

TE Verg Bescheid 2007/9/27 N/0087-BVA/08/2007-EV27

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.09.2007

Norm

BVergG 2006 §2 Z16

BVergG 2006 §163

BVergG 2006 §165

BVergG 2006 §167

BVergG 2006 §179

BVergG 2006 §254

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §329

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 163 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 165 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 167 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 179 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 179 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 179 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 254 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

Bescheid

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 X1*** RECHTSANWÄLTE GESELLSCHAFT MBH und durch RA X2*** vertretene Antragstellerin A*** 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 X1*** RECHTSANWÄLTE GESELLSCHAFT MBH und durch RA X2*** vertretene Antragstellerin A*** 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 der B*** 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 B*** 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 B*** 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 B*** 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 B*** 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

Begründung

Sachverhalt samt Parteinvorbringen und Verfahrensgang:

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

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

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

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 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 vorgelegte Vergabeunterlagen.

Die Auftraggeberin tritt in der Rechtsform einer GmbH & Co KG am Markt auf und ist zu FN 220 426g im Firmenbuch protokolliert. Im Firmenbuch scheinen diverse Kommanditisten mit Haftsummen in einer Gesamthöhe von EUR 107.713,-- auf, wobei die Österreichische Elektrizitätswirtschafts - Aktiengesellschaft mit einer Haftsumme von EUR 59.947,--mehr an Haftsumme aufweist als die restlichen Kommanditisten - der Note lfd Nr 9 des Akts beigeschlossener Firmenbuchauszug der Auftraggeberin.

Nach dem seitens der Auftraggeberin am 27.9.2007 - entgegen der Anordnung gemäß § 313 BVergG 2006 verspätet - mit der Eingabe lfd Nr 26 vorgelegten Gesellschaftsvertrag der Auftraggeberin vermittelt die nominelle Mehrheit der im Firmenbuch ersichtlichen Haftsummen insbesondere über § 5 des KG - Vertrags letztlich auch die dominierende Stellung der genannten AG innerhalb der Kommanditisten.Nach dem seitens der Auftraggeberin am 27.9.2007 - entgegen der Anordnung gemäß Paragraph 313, BVergG 2006 verspätet - mit der Eingabe lfd Nr 26 vorgelegten Gesellschaftsvertrag der Auftraggeberin vermittelt die nominelle Mehrheit der im Firmenbuch ersichtlichen Haftsummen insbesondere über Paragraph 5, des KG - Vertrags letztlich auch die dominierende Stellung der genannten AG innerhalb der Kommanditisten.

Die Komplementärin der Auftraggeberin VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH ist zu FN 182 034y mit einem Stammkapital von EUR 40.000,-- im Firmenbuch eingetragen.

Am Stammkapital dieser GmbH ist die Österreichische Elektrizitätswirtschafts - Aktiengesellschaft neuerlich mehrheitlich, nämlich mit EUR 23.796,-- beteiligt, deren Grundkapital nach dem unter www.verbund.at für 2006 abrufbaren Geschäftsbericht, korrespondierend mit § 1 Abs 1 des Bundesverfassungsgesetzes, mit dem die Eigentumsverhältnisse an den Unternehmen der österreichischen Elektrizitätswirtschaft geregelt werden - BGBl I 1998/143, zu 51% im Eigentum des Bunds stehtAm Stammkapital dieser GmbH ist die Österreichische Elektrizitätswirtschafts - Aktiengesellschaft neuerlich mehrheitlich, nämlich mit EUR 23.796,-- beteiligt, deren Grundkapital nach dem unter www.verbund.at für 2006 abrufbaren Geschäftsbericht, korrespondierend mit Paragraph eins, Absatz eins, des Bundesverfassungsgesetzes, mit dem die Eigentumsverhältnisse an den Unternehmen der österreichischen Elektrizitätswirtschaft geregelt werden - BGBl römisch eins 1998/143, zu 51% im Eigentum des Bunds steht.

Auf Basis der vorstehend geschilderten Gesellschaftsbeteiligungen ist - rücksichtlich des Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG - auch auf Tatsachenebene davon auszugehen, dass der (zumindest mittelbare) Einfluss des Bunds auf die Auftraggeberin iS der zitierten Verfassungsbestimmung den der Länder überwiegt.Auf Basis der vorstehend geschilderten Gesellschaftsbeteiligungen ist - rücksichtlich des Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG - auch auf Tatsachenebene davon auszugehen, dass der (zumindest mittelbare) Einfluss des Bunds auf die Auftraggeberin iS der zitierten Verfassungsbestimmung den der Länder überwiegt.

Unbeschadet der Frage der Qualifikation der Auftraggeberin als öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 ist durch die vorstehend geschilderten Gesellschaftsbeteiligungen mit der darin ersichtlichen Dominanz des Bundeseinflusses iS der Art 14b Abs 2 Z 1 lit c und 126b Abs 2 B-VG jedenfalls auch erwiesen, dass die Auftraggeberin zumindest ein öffentliches Unternehmen iS des § 165 Abs 2 BVergG 2006 zu qualifizieren ist.Unbeschadet der Frage der Qualifikation der Auftraggeberin als öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 ist durch die vorstehend geschilderten Gesellschaftsbeteiligungen mit der darin ersichtlichen Dominanz des Bundeseinflusses iS der Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c und 126b Absatz 2, B-VG jedenfalls auch erwiesen, dass die Auftraggeberin zumindest ein öffentliches Unternehmen iS des Paragraph 165, Absatz 2, BVergG 2006 zu qualifizieren ist.

Die Errichtung eines Gas- und Dampfturbinen-Kombinationskraftwerks dient der Produktion von insbesondere auch elektrischer Energie.

Die Auftraggeberin hat in ihrer ersten Eingabe, lfd Nr 10 des Verwaltungsakts, mitgeteilt, dass keine Freistellung vom Anwendungsbereich des BVergG 2006 gemäß § 179 leg cit einschlägig ist; und dass die Auftraggeberin selbst von der Anwendbarkeit des BVergG 2006 und von der Zuständigkeit des Bundesvergabeamts ausgehe.Die Auftraggeberin hat in ihrer ersten Eingabe, lfd Nr 10 des Verwaltungsakts, mitgeteilt, dass keine Freistellung vom Anwendungsbereich des BVergG 2006 gemäß Paragraph 179, leg cit einschlägig ist; und dass die Auftraggeberin selbst von der Anwendbarkeit

des BVergG 2006 und von der Zuständigkeit des Bundesvergabeamts ausgehe.

Das Bundesvergabeamt geht daher auf Basis dieser Tatsachenerkenntnisse und mangels gegenteiliger Beweisanträge der Auftragsgeberin (- zu den Mitwirkungspflichten der Parteien im Verwaltungsverfahren siehe Wielinger/Gruber, Zur Frage der Mitwirkungspflicht der Parteien im Verwaltungsverfahren, ZfV 1983, 365 mH auf die Rsp des VwGH) im Provisorialverfahren davon aus, dass die Auftraggeberin eine Sektorenauftraggeberin in dem durch § 167 BVergG 2006 umschriebenen Versorgungsbereich ([Gas], Wärme und Elektrizität) tätig ist. Das Bundesvergabeamt geht daher auf Basis dieser Tatsachenerkenntnisse und mangels gegenteiliger Beweisanträge der Auftragsgeberin (- zu den Mitwirkungspflichten der Parteien im Verwaltungsverfahren siehe Wielinger/Gruber, Zur Frage der Mitwirkungspflicht der Parteien im Verwaltungsverfahren, ZfV 1983, 365 mH auf die Rsp des VwGH) im Provisorialverfahren davon aus, dass die Auftraggeberin eine Sektorenauftraggeberin in dem durch Paragraph 167, BVergG 2006 umschriebenen Versorgungsbereich ([Gas], Wärme und Elektrizität) tätig ist,

zumal einerseits auch die Antragstellerin bei den Rechtswidrigkeitsgründen ihres Nachprüfungsantrags (- § 322 Abs 1 Z 6 BVergG 2006) und insbesondere bei der Beschwerdepunktbezeichnung gemäß § 322 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 teilweise ausdrücklich auf sektorenbereichsspezifische Regelungen Bezug genommen hat und andererseits seitens der Auftraggeberin eine - oben bereits erwähnte - Sektoren - Vergabebekanntmachung erfolgt ist. Zumal einerseits auch die Antragstellerin bei den Rechtswidrigkeitsgründen ihres Nachprüfungsantrags (- Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG 2006) und insbesondere bei der Beschwerdepunktbezeichnung gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 teilweise ausdrücklich auf sektorenbereichsspezifische Regelungen Bezug genommen hat und andererseits seitens der Auftraggeberin eine - oben bereits erwähnte - Sektoren - Vergabebekanntmachung erfolgt ist.

Offenbar zumindest auch iZm einem sich verzögernden behördlichen Bewilligungsverfahren für das streitgegenständlich geplante Kraftwerk in Mellach hat die Auftraggeberin - dokumentiert durch ein Schreiben vom 16.7.2007, Beilage ./1 zum Nachprüfungs- und eV - Antrag, lfd Nr 1 des Verwaltungsakts - den ursprünglichen Ablauf des Vergabeverfahrens dahin modifiziert, dass sie der Antragstellerin mitgeteilt hat, es werde grundsätzlich auf Basis der Zuschlagskriterien der Ausschreibung ein "preferred bidder" ermittelt werden, mit dem weitere finalisierende Vertragsverhandlungen geführt würden, und der im Falle des Projektabbruchs in Abhängigkeit vom Zeitpunkt des allfälligen Abbruchs Abstandszahlungen in gewisser Höhe erhalten würde. Die Antragstellerin hat diese nach außen in Erscheinung getretene Festlegung während der Verhandlungsphase unbekämpft gelassen; und wurden beim Bundesvergabeamt auch von keinen anderen Unternehmern bzw auch von keinen anderen Bietergemeinschaften Nichtigkeitsklärungsanträge gegen eine gleichartige Festlegung eingebracht.

Mit diesem Schreiben der Auftraggeberin vom 16.7.2007 wurde die Antragstellerin gleichzeitig aufgefordert, ein letztes Angebot (= LBO) bis 27.7.2007 zu überreichen.

