbar eine Rügepflicht gemäß § 107 Abs 3 deutsches GWB bestehen dürfte. Ausführungen zu Paragraph 321, BVergG 2006 über die Präklusion enthält diese Äußerung allerdings nicht, zumal auch in Deutschland vergleichbar eine Rügepflicht gemäß Paragraph 107, Absatz 3, deutsches GWB bestehen dürfte.

Zudem werden die - vom erkennenden Senat als schlüssig erachteten - Ausführungen der Auftraggeberin in deren Eingabe vom 30.11.2007 (betreffend § 329 Abs 3 BVergG 2006 und der Frage der Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags) nicht widerlegt, dass die fehlende Verfügbarkeitsgarantie für die Gesamtanlage für das
Zudem werden die - vom erkennenden Senat als schlüssig erachteten - Ausführungen der Auftraggeberin in deren Eingabe vom 30.11.2007 (betreffend Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 und der Frage der Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags) nicht widerlegt, dass die fehlende Verfügbarkeitsgarantie für die Gesamtanlage für das

1. 3.Ziffer 3

Garantiejahr im Letztangebot nicht durch eine Verfügbarkeitsgarantie im Langzeitwartungsvertrag substituiert werden kann, da letztere mit wesentlich geringeren Pönalien sanktioniert ist und daher weder rechtlich noch wirtschaftlich den Festlegungen der Auftraggeberin in der Verhandlungsrunde vom 2. und 3. Juli 2007 laut PTTS 7035 entspricht, wobei damit dem erkennenden Senat die wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit einer geringeren Pönalisierung der Gesamtanlagenverfügbarkeit für die Antragstellerin natürlich bewusst ist und so die von den Zeugen DI Pk*** und Oz*** zitierten Managemententscheidungen in den maßgeblichen Konzerngremien der Antragstellerin bzw deren Subunternehmerin damit gleichfalls kaufmännisch erklärlich werden - siehe daher dazu den Schriftsatz der Auftraggeberin, lfd Nr 231 des Akts, wo auch klar dargestellt wird, dass die Antragstellerin ab dem 25. Monat vor allem die Gasturbinenverfügbarkeit garantieren wollte und nicht die Gesamtanlagenverfügbarkeit; die iS der eigenen Aussagen des Zeugen DI Pk*** in der Verhandlung zB auch die Dampfturbinenverfügbarkeit umfassen sollte; wobei von den Dampfturbinen rund 1/3 des erzeugten elektrischen Energie kommen soll; also eben keine „vernachlässigbare Größe“.

Die Antragstellerin beantragte - neben einer weiteren mündlichen Verhandlung - unter Vorlage des gerade erörterten Privatgutachtens am 3.12.2007 die Wiedereröffnung des Beweisverfahrens auf Basis der sachverständigen Stellungnahme des Herrn Sw***, um mit einem Sachverständigen zur Frage der Gasturbinenverfügbarkeit bzw der Gesamtanlagenverfügbarkeit [laut Verhandlungsprotokoll vom 21.11.2007, lfd Nr 194] im Zusammenhang mit dem Angebot der Antragstellerin Beweis aufzunehmen, dies auch unter dem Aspekt des Betriebsrisikos und der Pönalebestimmungen, die im Übrigen gemäß Punkt 10.8. der Ausschreibungsbestimmungen mit maximal 5% des Auftragswerts begrenzt sind.

Vor dem Hintergrund der vorstehend geschilderten Tatsachen ist nunmehr betreffend den sonstigen Gang des Vergabeverfahrens und Nachprüfungsverfahrens festzuhalten, dass Herr Oz*** mit einem email am 1.8.2007 über Rückfrage der Auftraggeberin per e-mail ohne sichere elektronische Signatur einen Preis für die 36-monatige Garantie von 0.5 % des Generalunternehmerpreises nannte;

dass Herr Oz*** am 6.8.2007 per e-mail an die Auftraggeberin mitteilte, dass hinsichtlich Verfügbarkeitsgarantie definitiv nur 24 Monate angeboten würden;

dass die Antragstellerin vermutete, dass der Si*** AG Österreich nach der Letztangebotsfrist vom 27.7.2007 die Möglichkeit eingeräumt worden wäre, ihr Angebot kollusiv mit der Auftraggeberin zum Nachteil der Antragstellerin nachzubessern; und dass die Auftraggeberin die in diesem Verfahren am 19.9.2007 nach Amtsstundenende eingebrachten Nachprüfungsantrag, der insbesondere mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden wurde, die preferred bidder - Entscheidung der Auftraggeberin zu Gunsten der Si*** AG Österreich angefochten hat. Siehe zu diesen Tatsachen den Nachprüfungs- und den Vergabeakt.

Das Bundesvergabeamt erließ - in teilweiser Stattgabe des Antrags - eine erste einstweilige Verfügung mit insbesondere einem Zuschlagsverbot bis 2.11.2007.

Am 2.11.2007 wurde diese eV im Punkte des Zuschlagsverbots bis 14.12.2007 verlängert, nachdem zuvor in einer ersten mündlichen Verhandlung am 15.10.2007 sich eine entsprechende Umfänglichkeit der potentiell spruchrelevant erscheinenden Beweisthemen abzeichnete und den Parteien ihre diesbezüglichen Verfahrensrechte einzuräumen waren, zumal der Auftraggebervertreter und einer der beiden Rechtsvertreter der Antragstellerin terminlich in der zweiten Oktoberhälfte verhindert waren und der Auftraggebervertreter - einverstanden mit der eV - Verlängerung jedenfalls im Punkte des Zuschlagsverbots - erst am 6.11.2007 wieder verhandeln konnte.

Die Antragstellerin begehrte danach mit einer am 6.11.2007 protokollierten Eingabe neuerlich zusätzliche Sicherungsmaßnahmen, und wurde diesbezüglich am 13.11.2007 - mit der dritten eV - Entscheidung in diesem Nachprüfungsverfahren negativ beschieden, Bescheid N/0087-BVA/08/2007-EV143.

Im Bundesvergabeamt wurde die Zeit zwischen 15.10.2007 und 6.11.2007 dazu genutzt, um im Rahmen des Verfahrens zur Verlängerung bzw Aufhebung der einstweiligen Verfügung vom 27.9.2007 die Erfolgsaussichten des Hauptverfahrens entsprechend EuGH C-424/01 betreffend die streitgegenständliche Beschaffung mit einem Auftragswert um die 500 Millionen Euro abzuklären, wobei hier an mehr als 3 ganzen Tagen Zeugeneinvernahmen stattfanden - siehe zB die Niederschrift lfd Nr 104 des Akts.

Auf Basis der Niederschriften über die besagten Zeugeneinvernahmen wurde vom Bundesvergabeamt insbesondere auch das Bundeskriminalamt im Punkte urkundentechnischer Untersuchungen im Amtshilfeweg beigezogen, ohne dass diese Untersuchungen bis in die zweite Novemberhälfte mit einer nur annähernden Gewissheit (rücksichtlich der Unschuldsvermutung gemäß Art 6 Abs 2 MRK) ergeben hätten, dass die Auftraggeberin und die Si*** AG Österreich tatsächlich eine Angebotsmanipulation nach dem 27.7.2007 vorgenommen hätten, wobei das Bundesvergabeamt gemäß geltendem Verfahrensrecht nicht vorgreifend beweiswürdigen durfte und daher bis zum Feststehen der Falllösung über die Grundsätze gemäß VwGH 2005/04/0181 im Zuge der gebotenen möglichst raschen Durchführung des Verfahrens parallel in alle relevanten Richtungen zu ermitteln hatte. Auf Basis der Niederschriften über die besagten Zeugeneinvernahmen wurde vom Bundesvergabeamt insbesondere auch das Bundeskriminalamt im Punkte urkundentechnischer Untersuchungen im Amtshilfeweg beigezogen, ohne dass diese Untersuchungen bis in die zweite Novemberhälfte mit einer nur annähernden Gewissheit (rücksichtlich der Unschuldsvermutung gemäß Artikel 6, Absatz 2, MRK) ergeben hätten, dass die Auftraggeberin und die Si*** AG Österreich tatsächlich eine Angebotsmanipulation nach dem 27.7.2007 vorgenommen hätten, wobei das Bundesvergabeamt gemäß geltendem Verfahrensrecht nicht vorgreifend beweiswürdigen durfte und daher bis zum Feststehen der Falllösung über die Grundsätze gemäß VwGH 2005/04/0181 im Zuge der gebotenen möglichst raschen Durchführung des Verfahrens parallel in alle relevanten Richtungen zu ermitteln hatte.

