

TE Verg Bescheid 2007/11/2 N/0087-BVA/08/2007-EV118

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.11.2007

Norm

BVergG 2006 §329 Abs3

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat am 2.11.2007 gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 durch den Vorsitzenden des Senats 8 Mag Reinhard Grasböck betreffend die Antragsgegnerin und Auftraggeberin VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH & Co KG und deren Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich mit der Bezeichnung "Projekt GDK Mellach, Ausschreibung: Errichtung eines 800 MW Gas- und Dampfturbinen-Kombinationskraftwerks am Standort Mellach" in Erledigung der diesbezüglich seitens der Antragstellerin Mi*** und der Auftraggeberin gestellten Anträge auf Verlängerung bzw auf gänzliche bzw teilweise Aufhebung der am 27.9.2007 erlassenen einstweiligen Verfügung; sowie auch über die seitens der Si*** diesbezüglich gestellten Anträge wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat am 2.11.2007 gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 durch den Vorsitzenden des Senats 8 Mag Reinhard Grasböck betreffend die Antragsgegnerin und Auftraggeberin VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH & Co KG und deren Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich mit der Bezeichnung "Projekt GDK Mellach, Ausschreibung: Errichtung eines 800 MW Gas- und Dampfturbinen-Kombinationskraftwerks am Standort Mellach" in Erledigung der diesbezüglich seitens der Antragstellerin Mi*** und der Auftraggeberin gestellten Anträge auf Verlängerung bzw auf gänzliche bzw teilweise Aufhebung der am 27.9.2007 erlassenen einstweiligen Verfügung; sowie auch über die seitens der Si*** diesbezüglich gestellten Anträge wie folgt entschieden:

Spruch

Der VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH & Co KG ist die Erteilung des Zuschlags im als Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich abgeführten Vergabeverfahren mit der Bezeichnung "Projekt GDK Mellach, Ausschreibung: Errichtung eines 800 MW Gas- und Dampfturbinen-Kombinationskraftwerks am Standort Mellach" weiterhin für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens des Bundesvergabeamts mit der GZ N/0087-BVA/08/2007, längstens aber nunmehr

bis zum Ablauf des 14.12.2007 untersagt.

Das Mehrbegehren der Antragstellerin, wie am 15.10.2007 in der mündlichen Verhandlung im eigentlichen Nachprüfungsverfahren vorgetragen und auf 1. eine ohne fixen Endtermin verlängerte einstweilige Verfügung, 2. auf

eine weitere Aussetzung der angefochtenen preferred bidder - Entscheidung sowie 3. auf das Verbot weiterer Verhandlungen zwischen der Auftraggeberin und der Si*** gerichtet, wird abgewiesen.

Das am 27.9.2007 verfügte Verhandlungsverbot und die verfügte Aussetzung der preferred bidder - Entscheidung werden mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

Rechtsgrundlage: § 329 Abs 3 BVergG 2006, BGBl I 2006/17; § 59 Abs 1 AVG BGBl 1991/51 idF BGBl I 2004/10
Rechtsgrundlage: Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17; Paragraph 59, Absatz eins, AVG BGBl 1991/51 in der Fassung BGBl römisch eins 2004/10

Die seitens der Mitbeteiligten, der Si***, am 17.10.2007 gestellten und am 31.10.2007 ausdrücklich aufrecht erhaltenen Anträge betreffend das Vorgehen gemäß § 329 Abs 3 BVergG 2006 werden
Die seitens der Mitbeteiligten, der Si***, am 17.10.2007 gestellten und am 31.10.2007 ausdrücklich aufrecht erhaltenen Anträge betreffend das Vorgehen gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 werden zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 330 Abs 2 BVergG 2006, BGBl I 2006/17.
Rechtsgrundlage: Paragraph 330, Absatz 2, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17.

Begründung

Sachverhalt samt Parteinovorbringen und Verfahrensgang:

Die Antragsgegnerin (im Folgenden auch nur: Auftraggeberin) brachte am 19.9.2007 nach Ende der Amtsstunden einen Nachprüfungsantrag gegen eine preferred bidder - Entscheidung ein und begehrte zur Sicherung ihres Rechtsgestaltungsbegehrens eine einstweilige Verfügung (= eV). Diese Anträge wurden gemäß § 13 Abs 5 AVG am 20.9.2007 protokolliert; und begannen daher ab 20.9.2007 die entsprechenden Entscheidungsfristen für das Bundesvergabeamt.
Die Antragsgegnerin (im Folgenden auch nur: Auftraggeberin) brachte am 19.9.2007 nach Ende der Amtsstunden einen Nachprüfungsantrag gegen eine preferred bidder - Entscheidung ein und begehrte zur Sicherung ihres Rechtsgestaltungsbegehrens eine einstweilige Verfügung (= eV). Diese Anträge wurden gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG am 20.9.2007 protokolliert; und begannen daher ab 20.9.2007 die entsprechenden Entscheidungsfristen für das Bundesvergabeamt.

Nach den entsprechenden Ermittlungen im eV - Verfahren erließ der auch nunmehr erkennende Senatsvorsitzende eine einstweilige Verfügung (= eV) mit folgendem Spruch:

Das Bundesvergabeamt hat am 27.9.2007 gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 durch den Vorsitzenden des Senats 8 Mag Reinhard Grasböck betreffend die Antragsgegnerin und Auftraggeberin VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH & Co KG und deren Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich mit der Bezeichnung "Projekt GDK Mellach, Ausschreibung: Errichtung eines 800 MW Gas- und Dampfturbinen-Kombinationskraftwerks am Standort Mellach", über den am 20.9.2007 protokollierten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, gestellt durch die gemeinsam durch X*** und Y*** vertretene Antragstellerin Mi*** wie folgt entschieden:
Das Bundesvergabeamt hat am 27.9.2007 gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 durch den Vorsitzenden des Senats 8 Mag Reinhard Grasböck betreffend die Antragsgegnerin und Auftraggeberin VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH & Co KG und deren Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich mit der Bezeichnung "Projekt GDK Mellach, Ausschreibung: Errichtung eines 800 MW Gas- und Dampfturbinen-Kombinationskraftwerks am Standort Mellach", über den am 20.9.2007 protokollierten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, gestellt durch die gemeinsam durch X*** und Y*** vertretene Antragstellerin Mi*** wie folgt entschieden:

Spruch

Dem von der Antragstellerin gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung,

1. 1.Ziffer eins

die Entscheidung über die Auswahl des "preferred bidders" im Schreiben vom 5. September 2007 bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamts in gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution

auszusetzen und der Antragsgegnerin bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamts in gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution zu untersagen, den Zuschlag zu erteilen;

2. 2.Ziffer 2

der Antragsgegnerin bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamts im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zu untersagen, das Verhandlungsverfahren mit Si*** fortzusetzen;

sowie [vor dem Hintergrund des seitens der Antragstellerin unter Punkt 3.2. dargestellten Sachverhalts] weitere geeignete Maßnahmen gemäß § 329 Abs 2 BVergG 2006 zu erlassen, nämlich sowie [vor dem Hintergrund des seitens der Antragstellerin unter Punkt 3.2. dargestellten Sachverhalts] weitere geeignete Maßnahmen gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 zu erlassen, nämlich