Die Antragstellerin erhielt am 5.9.2007 per e-mail das Schreiben der Auftraggeberin, datiert mit 5.9.2007 und mit dem Hinweis auf eine weitere postalisch erfolgende Übermittlung dieses Schreibens - Beilage ./2 zum Nachprüfungsantrag, unbestritten gebliebenes Vorbringen der Antragsstellerin auf den Seiten 10 und 11 der Eingabe, lfd Nr 1 des Akts.

In diesem Schreiben vom 5.9.2007 wurde der Antragstellerin die Ermittlung der B*** als "preferred bidder" gemäß dem Schreiben vom 16.7.2007 mitgeteilt.

Das Schreiben vom 5.9.2007 endet schließlich mit der Formulierung, dass für die Angebotslegung gedankt würde, und dass gehofft würde, die Antragstellerin bei einem künftigen Projekt wieder zur Angebotslegung einladen zu können.

In Zusammenschau mit der Festlegung im Schreiben vom 16.7.2007, dass die "preferred bidder" - Auswahl der letzte Schritt im Bieterauswahl- und Vergabeverfahren sein solle, hatte die Antragstellerin Erklärungen der Auftraggeberin vorliegen, die das Schreiben vom 5.9.2007 als eine Erklärung erscheinen lassen, die als definitive Vertragspartnerauswahl der Auftraggeberin in diesem Vergabeverfahren bewertbar ist.

Die Antragstellerin und die Auftraggeberin führten nach dem 5.9.2007 eine weitere Korrespondenz ab, die im e-mail namens der Auftraggeberin an den nunmehr die Vertretung der Antragstellerin (mit-) wahrnehmenden Rechtsanwalt vom 18.9.2007 im Wesentlichen ersichtlich ist - Beilage ./8 zur Eingabe, lfd Nr 1 des Akts . In diesem e-mail vom 18.9.2007, das den Namen W*** Bi*** als email - Absender trägt und das namens der Verbund Management Service GmbH versandt wurde, werden verschiedene, nachstehend summarisch wieder gegebene Standpunkte festgehalten:

Ein Sektorenauftraggeber wäre nicht verpflichtet, eine Niederschrift über die Angebotsprüfung bezüglich des

jeweiligen Bieters an denselben zu übermitteln; dies in Abweichung von den Vorschriften für klassische öffentliche Auftraggeber. Dem Rechtsanwalt würden daher freiwillig die ansonsten gemäß § 128 Abs 3 BVergG 2006 gebotenen Informationen übermittelt. Ein Sektorenauftraggeber wäre nicht verpflichtet, eine Niederschrift über die Angebotsprüfung bezüglich des jeweiligen Bieters an denselben zu übermitteln; dies in Abweichung von den Vorschriften für klassische öffentliche Auftraggeber. Dem Rechtsanwalt würden daher freiwillig die ansonsten gemäß Paragraph 128, Absatz 3, BVergG 2006 gebotenen Informationen übermittelt.

Es würden näher spezifizierte Merkmale und Vorteile in den Angeboten dargestellt.

[Von der Wiedergabe wird im eV - Bescheid mangels Spruchrelevanz abgesehen.]

Die Mitteilung vom 5.9.2007 über die Auswahl des "preferred bidder" wäre nicht die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung. [Im e-mail vom 18.9.2007 wird allerdings auch nicht definitiv eine noch erfolgende Zuschlagsentscheidung angekündigt, was auf Basis der Festlegung vom 16.7.2007 konsequent erscheint.]

Eine Akteneinsicht in aktuell bei einem Notar hinterlegte Angebote bzw in das von diesem angefertigte Angebotseröffnungsprotokoll wäre aus Gründen der Geheimhaltungspflicht nicht möglich.

In teilweise englischsprachigen Korrespondenz zwischen der Antragstellerin und der Auftraggeberin finden sich zwar Hinweise, dass das Schreiben vom 5.9.2007 nicht die letzte Information der Antragstellerin im Vergabeverfahren gewesen sein soll, es wurde aber weder von der Auftraggeberin noch von der Antragstellerin noch von B*** definitiv behauptet, dass dezitiert noch eine gesondert und im gesamten Umfang bekämpfbare Zuschlagsentscheidung gemäß §§ 2 Z 48 und 272 BVergG 2006 mitgeteilt werden würde. In teilweise englischsprachigen Korrespondenz zwischen der Antragstellerin und der Auftraggeberin finden sich zwar Hinweise, dass das Schreiben vom 5.9.2007 nicht die letzte Information der Antragstellerin im Vergabeverfahren gewesen sein soll, es wurde aber weder von der Auftraggeberin noch von der Antragstellerin noch von B*** definitiv behauptet, dass dezitiert noch eine gesondert und im gesamten Umfang bekämpfbare Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraphen 2, Ziffer 48 und 272 BVergG 2006 mitgeteilt werden würde.

Die Antragstellerin brachte am 19.9.2007 um 17.08 Uhr (bzw um 17.24 Uhr gleichschriftlich) die Eingabe, lfd Nr 1 des Verwaltungsakts, per e-mail ein, in welcher neben dem Nachprüfungsantrag insbesondere auch der für diesen Bescheid zentrale Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) enthalten ist.

Die Amtsstunden des Bundesvergabeamts endeten am 19.9.2007 entsprechend den diesbezüglichen Kundmachungen gemäß § 13 Abs 5 AVG um 15.00 Uhr. Die Amtsstunden des Bundesvergabeamts endeten am 19.9.2007 entsprechend den diesbezüglichen Kundmachungen gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG um 15.00 Uhr.

Im Nachprüfungsantrag wird letztendlich insbesondere auch vorgebracht, dass die Auftraggeberin der B*** nach Ablauf der Frist für das Letztangebot die Möglichkeit zur Angebotsnachbesserung eingeräumt hätte, bzw dass die vergleichende Angebotsbewertung zur Auswahl des "preferred bidder" nach Interventionen für die B*** zu Gunsten von B*** geändert worden wäre, obwohl zuvor bereits die Antragstellerin als bestzubewertend ermittelt gewesen sein soll.

In der Eingabe der Auftraggeberin vom 24.9.2007, lfd Nr 16 des Akts, brachte die Auftraggeberin, den vorstehenden Rechtswidrigkeitsbehauptungen gegenüber zu stellend, unter anderem vor, dass es der Antragstellerin in Wahrheit nur darum gehe, im Laufe des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens Geschäftsgeheimnisse der B*** zu erfahren.

Die Antragstellerin verfasste insoweit einschlägig eine weitere, am 27.9.2007 mit der lfd Nr 25 des Akts protokollierte Eingabe, in der die Befürchtungen der Antragstellerin hinsichtlich einer allenfalls möglichen Beweismittelmanipulation im Verantwortungsbereich der Auftraggeberin konkretisiert wurden.

Die Auftraggeberin verfasste - zurückkehrend zum eigentlichen Thema des eV - Verfahrens - die mit 21.9.2007 protokollierte Eingabe, lfd Nr 10 des Verwaltungsakts.

In dieser Eingabe führte die (anwaltschaftlich vertretene) Auftraggeberin aus, dass sie sich - unbeschadet der nach ihrer Auffassung nicht vorliegenden Rechtswidrigkeiten laut Nachprüfungsantrag - aus Gründen der Verfahrensökonomie - nicht gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung ausspricht.

Damit hat die Auftraggeberin weder besondere öffentliche Interessen noch überwiegende eigene Interessen geltend gemacht, die gegen die beantragte eV sprechen; die Auftraggeberin hat vielmehr sogar in die Verhängung sämtlicher beantragter Sicherungsmaßnahmen eingewilligt.

Die Antragstellerin führte im Rahmen der Darlegung der für die eV sprechenden Interessen gemäß § 328 Abs 2 Z 4 BVergG 2006 in einer Gesamtbewertung des Vorbringens in der Eingabe, lfd Nr 1 des Akts, zusammengefasst aus, dass ihr durch die angefochtene Entscheidung der Entgang eines Referenzauftrags, signifikante Investitionskosten in Höhe von mehr als 1 Mio Euro und ein Gewinn im einstelligen Millionenbereich bei einem Auftragswert im dreistelligen Millionenbereich drohen würden, zumal nach der "preferred bidder" - Entscheidung unmittelbar die Zuschlagserteilung folgen könne - Seiten 6 und 12 der Eingabe, lfd Nr 1. Die Antragstellerin führte im Rahmen der Darlegung der für die eV sprechenden Interessen gemäß Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2006 in einer Gesamtbewertung des Vorbringens in der Eingabe, lfd Nr 1 des Akts, zusammengefasst aus, dass ihr durch die angefochtene Entscheidung der Entgang eines Referenzauftrags, signifikante Investitionskosten in Höhe von mehr als 1 Mio Euro und ein Gewinn im einstelligen Millionenbereich bei einem Auftragswert im dreistelligen Millionenbereich drohen würden, zumal nach der "preferred bidder" - Entscheidung unmittelbar die Zuschlagserteilung folgen könne - Seiten 6 und 12 der Eingabe, lfd Nr 1.

Überdies würde B*** durch die Fortführung der Verhandlungen mit der Auftraggeberin trotz einer Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung ein nicht mehr aufholbarer Wettbewerbsvorteil entstehen - Seite 12 der Eingabe, lfd Nr 1.

Der B*** wurde es - im Wege der amtswegigen Wahrheitsermittlung betreffend die gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 relevanten Interessen - freigestellt, bis 26.9.2007, 10.00 Uhr einlangend beim Bundesvergabeamt Interessen wider die beantragte eV darzulegen. Die B*** verfasste diesbezüglich am 26.9.2007 die Eingabe, lfd Nr 21 des Akts. Diese Unternehmerin vertritt darin - als am 5.9.2007 bestimmter "preferred bidder" - den Standpunkt, dass derzeit noch 3 Bieter im Vergabeverfahren verblieben wären, dass die "preferred bidder" - Entscheidung noch nicht die Zuschlagsentscheidung wäre, und dass auch noch nicht gesichert wäre, dass die Antragstellerin den Zuschlag zu erhalten hätte. Der B*** wurde es - im Wege der amtswegigen Wahrheitsermittlung betreffend die gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 relevanten Interessen - freigestellt, bis 26.9.2007, 10.00 Uhr einlangend beim Bundesvergabeamt Interessen wider die beantragte eV darzulegen. Die B*** verfasste diesbezüglich am 26.9.2007 die Eingabe, lfd Nr 21 des Akts. Diese Unternehmerin vertritt darin - als am 5.9.2007 bestimmter "preferred bidder" - den Standpunkt, dass derzeit noch 3 Bieter im Vergabeverfahren verblieben wären, dass die "preferred bidder" - Entscheidung noch nicht die Zuschlagsentscheidung wäre, und dass auch noch nicht gesichert wäre, dass die Antragstellerin den Zuschlag zu erhalten hätte.