Der von der Antragstellerin zu den Angebotsmanipulationsvorwürfen geführte Zeuge entschlug sich - obiter - nach der Unterfertigung einer einschlägigen eidesstattigen Erklärung zum Manipulationsverdacht zu Beginn dieses Nachprüfungsverfahrens - am 21.11.2007 der Aussage und war daher nicht bereit, seine Informanten aus der Sphäre von Si*** zu nennen, von denen er seinen Manipulationsverdacht ableitete. Er gab dafür - glaubhaft - drohende berufliche Nachteile mit vermögensrechtlichen Konsequenzen an.

Ausscheidensgründe zu Lasten der Antragstellerin wurden im Nachprüfungsverfahren bereits sehr früh im Nachprüfungsverfahren seitens der anderen Parteien geltend gemacht, ohne dass die Auftraggeberin damals schon eine Ausscheidensentscheidung getroffen gehabt hätte. Damit hatte das Bundesvergabeamt zu prüfen, ob bereits aus den Vergabeakten Ausscheidensgründe zu Lasten der Antragstellerin ersichtlich sind, die im Wege der Grundsätze

gemäß VwGH 2005/04/0200 auf Basis der diesbezüglich ständigen Praxis des Senats 8 des Bundesvergabeamts, siehe zB BVA 9.7.2007, N/0055-BVA/08/2007-86, aufzugreifen sind; dies wie gesagt vor der am 20.11.2007 ohnehin auftraggeberseitig erfolgten Ausscheidensentscheidung

Als beim 2. Verhandlungstermin am 6.11.2007 der Zeuge Oz*** laut Seite 10 dieser Verhandlungsniederschrift, lfd Nr 121a angab, er habe den Preis für das optionale 3. Garantiejahr anzugeben vergessen, wurde das Ermittlungsverfahren bereits am 6.11.2007 insbesondere auf die Frage des unvollständigen Angebots der Antragstellerin eingeschränkt.

Die Verhandlung war zu diesem Zeitpunkt fortzusetzen, da insbesondere auch die Antragstellerin in zeitlicher Hinsicht am 6.11.2007 die ihr zukommenden Fragerechte nicht mehr ausüben konnte.

Am 8.11.2007 verfasste die Antragstellerin mit der Eingabe, lfd 123, Protokollseinwendungen und brachte darin insbesondere vor, der Zeuge Oz*** habe am 6.11.2007 in einer Passage ab Seite 17 der Niederschrift nicht gesagt, I forgot the price ..., sondern We forgot the price ...: Die Antragstellerin stellte danach zu Verhandlungsbeginn am 8.11.2007 in Aussicht, sie würde den Nachprüfungsantrag zurückziehen, wenn sie die Bewertung der Auftraggeberin verstehen könnte, Niederschrift lfd Nr 125a über die Verhandlung am 8.11.2007. Am 8.11.2007 verfasste die Antragstellerin mit der Eingabe, lfd 123, Protokollseinwendungen und brachte darin insbesondere vor, der Zeuge Oz*** habe am 6.11.2007 in einer Passage ab Seite 17 der Niederschrift nicht gesagt, römisch I forgot the price ..., sondern We forgot the price ...: Die Antragstellerin stellte danach zu Verhandlungsbeginn am 8.11.2007 in Aussicht, sie würde den Nachprüfungsantrag zurückziehen, wenn sie die Bewertung der Auftraggeberin verstehen könnte, Niederschrift lfd Nr 125a über die Verhandlung am 8.11.2007.

Sohin wurde am 8.11.2007 im Lichte eines möglichen Interessenausgleichs gemäß 43 Abs 5 AVG im Einvernehmen mit den Parteien festgelegt, dass die Verhandlung am 21.11.2007 fortzusetzen wäre, wenn die Antragstellerin nach den Bewertungsgesprächen mit der Auftraggeberin am 8.11.2007 ihren Antrag nicht zurückziehen würde. Der Termin 21.11.2007 wurde ausdrücklich deshalb festgelegt, nachdem Herr Oz*** sein Kommen zu diesem Termin versichert hatte. Sohin wurde am 8.11.2007 im Lichte eines möglichen Interessenausgleichs gemäß Paragraph 43, Absatz 5, AVG im Einvernehmen mit den Parteien festgelegt, dass die Verhandlung am 21.11.2007 fortzusetzen wäre, wenn die Antragstellerin nach den Bewertungsgesprächen mit der Auftraggeberin am 8.11.2007 ihren Antrag nicht zurückziehen würde. Der Termin 21.11.2007 wurde ausdrücklich deshalb festgelegt, nachdem Herr Oz*** sein Kommen zu diesem Termin versichert hatte.

Am 8.11.2007 fanden dann im Rahmen einer Zeugeneinvernahme vor dem Senat außerhalb der Verhandlung die Erörterungen zwischen Herrn Oz*** und DI Pk*** einerseits und dem Kernbewertungsteam der Auftraggeberin andererseits statt - Niederschrift 125B des Akts.

Der Nachprüfungsantrag wurde nach diesen Gesprächen und mehreren diesbezüglichen Eingaben namens der Antragstellerin allerdings nicht zurückgezogen.

Das Bundesvergabeamt bestellte ob der Eingabe, lfd Nr 123 eine Japanisch Dolmetscherin bereits für den 21.11.2007.

Die Rechtsvertretung der Antragstellerin teilte mit der am 19.11.2007 protokollierten Eingabe, lfd Nr 166, mit dass der Zeuge Oz*** am 21.11.2007 nicht erscheinen könne.

Die Auftraggeberin verfasste am 20.11.2007 eine Ausscheidensentscheidung, die in der Verhandlung am 21.11.2007 sogleich zu Verfahrensgegenstand gemacht wurde.

Diese Ausscheidensentscheidung beinhaltet die für diesen Bescheid als spruchtragend herangezogenen Ausscheidensgründe, die jedenfalls ab 6.11.2007 auf Tatsachenebene Verfahrensgegenstand gewesen sind.

Diese Entscheidung lautet in den hier interessierenden Teilen auf

Deutsch und auf Englisch:

Betrifft:

Project GDK Mellach

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

Turbine Power Plant at the site in Mellach

„Decision to reject your offer“

Dear Sirs:

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

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

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

Yours sincerely,

VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH & Co KG

VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH

Enclosures: „Ausscheidensentscheidung“ and translation

Ausscheidensentscheidung,

die ergeht an die Mi*** .. Europe, Ltd, 3rd floor, Thavies Inn House, 3-4 Holborn Circus, London EC1N 2HA, wie folgt:

Sehr geehrte Herren,

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

Die Mi*** .. Europe, Ltd ist damit nicht mehr Bieter in diesem Vergabeverfahren.

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

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

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

oder mehrdeutig ist, dass eine Ergänzung durch den Auftraggeber weder zumutbar noch möglich ist, ohne dass dem Bieter unzulässige Wettbewerbsvorteile zukämen. Letzteres betrifft insbesondere die unten mit Bullets gekennzeichneten Mängel des Angebots.

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

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

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

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

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

8.2.3 der Ausschreibungsbedingungen.

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

Im Gegenteil:

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

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

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

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

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

All dies blieb der Bieter trotz schriftlicher Aufforderung schuldig.

Über Urgenz des Auftraggebers hat schließlich der Bieter mit dem Begleitschreiben zum Letztangebot vom 27. Juli 2007 wahrheitswidrig ausgeführt, die entsprechende Antragstellung beim zuständigen Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit eingebracht zu haben. Wahr ist vielmehr, dass lediglich am Tag vor Legung des Letztangebotes vom 27. Juli 2007 der Bieter beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit hinsichtlich eines Teiles der gewerberechtlich geforderten Befugnisse angefragt hat, insbesondere die ausdrücklich geforderte Befugnis für die Leistung des reglementierten Gewerbes des Baumeisters in jenem Schreiben nicht einmal angesprochen, geschweige denn eine diesbezügliche Gleichstellung oder Anerkennung beantragt hat.