1. 3.Ziffer 3

die Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Verfügung zu verpflichten, der Antragstellerin eine Kopie sämtlicher Protokolle über den Vorgang der Angebotsprüfung auf Basis der Letztangebote gemäß § 267 iVm § 128 BVergG 2006 zur Verfügung zu stellen; die Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Verfügung zu verpflichten, der Antragstellerin eine Kopie sämtlicher Protokolle über den Vorgang der Angebotsprüfung auf Basis der Letztangebote gemäß Paragraph 267, in Verbindung mit Paragraph 128, BVergG 2006 zur Verfügung zu stellen;

2. 4.Ziffer 4

die Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Verfügung zu verpflichten, der Antragstellerin den Beweis dafür zu liefern, dass das Letztangebot der Si*** in der Zeit nach dem 27.Juli 2007 nicht in unzulässiger Weise nachgebessert wurde und somit kein unzulässiger Weise nachgebessertes Angebot der angefochtenen Auswahlentscheidung zu Grunde liegt;

und

1. 5.Ziffer 5

die Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Verfügung zu verpflichten, dem Bundesvergabeamt den Beweis dafür zu liefern, dass das Letztangebot der Si*** in der Zeit nach dem 27.Juli 2007 nicht in unzulässiger Weise nachgebessert wurde und somit kein unzulässiger Weise nachgebessertes Angebot der angefochtenen Auswahlentscheidung zu Grunde liegt,

wird

teilweise stattgegeben.

Der VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH & Co KG ist die Erteilung des Zuschlags im als Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich abgeführten Vergabeverfahren mit der Bezeichnung "Projekt GDK Mellach, Ausschreibung: Errichtung eines 800 MW Gas- und Dampfturbinen-Kombinationskraftwerks am Standort Mellach" für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens, längstens aber

bis zum Ablauf des 2.11.2007 untersagt.

Die Entscheidung der Antragsgegnerin VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH & Co KG vom 5.9.2007, die Si*** im gegenständlichen Vergabeverfahren als "preferred bidder" gemäß den eigenen Festlegungen der Antragsgegnerin im Schreiben vom 16.7.2007 auszuwählen, wird für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens, längstens aber

bis zum Ablauf des 2.11.2007 ausgesetzt.

Der Antragsgegnerin ist es bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamts in diesem Nachprüfungsverfahren, längstens aber bis zum Ablauf des 2.11.2007 untersagt, das Verhandlungsverfahren mit der Si*** fortzusetzen.

Die in zeitlicher Hinsicht gestellten Mehrbegehren bzw die im Punkte der begehrten Sicherungsmaßnahmen weitergehenden Begehren werden

abgewiesen.

Rechtsgrundlagen: §§ 328, 329 und 330 BVergG 2006, BGBl I 2006/17
Rechtsgrundlagen: Paragraphen 328, 329 und 330 BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17

Die Auftraggeberin hat zu Beginn des Nachprüfungsverfahrens betreffend den ursprünglichen eV-Antrag ausdrücklich vorgebracht, dass sie sich nicht gegen die beantragte eV ausspreche; und hat dieses Vorbringen zentral in die

Begründung der - hinsichtlich ihres Spruchs gerade zitierten - ersten Provisorialmaßnahme Eingang gefunden - eV - Bescheid, lfd Nr 27 des Verwaltungsakts.

Im Nachprüfungsverfahren über den gestellten Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen preferred bidder - Entscheidung fand am erstmals am 15.10.2007 eine mündliche Verhandlung statt.

Vor dem 15.10.2007 hatte insbesondere der - neben einer weiteren Rechtsanwältin - die Rechtsvertretung der Antragstellerin wahrnehmende und insbesondere zustellbevollmächtigte Rechtsanwalt darum ersucht, dass die mündliche Verhandlung nicht in der Zeit von 22.10.2007 bis 26.10.2007 stattfinden möge.

Der die Vertretung der Auftraggeberin wahrnehmende Rechtsanwalt ersuchte insbesondere auch am 15.10.2007 in der Verhandlung bzw während einer Verhandlungspause um Anberaumung der fortgesetzten mündlichen Verhandlung nicht vor dem 6.11.2007, da er bis 4.11.2007 am Abend im Ausland wäre, am 5.11.2007 noch nicht entsprechend für eine Verhandlung verfügbar wäre; wobei der zB am 15.10.2007 die Vertretung der Auftraggeberin mitwahrnehmende Rechtsanwaltsanwärter demnächst bis Februar 2008 auf Prüfungsurlaub wäre.

Da in dem unter Teilnahme von über 20 Personen abgeführten ersten Verhandlungstermin weder der Senat all seine zum damaligen Zeitpunkt aktuell erscheinenden Fragen stellen konnte; noch den Parteien die entsprechende Fragemöglichkeit an die anwesenden Zeugen eingeräumt werden konnte, wurde unter Berücksichtigung der weiteren Terminwünsche des Vertreters der Auftraggeberin - dieser ist nach seinen Aussagen am 15.10.2007 zB auch am 7.11.2007 verhindert - die Fortsetzung der Verhandlung für den 6.11.2007 und für den 9.11.2007 geplant; und zwischenzeitig jedenfalls für den 6.11.2007 anberaumt - Inhalt des Verwaltungsakts samt den hiermit bestätigten sonstigen amtlichen Wahrnehmungen des gefertigten Senatsvorsitzenden.

In der Zwischenzeit wurden durch Parteienschriftsätze samt entsprechenden Beweisanträgen und amtlichen Ermittlungen Tatsachenangaben gemacht, die die Einvernahme ausländischer Zeugen aus London bzw sogar aus Japan notwendig machen könnten, so die Spruchrelevanz derartiger Beweisaufnahmen unter Berücksichtigung des § 42 Abs 2 Z 3 VwGG nicht durch andere allenfalls erst zu erweisende Tatsachen verneint werden kann. In der Zwischenzeit wurden durch Parteienschriftsätze samt entsprechenden Beweisanträgen und amtlichen Ermittlungen Tatsachenangaben gemacht, die die Einvernahme ausländischer Zeugen aus London bzw sogar aus Japan notwendig machen könnten, so die Spruchrelevanz derartiger Beweisaufnahmen unter Berücksichtigung des Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer 3, VwGG nicht durch andere allenfalls erst zu erweisende Tatsachen verneint werden kann.