Ein Gewinnentgang und der Entgang eines Referenzprojekts würden durch die "preferred bidder" - Entscheidung noch nicht drohen. Die von der Antragstellerin als Schaden angeführten Kosten der Angebotserstellung wären laut Ausschreibungsunterlagen nicht ersatzfähig. Die Antragstellerin hätte daher nicht ausreichend dargelegt, welcher Schaden ihr wirklich drohe.

Im Übrigen würde nur die Untersagung der Zuschlagserteilung das gelindeste Mittel darstellen, während die Aussetzung der "preferred bidder" - Entscheidung und das Verbot der Fortsetzung des Verhandlungsverfahrens mit der B*** nicht mehr als gelindestes Mittel zu betrachten wären.

Zu den von der Antragstellerin für die eV ins Treffen geführten Interessen und zu den diesbezüglichen Argumenten von B*** ist auf Tatsachenebene zu wiederholen, dass die Auftraggeberin in ihrem Schreiben vom 16.7.2007 an die Antragstellerin, Beilage .1 zur Eingabe lfd Nr 1 des Akts, den Ablauf des Vergabeverfahrens gegenüber der Antragstellerin derart geändert hat, dass darin durch die Auftraggeberin als letzter Schritt im Vergabeverfahren an Stelle der Bieterauswahl die Bestimmung eines "preferred bidder" offengelegt wurde.

In Vergabeverfahren mit der Pflicht zur Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung wäre der letzte Schritt im Vergabeverfahren vor der Zuschlagserteilung notorisch und entsprechend dem gesetzlichen Grundmodell gemäß § 2 Z 16 BVergG 2006 üblicher Weise die Zuschlagsentscheidung iS des § 2 Z 48 BVergG 2006, wobei die diesbezügliche Modifikation unter Inanspruchnahme der Vorschriften über die Entscheidungspräklusion gemäß § 321 BVergG 2006 gleichfalls bestandfest geworden ist. In Vergabeverfahren mit der Pflicht zur Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung wäre der letzte Schritt im Vergabeverfahren vor der Zuschlagserteilung notorisch und entsprechend dem gesetzlichen

Grundmodell gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, BVergG 2006 üblicher Weise die Zuschlagsentscheidung iS des Paragraph 2, Ziffer 48, BVergG 2006, wobei die diesbezügliche Modifikation unter Inanspruchnahme der Vorschriften über die Entscheidungspräklusion gemäß Paragraph 321, BVergG 2006 gleichfalls bestandfest geworden ist.

Bezüglich der Frage, ob gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2006 Tatsachen vorliegen, die es offensichtlich erscheinen lassen würden, dass die Antragsvoraussetzungen des § 320 Abs 1 BVergG 2006 bei der Antragstellerin nicht vorliegen, ist festzuhalten, dass die Auftraggeberin weder vorgebracht hat, dass die Antragstellerin ausgeschieden wurde, noch dass diese auszuschneiden gewesen wäre. Hat daher die Antragstellerin durch ihre unstrittige Angebotslegung ihr Interesse am Vertragsabschluss dokumentiert; und wurde sie offenbar bislang seitens der Auftraggeberin auch nicht mit Ausscheidensgründen betreffend ihr eigenes Angebot konfrontiert, liegen damit auch keine Tatsachen vor, aus denen auf das offenkundige Fehlen der besagten Antragsvoraussetzungen geschlossen werden könnte. Bezüglich der Frage, ob gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 Tatsachen vorliegen, die es offensichtlich erscheinen lassen würden, dass die Antragsvoraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 bei der Antragstellerin nicht vorliegen, ist festzuhalten, dass die Auftraggeberin weder vorgebracht hat, dass die Antragstellerin ausgeschieden wurde, noch dass diese auszuschneiden gewesen wäre. Hat daher die Antragstellerin durch ihre unstrittige Angebotslegung ihr Interesse am Vertragsabschluss dokumentiert; und wurde sie offenbar bislang seitens der Auftraggeberin auch nicht mit Ausscheidensgründen betreffend ihr eigenes Angebot konfrontiert, liegen damit auch keine Tatsachen vor, aus denen auf das offenkundige Fehlen der besagten Antragsvoraussetzungen geschlossen werden könnte.

Entsprechend der Eingabe der Auftraggeberin vom 26.9.2007, lfd Nr 22 des Akts, wurde der Zuschlag noch nicht erteilt, wobei durch die Verständigung der Auftraggeberin gemäß § 328 Abs 5 und 6 BVergG 2006 vom 20.9.2007, lfd Nr 4 des Akts, auch bis zur Zustellung dieser eV keine gültige Zuschlagserteilung stattfinden konnte. Entsprechend der Eingabe der Auftraggeberin vom 26.9.2007, lfd Nr 22 des Akts, wurde der Zuschlag noch nicht erteilt, wobei durch die Verständigung der Auftraggeberin gemäß Paragraph 328, Absatz 5 und 6 BVergG 2006 vom 20.9.2007, lfd Nr 4 des Akts, auch bis zur Zustellung dieser eV keine gültige Zuschlagserteilung stattfinden konnte.

Nach den Mitteilungen der Amtsbuchhaltung, lfd Nri 12 und 23 des Akts, hat die Antragstellerin bislang Pauschalgebühren in Höhe von nunmehr insgesamt EUR 10.000,- bezahlt, was - in Vorwegnahme der diesbezüglichen rechtlichen Beurteilung - den aktuellen Sätzen für einen Nichtigerklärungsantrag und einen eV-Antrag bei einem Bauauftrag im Oberschwellenbereich gemäß § 318 BVergG 2006 iVm Anhang XIX zum BVergG 2006 entspricht. Nach den Mitteilungen der Amtsbuchhaltung, lfd Nri 12 und 23 des Akts, hat die Antragstellerin bislang Pauschalgebühren in Höhe von nunmehr insgesamt EUR 10.000,- bezahlt, was - in Vorwegnahme der diesbezüglichen rechtlichen Beurteilung - den aktuellen Sätzen für einen Nichtigerklärungsantrag und einen eV-Antrag bei einem Bauauftrag im Oberschwellenbereich gemäß Paragraph 318, BVergG 2006 in Verbindung mit Anhang römisch neunzehn zum BVergG 2006 entspricht.

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:

Nach den vorliegenden Unterlagen leitete die Antragsgegnerin VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH & Co KG (im Folgenden auch: Sektorenauftraggeberin oder nur Auftraggeberin) im Juni 2006 das streitgegenständliche Verhandlungsverfahren ein, womit gemäß § 345 BVergG 2006 eben die Stammfassung des BVergG 2006, wie in BGBl I 2006/17 kundgemacht, zur Gänze anzuwenden ist. Nach den vorliegenden Unterlagen leitete die Antragsgegnerin VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH & Co KG (im Folgenden auch: Sektorenauftraggeberin oder nur

Auftraggeberin) im Juni 2006 das streitgegenständliche Verhandlungsverfahren ein, womit gemäß Paragraph 345, BVergG 2006 eben die Stammfassung des BVergG 2006, wie in BGBl römisch eins 2006/17 kundgemacht, zur Gänze anzuwenden ist.

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

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

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

Zu der gemäß § 6 AVG amtswegig zu ermittelnden und zu beurteilenden Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts gemäß § 291 Abs 2 BVergG 2006 ist festzuhalten: Zu der gemäß Paragraph 6, AVG amtswegig zu ermittelnden und zu beurteilenden Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts gemäß Paragraph 291, Absatz 2, BVergG 2006 ist festzuhalten:

Bereits auf Basis des Tatsachenvorbringens der Auftraggeberin in ihrer am 21.9.2007 protokollierten Eingabe, lfd Nr 10, bzw auf Basis der amtswegig eingeholten Firmenbuchauszüge, beigegeben der Note, lfd Nr 9 des Akts, ist davon auszugehen, dass die in der Rechtsform einer GmbH organisierte Komplementärin der Auftraggeberin eine Unternehmung darstellt, die gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG im überwiegenden Einfluss des Bundes (Bund iSv Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG) steht. Bereits auf Basis des Tatsachenvorbringens der Auftraggeberin in ihrer am 21.9.2007 protokollierten Eingabe, lfd Nr 10, bzw auf Basis der amtswegig eingeholten Firmenbuchauszüge, beigegeben der Note, lfd Nr 9 des Akts, ist davon auszugehen, dass die in der Rechtsform einer GmbH organisierte Komplementärin der Auftraggeberin eine Unternehmung darstellt, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG im überwiegenden Einfluss des Bundes (Bund iSv Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG) steht.

Dies deshalb, weil bei dieser zu FN 182 034y im Firmenbuch protokollierten GmbH mit einem Stammkapital von EUR 40 000,-- die zu FN 76 023z protokollierte Österreichische Elektrizitätswirtschafts - AG einen Stammkapitalanteil von EUR 23.796,-- hält, was über § 39 Abs 1 GmbHG zum bestimmenden Einfluss dieser Aktiengesellschaft in der Komplementärin führt. Das Grundkapital dieser Aktiengesellschaft ist wiederum zu 51% im Bundeseigentum, ohne dass - auf Basis des § 1 des Bundesverfassungsgesetzes, mit dem die Eigentumsverhältnisse an den Unternehmen der österreichischen Energiewirtschaft geregelt werden - BGBl I 1998/143 - Tatsachen iZm stimmrechtslosen Vorzugsaktien, Treuhandschaften iSv § 24 Abs 1 lit b BAO etc rechtlich möglich erschienen, die die tatsächliche Hauptversammlungsmehrheit des Bundes gemäß § 113 AktG ausschließen würden. Dies deshalb, weil bei dieser zu FN 182 034y im Firmenbuch protokollierten GmbH mit einem Stammkapital von EUR 40 000,-- die zu FN 76 023z protokollierte Österreichische Elektrizitätswirtschafts - AG einen Stammkapitalanteil von EUR 23.796,-- hält, was über Paragraph 39, Absatz eins, GmbHG zum bestimmenden Einfluss dieser Aktiengesellschaft in der Komplementärin führt. Das Grundkapital dieser Aktiengesellschaft ist wiederum zu 51% im Bundeseigentum, ohne dass - auf Basis des Paragraph eins, des Bundesverfassungsgesetzes, mit dem die Eigentumsverhältnisse an den Unternehmen der österreichischen Energiewirtschaft geregelt werden - BGBl römisch eins 1998/143 - Tatsachen iZm stimmrechtslosen Vorzugsaktien, Treuhandschaften iSv Paragraph 24, Absatz eins, Litera b, BAO etc rechtlich möglich erschienen, die die tatsächliche Hauptversammlungsmehrheit des Bundes gemäß Paragraph 113, AktG ausschließen würden.