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

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

geforderte Auskünfte nicht erteilt wurden.

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

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

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

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

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

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

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

Insbesondere betrifft dies folgende Ausschreibungswidrigkeiten:

- -Strichaufzählung
Die gemäß Pkt 2.7.1 der Ausschreibungsbedingungen, Seite 59 von 568, anzubietende Garantiefrist von 36 Monaten war durch Ihr Unternehmen nicht angeboten worden. Dazu wird auf die oben stehenden Ausführungen verwiesen.
- -Strichaufzählung
Die angebotene Garantie der Anlagenverfügbarkeit widerspricht Punkt 8.2.3 der Ausschreibungsbedingungen und ist trotz gegenteiliger Zusage des Bieters in der Verhandlungsrunde vom 2. und 3. Juli 2007 nur mit 24 statt mit 36 Monaten angeboten. Auch dazu wird auf die oben stehenden Ausführungen verwiesen.
- -Strichaufzählung
Im Angebot fehlt entgegen Punkt 3.1.1.2 der Ausschreibungsunterlagen das für die Durchführung der Instandhaltungsmaßnahmen erforderliche Personal des Auftragnehmers. Vielmehr versucht das Angebot, diese vom Auftragnehmer zu erbringende Leistung dem Auftraggeber zu überbinden.
- -Strichaufzählung
Weiters wird auch noch im Letztangebot vom 27. Juli 2007 entgegen Pkt. 3.6.8 der Ausschreibungsunterlagen die Lieferung der Teile nicht, wie dies gefordert ist „delivered duty paid“ angeboten, sondern „delivered duty unpaid“. Entgegen der Zusage des Bieters in der Verhandlungsrunde vom 2. und 3. Juli 2007, diese Kosten konkret anzubieten, erfolgte lediglich eine unverbindliche Kostenschätzung im Letztangebot vom 27. Juli 2007.
- -Strichaufzählung
Weiters war nach Punkt 3.6.10 der Ausschreibungsunterlagen zwingend gefordert, dass der Bieter anbietet, jene Anlagenteile aufzuarbeiten und/oder zu ersetzen, welche im Rahmen des Long Term Service Agreements im Zuge

des letzten Instandhaltungseinsatzes auszubauen sind. Dass diese Leistungen im Angebot enthalten und daher auch eingepreist sein müssen, hat der Auftraggeber in der Verhandlungsrunde vom 2. und 3. Juli 2007 ausdrücklich klargestellt. Der Bieter hat zwar – wie in der Verhandlungsrunde vom 2. und 3. Juli 2007 zugesagt – eine Preisliste für diese Teile vorgelegt und eine Aufstellung der vom Bieter erwarteten Lebensdauer dieser Teile vorgelegt, aber nicht – wie gefordert – diese Leistung gemäß Punkt 3.6.10 in sein Angebot einkalkuliert, sondern diesen Aufwand dem Auftraggeber überbunden. Die genannten Preise waren überdies nicht – wie gefordert – DDP, sondern CIP (carriage insurance paid) genannt. Dies widersprach auch der sonstigen Preiskalkulation des Bieters, die – wenngleich ausschreibungswidrig – DDU erfolgte.

- -Strichaufzählung

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

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

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

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

Mit vorzüglicher Hochachtung,

VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH & Co KG

VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH

Graz, 20. November 2007

[Englische Version der Ausscheidensentscheidung]

Rejection Decision

Issued to Mi*** .. Europe, Ltd, [Adresse], as follows:

Dear Sirs,

In the awarding procedure for Gas- and Steam Turbine – Combined Cycle Power Plant Mellach (GDK – Mellach) with the invitation to tender a bid for the construction of a 800 MW Gas- and Steam Turbine Power Plant at Mellach, the contracting authority (customer) VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH & Co KG (FN 220426g), hereby informs you that the offer tendered by the Mi*** .. Europe, Ltd (Final Offer as of 27 July 2007 – in the following referred to in short as „the offer“) is hereby formally rejected.

The Mi*** .. Europe, Ltd is, therefore, no longer a bidder in this awarding procedure.

It is made clear that the Mi*** .., Japan, which was invited to tender an offer in this awarding procedure failed to do so and thus never became a bidder in this awarding procedure. römisch eins t is made clear that the Mi*** .., Japan, which was invited to tender an offer in this awarding procedure failed to do so and thus never became a bidder in this awarding procedure.

The rejection of the offer is issued according to § 269 BundesvergabeGesetz 2006 – BVergG 2006 – BGBl I 2006/17 in its current version) and especially because the rejection grounds prescribed in § 269 Section 1, subsections 1, 2, 3, 4, 5, and 7 have been met by the offer. The rejection of the offer is issued according to Paragraph 269, BundesvergabeGesetz 2006 – BVergG 2006 – (BGBl römisch eins 2006/17 in its current version) and especially because the rejection grounds prescribed in Paragraph 269, Section 1, subsections 1, 2, 3, 4, 5, and 7 have been met by the offer.

Further, the contracting authority also makes use of the possibility granted by § 269 Section 3 BVergG 2006 to reject the bidder's offer because the bidder failed to submit the requested clarifications respectively these clarifications lacked plausible arguments and furthermore the offer, respectively its essential parts, were either incomplete, unclear, or ambiguous. It is noted further that the completion of the offer by the contracting authority is neither acceptable nor possible unless an unfair advantage were given to this bidder in the awarding procedure. The preceding refers specifically to the deficiencies of the offer listed in the bullet points below. Further, the contracting authority also makes use of the possibility granted by Paragraph 269, Section 3 BVergG 2006 to reject the bidder's offer because the bidder failed to submit the requested clarifications respectively these clarifications lacked plausible arguments and furthermore the offer, respectively its essential parts, were either incomplete, unclear, or ambiguous. römisch eins t is noted further that the completion of the offer by the contracting authority is neither acceptable nor possible unless an unfair advantage were given to this bidder in the awarding procedure. The preceding refers specifically to the deficiencies of the offer listed in the bullet points below.

We are of the opinion that from the information you received in case N/0087 – BVA/08/2007 at the Bundesvergabeamt of the Republic of Austria, you are well informed of the reasons for the rejection of your offer as these reasons were specified in detail by the contracting authority in the said proceedings, and additionally we inform you as follows:

The warranty and guarantee period, which was supposed to be 36 months according to Point 2.7.1 of the tender documents, page 59 of 568 was not offered by your company.

Despite explicit request by the contracting authority to do so, the bidder only offered a warranty period of 24 months and failed to remedy this deficiency in your offer although explicitly asked to do so. Instead, you only offered a further period of 12 months on an optional basis in exchange for a specific additional fee to be paid. Although reserving the right to request this additional fee in your final offer as of 27 July 2007, you failed to name the amount of this fee.

At a later date, you named this fee, but it was never offered in a binding way.

Even more grievous is the deficiency of your offer regarding the guarantee of plant availability according to point 8.2.3 of the tender documents.

There, it is clearly mandated that this guarantee of plant availability must be offered for the full guarantee and warranty period noted above, which is 36 months. Despite the firm commitment of the bidder during the course of the negotiations on 2 and 3 July 2007, this was not included in the final offer of 27 July 2007.

On the contrary:

Upon request from the contracting authority, Mr. Oz*** made clear in an e-mail message from 6 August 2007 that the extension of the guarantee of plant availability, although it was promised in the course of the negotiations on 2 and 3 July 2007, had not been made part of the final offer because the bidder chose not to offer it. The extension of the warranty and guarantee period up to 36 months, offered on an optional basis, does not cover this guarantee of plant availability, for which he states: "That means, availability guarantee ends 24 months after take over."

This is not only an essential contradiction to the tender documents but also a deficiency of the offer, which cannot be remedied and which — even if it stood alone — gives sufficient reason to reject the offer.

Further, your company failed to provide the required proofs of suitability as requested in documents for participation.

Thus, all of the proofs provided by Mi*** .., Japan, the parent company of the bidder, are missing for the bidder itself.

Furthermore, neither the bidder itself nor Mi*** .., Japan, has given proof that they are suitable to pursue the professional activity which has been tendered for in Austria nor that they have introduced the legal proceedings necessary to acquire recognition or equalization under the Austrian Gewerbeordnung (Industrial Code).