Medial fand das streitgegenständliche Nachprüfungsverfahren zB am 6.10.2007 Eingang in die Tageszeitung "DIE PRESSE", wobei in der entsprechenden Ausgabe auf Seite 24 die Rechtswidrigkeitsbehauptungen der Antragstellerin gemäß § 322 Abs 1 Z 6 BVergG 2006 gegenüber der Auftraggeberin teilweise medial dargestellt wurden und zudem Vermutungen über ein vergabebezügliches Gespräch eines Vorstandsmitglieds der Mitbeteiligten mit dem Bundeskanzler geäußert wurden. Medial fand das streitgegenständliche Nachprüfungsverfahren zB am 6.10.2007 Eingang in die Tageszeitung "DIE PRESSE", wobei in der entsprechenden Ausgabe auf Seite 24 die Rechtswidrigkeitsbehauptungen der Antragstellerin gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG 2006 gegenüber der Auftraggeberin teilweise medial dargestellt wurden und zudem Vermutungen über ein vergabebezügliches Gespräch eines Vorstandsmitglieds der Mitbeteiligten mit dem Bundeskanzler geäußert wurden.

Der Verhandlungsverlauf am 15.10.2007 lässt sich an Hand der Verhandlungsniederschrift, lfd Nr 64 des Verwaltungsakts, Seite 20f, hinsichtlich der weiteren zeitlichen Gestaltung des Nachprüfungsverfahrens wie folgt darstellen:

Um 16.20 Uhr Eine informelle Unterredung mit den Parteienvertretern ergibt, dass am 6.11.2007 bis 16.00 Uhr und 9.11.2007 (ersatzweise bzw. zusätzlich) die Parteienvertreter und die Zeugen, soweit heute anwesend, zeitlich verfügbar wären.

Die Auftraggeberin hat keine Interessen gegen eine Verlängerung der einstweiligen Verfügung einzuwenden, soweit es um das Verbot der Zuschlagsentscheidung bzw. das Verbot der Zuschlagserteilung geht. Sie hat auch keine Einwände gegen jeden förmlichen Verfahrensschritt. Die Auftraggeberin hat nur insofern einen Einwand gegen die Verlängerung der EV, soweit derzeit die Abklärung technischer Details mit Si*** verboten ist.

Der Auftraggeber beantragt insoweit eine sofortige Einschränkung der EV und sichert zu, dass nach der Einschränkung keine Zuschlagserteilung bzw. Zuschlagsentscheidung ergehen wird.

Herr Dr. Br*** bestätigt, dass die Interessenslage von Si*** gleich der der Auftraggeberin [ist].

Frau Dr. Hr***: Der EV-Antrag bleibt vollinhaltlich aufrecht und wird ein Antrag auf Verlängerung der EV, wie derzeit erlassen [, gestellt]. Wäre nämlich das Vergabeverfahren zu widerrufen, würde durch die zwischenzeitigen Verhandlungen für Si*** ein uneinholbarer Wettbewerbsvorsprung entstehen.

Der Senatsvorsitzende teilt nunmehr mit, dass entgegen den bisherigen Festlegungen die nächste mündliche Verhandlung am 6.11.2007 ab 09.00 Uhr in einem noch bekannt zu gebenden Verhandlungssaal stattfinden wird. Ersatzweise bzw. zusätzlich am 9.11.2007, 09.00 Uhr.

Betreffend die Verlängerung bzw. Aufrechterhaltung bzw. Einschränkung der derzeit bestehenden EV wird es den Parteienvertretern ausdrücklich freigestellt bis 17.10.2007, 12.00 Uhr einlangend, beim Bundesvergabeamt ihre diesbezüglichen Interessen nochmals darzulegen.

Der Senatsvorsitzende stellt klar, dass bis zum 6.11.2007 allenfalls unbeschadet dieser Parteienschriftsätze gem § 329 Abs 3 BVergG amtswegig Beweismittel betreffend den Bestand und Umfang der EV aufgenommen werden, dies insbesondere rücksichtlich der Frage der Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages als Entscheidungsdeterminante für die EV-Entscheidung. Der Senatsvorsitzende stellt klar, dass bis zum 6.11.2007 allenfalls unbeschadet dieser Parteienschriftsätze gem Paragraph 329, Absatz 3, BVergG amtswegig Beweismittel betreffend den Bestand und Umfang der EV aufgenommen werden, dies insbesondere rücksichtlich der Frage der Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages als Entscheidungsdeterminante für die EV-Entscheidung.

Im Einvernehmen mit den Parteien wird nunmehr der Antragstellerin, also Mi***, die Möglichkeit eingeräumt, ergänzendes Vorbringen bis 17.10.2007, 12.00 Uhr einlangend, beim Bundesvergabeamt zu erstatten, wobei die Antragstellerin hier diesen Schriftsatz direkt an die anderen Parteien übermitteln wird. Den anderen Parteien wird diesbezüglich eine Replikationsmöglichkeit mit 22.10.2007, 12.00 Uhr, eingeräumt.

Die Antragstellerin erstattete bis 17.10.2007 keinen unmittelbar auf die Provisorialmaßnahme bezogenen Schriftsatz, sondern vielmehr ein hinsichtlich der Hauptsache ergänzendes Vorbringen - Eingabe lfd Nr 74.

Die Auftraggeberin und die Mitbeteiligte brachten am 17.10.2007 eV - bezügliche Schriftsätze ein, in welchen diese Parteien des Nachprüfungsverfahrens bzw zumindest Beteiligten gemäß § 8 AVG des Provisorialverfahrens teilweise vom Verhandlungsvorbringen abweichende Angaben machten - Eingaben lfd Nri 72 und 73. Die Auftraggeberin und die Mitbeteiligte brachten am 17.10.2007 eV - bezügliche Schriftsätze ein, in welchen diese Parteien des Nachprüfungsverfahrens bzw zumindest Beteiligten gemäß Paragraph 8, AVG des Provisorialverfahrens teilweise vom Verhandlungsvorbringen abweichende Angaben machten - Eingaben lfd Nri 72 und 73.

Derart beantragte die Auftraggeberin abweichend von ihrer Position in der Verhandlung vom 15.10.2007 am 17.10.2007 die Aufhebung der einstweiligen Verfügung, die Nicht - Verlängerung derselben und jeweils eventualiter die Einschränkung auf das Verbot der Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung. Im bezogenen Schriftsatz, lfd Nr 73, hat die Auftraggeberin aber abweichend von ihren Primärbegehren auf Seite 2 zugesichert, dass kein Einwand bestünde, wenn die Untersagung der Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung verfügt würde.

Die Mitbeteiligte beantragte am 17.10.2007 die Einschränkung der am 27.9.2007 erlassenen einstweiligen Verfügung, und auch, die neu zu erlassende einstweilige Verfügung in nur eingeschränktem Ausmaß zu erlassen. In der Begründung der Eingabe bezeichnet die Mitbeteiligte das fortgesetzte Verbot einer Zuschlagserteilung bzw maximal das Verbot einer Zuschlagsentscheidung als gelindestes Mittel - Seite 3 der Eingabe, lfd Nr 72.