Da damit die genannte Aktiengesellschaft mit ihrer Stammkapitalmehrheit den dominierenden Einfluss auf die

Komplementärin der Auftraggeberin ausübt, führt dies letztlich über das Durchrechnungsverbot gemäß Art 126b Abs 2 B-VG - siehe dazu bei Hengstschläger, Rechnungshofkontrolle Art 126b Abs 2 B-VG, Rz 10 - zur Qualifikation der Komplementärin der Auftraggeberin als Gesellschaft in der Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts gemäß § 291 Abs 2 BVergG 2006 iVm Art 14b Abs 2 Z 2 1 lit c B-VG. Da damit die genannte Aktiengesellschaft mit ihrer Stammkapitalmehrheit den dominierenden Einfluss auf die Komplementärin der Auftraggeberin ausübt, führt dies letztlich über das Durchrechnungsverbot gemäß Artikel 126 b, Absatz 2, B-VG - siehe dazu bei Hengstschläger, Rechnungshofkontrolle Artikel 126 b, Absatz 2, B-VG, Rz 10 - zur Qualifikation der Komplementärin der Auftraggeberin als Gesellschaft in der Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts gemäß Paragraph 291, Absatz 2, BVergG 2006 in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, 1 Litera c, B-VG.

Da diese Komplementärin der in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft organisierten Auftraggeberin zudem über § 164 UGB die Auftraggeberin grundsätzlich leitet; und außerdem die Österreichische Elektrizitätswirtschafts-AG auch die Mehrheit an den im Firmenbuch ersichtlichen Haftsummen bzw Kommanditbeteiligungen aufweist, ist bereits auf Basis dieser Tatsachen - mangels gegenteiliger Tatsachenbehauptungen - davon auszugehen, dass die Auftraggeberin gemäß Art 14b Abs 2 B-VG als vom Bund zumindest mittelbar dominierend bestimmte Gesellschaft, damit als Auftraggeberin im Vollziehungsbereich des Bunds und daher letztlich als in der Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts zu qualifizieren ist, wenn die Auftraggeberin zusätzlich öffentliche Auftraggeberin bzw Sektorenauftraggeberin ist. Da diese Komplementärin der in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft organisierten Auftraggeberin zudem über Paragraph 164, UGB die Auftraggeberin grundsätzlich leitet; und außerdem die Österreichische Elektrizitätswirtschafts-AG auch die Mehrheit an den im Firmenbuch ersichtlichen Haftsummen bzw Kommanditbeteiligungen aufweist, ist bereits auf Basis dieser Tatsachen - mangels gegenteiliger Tatsachenbehauptungen - davon auszugehen, dass die Auftraggeberin gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG als vom Bund zumindest mittelbar dominierend bestimmte Gesellschaft, damit als Auftraggeberin im Vollziehungsbereich des Bunds und daher letztlich als in der Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts zu qualifizieren ist, wenn die Auftraggeberin zusätzlich öffentliche Auftraggeberin bzw Sektorenauftraggeberin ist.

Für den dominierenden Bundeseinfluss gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG spricht insbesondere auch die absolute Mehrheit der im Firmenbuch ersichtlichen Haftsummen, sprich Kommanditbeteiligungen durch die selbst vom Bund dominierte, oben genannte Aktiengesellschaft, da bei Kommanditgesellschaften die Frage der Rechnungshofkontrollunterworfenheit über die Kapitalbeteiligungen in gleicher Weise wie bei der Aktiengesellschaft oder aber GmbH zu klären ist - siehe dazu neuerlich Hengstschläger, aaO, Rz 1. Der am 27.9.2007 vorgelegte Gesellschaftsvertrag der Auftraggeberin bestätigt dabei in § 5 des KG - Vertrags neuerlich die mittelbar über die genannte AG vermittelte, dominierende Stellung des Bunds innerhalb der Kommanditistengruppe der Auftraggeberin. Für den dominierenden Bundeseinfluss gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG spricht insbesondere auch die absolute Mehrheit der im Firmenbuch ersichtlichen Haftsummen, sprich Kommanditbeteiligungen durch die selbst vom Bund dominierte, oben genannte Aktiengesellschaft, da bei Kommanditgesellschaften die Frage der Rechnungshofkontrollunterworfenheit über die Kapitalbeteiligungen in gleicher Weise wie bei der Aktiengesellschaft oder aber GmbH zu klären ist - siehe dazu neuerlich Hengstschläger, aaO, Rz 1. Der am 27.9.2007 vorgelegte Gesellschaftsvertrag der Auftraggeberin bestätigt dabei in Paragraph 5, des KG - Vertrags neuerlich die mittelbar über die genannte AG vermittelte, dominierende Stellung des Bunds innerhalb der Kommanditistengruppe der Auftraggeberin.

Zurückkehrend zur Frage der sektorenspezifischen Beschaffung durch die gegenständliche Auftraggeberin geht bei einer Beschaffung für die Sektorentätigkeit das Sektorenvergaberegime gemäß 164 dem klassischen Vergaberegime auch dann vor, wenn der fragliche Auftraggeber gleichzeitig öffentlicher Auftraggeber wäre.

Die hier vergabegenständliche Planung, Lieferung, Montage etc eines Kraftwerks stellt - zwischen den Parteien des eV-Verfahrens offenbar unstrittig - grundsätzlich eine Leistung dar, mit der durch die Auftraggeberin künftig - unbeschadet der Frage der allfällig zusätzlichen Abgabe von zB Fernwärme - elektrische Energie iSv § 167 Abs 3 Z 2 in die in dieser Gesetzesstelle genannten Netze eingespeist werden soll. Die hier vergabegenständliche Planung, Lieferung, Montage etc eines Kraftwerks stellt - zwischen den Parteien des eV-Verfahrens offenbar unstrittig - grundsätzlich eine Leistung dar, mit der durch die Auftraggeberin künftig - unbeschadet der Frage der allfällig zusätzlichen Abgabe von zB Fernwärme - elektrische Energie iSv Paragraph 167, Absatz 3, Ziffer 2, in die in dieser Gesetzesstelle genannten Netze eingespeist werden soll.

Damit weist die Vergabe einen derartigen Bezug zu einer Sektorentätigkeit auf, der über § 164 jedenfalls zur Anwendung des Sektorenvergaberegimes des BVergG 2006 führt, zumal die Auftraggeberin in dem am 2.6.2006 abgesandten Aufruf zum Wettbewerb, also maW in der gemeinschaftsweiten Vergabebekanntmachung, die Beschaffung selbst als Sektorenvergabe qualifiziert hat. Damit weist die Vergabe einen derartigen Bezug zu einer Sektorentätigkeit auf, der über Paragraph 164, jedenfalls zur Anwendung des Sektorenvergaberegimes des BVergG 2006 führt, zumal die Auftraggeberin in dem am 2.6.2006 abgesandten Aufruf zum Wettbewerb, also maW in der gemeinschaftsweiten Vergabebekanntmachung, die Beschaffung selbst als Sektorenvergabe qualifiziert hat.

Entsprechend der Anfrage des BVA vom 20.9.2007, lfd Nr 9 des Akts, und der Eingabe der Auftraggeberin, lfd Nr 10, liegt auf Basis der dadurch ermittelten Tatsachen zusätzlich auch kein Sachverhalt vor, der über die in § 179 geregelten Ausnahmen von der Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörden gegen die Zuständigkeit des BVA spräche. Entsprechend der Anfrage des BVA vom 20.9.2007, lfd Nr 9 des Akts, und der Eingabe der Auftraggeberin, lfd Nr 10, liegt auf Basis der dadurch ermittelten Tatsachen zusätzlich auch kein Sachverhalt vor, der über die in Paragraph 179, geregelten Ausnahmen von der Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörden gegen die Zuständigkeit des BVA spräche.

Im genannten gemeinschaftsweiten Aufruf zum Wettbewerb ist der streitgegenständliche Auftrag als Bauauftrag qualifiziert, womit das Sondersystem gesondert anfechtbarer Entscheidungen gemäß § 280 keinesfalls Anwendung findet, sondern das allgemeine System gemäß § 2 Z 16 einschlägig ist. Im genannten gemeinschaftsweiten Aufruf zum Wettbewerb ist der streitgegenständliche Auftrag als Bauauftrag qualifiziert, womit das Sondersystem gesondert anfechtbarer Entscheidungen gemäß Paragraph 280, keinesfalls Anwendung findet, sondern das allgemeine System gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, einschlägig ist.

Im streitgegenständlich abgeführten Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb (iSv § 192 Abs 5) sind gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd unter anderem auch sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist gesondert anfechtbar, wobei nach der allgemeinen Regel des § 2 Z 16 lit a nur nach außen ein Erscheinung tretende Entscheidungen gesondert anfechtbar sind. Im streitgegenständlich abgeführten Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb (iSv Paragraph 192, Absatz 5,) sind gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, unter anderem auch sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist gesondert anfechtbar, wobei nach der allgemeinen Regel des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, nur nach außen ein Erscheinung tretende Entscheidungen gesondert anfechtbar sind.

Dies vorausschickend ist nunmehr in Erinnerung zu rufen, dass die Auftraggeberin mit ihrem mit 16.7.2007 datierten Schreiben, Beilage./1 zur Eingabe, lfd Nr 1 des Akts, erstens zu einer Letztangebotsabgabe bis 27.7.2007 aufgefordert hat und zweitens den zuvor anders festgelegten Verlauf des Vergabeverfahrens dahin abänderte, dass grundsätzlich auf Basis der Zuschlagskriterien vom 28.7.2006 ein "preferred bidder" ausgewählt werden sollte, der in Abhängigkeit von hier nicht weiter zu diskutierenden Determinanten eine Aufwandsentschädigung erhalten soll, wenn das Projekt nicht realisiert werden kann.