The bidder failed to do all of this despite written request.

Upon urgent request of the contracting authority, the bidder finally in its cover letter, accompanying its final offer of 27 July 2007, stated that the bidder had introduced the application noted above at the Ministry of Economics and Labour, which is completely contradictory to the truth. It is moreover true that the bidder on the day before issuing its final offer of 27 July 2007 simply contacted the said Ministry of Economics and Labour regarding a small part of the authorizations necessary for taking up the professional activities requested in the tender, specifically he did not even mention the authorization necessary for the services of the regulated trade of a building constructor, let alone did the bidder introduce an application for this recognition or equalization. Upon urgent request of the contracting authority, the bidder finally in its cover letter, accompanying its final offer of 27 July 2007, stated that the bidder had introduced the application noted above at the Ministry of Economics and Labour, which is completely contradictory to the truth. It is moreover true that the bidder on the day before issuing its final offer of 27 July 2007 simply contacted the said Ministry of Economics and Labour regarding a small part of the authorizations necessary for taking up the professional activities requested in the tender, specifically he did not even mention the authorization necessary for the services of the regulated trade of a building constructor, let alone did the bidder introduce an application for this recognition or equalization.

This not only results in the bidder's unsuitability to pursue the professional activity but also means the bidder has made itself guilty of false statements regarding its suitability.

Furthermore, the bidder did not inform the contracting authority about its turnovers as requested in the documents for participation, the consequence of which is that the bidder has proven itself unsuitable and additionally failed to give the necessary information about its suitability.

Further neither the bidder nor Mi*** .., Japan, of which only the latter had been invited to tender, brought proof of the company liability insurance coverage with a minimum coverage of € 10 Mio., which is required under point 4.2 of the participation documents and is necessary for the proof of economic and financial standing. Requests to remedy this deficiency were not fulfilled.

Further, the offer was not tendered by Mi*** .., Japan, which had submitted the application to participate in the first stage of the awarding procedure and (at least some) proofs required but the offer was tendered by Mi*** .. Europe, Ltd., which had neither applied to participate nor had been invited to tender, nor ever delivered the proofs required.

Further, Mi*** .., Europe left it unclear to the contracting authority until the very end who was and currently is actually bidding in these proceedings. Upon specific request to clarify this matter, the bidder, who had up until this point acted alone, surprised the contracting authority with the information (as far as his unclear wording can be interpreted) that the "KW-AG***" would not only be subcontractor but also partner in a bidding consortium and furthermore reserved the right for itself to fulfill the contract through an open consortium. Still, in the final offer from 27 July 2007, the bidder reserved for itself the right to "change partners."

The consequence of all this is that the contracting authority could not and cannot determine which contractor or contractors are supposed to be contracting parties in the event of the award of the contract, so that, for this reason, the offer is to be rejected.

Further, there is no binding signed version of the offer, especially since none of the documents submitted with the final offer from 27 July 2007 gives evidence that the offer has been duly signed for Mi*** .. Europe, Ltd.

This furthermore constitutes a breach of point 1.6.1.6 of the tendering documents, which mandates that the power of attorney of those persons who have signed the bid must be proved in the bidding documents.

Finally, even in its final version from 27 July 2007, the offer contains a series of deficiencies, which were discussed at length in the course of the proceedings mentioned above and are, therefore, well known by you.

This refers especially to the following deficiencies of the bid:

The warranty and guarantee period, which was supposed to be 36 months according to Point 2.7.1 of the tender documents page 59 of 568 was not offered by your company. In this regard, we refer to the explanations listed above.

The offered guarantee regarding plant availability does not meet the requirements of point 8.2.3 of the tender documents and was only offered with 24 instead of 36 months, despite the contrary commitment of the bidder during the course of the negotiations on 2 and 3 July 2007. Here, we also refer to the above explanations.

In contradiction to point 3.1.1.2 of the tender documents, the costs for the personnel necessary for the bidder to carry out maintenance are not included. Moreover, the offer placed this service, which is to be offered by the bidder, on the contracting authority.

Further contradictory to point 3.6.8, the delivery of parts is not offered "delivered duty paid" (DDP) but "delivered duty unpaid" (DDU). Despite the commitment of the bidder in the negotiations of 2 and 3 July 2007 to concretely offer these costs, there was only a non-binding cost assessment in the final offer from 27 July 2007.

Further, it was obligatory according to point 3.6.10 of the tender documents that the bidder offer to repair and/or replace the plant parts, which were to be removed within the framework of a Long-Term Service Agreement in the last maintenance service. That these services were to be included in the offer and also the costs given for them was specifically made clear by the customer in the negotiations of 2 and 3 July 2007. The bidder agreed to submit a price list and a listing of the lifespan of these parts as promised in the negotiations on 2 and 3 July but failed to calculate this service, according to Point 3.6.10 in its offer as asked and instead transferred the workload to calculate this expense to the customer. Moreover, the stated prices were not named—as asked—DDP, but instead CIP (carriage insurance paid). This also contradicted the other price calculations of the bidder, which, even though not conform with the tender, were listed as

DDU.

Finally, according to point 8.1, paragraph 3 of the tender documents, it is required „the provided main components of the plant are no prototypes.“ Further it is required in Point 4.1.2, subpoint 5 that the plant must have already proven its operational reliability through a satisfactory number of operating hours. Instead of this, the bidder offered main plant components that, according to the bidder's own information, had not yet been in operation. Consequently the bidder justified its inability to calculate the requirement for the refurbishment of parts according to Point 3.6.10 of the tender documents with its lack of experience in practical use of these machines.

Specifically these contradictions to the tender named above are examples of why the contracting authority cannot be expected to furthermore consider the offer of Mi*** .. Europe, Ltd. in its final version from 27 July 2007 in consideration of all of the deficiencies of this offer, which were not remedied despite repeated requests to the bidder do so; therefore, the contracting authority cannot maintain this offer in this current awarding procedure and, therefore, rejects this offer, not only on the basis of § 269 Section 1 BVergG 2006 but also on the basis of § 269 Section 3 BVergG 2006. Specifically these contradictions to the tender named above are examples of why the contracting authority cannot be expected to furthermore consider the offer of Mi*** .. Europe, Ltd. in its final version from 27 July 2007 in consideration of all of the deficiencies of this offer, which were not remedied despite repeated requests to the bidder do so; therefore, the contracting authority cannot maintain this offer in this current awarding procedure and, therefore, rejects this offer, not only on the basis of Paragraph 269, Section 1 BVergG 2006 but also on the basis of Paragraph 269, Section 3 BVergG 2006.

As a matter of form, we state here that this notification of the rejection of the offer from Mi*** .. Europe, Ltd. in its final form from 27 July 2007, indicating the reasons, has been sent via facsimilie (fax) to the bidder (this has been documented), and we further note that, notwithstanding the immediate legal effectiveness of this rejection decision, a time limit of 14 days for any application for re-examination of this rejection decision by the Bundesvergabeamt will begin following the receipt of this rejection decision. We also note that the binding language for this rejection decision is the German language, that the German version of this decision is the binding version, and that the German version will take precedence over the English translation in all cases of ambiguity and/or inconsistency.

Yours sincerely,

VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH & Co KG

VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH

Graz, 20. November 2007

Nach der Verhandlung am 21.11.2007 fand am 27.11.2007 der nächste Verhandlungstermin statt, zu dem - neben dem Zeugen DI Pk*** und anderen Zeugen - insbesondere auch Herr Oz*** erschien. Herr Oz*** wurde am 27.11.2007 unter Zuhilfenahme einer bestellten Dolmetscherin einvernommen, wobei die Antragstellerin Herrn Oz*** in der Verhandlung zusätzlich eine weitere private Japanisch - Dolmetscherin zur Seite stellte.

Die Antragstellerin dieses Verfahrens brachte während der Verhandlung am 27.11.2007 einen Nachprüfungsantrag wider die Ausscheidensentscheidung vom 20.11.2007 und einen neuen eV - Antrag ein.

Das Bundesvergabeamt erledigte diesen eV - Antrag, nach bereits erlassenen eV - Entscheidungen betreffend dieses Vergabeverfahren vom 27.9.2007, 2.11.2007 und 13.11.2007 am 4.12.2007 abweislich zur neuen Geschäftszahl betreffend die Ausscheidensentscheidung, N/0114-BVA/08/2007.