Auf Tatsachenebene ist zu den vorstehend wieder gegebenen Standpunkten zusätzlich festzuhalten, dass die Antragstellerin bis zum Entscheidungszeitpunkt keinen Antrag auf (Verlängerung) einer eV - eingebracht hat, in dem die Untersagung der Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung gestellt worden wäre, sondern vielmehr von dieser am 15.10.2007 lediglich die Verlängerung der eV vom 27.9.2007 in vollem Umfang beantragt worden ist. Am 27.9.2007 wurde aber wie bereits aufgezeigt 1. ein Zuschlagsverbot iS des § 328 Abs 5, 2. eine Aussetzung der angefochtenen preferred bidder - Entscheidung und 3. ein Verhandlungsstopp verfügt, nicht jedoch ein Verbot der Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung. Mangels eines ursprünglichen oder aber später gestellten Antrags auf Untersagung einer Zuschlagsentscheidung - als einer gemäß § 328 Abs 2 Z 5 genau zu bezeichnenden Maßnahme - wurde daher in Vorwegnahme der hier erforderlichen rechtlichen Beurteilung bislang keine solche Maßnahme verfügt, und kann daher keine derartige Maßnahme verlängert werden. Auf Tatsachenebene ist zu den vorstehend wieder gegebenen

Standpunkten zusätzlich festzuhalten, dass die Antragstellerin bis zum Entscheidungszeitpunkt keinen Antrag auf (Verlängerung) einer eV - eingebracht hat, in dem die Untersagung der Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung gestellt worden wäre, sondern vielmehr von dieser am 15.10.2007 lediglich die Verlängerung der eV vom 27.9.2007 in vollem Umfang beantragt worden ist. Am 27.9.2007 wurde aber wie bereits aufgezeigt 1. ein Zuschlagsverbot iS des Paragraph 328, Absatz 5, 2, eine Aussetzung der angefochtenen preferred bidder - Entscheidung und 3. ein Verhandlungsstopp verfügt, nicht jedoch ein Verbot der Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung. Mangels eines ursprünglichen oder aber später gestellten Antrags auf Untersagung einer Zuschlagsentscheidung - als einer gemäß Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer 5, genau zu bezeichnenden Maßnahme - wurde daher in Vorwegnahme der hier erforderlichen rechtlichen Beurteilung bislang keine solche Maßnahme verfügt, und kann daher keine derartige Maßnahme verlängert werden.

Dies voraussetzend war im Verfahren gemäß § 329 Abs 3 BVergG 2006 als rechtlich relevanter Sachverhalt iS des§ 37 AVG abzuklären, wie die aktuelle Interessenslage hinsichtlich eines Verbots der Untersagung der Zuschlagserteilung, der weiteren Aussetzung der angefochtenen Entscheidung und des aktuell bestehenden Verhandlungsverbots der Auftraggeberin mit der Mitbeteiligten ist. Dies voraussetzend war im Verfahren gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 als rechtlich relevanter Sachverhalt iS des Paragraph 37, AVG abzuklären, wie die aktuelle Interessenslage hinsichtlich eines Verbots der Untersagung der Zuschlagserteilung, der weiteren Aussetzung der angefochtenen Entscheidung und des aktuell bestehenden Verhandlungsverbots der Auftraggeberin mit der Mitbeteiligten ist.

Die Behörde versandte dazu am 29.10.2007 Niederschriften über die Einvernahme von Zeugen im Verfahren gemäß § 329 Abs 3 BVergG 2006 an die Parteien des Nachprüfungsverfahrens, um rechtliches Gehör zu den diesbezüglich gewonnenen Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens zu gewähren; bzw um diesbezüglich auch die aktuelle Interessenslage der Mitbeteiligten im Provisorialverfahren - als einer insoweit bloßen Beteiligten gemäß § 8 AVG - neuerlich abzuklären - lfd Nri 105 und 106 des Akts. Die Behörde versandte dazu am 29.10.2007 Niederschriften über die Einvernahme von Zeugen im Verfahren gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 an die Parteien des Nachprüfungsverfahrens, um rechtliches Gehör zu den diesbezüglich gewonnenen Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens zu gewähren; bzw um diesbezüglich auch die aktuelle Interessenslage der Mitbeteiligten im Provisorialverfahren - als einer insoweit bloßen Beteiligten gemäß Paragraph 8, AVG - neuerlich abzuklären - lfd Nri 105 und 106 des Akts.

Die Mitbeteiligte nahm diesbezüglich zu den aufgezeigten Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens Stellung und hielt ihre eV - bezüglichen Anträge aufrecht - lfd Nr 116.

Weitere Stellungnahmen langten nicht ein.

Vor dem rechtlichen Hintergrund der Entscheidung des EuGH in der Rs C-424/01, dass die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags gemeinschaftsrechtlich eine zulässige Entscheidungsdeterminante bei der Provisorialmaßnahme sind; und zusätzlich vor dem Obersatz, dass es bei allenfalls evident werdender Aussichtslosigkeit des Nachprüfungsantrags nicht sachgerecht wäre, den Auftraggeber durch Provisorialmaßnahmen in der Abwicklung seines Vergabeverfahrens zu behindern,

wurden am 22., 23. und 25.10.2007 die Herren DI Tau***, DI (FH) Fau*** und Ing Bi*** zeugenschaftlich durch den erkennenden Senatsvorsitzenden insbesondere zu Fragen der Abwicklung des Vergabeverfahrens mit der Antragstellerin, zu Fragen der bei der Antragstellerin allenfalls vorliegenden Ausscheidensgründe iZm deren Antragslegitimation, zu Fragen des Bewertungsvorgangs bei den meisten Bewertungskriterien und zu Fragen der aktuell drohenden Verzögerungsschäden einvernommen.

Herr Ing Bi*** konnte bei diesen Einvernahmen aufgrund teilweiser Verhinderung nur eingeschränkt zur Verfügung stehen.

Am Montag, 29.10.2007, wurde zusätzlich Herr Hö*** als Zeuge einvernommen, der in der Sphäre der Antragstellerin am 2.7.2007 die Frage der notwendigen Versicherungen mit der Seite der Auftraggeberin mitverhandelte, da diesbezüglich die zuvor vernommenen Zeugen Aussagen gemacht hatten, die einen urkundenmäßig eindeutig dokumentierten Ausscheidensgrund im Letztangebot der Antragstellerin bedeuten hätten können. Die Einvernahme des Zeugen Hö*** ergab dann aber, dass die Auftraggeberin seines Erachtens damit einverstanden war, dass die abzuschließenden Versicherungen erst nach Zuschlagserteilung vorzuweisen wären.

Auf Basis dieser Aussagedifferenzen war insoweit kein evidenter Ausscheidensgrund zu Lasten der Antragstellerin

ersichtlich, zumal die Einvernahmen der 3 Zeugen aus der Sphäre der Auftraggeberin gezeigt hat, dass kein einziger Bieter ursprünglich ausschreibungskonform angeboten hat und die Auftraggeberin das Vergabeverfahren unter Stützung auf eine Klausel betreffend Abänderungsangebote und deren eingeschränkter Zulässigkeit jeweils fortgesetzt hat.