Betreffend diese genannten Festlegungen der Auftraggeberin vom 16.7.2007 ist innerhalb der dafür gemäß § 321 offen stehenden Anfechtungsfristen kein Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt eingebracht worden, so dass die gerade genannten Festlegungen während der Verhandlungsphase bestandfest geworden und damit dem weiteren Vergabeverfahren zu Grunde zu legen sind. Betreffend diese genannten Festlegungen der Auftraggeberin vom 16.7.2007 ist innerhalb der dafür gemäß Paragraph 321, offen stehenden Anfechtungsfristen kein Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt eingebracht worden, so dass die gerade genannten Festlegungen während der Verhandlungsphase bestandfest geworden und damit dem weiteren Vergabeverfahren zu Grunde zu legen sind.

Dies - obiter - nunmehr unbeachtlich der Frage einer Vergaberechtswidrigkeit allein wegen der gesetzlich allenfalls gebotenen Bekämpfbarkeit der Zuschlagsentscheidung insbesondere auch aus dem Grunde einer unrichtigen Bestbieterermittlung; bzw auch unbeachtlich der Frage der Zulässigkeit der Bekanntgabe eines "preferred bidder" vor einer Zuschlagsentscheidung gemäß § 272 im Lichte des § 254 Abs 6, da die Festlegung der Mitteilung eines "preferred bidders" vom 16.7.2007 eben gemäß § 321 bereits unanfechtbar erscheint. Dies - obiter - nunmehr unbeachtlich der Frage einer Vergaberechtswidrigkeit allein wegen der gesetzlich allenfalls gebotenen Bekämpfbarkeit der Zuschlagsentscheidung insbesondere auch aus dem Grunde einer unrichtigen Bestbieterermittlung; bzw auch

unbeachtlich der Frage der Zulässigkeit der Bekanntgabe eines "preferred bidder" vor einer Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 272, im Lichte des Paragraph 254, Absatz 6,, da die Festlegung der Mitteilung eines "preferred bidders" vom 16.7.2007 eben gemäß Paragraph 321, bereits unanfechtbar erscheint.

Gemäß Punkt 3. dieser beschriebenen, präkludierten Festlegung vom 16.7.2007 sollen mit dem von der Auftraggeberin ermittelten "preferred bidder" weitere Verhandlungen über den Inhalt des zur Vergabe anstehenden Leistungsvertrags geführt werden, um das Vertragswerk unterschriftsreif zu machen.

Die von der Antragstellerin mit dem vorliegenden Nachprüfungsantrag angefochtene Entscheidung vom 5.9.2007, die Bieterin B*** als "preferred bidder" auszuwählen, bewirkt nunmehr auf Basis der Festlegung vom 16.7.2007, dass weitere Verhandlungen im Vergabeverfahren, wenn auch nur mehr mit einem einzigen Bieter, geführt werden sollen.

Sollen aber gemäß den Festlegungen der Auftraggeberin vom 16.7.2007 und vom 5.9.2007 mit einem einzigen Bieter Verhandlungen geführt werden, befindet sich das - als Verhandlungsverfahren gestaltete - Vergabeverfahren noch immer in der Verhandlungsphase iS des § 2 Z 16 lit a sublit dd. Sollen aber gemäß den Festlegungen der Auftraggeberin vom 16.7.2007 und vom 5.9.2007 mit einem einzigen Bieter Verhandlungen geführt werden, befindet sich das - als Verhandlungsverfahren gestaltete - Vergabeverfahren noch immer in der Verhandlungsphase iS des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d,

Da die von der Antragstellerin mit dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag bekämpfte Mitteilung vom 5.9.2007 über die Qualifikation ihrer Konkurrentin als "preferred bidder" der Antragstellerin logisch vorab zugegangen ist und damit nach außen in Erscheinung getreten ist, ist diese Mitteilung des "preferred bidder" als während der Verhandlungsphase ergangen und damit als gesondert anfechtbar iSv § 322 Abs 1 Z 1 zu qualifizieren. Mit anderen Worten liegt bei der von der Antragstellerin bekämpften Festlegung vom 5.9.2007 nach der hier vertretenen Auffassung eine taugliche, grundsätzlich der vergabekontrollbehördlichen Rechtsgestaltung gemäß § 325 zugängliche, gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin vor. Da die von der Antragstellerin mit dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag bekämpfte Mitteilung vom 5.9.2007 über die Qualifikation ihrer Konkurrentin als "preferred bidder" der Antragstellerin logisch vorab zugegangen ist und damit nach außen in Erscheinung getreten ist, ist diese Mitteilung des "preferred bidder" als während der Verhandlungsphase ergangen und damit als gesondert anfechtbar iSv Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer eins, zu qualifizieren. Mit anderen Worten liegt bei der von der Antragstellerin bekämpften Festlegung vom 5.9.2007 nach der hier vertretenen Auffassung eine taugliche, grundsätzlich der vergabekontrollbehördlichen Rechtsgestaltung gemäß Paragraph 325, zugängliche, gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin vor.

Die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags - als Entscheidungsdeterminante bei der Interessensabwägung gemäß § 329 Abs 1 - können daher insoweit nicht verneint werden. Die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags - als Entscheidungsdeterminante bei der Interessensabwägung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, - können daher insoweit nicht verneint werden.

Die §§ 328f setzen iVm 321 und 322 Abs 2 Z 2 einen rechtzeitig eingebrachten Nachprüfungsantrag voraus, um insoweit insbesondere auch über die Frage der Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags die Entscheidung über das eV - Begehren sachgerecht treffen zu können. Ein wegen auf Tatsachenebene unstrittiger Verspätung zurückzuweisender Nachprüfungsantrag ließe nämlich eine durch einstweilige Maßnahmen verursachte Verzögerung des Beschaffungsvorgangs nicht geboten erscheinen. Die Paragraphen 328 f, setzen in Verbindung mit 321 und 322 Absatz 2, Ziffer 2, einen rechtzeitig eingebrachten Nachprüfungsantrag voraus, um insoweit insbesondere auch über die Frage der Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags die Entscheidung über das eV - Begehren sachgerecht treffen zu können. Ein wegen auf Tatsachenebene unstrittiger Verspätung zurückzuweisender Nachprüfungsantrag ließe nämlich eine durch einstweilige Maßnahmen verursachte Verzögerung des Beschaffungsvorgangs nicht geboten erscheinen.

Die Festlegung der Auftraggeberin vom 5.9.2007 ist - nach der hier vertretenen Auffassung - mangels bislang bekannter Tatsachen hinsichtlich der Einschlägigkeit anderer Bestimmungen - am Rechtzeitigkeitsmaßstab des § 321 Abs 1 Z 7 zu messen. Die Festlegung der Auftraggeberin vom 5.9.2007 ist - nach der hier vertretenen Auffassung - mangels bislang bekannter Tatsachen hinsichtlich der Einschlägigkeit anderer Bestimmungen - am Rechtzeitigkeitsmaßstab des Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, zu messen.

Der am 19.9.2007 per e-mail nach Ende der Amtsstunden eingebrachte Nachprüfungsantrag erscheint daher gemäß § 13 Abs 5 AVG idF BGBl I 2004/10 als rechtzeitig, womit dieser Aspekt nicht gegen die Erlassung der beantragten eV spricht. Der am 19.9.2007 per e-mail nach Ende der Amtsstunden eingebrachte Nachprüfungsantrag erscheint daher gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG in der Fassung BGBl römisch eins 2004/10 als rechtzeitig, womit dieser Aspekt nicht gegen die Erlassung der beantragten eV spricht.

Da die Auftraggeberin - mit der Rechtsfolge der aufschiebenden Wirkung betreffend eine allenfalls versuchte Zuschlagserteilung gemäß § 328 Abs 5 und 6 - am 20.9.2007 vom Bundesvergabeamt vom hier gegenständlichen eV - Begehren verständigt wurde, und zudem weder ein Zuschlag noch ein Widerruf des Vergabeverfahrens bislang behauptet wurden, ist aktuell von der Zulässigkeit der Erlassung einer eV auch im Lichte des § 312 Abs 2 Z 1 auszugehen. Da die Auftraggeberin - mit der Rechtsfolge der aufschiebenden Wirkung betreffend eine allenfalls versuchte Zuschlagserteilung gemäß Paragraph 328, Absatz 5 und 6 - am 20.9.2007 vom Bundesvergabeamt vom hier gegenständlichen eV - Begehren verständigt wurde, und zudem weder ein Zuschlag noch ein Widerruf des Vergabeverfahrens bislang behauptet wurden, ist aktuell von der Zulässigkeit der Erlassung einer eV auch im Lichte des Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, auszugehen.

Auf Basis der von der Antragstellerin bislang an das Bundesvergabeamt überwiesenen Pauschalgebühren im Gesamtbetrag von EUR 10.000,- scheiden die Unzulässigkeitsgründe gemäß den §§ 322 Abs 2 Z 3 und 328 Abs 7 allein bereits deshalb aus. Auf Basis der von der Antragstellerin bislang an das Bundesvergabeamt überwiesenen Pauschalgebühren im Gesamtbetrag von EUR 10.000,- scheiden die Unzulässigkeitsgründe gemäß den Paragraphen 322, Absatz 2, Ziffer 3 und 328 Absatz 7, allein bereits deshalb aus.

In der verfahrenseinleitenden Eingabe, lfd Nr 1 des Akts, sind - jedenfalls in einer Gesamtschau - die in § 328 Abs 2 geforderten Antragsinhalte für einen Antrag auf eV enthalten, wobei dem am 20.9.2007 protokollierten, gleichfalls in der Eingabe lfd Nr 1 enthaltenen Nachprüfungsantrag die Antragsvoraussetzungen des § 320 Abs 1 iVm § 328 Abs 1 BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Antragsvoraussetzungen, sprich das Vertragsabschlussinteresse und der (drohende) Schaden, können nämlich gegenständlich nicht ohne weitere Ermittlungen und sonstige Verfahrensschritte verneint werden, zumal das Angebot der Antragstellerin auch von der Auftraggeberin nicht ausgeschieden wurde. In der verfahrenseinleitenden Eingabe, lfd Nr 1 des Akts, sind - jedenfalls in einer Gesamtschau - die in Paragraph 328, Absatz 2, geforderten Antragsinhalte für einen Antrag auf eV enthalten, wobei dem am 20.9.2007 protokollierten, gleichfalls in der Eingabe lfd Nr 1 enthaltenen Nachprüfungsantrag die Antragsvoraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Antragsvoraussetzungen, sprich das Vertragsabschlussinteresse und der (drohende) Schaden, können nämlich gegenständlich nicht ohne weitere Ermittlungen und sonstige Verfahrensschritte verneint werden, zumal das Angebot der Antragstellerin auch von der Auftraggeberin nicht ausgeschieden wurde.