Die Antragstellerin brachte danach am 4.12.2007 nach Amtsstundenende eine am 5.12.2007 zu protokollierende Eingabe ein, die neben der „korrigierten Fassung“ des Nachprüfungsantrags wider die Ausscheidensentscheidung ein Eventual - Feststellungsbegehren und ein rücksichtlich der eV -Entscheidung vom 4.12.2007 identes eV - Begehren enthält.

Diese Eingabe wurde am 5.12.2007 zu den Zahlen N/0117-BVA/08/2007 und F/0006-BVA/08/2007 protokolliert, zumal zu entscheiden sein wird, ob mit dieser Eingabe der erste Nachprüfungsantrag vom 27.11.2007 wider Ausscheidensentscheidung zurückgezogen wurde bzw ob dies nur eine Antragswiederholung ist; und wobei diesbezüglich gleichfalls noch über das am 5.12.2007 neuerlich protokollierte eV - Begehren zu befinden sein wird.

Die letzte auch im Nachprüfungsverfahren betreffend preferred bidder - Entscheidung verfahrensbezügliche Eingabe im Punkte der Ausscheidensentscheidung verfasste die Antragstellerin am 5.12.2007 nach Amtsstundenende, in der insbesondere auf die (drohende) Verletzung von Geheimhaltungsinteressen iZm der fraglichen Parteistellung der Si*** AG Österreich auch im Nachprüfungsverfahren N/0114-BVA/08/2007 iZm den Ausscheidensgründen zu Lasten der Antragstellerin eingegangen wird.

Der Senat hat diesbezüglich in diesem Nachprüfungsverfahren betreffend die preferred bidder - Entscheidung eine von den Verfahren betreffend Ausscheidensentscheidung getrennte Entscheidung getroffen, zumal hier die senatsinterne Willensbildung über die verfahrensrechtliche Vorgangsweise in den neuen Verfahren N/0114-BVA/08/2007 und N/0117-BVA/08/2007 noch nicht abgeschlossen werden konnte.

Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt basiert auf den jeweils bezogenen Aktenbestandteilen und Unterlagen.

Die Frage der Auslegung der im Vergabe- und im Nachprüfungsverfahren getätigten Aussagen und Vereinbarungen ist dabei ohnehin eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

Rechtliche Beurteilung

Die gegenständliche Auftraggeberin ist unstreitig und aktuell nicht gemäß § 179 BVergG 2006 freigestellte Sektorenauftraggeberin iS des BVergG 2006 - Amtshilfeauskunft zu § 179 BVergG 2006, lfd Nr 148 des Akts, wobei das BVergG 2006 gemäß § 345 Abs 13 BVergG 2006 idF BGBl I 2007/86 weiterhin in der Stammfassung BGBl I 2006/17 - unter Berücksichtigung der Kassationskundmachung BGBl I 2007/84 auf das vorliegende Vergabe- und Nachprüfungsverfahren anzuwenden ist. Zitate des BVergG 2006 beziehen sich daher grundsätzlich auf die Stammfassung des BVergG 2006, BGBl I 2006/17, die auch zwischen den Parteien unstrittig Anwendung findet. Die gegenständliche Auftraggeberin ist unstreitig und aktuell nicht gemäß Paragraph 179, BVergG 2006 freigestellte Sektorenauftraggeberin iS des BVergG 2006 - Amtshilfeauskunft zu Paragraph 179, BVergG 2006, lfd Nr 148 des Akts, wobei das BVergG 2006 gemäß Paragraph 345, Absatz 13, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 weiterhin in der Stammfassung BGBl römisch eins 2006/17 - unter Berücksichtigung der Kassationskundmachung BGBl römisch eins 2007/84 auf das vorliegende Vergabe- und Nachprüfungsverfahren anzuwenden ist. Zitate des BVergG 2006 beziehen sich daher grundsätzlich auf die Stammfassung des BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17, die auch zwischen den Parteien unstrittig Anwendung findet.

Für nicht im BVergG 2006 geregelte Fragen ist zu klären, welche Rechtsordnung subsidiär Anwendung findet.

Da das BVerG 2006 materiellrechtlich (partiell zwingendes) Sondervertragsabschlussrecht für vergaberechtsunterworfenen Auftraggeber enthält, damit eindeutig Teil der sonstigen Privatrechtsordnung ist, und sich in eben dieses Gefüge als partielles Sonderprivatrecht einfügt, ist über Art 4 Abs 1 iVm Art 8 Abs 1 EVÜ subsidiär sonstiges materielles österreichisches Vertragsabschlussrecht bzw sonstiges Privatrecht auf die rechtliche Beurteilung der Handlungen der Parteien im Vergabeverfahren anzuwenden, zumal hier zu Österreich und zur österreichischen Rechtsordnung die stärkste Beziehung besteht und eine subsidiäre Anwendung des jeweiligen Lieferantenstatuts bei ausländischen Bietern unterschiedlicher Herkunft zu Verschiedenbehandlungen je nach nationaler Provenienz des Bieters führen könnte, was dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Vergaberechts eklatant widersprechen würde. Da das BVerG 2006 materiellrechtlich (partiell zwingendes) Sondervertragsabschlussrecht für vergaberechtsunterworfenen Auftraggeber enthält, damit eindeutig Teil der sonstigen Privatrechtsordnung ist, und sich in eben dieses Gefüge als partielles Sonderprivatrecht einfügt, ist über Artikel 4, Absatz eins, in Verbindung mit Artikel 8, Absatz eins, EVÜ subsidiär sonstiges materielles österreichisches Vertragsabschlussrecht bzw sonstiges Privatrecht auf die rechtliche Beurteilung der Handlungen der Parteien im Vergabeverfahren anzuwenden, zumal hier zu Österreich und zur österreichischen Rechtsordnung die stärkste Beziehung besteht und eine subsidiäre Anwendung des jeweiligen Lieferantenstatuts bei ausländischen Bietern unterschiedlicher Herkunft zu Verschiedenbehandlungen je nach nationaler Provenienz des Bieters führen könnte, was dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Vergaberechts eklatant widersprechen würde.

Dieses Ergebnis würde sich im Übrigen in entsprechender Auslegung auch unter Berücksichtigung der Wahl des österreichischen materiellen Rechts (ohne UN - Kaufrecht) auf den Seiten 48f der Ausschreibungsunterlagen für den nachmaligen Leistungsvertrag als Vertragsstatut iVm wiederum Art 8 Abs 1 EVÜ ergeben. Dieses Ergebnis würde sich im Übrigen in entsprechender Auslegung auch unter Berücksichtigung der Wahl des österreichischen materiellen Rechts (ohne UN - Kaufrecht) auf den Seiten 48f der Ausschreibungsunterlagen für den nachmaligen Leistungsvertrag als Vertragsstatut in Verbindung mit wiederum Artikel 8, Absatz eins, EVÜ ergeben.

Die Festlegung vom 16.7.2007 betreffend die preferred bidder - Vorgangsweise, die Festlegungen in der Verhandlungsrunde am 2. und 3. Juli.2007, die Abfassung des Gesprächsprotokolls 7035 und die gegenständlich angefochtene preferred bidder - Entscheidung vom 5.9.2007 sind Festlegungen der Auftraggeberin während der Verhandlungsphase bzw während der Angebotsfrist; bzw im Punkte des Schreibens vom 16.7.2007 jedenfalls auch eine Einladung zur Angebotsabgabe; sohin insgesamt jedenfalls gesondert anfechtbar gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd) BVerG 2006. Die Festlegung vom 16.7.2007 betreffend die preferred bidder - Vorgangsweise, die Festlegungen in der Verhandlungsrunde am 2. und 3. Juli.2007, die Abfassung des Gesprächsprotokolls 7035 und die gegenständlich angefochtene preferred bidder - Entscheidung vom 5.9.2007 sind Festlegungen der Auftraggeberin während der Verhandlungsphase bzw während der Angebotsfrist; bzw im Punkte des Schreibens vom 16.7.2007 jedenfalls auch eine Einladung zur Angebotsabgabe; sohin insgesamt jedenfalls gesondert anfechtbar gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d,) BVerG 2006.