Aus den diesbezüglichen Zeugenaussagen aus der Sphäre der Auftraggeberin ist damit eindeutig ersichtlich, dass die Auftraggeberin mit einer solchen Vorgangsweise die ohnehin nicht sehr große Bieteranzahl sichern wollte, um nicht nur einem einzigen Bieter ausgeliefert zu sein.

So soll zB die Antragstellerin einmal unter dem Vorbehalt eines anderen früheren Verkaufs angeboten haben, während die Mitbeteiligte zB ein Ausschreibungserfordernis lediglich optional angeboten haben dürfte und dabei zwischen Zweitangebot und Letztangebot den Preis für diese Option um mehrere hundert Prozent erhöhte - Niederschriften lfd Nri 103 und 104.

Im nunmehrigen Nachprüfungsverfahren releviert die Auftraggeberin allerdings derartige Ausschreibungswidrigkeiten, um der Antragstellerin die Antragslegitimation iS von VwGH 2005/04/0200 streitig zu machen, obwohl sie im Vergabeverfahren mit der Antragstellerin sogar noch in der Letztangebotsrunde verhandelte; und ohne dass es dabei - gemäß § 252 Abs 8 BVergG 2006 korrekt - ein größeres Problem gewesen sein dürfte, dass das Teilnahmeantragsformular nicht der Antragstellerin, sondern der japanischen Mutter- bzw Konzernschwestergesellschaft derselben zuzurechnen gewesen sein dürfte; oder ohne dass die Frage der erforderlichen Berufsbefugnisse bei der Aufforderung zum Letztangebot irgendein zentrales Thema gewesen sein dürfte. Diesbezüglich ist daher bislang für den erkennenden Senatsvorsitzenden insgesamt noch kein evidenter Ausscheidensgrund zu Lasten der Antragstellerin ersichtlich geworden, zumal die Einvernahme des Zeugen Hö*** gezeigt hat, dass selbst die Frage der Versicherungen und die diesbezüglichen Erfordernisse bereits auf Basis der Ausschreibungsunterlage unterschiedlich gesehen werden können. Widersprüchlichkeiten in anderen Streitpunkten bestehen ohnedies, bzw konnten diese Widersprüchlichkeiten in den an vier Tagen abgeführten Zeugeneinvernahmen noch nicht endgültig ausgeräumt und bzw entsprechend abgeklärt werden. Im nunmehrigen Nachprüfungsverfahren releviert die Auftraggeberin allerdings derartige Ausschreibungswidrigkeiten, um der Antragstellerin die Antragslegitimation iS von VwGH 2005/04/0200 streitig zu machen, obwohl sie im Vergabeverfahren mit der Antragstellerin sogar noch in der Letztangebotsrunde verhandelte; und ohne dass es dabei - gemäß Paragraph 252, Absatz 8, BVergG 2006 korrekt - ein größeres Problem gewesen sein dürfte, dass das Teilnahmeantragsformular nicht der Antragstellerin, sondern der japanischen Mutter- bzw Konzernschwestergesellschaft derselben zuzurechnen gewesen sein dürfte; oder ohne dass die Frage der erforderlichen Berufsbefugnisse bei der Aufforderung zum Letztangebot irgendein zentrales Thema gewesen sein dürfte. Diesbezüglich ist daher bislang für den erkennenden Senatsvorsitzenden insgesamt noch kein evidenter Ausscheidensgrund zu Lasten der Antragstellerin ersichtlich geworden, zumal die Einvernahme des Zeugen Hö*** gezeigt hat, dass selbst die Frage der Versicherungen und die diesbezüglichen Erfordernisse bereits auf Basis der Ausschreibungsunterlage unterschiedlich gesehen werden können. Widersprüchlichkeiten in anderen Streitpunkten bestehen ohnedies, bzw konnten diese Widersprüchlichkeiten in den an vier Tagen abgeführten Zeugeneinvernahmen noch nicht endgültig ausgeräumt und bzw entsprechend abgeklärt werden.

Herr DI Tau*** und Herr Ing Bi*** gaben allerdings - als bei der Auftraggeberin maßgeblich ins Vergabegeschehen einbezogene Mitarbeiter zur Frage allfälliger finanzieller Nachteile betreffend weitere Verzögerungen des Vergabeverfahrens laut der Niederschrift, lfd Nr 104, Seite 39 an:

Gefragt nach den finanziellen Auswirkungen, falls weitere Verzögerungen im Vergabeverfahren bis nach dem 31.12.2007 zu gewärtigen wären, und falls insbesondere ein Zuschlagsverbot über den 31.12.2007 hinaus bestehen würde,

[DI Tau***]: Die Angebote [der Antragstellerin und der Mitbeteiligten] sind Fixpreisangebote bis 31.12.2007. Ab 1.1.2008 kommt die Gleitung zur Anwendung, diese beträgt im Falle des [Mitbeteiligten] - Angebots 0,7 % pro Monat. Das ergibt bei einer Bestellung im Jänner einen Mehrpreis von [...] Euro, berechnet vom GU-Preis ohne Optionen laut Kuvert 1. B: Bei einer Bestellung im Februar, März usw würden jeweils wieder 0,7 % dazukommen.

[Ing Bi***]: Zu berücksichtigen ist zusätzlich, dass später Erlöse erzielt werden könnten und zusätzlich auch die Kosten des Wartungsvertrages einer Preisgleitung unterliegen.

Diese Zeugenaussagen erweisen damit die Tatsache, dass mangels Vertragsabschluss bis 31.12.2007 bei der Auftraggeberin ein erheblicher finanzieller Nachteil droht und daher eine Verzögerung über den 31.12.2007 hinaus jedenfalls den Interessen der Auftraggeberin widerstreitet.

Hinsichtlich dieses Ergebnisses des Ermittlungsverfahrens ist diesbezüglich weiters festzuhalten, dass sich der hier allein fragliche GU - Preis laut Punkt 9. der Ausschreibungsunterlage auch nach den bei der Antragstellerin als bekannt vorauszusetzenden Erfahrungswerten im Bereich von mehreren hundert Millionen Euro bewegt.

Daher droht nach den Aussagen der genannten Zeugen ab 1.1.2008 ein monatlicher Verzögerungsschaden in Höhe eines Betrags im Millionenbereich.

Diese Aussagen blieben seitens der Antragstellerin auch insoweit bis zur für den 31.10.2007, 12.00 Uhr gesetzten Äußerungsfrist unbestritten.

Weiters sind die Nachteile aus einer späteren Fertigstellung durch Preisgleitungsregeln und durch die zusätzlich verzögerte Stromproduktion als notorisch anzusehen. Diese Aspekte wurden seitens der Antragstellerin jedenfalls nicht bestritten.