Da auch sonst die Erfolgsaussichten des gestellten Nachprüfungsantrags zum derzeitigen Zeitpunkt weder in formeller noch in materieller Hinsicht offenkundig fehlen, und insbesondere die behaupteten Vergaberechtswidrigkeiten derzeit noch nicht entsprechend verneint werden können, spricht auch dieser Aspekt der Entscheidung des EuGH Rs C-424/01, CS Communications, nicht gegen vorläufige, mit einer einstweiligen Verfügung anzuordnende Sicherungsmaßnahmen zu Gunsten der Nachprüfungswerberin.

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

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

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

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

Die Nachprüfungswerberin beehrte mit dem am 20.9.2007 protokollierten eV - Antrag diverse Provisorialmaßnahmen, wie im Spruch ersichtlich.

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

MaW dient die eV gemäß §§ 328ff aber gerade nicht dazu, der Antragstellerin des Nachprüfungs- und eV - Verfahrens durch die Provisorialmaßnahme Rechtspositionen zu verschaffen bzw Tatsachenkenntnisse zu vermitteln, die Entscheidungsdeterminanten für die Begründetheit des gestellten Nichtigerklärungsbegehrens sind. MaW dient die eV gemäß Paragraphen 328 f, f, aber gerade nicht dazu, der Antragstellerin des Nachprüfungs- und eV - Verfahrens durch die Provisorialmaßnahme Rechtspositionen zu verschaffen bzw Tatsachenkenntnisse zu vermitteln, die Entscheidungsdeterminanten für die Begründetheit des gestellten Nichtigerklärungsbegehrens sind.

§ 328 Abs 1 Satz 1 spricht insoweit von vorläufigen Maßnahmen, die durch das BVA anzuordnen sind, um die drohende Schädigung der Interessen eines Antragstellers zu verhindern. Paragraph 328, Absatz eins, Satz 1 spricht insoweit von vorläufigen Maßnahmen, die durch das BVA anzuordnen sind, um die drohende Schädigung der Interessen eines Antragstellers zu verhindern.

Wenn § 329 Abs 3 zusätzlich die Befristung einer solchen Provisorialmaßnahme anordnet, wird damit (ein weiteres Mal) klar, dass durch die Provisorialmaßnahme keine Maßnahmen zu verfügen sind, die Erkenntnisthema des Nichtigerklärungsverfahrens und des dort abzuführenden Beweisverfahrens sind. Wenn Paragraph 329, Absatz 3, zusätzlich die Befristung einer solchen Provisorialmaßnahme anordnet, wird damit (ein weiteres Mal) klar, dass durch die Provisorialmaßnahme keine Maßnahmen zu verfügen sind, die Erkenntnisthema des Nichtigerklärungsverfahrens und des dort abzuführenden Beweisverfahrens sind.

Sofern daher die gegenständliche Antragstellerin in den Punkten 3., 4. und 5. ihres Sicherungsbegehrens verlangt, dass die streitverfangene Auftraggeberin gewisse Unterlagen vorzulegen hätte bzw gegenüber dem Bundesvergabeamt oder aber gegenüber der Antragstellerin zu einer bestimmten Beweisführung verpflichtet werden möge, werden damit keine geeigneten, den Rechtsgestaltungsanspruch der Antragstellerin in seiner Zulässigkeit bzw in seiner Sinnhaftigkeit währenden vorläufigen Maßnahmen begehrt.

In Wahrheit strebt die Antragstellerin mit diesen Sicherungsbegehren nämlich gerade behördliche Gebote an eine andere Verfahrenspartei zur Abklärung der Frage der Begründetheit des eigenen Nachprüfungsantrags an, obwohl die Frage der Begründetheit des Nachprüfungsantrags vom BVA innerhalb der Beschwerdepunkte amtswegig zu ermitteln ist; und der Gesetzgeber hierfür dem BVA einerseits die Informationsbefugnisse des § 313 BVergG 2006 und andererseits die Beweiserhebungsmöglichkeiten des AVG in die Hand gibt. In Wahrheit strebt die Antragstellerin mit diesen Sicherungsbegehren nämlich gerade behördliche Gebote an eine andere Verfahrenspartei zur Abklärung der Frage der Begründetheit des eigenen Nachprüfungsantrags an, obwohl die Frage der Begründetheit des Nachprüfungsantrags vom BVA innerhalb der Beschwerdepunkte amtswegig zu ermitteln ist; und der Gesetzgeber hierfür dem BVA einerseits die Informationsbefugnisse des Paragraph 313, BVergG 2006 und andererseits die Beweiserhebungsmöglichkeiten des AVG in die Hand gibt.

Die Anträge betreffend die im Spruch dieses Bescheids bei der Wiedergabe des eV - Begehrens zu den Punkten 3. bis 5.

beschriebenen und derart von der Antragstellerin angestrebten Maßnahmen waren daher gemäß § 329 Abs 2 als nicht zur Absicherung der Zulässigkeit bzw der Sinnhaftigkeit des Rechtsgestaltungsbegehrens geeignete Sicherungsmaßnahmen zu qualifizieren und daher abzuweisen. Die Anträge betreffend die im Spruch dieses Bescheids bei der Wiedergabe des eV - Begehrens zu den Punkten 3. bis 5. beschriebenen und derart von der Antragstellerin angestrebten Maßnahmen waren daher gemäß Paragraph 329, Absatz 2, als nicht zur Absicherung der Zulässigkeit bzw der Sinnhaftigkeit des Rechtsgestaltungsbegehrens geeignete Sicherungsmaßnahmen zu qualifizieren und daher abzuweisen.

Diese Teilabweisung hatte zu erfolgen, auch wenn sich die Auftraggeberin am 21.9.2007 mit ihrer Eingabe, lfd Nr 10 des Akts, nicht gegen diese Maßnahmen ausgesprochen hat, da das Bundesvergabeamt amtswegig die Eignung iSd § 329 Abs 2 der jeweils beantragten Provisorialmaßnahmen zu prüfen hat. Diese Teilabweisung hatte zu erfolgen, auch wenn sich die Auftraggeberin am 21.9.2007 mit ihrer Eingabe, lfd Nr 10 des Akts, nicht gegen diese Maßnahmen ausgesprochen hat, da das Bundesvergabeamt amtswegig die Eignung iSd Paragraph 329, Absatz 2, der jeweils beantragten Provisorialmaßnahmen zu prüfen hat.

Dieses Ergebnis der vorstehenden Teilabweisung wird auch durch einen unter Berücksichtigung des gemeinschaftsrechtlichen Äquivalenzgrundsatzes indizierten innerstaatlichen Rechtsvergleich mit den Vorschriften über das zivilgerichtliche Verfahren gestützt.

Bei den Zivilgerichten ist es nämlich vom Grundsatz her gleichfalls nicht vorgesehen, im Wege einer eV (gemäß der EO) das notwendige Beweismaterial für das Hauptverfahren zu erlangen; sondern existiert dort das Institut des gerichtlichen Urkundenvorlageauftrags gemäß §§ 303ff ZPO, welches der Informations- und Vorlagepflicht von Unterlagen gegenüber dem BVA gem § 313 funktionell ähnlich erscheint (, soweit nicht die Beweissituation des Rechtsschutzsuchenden vor den Zivilgerichten außerhalb der Urkundenvorlageaufträge ohnedies noch schwieriger als vor dem Bundesvergabeamt gestaltet sein dürfte). Bei den Zivilgerichten ist es nämlich vom Grundsatz her gleichfalls nicht vorgesehen, im Wege einer eV (gemäß der EO) das notwendige Beweismaterial für das Hauptverfahren zu erlangen; sondern existiert dort das Institut des gerichtlichen Urkundenvorlageauftrags gemäß Paragraphen 303 f, f, ZPO, welches der Informations- und Vorlagepflicht von Unterlagen gegenüber dem BVA gem Paragraph 313, funktionell ähnlich erscheint (, soweit nicht die Beweissituation des Rechtsschutzsuchenden vor den Zivilgerichten außerhalb der Urkundenvorlageaufträge ohnedies noch schwieriger als vor dem Bundesvergabeamt gestaltet sein dürfte).

Zu den zeitlich befristet ausgesprochenen Provisorialmaßnahmen gemäß § 329 Abs 2 ist nunmehr festzuhalten wie folgt: Zu den zeitlich befristet ausgesprochenen Provisorialmaßnahmen gemäß Paragraph 329, Absatz 2, ist nunmehr festzuhalten wie folgt:

Durch die (neben anderen Maßnahmen) begehrte und auch verfügte Untersagung der Zuschlagserteilung wird verboten, dass die Auftraggeberin einen Zuschlag im streitgegenständlichen Vergabeverfahren erteilt, durch welchen das Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 unzulässig würde, bevor über den mit dem Nachprüfungsantrag vorgetragenen Rechtsgestaltungsanspruch durch den dafür zuständigen Senat des Bundesvergabeamts entschieden ist. Die Sicherungsmaßnahme der Untersagung der Zuschlagserteilung ist daher ein geeignetes Mittel, mit welchem das Vergabeverfahren in einem Stand gehalten wird, um die möglicherweise tatsächlich bestehende Zuschlagschance der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren dahin abzusichern, dass vorläufig kein Zuschlag erteilt wird. Damit wird die Chance der Antragstellerin auf den im gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschriebenen Leistungsvertrag nicht vor der Entscheidung über die mit dem Nachprüfungsantrag geltend gemachten Rechtsverletzungen endgültig vernichtet. Durch die (neben anderen Maßnahmen) begehrte und auch verfügte Untersagung der Zuschlagserteilung wird verboten, dass die Auftraggeberin einen Zuschlag im streitgegenständlichen Vergabeverfahren erteilt, durch welchen das Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 unzulässig würde, bevor über den mit dem Nachprüfungsantrag vorgetragenen Rechtsgestaltungsanspruch durch den dafür zuständigen Senat des Bundesvergabeamts entschieden ist. Die Sicherungsmaßnahme der Untersagung der Zuschlagserteilung ist daher ein geeignetes Mittel, mit welchem das Vergabeverfahren in einem Stand gehalten wird, um die möglicherweise tatsächlich bestehende Zuschlagschance der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren dahin abzusichern, dass vorläufig kein Zuschlag erteilt wird. Damit wird die Chance der Antragstellerin auf den im gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschriebenen Leistungsvertrag nicht vor der Entscheidung über die mit dem

Nachprüfungsantrag geltend gemachten Rechtsverletzungen endgültig vernichtet.