Die Antragstellerin focht betreffend das streitgegenständliche Vergabeverfahren beim Bundesvergabeamt innerhalb der dafür gemäß § 321 BVerG 2006 vorgesehenen Fristen bislang die preferred bidder - Entscheidung vom 5.9.2007 und die Ausscheidensentscheidung vom 20.11.2007 an, womit diese angefochtenen Entscheidungen vor allem auch an den unangefochten gebliebenen Vorfestlegungen der Auftraggeberin hinsichtlich ihrer Rechtmäßigkeit bzw Kassationsbedürftigkeit gemäß §§ 320ff und insbesondere 325 Abs 1 BVerG 2006 zu messen sind. Die Antragstellerin focht betreffend das streitgegenständliche Vergabeverfahren beim Bundesvergabeamt innerhalb der dafür gemäß Paragraph 321, BVerG 2006 vorgesehenen Fristen bislang die preferred bidder - Entscheidung vom 5.9.2007 und die Ausscheidensentscheidung vom 20.11.2007 an, womit diese angefochtenen Entscheidungen vor allem auch an den unangefochten gebliebenen Vorfestlegungen der Auftraggeberin hinsichtlich ihrer Rechtmäßigkeit bzw Kassationsbedürftigkeit gemäß Paragraphen 320 f, f und insbesondere 325 Absatz eins, BVerG 2006 zu messen sind.

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

Soweit die Antragstellerin unter Hinweis auf zu Lasten der Si*** AG Österreich im Raum stehende

Ausscheidensgründe hinweist und damit ein anderes Verfahrensergebnis anstrebt, bestand für den Senat kein Grund, von der zitierten Rsp des Höchstgerichts abzugehen, zumal auf die gegenständliche Vergabe die Sektorenregelungen Anwendung finden.

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

Soweit die Antragstellerin eine Verbindung dieses Verfahrens mit dem bzw den Nachprüfungsverfahren über die Ausscheidensentscheidung anstrebt, ist sie vorerst darauf hinzuweisen, dass dies im Zweckmäßigkeitsermessen der Behörde liegt - §§ 38, 39 Abs 2 und 59 Abs 1 AVG. Soweit die Antragstellerin eine Verbindung dieses Verfahrens mit dem bzw den Nachprüfungsverfahren über die Ausscheidensentscheidung anstrebt, ist sie vorerst darauf hinzuweisen, dass dies im Zweckmäßigkeitsermessen der Behörde liegt - Paragraphen 38, 39, Absatz 2 und 59 Absatz eins, AVG.

Dass die Frage der Ausscheidensnotwendigkeit der Antragstellerin bzw deren Ausgeschiedensein in diesem Verfahren als Vorfrage und in den Verfahren N/0114-BVA/08/2007 und N/0117-BVA/08/2007 (mitunter) als Hauptfrage auftritt, ändert nichts an dem Umstand, dass das Ausscheidensthema zu ihren Lasten mit der Antragstellerin sehr umfänglich bereits in diesem Verfahren und insbesondere in allen spruchrelevanten Punkten hinreichend erörtert wurde. Da diese

Sache daher iS VwGH 2005/04/0181 und § 39 Abs 3 AVG spruchreif ist, war nicht mehr auf die Spruchreife der anderen zitierten Verfahren zu warten, bei denen zB erst zu beurteilen sein wird, ob es rechtlich relevant ist, dass ein Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung in zwei Schriftsätzen und mit nicht deckungsgleichen Begründungselementen enthalten ist, wobei im zweiten Verfahren N/0117-BVA/0872007 in der verfahrenseinleitenden Eingabe vom - protokolliert - 5.12.2007 neben einem zusätzlichen Eventualfeststellungsbegehren - neuerlich ein vom Begehren identer eV - Antrag enthalten ist, der zur GZ N/0114-BVA/08/2007 bereits am 4.12.2007 vor Amtsstundenende erledigt war, bevor wie gesagt die nach Amtsstundenende per e-mail versandte Eingabe im Akt N/0117-BVA/08/2007 gemäß § 13 Abs 5 AVG am 5.12.2007 protokolliert werden konnte. Dass die Frage der Ausscheidensnotwendigkeit der Antragstellerin bzw deren Ausgeschiedensein in diesem Verfahren als Vorfrage und in den Verfahren N/0114-BVA/08/2007 und N/0117-BVA/08/2007 (mitunter) als Hauptfrage auftritt, ändert nichts an dem Umstand, dass das Ausscheidensthema zu ihren Lasten mit der Antragstellerin sehr umfänglich bereits in diesem Verfahren und insbesondere in allen spruchrelevanten Punkten hinreichend erörtert wurde. Da diese Sache daher iS VwGH 2005/04/0181 und Paragraph 39, Absatz 3, AVG spruchreif ist, war nicht mehr auf die Spruchreife der anderen zitierten Verfahren zu warten, bei denen zB erst zu beurteilen sein wird, ob es rechtlich relevant ist, dass ein Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung in zwei Schriftsätzen und mit nicht deckungsgleichen Begründungselementen enthalten ist, wobei im zweiten Verfahren N/0117-BVA/0872007 in der verfahrenseinleitenden Eingabe vom - protokolliert - 5.12.2007 neben einem zusätzlichen Eventualfeststellungsbegehren - neuerlich ein vom Begehren identer eV - Antrag enthalten ist, der zur GZ N/0114-BVA/08/2007 bereits am 4.12.2007 vor Amtsstundenende erledigt war, bevor wie gesagt die nach Amtsstundenende per e-mail versandte Eingabe im Akt N/0117-BVA/08/2007 gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG am 5.12.2007 protokolliert werden konnte.

In rechtlicher Hinsicht vertritt der erkennende Senat die Auffassung, dass sich die Grundsätze des Erkenntnisses des VwGH 2005/04/0181 auch auf die Rechtslage zum BVergG 2006 übertragen lassen, so dass der Antrag des zu Recht ausgeschiedenen Bieters wider die Auswahlentscheidung zu Gunsten des Konkurrenten mangels Rechtsverletzung durch diese Auswahlentscheidung weiterhin (meritorisch) abzuweisen ist

Das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin am 20.11.2007 erfolgte auf Basis der Ergebnisse des abgeführten Ermittlungsverfahrens und unter Hinweis auf den Text der Ausscheidensentscheidung aus folgenden Gründen zu Recht:

Erstens hat die Antragstellerin entgegen der Zusage vom 2. und 3. Juli 2007 in ihrem Letztangebot am 27.7.2007 keinen Preis für eine Garantie/Gewährleistung/warranty von ihrerseits über eine Option insgesamt dann doch angebotenen 36 Monate genannt, da die Antragstellerin hier grundsätzlich und entgegen den nachmaligen Wünschen des Auftraggebers und bereits entgegen den Ausschreibungsunterlagen nur 24 Monate Garantie/Gewährleistung anbieten wollte. Das Letztangebot enthielt zwar dann eine „Option“ auf 36 Monate Garantie/Gewährleistung, „optional warranty“, allerdings ohne einen Preis zu nennen.

Dabei handelt es sich um eine Unvollständigkeit und Fehlerhaftigkeit des Letztangebots der Antragstellerin, da dieser „optionale Preis“ zwingend in die Bewertung gemäß Punkt 9 der Ausschreibungsunterlagen einfließt und daher die nachmalige Nennung nach der Letztangebotsfrist die Wettbewerbsstellung der Antragstellerin verändert hat.

Dass die Auftraggeberin nicht vorab von einem kostenlosen Anbot der restlichen 12 Monate zur Erreichung der geforderten 36 Monate ausgehen durfte, ergibt sich aus der Vermutung der §§ 354 HGB bzw UGB, dass der Kaufmann im Zweifel nichts umsonst tut, einerseits und den Aussagen des Zeugen DI Pk*** am 21.11.2007 andererseits und dem mail des Herrn Oz*** vom 1.8.2007 wiederum andererseits, welches - ohne sichere Signatur - dennoch dem Text nach unbestritten blieb. Dass die Auftraggeberin nicht vorab von einem kostenlosen Anbot der restlichen 12 Monate zur Erreichung der geforderten 36 Monate ausgehen durfte, ergibt sich aus der Vermutung der Paragraphen 354, HGB bzw UGB, dass der Kaufmann im Zweifel nichts umsonst tut, einerseits und den Aussagen des Zeugen DI Pk*** am 21.11.2007 andererseits und dem mail des Herrn Oz*** vom 1.8.2007 wiederum andererseits, welches - ohne sichere Signatur - dennoch dem Text nach unbestritten blieb.