Bislang liegen weiters keine Ermittlungsergebnisse vor, die einen zentralen Vorwurf des Nachprüfungsantrags als tatsächlich gegeben erscheinen lassen, nämlich dass es der Mitbeteiligten tatsächlich ermöglicht worden wäre, ihr Letztangebot nach der Letztangebotsfrist wettbewerbswidrig nachzubessern. Die Zeugeneinvernahmen vom 22.10., 23.10. und 25.10. haben diesbezüglich ergeben, dass die Auftraggeberin dem Bundesvergabeamt solche Angebote der Mitbeteiligten als Unterlagen des Vergabeverfahrens vorgelegt hat, die die Bewertung der Angebote zumindest erklärlich erscheinen lassen - siehe nochmals die Niederschrift, lfd Nr 104.

Eine diesbezügliche Beweismittelmanipulation konnte daher bis zum Zeitpunkt der vorliegenden Entscheidung gemäß § 329 Abs 3 BVergG 2006 trotz entsprechender zusätzlicher Ermittlungsschritte nicht festgestellt werden - Nachprüfungsakt des Bundesvergabeamts, derzeit insoweit gemäß § 17 Abs 3 AVG von der Akteneinsicht ausgeschlossen. Eine diesbezügliche Beweismittelmanipulation konnte daher bis zum Zeitpunkt der vorliegenden Entscheidung gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 trotz entsprechender zusätzlicher Ermittlungsschritte nicht festgestellt werden - Nachprüfungsakt des Bundesvergabeamts, derzeit insoweit gemäß Paragraph 17, Absatz 3, AVG von der Akteneinsicht ausgeschlossen.

Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Inhalt des Verwaltungsakts bzw aus dem Inhalt der durch die Auftraggeberin am 26.9.2007 in einem reduzierten Ausmaß gemäß Eingabe, lfd Nr 22 des Verwaltungsakts, vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens, dies unbeschadet der unterschiedlichen juristischen Bewertung der objektivierten Tatsachen hinsichtlich der gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 anzustellenden Interessensabwägung. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Inhalt des Verwaltungsakts bzw aus dem Inhalt der durch die Auftraggeberin am 26.9.2007 in einem reduzierten Ausmaß gemäß Eingabe, lfd Nr 22 des Verwaltungsakts, vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens, dies unbeschadet der unterschiedlichen juristischen Bewertung der objektivierten Tatsachen hinsichtlich der gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 anzustellenden Interessensabwägung.

Rechtliche Beurteilung:

Hinsichtlich des nunmehr längstens bis 14.12.2007 verfügten

Zuschlagsverbots ist zu begründen wie folgt:

Gemäß § 329 Abs 3 BVergG 2006 ist eine erlassene eV aufzuheben oder aber zu verlängern, je nachdem ob die für ihre Erlassung kausalen Aspekte noch immer oder aber nicht mehr vorliegen. Aus den Schriftsätzen der Auftraggeberin und der Mitbeteiligten vom 17.10.2007, lfd Nri 72 und 73 ergibt sich eindeutig, dass die derzeitige Interessenslage dieser Rechtsträger nicht gegen ein derzeit weiter bestehendes Verbot der Zuschlagserteilung spricht. Wenn sich dabei die Auftraggeberin in der Eingabe, lfd Nr 73, ausdrücklich mit einem Verbot der Zuschlagsentscheidung einverstanden erklärt, so bedeutet dies nämlich umso mehr ein Einverständnis zum Verbot der Zuschlagserteilung. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 ist eine erlassene eV aufzuheben oder aber zu verlängern, je nachdem ob die für ihre Erlassung kausalen Aspekte noch immer oder aber nicht mehr vorliegen. Aus den Schriftsätzen der Auftraggeberin

und der Mitbeteiligten vom 17.10.2007, lfd Nri 72 und 73 ergibt sich eindeutig, dass die derzeitige Interessenslage dieser Rechtsträger nicht gegen ein derzeit weiter bestehendes Verbot der Zuschlagserteilung spricht. Wenn sich dabei die Auftraggeberin in der Eingabe, lfd Nr 73, ausdrücklich mit einem Verbot der Zuschlagsentscheidung einverstanden erklärt, so bedeutet dies nämlich umso mehr ein Einverständnis zum Verbot der Zuschlagserteilung.

Das Mehrbegehren der Antragstellerin betreffend die Sicherungsmaßnahmen war aus folgenden Gründen abzuweisen:

In entsprechender Interpretation des im Sachverhalt wiedergegebenen Antrags der Antragstellerin vom 15.10.2007 auf Verlängerung der eV vom 27.9.2007 ist erstens die ohne fixen Endtermin befristete Verhängung eines Zuschlagsverbots enthalten.

Nach der hier vertretenen Auffassung sind derzeit noch keine Tatsachen bescheinigt bzw erwiesen, die gemäß § 329 Abs 3 iVm Abs 1 BVerG 2006 eine Interessenslage darstellen würden, bei der die in Streit stehende Großinvestition - ohne Nachprüfungsentscheidung - durch eine Provisorialmaßnahme länger als über den Jahreswechsel 2007/2008 hinaus gerechtfertigt verzögert werden kann. Sollte daher bis Anfang Dezember 2007 kein Sachverhalt entsprechend erwiesen werden können, der es gebietet, insbesondere auch ohne Beschreitung eines denkmöglichen Zwischenverfahrens gemäß Art 234 EGV entweder der Antragstellerin Antragslegitimation iSv VwGH - Erk 28.3.2007, 2005/04/0200 iVm VwGH - Beschluss 27.6.2007, 2005/04/0111-12 zuzuerkennen und die angefochtene preferred bidder - Entscheidung aufzuheben; oder aber diesbezüglich nur mehr kurzfristig weiter ermitteln zu müssen, so ist es nach Auffassung des hier gefertigten Senatsvorsitzenden auf Basis der aktuell bekannten Tatsachen nicht mehr gerechtfertigt, im Rahmen eines gemäß Art 1 Abs 1 RL 92/13/EWG möglichst rasch abzuführenden Nachprüfungsverfahrens vor Zuschlagserteilung die Vergabe weiter zu stoppen. Nach der hier vertretenen Auffassung sind derzeit noch keine Tatsachen bescheinigt bzw erwiesen, die gemäß Paragraph 329, Absatz 3, in Verbindung mit Absatz eins, BVerG 2006 eine Interessenslage darstellen würden, bei der die in Streit stehende Großinvestition - ohne Nachprüfungsentscheidung - durch eine Provisorialmaßnahme länger als über den Jahreswechsel 2007 aus 2008, hinaus gerechtfertigt verzögert werden kann. Sollte daher bis Anfang Dezember 2007 kein Sachverhalt entsprechend erwiesen werden können, der es gebietet, insbesondere auch ohne Beschreitung eines denkmöglichen Zwischenverfahrens gemäß Artikel 234, EGV entweder der Antragstellerin Antragslegitimation iSv VwGH - Erk 28.3.2007, 2005/04/0200 in Verbindung mit VwGH - Beschluss 27.6.2007, 2005/04/0111-12 zuzuerkennen und die angefochtene preferred bidder - Entscheidung aufzuheben; oder aber diesbezüglich nur mehr kurzfristig weiter ermitteln zu müssen, so ist es nach Auffassung des hier gefertigten Senatsvorsitzenden auf Basis der aktuell bekannten Tatsachen nicht mehr gerechtfertigt, im Rahmen eines gemäß Artikel eins, Absatz eins, RL 92/13/EWG möglichst rasch abzuführenden Nachprüfungsverfahrens vor Zuschlagserteilung die Vergabe weiter zu stoppen.