Bedenkt man, dass es vor dem Hintergrund des vorliegenden Sachverhalts und insbesondere der gegenständlichen Situation bereits präkludierter Entscheidungen vertretbar erscheint, dass mit der Mitteilung des "preferred bidders" am 5.9.2007 auf Grundlage der Vorfestlegung vom 16.7.2007 in Wahrheit keine anderen Bieter mehr im Vergabeverfahren verblieben sind;

daher gemäß § 272 keine Pflicht zur Bekanntgabe einer zusätzlichen Zuschlagsentscheidung mehr bestünde; daher gemäß Paragraph 272, keine Pflicht zur Bekanntgabe einer zusätzlichen Zuschlagsentscheidung mehr bestünde;

und der Zuschlag daher unmittelbar an den "preferred bidder" vergeben werden könnte,

so erscheint das befristete Zuschlagsverbot - zusätzlich zu den anderen Maßnahmen - als das gelindeste Mittel, um einen wirksamen Primärrechtsschutz gemäß Art 1 Abs 1 RL 92/13/EWG zu prästieren. Würde die Auftraggeberin nämlich nach dieser mit Nachprüfungsantrag bekämpften Mitteilung vom 5.9.2007 - ohne Dazwischentreten einer weiteren Zuschlagsentscheidung gemäß §§ 2 Z 48 und 272 - eine Zuschlagserteilung an die B*** vornehmen, erscheint es gegenständlich auch unter Berücksichtigung der aus der Rsp des VwGH (siehe dazu VwGH 26.4.2007, 2005/04/0222) ableitbaren Grundsätze argumentierbar, dass eine solche Zuschlagserteilung wirksam wäre; und somit der hier strittige Kraftwerksauftrag endgültig vom Markt wäre. so erscheint das befristete Zuschlagsverbot - zusätzlich zu den anderen Maßnahmen - als das gelindeste Mittel, um einen wirksamen Primärrechtsschutz gemäß Artikel eins, Absatz eins, RL 92/13/EWG zu prästieren. Würde die Auftraggeberin nämlich nach dieser mit Nachprüfungsantrag bekämpften Mitteilung vom 5.9.2007 - ohne Dazwischentreten einer weiteren Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraphen 2, Ziffer 48 und 272 - eine Zuschlagserteilung an die B*** vornehmen, erscheint es gegenständlich auch unter Berücksichtigung der aus der Rsp des VwGH (siehe dazu VwGH 26.4.2007, 2005/04/0222) ableitbaren Grundsätze argumentierbar, dass eine solche Zuschlagserteilung wirksam wäre; und somit der hier strittige Kraftwerksauftrag endgültig vom Markt wäre.

Es liegt nämlich aktuell keine gesicherte Rsp dahin vor, ob nach einer "preferred bidder" - Entscheidung, in der faktisch bereits die sonst mit der Zuschlagsentscheidung konkretisierte Bestbieterauswahl vorgenommen wird, überhaupt noch eine für andere Bieter bekämpfbare Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben werden müsste, in welcher die anderen Bieter ohnehin die Frage der bereits auf Basis der Zuschlagskriterien getroffenen Bestbieterauswahl nicht mehr bekämpfen könnten.

Die Antragstellerin möchte - hinsichtlich der anzustellenden Interessensabwägung - nach ihren Behauptungen mit ihrem eV-Antrag - offenkundig (auch) - verhindern, dass ihr ein Referenzprojekt entgeht, ihr über die erlösten variablen Kosten hinaus Deckungsbeitrag bzw Gewinn entgeht, und dass die bisherigen Kosten insbesondere für die Teilnahme am Vergabeverfahren entweder frustriert; oder nachmalig (allenfalls) gemeinsam mit dem Entgang des Deckungsbeitrags zeit- und kostenaufwendig im Zivilprozess geltend gemacht werden müssen.

Zentral befürchtet die Antragstellerin damit die Vereitelung der eigenen Zuschlagschance bzw die Vereitelung der nachmaligen Zuschlagserteilung an sich selbst, samt dadurch notorisch drohenden Folge - Nachteilen.

Genau diese Nachteile und Schäden würden amtsbekannt jedenfalls dann drohen bzw sich hinsichtlich des Entgangs eines Referenzauftrags bereits jetzt endgültig realisieren, wenn ohne die angeordnete Maßnahme vor der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag der Zuschlag an einen anderen Unternehmer erteilt werden könnte.

Der durch die §§ 328f BVergG 2006 bezweckte Provisorialrechtsschutz will aber bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen grundsätzlich genau eine derartige Vereitelung letztendlich der Zuschlagschance von Unternehmern in einem bestimmten Vergabeverfahren vor dem Zeitpunkt der Klärung der Frage verhindern, ob die Antragstellerin durch eine sie belastende Auftraggeberentscheidung - hier durch eine partiell die Funktion einer Zuschlagsentscheidung ersetzenden "preferred bidder" - Entscheidung - tatsächlich in ihren vergaberechtlich gewährleisteten subjektiven Rechten verletzt wird. Der durch die Paragraphen 328 f, BVergG 2006 bezweckte Provisorialrechtsschutz will aber bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen grundsätzlich genau eine derartige Vereitelung letztendlich der Zuschlagschance von Unternehmern in einem bestimmten Vergabeverfahren vor dem Zeitpunkt der Klärung der Frage verhindern, ob die Antragstellerin durch eine sie belastende Auftraggeberentscheidung - hier durch eine partiell die Funktion einer Zuschlagsentscheidung ersetzenden "preferred bidder" - Entscheidung - tatsächlich in ihren vergaberechtlich gewährleisteten subjektiven Rechten verletzt wird.

Dabei spricht § 329 Abs 1 BVergG 2006 vom Grundsatz her für die Erlassung der einstweiligen Verfügung, es sei denn, andere, in § 329 Abs 1 BVergG 2006 angeführte Interessen würden die Interessen am Provisorialrechtsschutz überwiegen. Dabei spricht Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 vom Grundsatz her für die Erlassung der einstweiligen Verfügung, es sei denn, andere, in Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 angeführte Interessen würden die Interessen am Provisorialrechtsschutz überwiegen.

Die von der Nachprüfungswerberin ins Treffen geführten, ihr drohenden Nachteile; und damit die bei ihr is der Nachteilsvermeidung zu schützenden Interessen sind in solchen Situationen typisch, notorisch und ratione legis Ursache der Existenz des Provisorialrechtsschutzes.

Die Auftraggeberin hat zudem am 21.9.2007 ausdrücklich mitgeteilt, dass sie sich aus Gründen der Verfahrensökonomie nicht gegen die beantragte eV ausspricht. Die Auftraggeberin hat auch sonst keine Interessen is des § 329 Abs 1 BVergG 2006 wider die beantragte eV ins Treffen geführt. Die Auftraggeberin hat zudem am 21.9.2007 ausdrücklich mitgeteilt, dass sie sich aus Gründen der Verfahrensökonomie nicht gegen die beantragte eV ausspricht. Die Auftraggeberin hat auch sonst keine Interessen is des Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 wider die beantragte eV ins Treffen geführt.

Die am 5.9.2007 als "preferred bidder" qualifizierte Unternehmerin übersieht mit ihrem Vorbringen wider die beantragte eV im Punkte des angeblich nicht bescheinigten, der Antragstellerin drohenden Interessenschädigung gemäß § 328 Abs 2 Z 4, dass eben gerade die allfällig drohende Vereitelung der eigenen Zuschlagschance der Antragstellerin jenes Interesse gemäß § 329 Abs 1 darstellt, das den besonderen öffentlichen Interessen, den Interessen der Auftraggeberin und den Interessen eben des "preferred bidder" gegenüber zu stellen ist. Die am 5.9.2007 als "preferred bidder" qualifizierte Unternehmerin übersieht mit ihrem Vorbringen wider die beantragte eV im Punkte des angeblich nicht bescheinigten, der Antragstellerin drohenden Interessenschädigung gemäß Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer 4., dass eben gerade die allfällig drohende Vereitelung der eigenen Zuschlagschance der Antragstellerin jenes Interesse gemäß Paragraph 329, Absatz eins, darstellt, das den besonderen öffentlichen Interessen, den Interessen der Auftraggeberin und den Interessen eben des "preferred bidder" gegenüber zu stellen ist.

Die Auftraggeberin hat - wie aufgezeigt - keine gegen die eV sprechenden Interessen dargelegt.

Auch die Einschreiterin B*** hat diesbezüglich keine eigenen, das eV - Interesse der Antragstellerin überwiegenden Interessen dargelegt, sondern lediglich die Interessen der Antragstellerin an der eV bestritten (bzw - was noch zu erörtern sein wird - zumindest die Gebotenheit insbesondere der Entscheidungsaussetzung verneint).

Insoweit hat aber die B*** keine Interessen dargelegt, die das aufgezeigte Sicherungsinteresse der Antragstellerin gemäß § 329 Abs 1 überwiegen würden. Insoweit hat aber die B*** keine Interessen dargelegt, die das aufgezeigte Sicherungsinteresse der Antragstellerin gemäß Paragraph 329, Absatz eins, überwiegen würden.

Zudem spricht das in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung abgesicherte öffentliche Interesse der Zuschlagserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (VfGH 25.10.2002, B 1369/01) gleichfalls für die gegenständlich angeordneten vorläufigen Maßnahmen.

Zur ersichtlich verfügten Befristung der einstweiligen Verfügung ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber im Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung in § 326 BVergG 2006 (hier zusätzlich iVm § 33 Abs 2 AVG) eine Entscheidungsfrist von höchstens sechs Wochen festlegt. Zur ersichtlich verfügten Befristung der einstweiligen Verfügung ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber im Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung in Paragraph 326, BVergG 2006 (hier zusätzlich in Verbindung mit Paragraph 33, Absatz 2, AVG) eine Entscheidungsfrist von höchstens sechs Wochen festlegt.