Wenn die Antragstellerin selbst Manipulationen nach dem 27.7.2007 im Angebot von Si*** vermutet hat, dokumentiert dies die Richtigkeit der Wertung des VwGH -Erkenntnisses 2004/04/0100, dass bereits die abstrakte Manipulationsgefahr mitunter eine rechtlich relevante Vergaberechtswidrigkeit begründet.

Sohin durfte die Auftraggeberin nach der Letztangebotsfrist keine Preiskorrektur bei der Antragstellerin mehr

vornehmen lassen, sondern hatte sich - iS eines objektiv redlichen e-mail - Verständnisses des Letztangebots und der diesbezüglich nach dem 27.7.2007 geführten e-mail - Korrespondenz - zu vergewissern, ob die Antragstellerin die Aufbesserung auf 36 Monate vielleicht gratis anbieten würde, um nicht nachträglich einem Risiko der Preiserhöhung über § 872 ABGB ausgesetzt zu sein. Sohin durfte die Auftraggeberin nach der Letztangebotsfrist keine Preiskorrektur bei der Antragstellerin mehr vornehmen lassen, sondern hatte sich - iS eines objektiv redlichen e-mail - Verständnisses des Letztangebots und der diesbezüglich nach dem 27.7.2007 geführten e-mail - Korrespondenz - zu vergewissern, ob die Antragstellerin die Aufbesserung auf 36 Monate vielleicht gratis anbieten würde, um nicht nachträglich einem Risiko der Preiserhöhung über Paragraph 872, ABGB ausgesetzt zu sein.

(Das abstrakte Manipulationsrisiko bestand dabei darin, dass die Antragstellerin nach dem 27.7.2007 ja durch Indiskretionen erfahren hätte können - wie sie das ja selbst als zu ihren Lasten geschehen offenbar vermutet -, wie die Konkurrenz preislich liegt, womit dann eine Nachforderung mit der nachmaligen Preisnennung in einem Betrag verbunden hätte sein können, der die eigene Stellung im Wettbewerb nicht verändert, aber dennoch mehr Entgelt bringt.) Steht aber nunmehr fest, dass die Antragstellerin ein Anbot ohne diesbezüglich konkret genannte Preiskomponente nannte, ist das Angebot der Antragstellerin nicht verbesserungsfähig unvollständig. Denn ein auch nach Auffassung der Antragstellerin am 27.7.2007 insoweit unvollständiges Angebot führt dazu, dass die Konkurrenz der Antragstellerin vergaberechtlich darauf hinwirken könnte, dass die Antragstellerin mangels fristgerecht und wettbewerbsrelevant nicht verbesserungsfähigen Angebots auszuscheiden wäre.

Sofern die Antragstellerin diese Position mit dem Hinweis auf die Optionsbestimmung in Punkt 9 der Ausschreibungsunterlage vertritt, dass die Aufbesserung der „warranty“ auf 36 Monate im Optionswege und daher der dafür anfallende Preis nicht bewertungsrelevant wären, ist die Antragstellerin darauf zu verweisen, dass unter Optionen iS dieses Punktes 9. der Ausschreibung bei der gebotenen objektiven Auslegung der Ausschreibung nach dem Maßstab eines durchschnittlich fachkundigen Bieters - siehe dazu BVA 6.12.2007, N/0089-BVA/08/2006-88 mWH auf die Rsp des VWGH und EuGH - nur die im Sachverhalt an anderen Stellen der Ausschreibung zitierten Optionen der Ausschreibungsunterlage gemeint sein können, denn ansonsten hätte es die Bieterin bei dem in Punkt 9 vorgegebenen Bewertungssystem in der Hand, ausschreibungswidrig permanent billigere Lösungen, als in der Ausschreibung oder sonstigen präkludierten Festlegungen der Auftraggeberin verlangt, anzubieten und damit ihre Wettbewerbssituation gegenüber der Konkurrenz permanent zu verbessern, während die Auftraggeberin danach zum Erhalt der von ihr gemäß ihren präkludierten Festlegungen gewünschten Leistung - ohne Eingang in die Bewertung - permanent nicht in der Bewertung berücksichtigte - Mehrpreise bezahlen müsste.

Ein derartiges Verständnis der Optionsbestimmung in Punkt 9 der Ausschreibung auf deren Seite 638 würde das vergaberechtliche Gebot des fairen Parallelwettbewerbs gemäß § 187 Abs 1 BVergG 2006 eklatant verletzen. Ein derartiges Verständnis der Optionsbestimmung in Punkt 9 der Ausschreibung auf deren Seite 638 würde das vergaberechtliche Gebot des fairen Parallelwettbewerbs gemäß Paragraph 187, Absatz eins, BVergG 2006 eklatant verletzen.

Wenn die Antragstellerin diesbezüglich letztlich versucht, darauf hinzuweisen, dass sie davon ausgehen durfte, dass nochmals zB auch über den Gewährleistungs-/Garantiepreis von 36 Monaten verhandelt würde, ist sie auf die präkludierten Festlegungen in der Letztverhandlungsrunde im Juli und auf die Aufforderung zur Letztangebotsabgabe hinzuweisen.

Diese Festlegungen sind eindeutig gemäß den §§ 863, 914f und 870ff ABGB auszulegen, also nach der Vertrauens Theorie, wonach Erklärungen des anderen im Zusammenhang mit entgeltlichen Rechtsgeschäften so auszulegen sind, wie sie der Anerklärte als objektiv redlicher Erklärungsempfänger grundsätzlich nach ihrem objektiven Sinn verstehen durfte. Diese Festlegungen sind eindeutig gemäß den Paragraphen 863, 914 f und 870 f, f ABGB auszulegen, also nach der Vertrauens Theorie, wonach Erklärungen des anderen im Zusammenhang mit entgeltlichen Rechtsgeschäften so auszulegen sind, wie sie der Anerklärte als objektiv redlicher Erklärungsempfänger grundsätzlich nach ihrem objektiven Sinn verstehen durfte.

Auf Basis der Letztverhandlungsrunde und insbesondere aufgrund der schriftlichen Aufforderung zum Letztangebot vom 16.7.2007 mit dem darin ersichtlichen Bewertungsprozedere hatte die Antragstellerin objektiv redlich zu folgern, dass das letztgültig mit ihr Festgelegte ab Angebotsabgabe in die preferred bidder - Bewertung und damit in den vergaberechtlichen Parallelwettbewerb einfließt. Für eine andere Auslegung blieb bei Würdigung insbesondere der

Festlegung vom 16.7.2007, ausgeschickt an die Antragstellerin am 18.7.2007, für einen objektiv redlichen Erklärungsempfänger überhaupt kein Raum mehr, zumal seit dem Zugang der Festlegung vom 16.7.2007 am 18.7.2007 auch für die Antragstellerin klar sein musste, dass sich das - in dieser Festlegung mit seinen Ablaufsänderungen damals neu strukturierte - Verhandlungsverfahren in der Schlussphase befindet. In diesem Schreiben wird nämlich als letzter Vergabeverfahrensabschnitt die preferred bidder - Auswahl auf Basis des „final offer“ festgelegt. Verhandlungen über für das Zuschlagssystem bewertungsrelevante Aspekte sind damit ab 27.7.2007, 14.00 Uhr objektiv redlich ausgeschlossen gewesen.

Durch die Unterlassung der Nennung des Preises für die insgesamt 36 Monate „warranty“ hat die Antragstellerin zudem - über den Ausscheidensgrund gemäß § 269 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 hinaus - nicht die von ihr am 2. und 3. Juli 2007 verlangte Preis - Aufklärung gegeben und wurde daher korrekt ausgeschieden - § 269 Abs 3 BVergG 2006. Durch die Unterlassung der Nennung des Preises für die insgesamt 36 Monate „warranty“ hat die Antragstellerin zudem - über den Ausscheidensgrund gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 hinaus - nicht die von ihr am 2. und 3. Juli 2007 verlangte Preis - Aufklärung gegeben und wurde daher korrekt ausgeschieden - Paragraph 269, Absatz 3, BVergG 2006.