Es sei denn, Unterlassungen bzw Prozesshandlungen der Auftraggeberin oder aber der Mitbeteiligten bzw vorerst nicht mögliche Beweisaufnahmen aus Gründen, die der Sphäre der Auftraggeberin oder aber der Mitbeteiligten zumindest überwiegend zuzurechnen wären, würden in einer Gesamtbewertung der Interessen gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 Gegenteiliges gebieten; so wie dies zB bei neuerlich erst nach dem 26.9.2007 nachträglich und entgegen dem § 313 BVergG 2006 verspätet - wie zB am 25.10.2007 - auftauchenden Vergabeunterlagen bei entsprechender Spruchrelevanz derartiger Unterlagen der Fall sein könnte. Die ausdrückliche Aufhebung des Verhandlungsverbots und der Aussetzung der preferred bidder - Entscheidung sowie die Nichtverlängerung dieser Maßnahmen war auszusprechen, da selbige Maßnahmen trotz der nachstehend dargestellten Interessensabwägung zum Zeitpunkt 2.11.2007 sonst auch noch bis zum Ablauf des 2.11.2007 angedauert hätten. Es sei denn, Unterlassungen bzw Prozesshandlungen der Auftraggeberin oder aber der Mitbeteiligten bzw vorerst nicht mögliche Beweisaufnahmen aus Gründen, die der Sphäre der Auftraggeberin oder aber der Mitbeteiligten zumindest überwiegend zuzurechnen wären, würden in einer Gesamtbewertung der Interessen gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 Gegenteiliges gebieten; so wie dies zB bei neuerlich erst nach dem 26.9.2007 nachträglich und entgegen dem Paragraph 313, BVergG 2006 verspätet - wie zB am 25.10.2007 - auftauchenden Vergabeunterlagen bei entsprechender Spruchrelevanz derartiger Unterlagen der Fall sein könnte. Die ausdrückliche Aufhebung des Verhandlungsverbots und der Aussetzung der preferred bidder - Entscheidung sowie die Nichtverlängerung dieser Maßnahmen war auszusprechen, da selbige Maßnahmen trotz der nachstehend dargestellten Interessensabwägung zum Zeitpunkt 2.11.2007 sonst auch noch bis zum Ablauf des 2.11.2007 angedauert hätten.

Wie in der eV vom 27.9.2007 mit anderen Worten begründend dargelegt, war damals die Aussetzung verfügt worden,

um im Sinne des gebotenen effektiven Primärrechtsschutzes jedwedes Risiko hintanzuhalten, dass die Auftraggeberin unter Missachtung des Zuschlagsverbots zB unter Stützung auf die aus VwGH 26.4.2007, 2005/04/0222 ableitbaren Rechtssätze eine dennoch wirksame Zuschlagserteilung auch nur ansatzweise argumentieren kann. Denn bei einer gültigen Zuschlagserteilung wäre das Rechtsgestaltungsbegehren der Antragstellerin gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 bereits deshalb - nachträglich - unzulässig. Wie in der eV vom 27.9.2007 mit anderen Worten begründend dargelegt, war damals die Aussetzung verfügt worden, um im Sinne des gebotenen effektiven Primärrechtsschutzes jedwedes Risiko hintanzuhalten, dass die Auftraggeberin unter Missachtung des Zuschlagsverbots zB unter Stützung auf die aus VwGH 26.4.2007, 2005/04/0222 ableitbaren Rechtssätze eine dennoch wirksame Zuschlagserteilung auch nur ansatzweise argumentieren kann. Denn bei einer gültigen Zuschlagserteilung wäre das Rechtsgestaltungsbegehren der Antragstellerin gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 bereits deshalb - nachträglich - unzulässig.

Wenn sich nunmehr die Auftraggeberin und die Mitbeteiligte in ihren Schriftsätzen vom 17.10.2007 faktisch mit einem Zuschlagsverbot einverstanden erklären, musste diesbezüglich keine zusätzliche behördliche Maßnahme mehr verfügt werden, da derzeit eine dennoch gegenteilig versuchte Zuschlagserteilung dem hier erkennenden Senatsvorsitzenden gemäß §§ 876, 878 und 879 ABGB ohnehin nichtig erschiene. Damit fehlt es insoweit am Erfordernis des gelindesten Mittels gemäß § 329 Abs 2 BVergG 2006 als einer Voraussetzung der Verlängerung der Aussetzung der angefochtenen Entscheidung. Wenn sich nunmehr die Auftraggeberin und die Mitbeteiligte in ihren Schriftsätzen vom 17.10.2007 faktisch mit einem Zuschlagsverbot einverstanden erklären, musste diesbezüglich keine zusätzliche behördliche Maßnahme mehr verfügt werden, da derzeit eine dennoch gegenteilig versuchte Zuschlagserteilung dem hier erkennenden Senatsvorsitzenden gemäß Paragraphen 876, 878 und 879 ABGB ohnehin nichtig erschiene. Damit fehlt es insoweit am Erfordernis des gelindesten Mittels gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 als einer Voraussetzung der Verlängerung der Aussetzung der angefochtenen Entscheidung.

Wenn daher durch die nunmehr nicht weiterhin verfügte Aussetzung die angefochtene Entscheidung nicht mehr unwirksam erscheint und damit Grundlage für die Verhandlungen der Auftraggeberin mit der Mitbeteiligten über restlich unklare Vertragspunkte sein kann, ist festzuhalten, dass dies das derzeit eindeutig erkennbare Ziel dieser Rechtsträger ist und damit deren Interessen entspricht. Der Senatsvorsitzende hat dabei durch die Zeugeneinvernahmen im Verfahren gemäß § 329 Abs 3 BVergG 2006 und auch weitere diesbezügliche Ermittlungen wie zB dokumententechnische Beurteilungen bislang nicht feststellen können, dass es der Auftraggeberin im Verein mit der Mitbeteiligten derzeit noch möglich wäre, rechtlich relevant die im Bundesvergabeamt erliegenden Vergabeunterlagen und insbesondere Angebotsteile noch derart abzuändern, dass erst jetzt Unterlagen erstellt würden, die die mit der am 5.9.2007 verschickten und nunmehr angefochtenen Entscheidung seitens der Auftraggeberin abgeschlossene Bestbieterermittlung nachträglich in unlauterer Weise anders beurteilbar erscheinen lassen könnte. Wenn daher durch die nunmehr nicht weiterhin verfügte Aussetzung die angefochtene Entscheidung nicht mehr unwirksam erscheint und damit Grundlage für die Verhandlungen der Auftraggeberin mit der Mitbeteiligten über restlich unklare Vertragspunkte sein kann, ist festzuhalten, dass dies das derzeit eindeutig erkennbare Ziel dieser Rechtsträger ist und damit deren Interessen entspricht. Der Senatsvorsitzende hat dabei durch die Zeugeneinvernahmen im Verfahren gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 und auch weitere diesbezügliche Ermittlungen wie zB dokumententechnische Beurteilungen bislang nicht feststellen können, dass es der Auftraggeberin im Verein mit der Mitbeteiligten derzeit noch möglich wäre, rechtlich relevant die im Bundesvergabeamt erliegenden Vergabeunterlagen und insbesondere Angebotsteile noch derart abzuändern, dass erst jetzt Unterlagen erstellt würden, die die mit der am 5.9.2007 verschickten und nunmehr angefochtenen Entscheidung seitens der Auftraggeberin abgeschlossene Bestbieterermittlung nachträglich in unlauterer Weise anders beurteilbar erscheinen lassen könnte.

Wenn in diesem Punkt die Zeugen Ing Bi***, DI Tau*** und DI (FH) Fau*** in deren Befragungen ab 22.10.2007 - lfd Nr 104 - stetig relativ rasch die hinterfragten Inputzahlen für die meisten Bewertungskriterien des Punkts 9. der Ausschreibung finden konnten, wurde der Eindruck verfestigt, dass jene Angebotsteile, die dem Bundesvergabeamt vorliegen, tatsächlich Eingang in die Bewertung durch die Auftraggeberin gefunden haben.

Wollen nunmehr die Auftraggeberin und die Mitbeteiligte weiter verhandeln, ohne dass derzeit ein Risiko als entsprechend erwiesen bzw zumindest bescheinigt anzunehmen ist, dass nunmehr Urkunden nachträglich erstellt werden, die das Bewertungsergebnis vom 5.9.2007 nachträglich unlauter verändern könnten, so ist bei diesem Erkenntnisstand der § 254 BVergG 2006 zu beachten. In den Absätzen 2 und 4 dieser Bestimmung ist - ohne

Anglizismen - die gesetzliche Wertung ersichtlich, dass in der Schlussphase eines Verhandlungsverfahrens exklusive Verhandlungen mit einem Bieter grundsätzlich bzw unter gewissen Voraussetzungen erlaubt sein sollen. Wollen nunmehr die Auftraggeberin und die Mitbeteiligte weiter verhandeln, ohne dass derzeit ein Risiko als entsprechend erwiesen bzw zumindest bescheinigt anzunehmen ist, dass nunmehr Urkunden nachträglich erstellt werden, die das Bewertungsergebnis vom 5.9.2007 nachträglich unlauter verändern könnten, so ist bei diesem Erkenntnisstand der Paragraph 254, BVergG 2006 zu beachten. In den Absätzen 2 und 4 dieser Bestimmung ist - ohne Anglizismen - die gesetzliche Wertung ersichtlich, dass in der Schlussphase eines Verhandlungsverfahrens exklusive Verhandlungen mit einem Bieter grundsätzlich bzw unter gewissen Voraussetzungen erlaubt sein sollen.

Wenn daher die Auftraggeberin in ihrer mit 16.7.2007 datierten und offenbar am 18.7.2007 versandten Mitteilung - Beilage./1 zum Nachprüfungsantrag - derartige Exklusivverhandlungen festgelegt hat und diese Festlegung während der Verhandlungsphase beim Bundesvergabeamt unangefochten geblieben ist, sprechen mangels eines derzeit weiterhin erkennbaren zusätzlichen Beweismittelmanipulationsrisikos keine Tatsachen dagegen, dass die Auftraggeberin und die Mitbeteiligte derzeit über noch offene Aspekte weiterverhandeln, sofern eben noch kein Zuschlag erteilt wird.

Hier sprechen bei der geschilderten Tatsachenlage vielmehr bereits die Wertungen des § 252 Abs 2 und 4 BVergG 2006, nämlich das Aufwand sparende Vorantreiben des Verhandlungsverfahrens zur ehestmöglichen Realisierung des Beschaffungsziels, aktuell gegen ein weiteres Verhandlungsverbot. Hier sprechen bei der geschilderten Tatsachenlage vielmehr bereits die Wertungen des Paragraph 252, Absatz 2 und 4 BVergG 2006, nämlich das Aufwand sparende Vorantreiben des Verhandlungsverfahrens zur ehestmöglichen Realisierung des Beschaffungsziels, aktuell gegen ein weiteres Verhandlungsverbot.

Die im Schriftsatz der Auftraggeberin, lfd Nr 73, vorgetragenen, in den dort vorgetragenen Begehren enthaltenen Einwendungen gegen den eV - Fortbestand bzw die eV - Verlängerung sind durch die einzelnen Spruchteile dieses Bescheids gemäß § 59 Abs 1 AVG jedenfalls miterledigt, zumal nach der diesbezüglichen Schriftsatzbegründung offenbar ohnehin keine wirklichen Einwände dieser Partei gegen eine eV - Verlängerung, wie nunmehr verfügt, bestehen. Die im Schriftsatz der Auftraggeberin, lfd Nr 73, vorgetragenen, in den dort vorgetragenen Begehren enthaltenen Einwendungen gegen den eV - Fortbestand bzw die eV - Verlängerung sind durch die einzelnen Spruchteile dieses Bescheids gemäß Paragraph 59, Absatz eins, AVG jedenfalls miterledigt, zumal nach der diesbezüglichen Schriftsatzbegründung offenbar ohnehin keine wirklichen Einwände dieser Partei gegen eine eV - Verlängerung, wie nunmehr verfügt, bestehen.

Die eV - bezüglichen Anträge der Mitbeteiligten waren mangels Parteistellung dieser Einschreiterin im Sicherungsverfahren formell zurückzuweisen; dies unbeschadet der gesetzlich gebotenen Berücksichtigung der Interessen dieser Bieterin gemäß § 329 BVergG 2006; wozu weiters festzuhalten ist, dass amtswegige Anfragen gemäß §§ 37 und 39 AVG zur Ermittlung derartiger Interessen keine Parteistellung gemäß § 330 Abs 2 BVergG 2006 im Verfahren über die allfällige Verlängerung der eV begründen. Die eV - bezüglichen Anträge der Mitbeteiligten waren mangels Parteistellung dieser Einschreiterin im Sicherungsverfahren formell zurückzuweisen; dies unbeschadet der gesetzlich gebotenen Berücksichtigung der Interessen dieser Bieterin gemäß Paragraph 329, BVergG 2006; wozu weiters festzuhalten ist, dass amtswegige Anfragen gemäß Paragraphen 37 und 39 AVG zur Ermittlung derartiger Interessen keine Parteistellung gemäß Paragraph 330, Absatz 2, BVergG 2006 im Verfahren über die allfällige Verlängerung der eV begründen.

Schlagworte

teilweise eV - Verlängerung;

Dokumentnummer

VERGT_20071102_N_0087_BVA_08_2007_EV118_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