In gleicher Weise wird die Ausscheidensentscheidung deshalb korrekt durch § 269 Abs 3 BVergG 2006 - wegen unterlassener Aufklärung - getragen, weil die Antragstellerin laut den Sachverhaltsfeststellungen nicht exakt DDP angeboten hat, obwohl sie dies, also die Nennung der davon betroffenen Angebotsteile bzw des diesbezüglich anzubietenden Preises inklusive des Zollaufwands, am 2. und 3. Juli 2007 zugesichert hatte. Die Mitteilung einer Schätzung des Zollaufwands durch die Antragstellerin ist nämlich gerade keine Preisangabe, die vergaberechtlich zulässig in die den fairen Parallelwettbewerb sichernde Vergleichsbewertung gemäß Punkt 9. der Ausschreibungsunterlage idF der Festlegung vom 16.7.2007 einfließen durfte. In gleicher Weise wird die Ausscheidensentscheidung deshalb korrekt durch Paragraph 269, Absatz 3, BVergG 2006 - wegen unterlassener Aufklärung - getragen, weil die Antragstellerin laut den Sachverhaltsfeststellungen nicht exakt DDP angeboten hat, obwohl sie dies, also die Nennung der davon betroffenen Angebotsteile bzw des diesbezüglich anzubietenden Preises inklusive des Zollaufwands, am 2. und 3. Juli 2007 zugesichert hatte. Die Mitteilung einer Schätzung des Zollaufwands durch die Antragstellerin ist nämlich gerade keine Preisangabe, die vergaberechtlich zulässig in die den fairen Parallelwettbewerb sichernde Vergleichsbewertung gemäß Punkt 9. der Ausschreibungsunterlage in der Fassung der Festlegung vom 16.7.2007 einfließen durfte.

Die Ausscheidensentscheidung ist zudem letztlich auch deshalb gemäß § 269 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 rechtmäßig, weil die Antragstellerin die von ihr im Rahmen präkludierter Vorfestlegungen geforderte Verfügbarkeit der Gesamtanlage von 36 Monaten nicht am 27.7.2007 angeboten hatte. Die Ausscheidensentscheidung ist zudem letztlich auch deshalb gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 rechtmäßig, weil die Antragstellerin die von ihr im Rahmen präkludierter Vorfestlegungen geforderte Verfügbarkeit der Gesamtanlage von 36 Monaten nicht am 27.7.2007 angeboten hatte.

Dass eine mehr als 36 Monate angebotene Gasturbinenverfügbarkeit nicht die zumindest für 36 Monate präkludiert verlangte Gesamtanlagenverfügbarkeitsgarantie substituieren kann, noch dazu wo die Gasturbinenverfügbarkeit gemäß der Ausschreibungsunterlage bzw den sonstigen Festlegungen der Auftraggeberin mit geringeren Pönalien als eben die Gesamtanlagenverfügbarkeitsgarantie sanktioniert ist, liegt auf der Hand.

Vergleichsweise wird der Käufer beim Autokauf, wenn er eine 36 - monatige Garantie auf die gesamte Fahrtauglichkeit wünscht, ein Gegenangebot des Verkäufers mit 10 - jähriger Karosseriegarantie und bloß 2 Jahren Motorengarantie - insbesondere wegen Dissenses gemäß § 869 ABGB - zurückweisen können. Vergleichsweise wird der Käufer beim Autokauf, wenn er eine 36 - monatige Garantie auf die gesamte Fahrtauglichkeit wünscht, ein Gegenangebot des Verkäufers mit 10 - jähriger Karosseriegarantie und bloß 2 Jahren Motorengarantie - insbesondere wegen Dissenses gemäß Paragraph 869, ABGB - zurückweisen können.

Dass die Antragstellerin nach der Aufforderung zum Letztangebot mit der Festlegung vom 16.7.2007 insoweit nicht mehr mit Nachverhandlungsmöglichkeiten ausgehen durfte, ist wiederum gemäß der Vertrauens Theorie eindeutiges Auslegungsergebnis.

Eine Wiedereröffnung des Beweisverfahrens nach dem 3.12.2007 wegen der Eingabe der Antragstellerin an diesem Tag mit der Ifd 240 erübrigte sich, da durch den darin ersichtlichen Beweisantrag kein anderes Verfahrensergebnis zu

erzielen wäre - § 39 Abs 3 AVG. Eine Wiedereröffnung des Beweisverfahrens nach dem 3.12.2007 wegen der Eingabe der Antragstellerin an diesem Tag mit der lfd 240 erübrigte sich, da durch den darin ersichtlichen Beweisantrag kein anderes Verfahrensergebnis zu erzielen wäre - Paragraph 39, Absatz 3, AVG.

Bei diesem Verfahrensstand musste daher insbesondere auch nicht mehr geklärt werden, wie die Rechtslage iZm § 188 Abs 1 BVergG 2006 ist, wenn nach dieser Bestimmung die Bewerber oder aber Bieter ein Verfahren gemäß §§ 373c ff durchlaufen müssen, während gewerberechtlich nach den §§ 373c ff nur natürliche Personen gemäß der hM als Antragsteller in Frage kommen dürften; Bei diesem Verfahrensstand musste daher insbesondere auch nicht mehr geklärt werden, wie die Rechtslage iZm Paragraph 188, Absatz eins, BVergG 2006 ist, wenn nach dieser Bestimmung die Bewerber oder aber Bieter ein Verfahren gemäß Paragraphen 373 c, ff durchlaufen müssen, während gewerberechtlich nach den Paragraphen 373 c, ff nur natürliche Personen gemäß der hM als Antragsteller in Frage kommen dürften;

es war auch nicht mehr zu klären, ob entsprechend dem Text der Ausscheidensentscheidung eine analoge Anwendbarkeit des § 126 Abs 3 BVergG 2006 als Ausscheidensgrund in dem grundsätzlich auftraggeberfreundlicheren Sektorenbereich zulässig ist; es war auch nicht mehr zu klären, ob entsprechend dem Text der Ausscheidensentscheidung eine analoge Anwendbarkeit des Paragraph 126, Absatz 3, BVergG 2006 als Ausscheidensgrund in dem grundsätzlich auftraggeberfreundlicheren Sektorenbereich zulässig ist;

bzw ob die Antragstellerin tatsächlich wegen fehlender Zuverlässigkeit iZm Falscherklärungen auszuschließen gewesen und deren Angebot daher auszuschneiden gewesen wäre;

bzw ob es entsprechend dem Vorbringen und der Vermutung der Si*** AG Österreich in der Eingabe, lfd Nr 230 nachweisbar ist, dass die Subunternehmerin der Antragstellerin das hier geführte Nachprüfungsverfahren tatsächlich als "Faustpfand" für anderweitige Interessen benutzen möchte, was das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss der Antragstellerin in diesem Vergabeverfahren sehr in Frage stellen könnte.

Die seitens der Antragstellerin gestellten Pauschalgebührenersatzanträge waren abzuweisen, da die Antragstellerin mit ihrem Nichtigkeitsbegehren wider die preferred bidder - Entscheidung nicht obsiegt hat - § 319 BVergG 2006, jedoch die Gebühren vor der Kassationskündigung BGBl I 2007/84 entrichtet wurden und von der Anlassfallwirkung - iS einer dann gebotenen Zurückweisung der Ersatzanträge nicht umfasst sind. Die seitens der Antragstellerin gestellten Pauschalgebührenersatzanträge waren abzuweisen, da die Antragstellerin mit ihrem Nichtigkeitsbegehren wider die preferred bidder - Entscheidung nicht obsiegt hat - Paragraph 319, BVergG 2006, jedoch die Gebühren vor der Kassationskündigung BGBl römisch eins 2007/84 entrichtet wurden und von der Anlassfallwirkung - iS einer dann gebotenen Zurückweisung der Ersatzanträge nicht umfasst sind.

Schlagworte

preferred bidder; Ausscheiden; Auslegung von Auftraggeberfestlegungen;

Dokumentnummer

VERGT_20071207_N_0087_BVA_08_2007_257_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