Auf Basis der gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Existenz eines Provisorialrechtsschutzes zur vorläufigen Absicherung von Nachprüfungsanträgen, durch welchen die gemeinschaftsrechtlich gebotene Vergabenachprüfung vor Zuschlagserteilung gerade erst ermöglicht wird, hat jeder vergaberechtsunterworfenen Auftraggeber und auch jeder an einem Vergabeverfahren beteiligte Unternehmer ein derartiges Nachprüfungsverfahren mit einem dazu verfügten Provisorialrechtsschutz in die eigenen zeitlichen Planungen betreffend das Vergabeverfahren einzukalkulieren.

Dies insbesondere gerade deshalb, weil der Gesetzgeber durch § 326 BVergG 2006 bereits ein im Vergleich zur gemäß § 73 AVG bzw gemäß § 27 VwGG sonst üblichen 6-Monats-Entscheidungsfrist äußerst rasch abzuführendes

Nachprüfungsverfahren normiert hat. Diese Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamts wäre sinnentleert, wenn die betroffenen Verkehrskreise nicht schon allein deshalb mit entsprechenden Innehaltungen des Vergabeverfahrens durch den vergaberechtlichen Provisorialrechtsschutz rechnen müssten. Dies insbesondere gerade deshalb, weil der Gesetzgeber durch Paragraph 326, BVergG 2006 bereits ein im Vergleich zur gemäß Paragraph 73, AVG bzw gemäß Paragraph 27, VwGG sonst üblichen 6-Monats-Entscheidungsfrist äußerst rasch abzuführendes Nachprüfungsverfahren normiert hat. Diese Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamts wäre sinnentleert, wenn die betroffenen Verkehrskreise nicht schon allein deshalb mit entsprechenden Innehaltungen des Vergabeverfahrens durch den vergaberechtlichen Provisorialrechtsschutz rechnen müssten.

Mangels bekannter und besonderer Umstände, die gegen diese längstens für 6 Wochen verfügte Untersagung der Zuschlagserteilung inklusive der verfükten sonstigen Maßnahmen in diesem Zeitraum sprechen, waren daher die angeordneten Maßnahmen parallel zum gesetzlich ohnehin sehr kurz vorgegebenen Entscheidungszeitraum betreffend den Nachprüfungsantrag zu verfüken, um zumindest in diesem Zeitraum die Interessen der Antragstellerin an der Absicherung ihres gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 vorgetragenen Rechtsgestaltungsbegehrens zu gewährleisten, zumal bei früherer Entscheidung in der Hauptsache die eV wegen der zusätzlich verfükten relativen Befristung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens gleichfalls wegfällt. Mangels bekannter und besonderer Umstände, die gegen diese längstens für 6 Wochen verfügte Untersagung der Zuschlagserteilung inklusive der verfükten sonstigen Maßnahmen in diesem Zeitraum sprechen, waren daher die angeordneten Maßnahmen parallel zum gesetzlich ohnehin sehr kurz vorgegebenen Entscheidungszeitraum betreffend den Nachprüfungsantrag zu verfüken, um zumindest in diesem Zeitraum die Interessen der Antragstellerin an der Absicherung ihres gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 vorgetragenen Rechtsgestaltungsbegehrens zu gewährleisten, zumal bei früherer Entscheidung in der Hauptsache die eV wegen der zusätzlich verfükten relativen Befristung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens gleichfalls wegfällt.

Die zusätzlich begehrte und ausgesprochene Aussetzung der angefochtenen Entscheidung im zeitlichen Ausmaß der Untersagung der Zuschlagserteilung nimmt der angefochtenen Entscheidung zwischenzeitig die Wirksamkeit, ohne diese Entscheidung aus dem Rechtsbestand zu eliminieren. Ohne wirksame "preferred bidder" - Entscheidung wird jenen Argumenten vorgebeugt, die es - wie vorstehend unter Hinweis auf VwGH 2005/04/0222 ausgeführt - vetretbar erscheinen lassen, eine entgegen einem vorläufigen Zuschlagsverbot auf Basis der "preferred bidder" - Entscheidung vorgenommene Zuschlagserteilung wäre zwar bescheidwidrig, allerdings rechtswirksam.

Eine höchstgerichtliche Klärung der Frage eines gültigen Zuschlags in einem solchen Fall liegt nämlich bislang, soweit ersichtlich, noch nicht vor, wobei hier wiederholend darauf zu verweisen ist, dass derzeit nicht positiv feststeht, ob die Auftraggeberin nach der hier angefochtenen "preferred bidder" - Entscheidung noch eine zusätzliche Zuschlagsentscheidung vor einer Zuschlagserteilung bekannt geben würde bzw überhaupt müsste; es hingegen auf Basis der Textierung des Schreibens der Auftraggeberin vom 16.7.2007, Beilage .1 zum Nachprüfungsantrag objektiviert ist, dass die "preferred bidder" - Entscheidung der letzte Akt im Vergabeverfahren gegenüber dem nicht als solchen bestimmten Bieter sein sollte und diese "preferred bidder" - Entscheidung daher zumindest teilweise die Funktionen einer Zuschlagsentscheidung wahrnimmt.

Da sich die zudem Auftraggeberin ausdrücklich auch nicht gegen diese Aussetzung ausgesprochen hat, wurde diese Maßnahme zur Gewährung des gebotenen effektiven Primärrechtsschutzes zusätzlich verhängt, ohne dabei Interessen der Auftraggeberin zu beeinträchtigen.

Besondere öffentliche Interessen wider die Aussetzung waren gleichfalls nicht ersichtlich, zumal - wiederum entsprechend dem Schreiben der Auftraggeberin vom 16.7.2007 - das gegenständliche Kraftwerksprojekt derzeit ohnehin noch immer von einem anderen, anlagenrechtlichen Bewilligungsverfahren abhängt.

Sofern auch die Auftraggeberin diese Sicherungsmaßnahme - ausweislich der Eingabe, lfd Nr 10 - akzeptiert, können auf Basis des zusammengefasst wiedergegebenen Vorbringens der B*** keine Interessen erkannt werden, die das von der Auftraggeberin insoweit akzeptierte Sicherungsinteresse der Antragstellerin gemäß § 329 Abs 1 überwiegen würden. Sofern auch die Auftraggeberin diese Sicherungsmaßnahme - ausweislich der Eingabe, lfd Nr 10 - akzeptiert, können auf Basis des zusammengefasst wiedergegebenen Vorbringens der B*** keine Interessen erkannt werden, die das von der Auftraggeberin insoweit akzeptierte Sicherungsinteresse der Antragstellerin gemäß Paragraph 329, Absatz eins, überwiegen würden.

Die Aussetzung der angefochtenen Entscheidung erscheint weiters als das - zusätzlich zum Zuschlagsverbot zu verhängende gelindeste Mittel, um dem Risiko einer Zuschlagserteilung zu Lasten der Antragstellerin während des Nachprüfungsverfahrens vorzubeugen. Zum insoweit vergleichbar vertretenen Risiko einer endgültigen Zuschlagserteilung mangels Aussetzung der funktional der gegenständlich angefochtenen "preferred bidder" - Entscheidung zumindest partiell deckungsgleichen Zuschlagsentscheidung siehe zB Hoffer/Schmölz, Einstweilige Verfügungen gemäß § 116 BVergG 1997 - § 171 BVergG 2002 (Teil III), Vorläufige Maßnahmen, RPA 2002, 281. Die Aussetzung der angefochtenen Entscheidung erscheint weiters als das - zusätzlich zum Zuschlagsverbot zu verhängende gelindeste Mittel, um dem Risiko einer Zuschlagserteilung zu Lasten der Antragstellerin während des Nachprüfungsverfahrens vorzubeugen. Zum insoweit vergleichbar vertretenen Risiko einer endgültigen Zuschlagserteilung mangels Aussetzung der funktional der gegenständlich angefochtenen "preferred bidder" - Entscheidung zumindest partiell deckungsgleichen Zuschlagsentscheidung siehe zB Hoffer/Schmölz, Einstweilige Verfügungen gemäß Paragraph 116, BVergG 1997 - Paragraph 171, BVergG 2002 (Teil römisch drei), Vorläufige Maßnahmen, RPA 2002, 281.

Das weiteres verfügte Verhandlungsverbot zwischen Auftraggeberin und "preferred bidder" ist schließlich die Rechtsfolge der Aussetzung der angefochtenen Entscheidung, da die Aussetzung der angefochtenen Entscheidung selbiger die Wirksamkeit nimmt; und daher die Auftraggeberin auf keine wirksame Entscheidung rekurrieren kann, um darauf aufbauend weitere Verhandlungen mit B*** zu führen. Insoweit konkretisiert dieser Ausspruch lediglich die sich aus der Aussetzung, ergebenden Rechtsfolgen, so dass hinsichtlich der Frage des gelindesten Mittels auf das zum Aussetzen Ausgeführte verwiesen werden kann.

Da die Auftraggeberin auch gegen diese seitens der Antragstellerin konkretisiert begehrte Maßnahme keine Einwände hatte und damit einen durch die eV - verfügten Verhandlungsstopp akzeptierte, die Auftraggeberin also maW vorläufig selbst nicht unbedingt verhandeln möchte, sind insoweit keine Interessen der B*** ersichtlich, die die Interessen der Antragstellerin am vorläufigen Verhandlungsstopp iS des § 329 Abs 1 überwiegen würden. Es ist dabei - obiter - davon auszugehen, dass durch das vorläufige Unterbleiben von Verhandlungen mit dem "preferred bidder" zusätzlich auch das Risiko vermieden wird, dass ab jetzt im Vergabeverfahren insoweit Tatsachen geschaffen werden, die es allenfalls unter Berücksichtigung der Vergabegrundsätze des § 187 Abs 1 gebieten könnten, das gegenständliche Vergabeverfahren auf andere Weise als durch Zuschlag beenden zu müssen. Da die Auftraggeberin auch gegen diese seitens der Antragstellerin konkretisiert begehrte Maßnahme keine Einwände hatte und damit einen durch die eV - verfügten Verhandlungsstopp akzeptierte, die Auftraggeberin also maW vorläufig selbst nicht unbedingt verhandeln möchte, sind insoweit keine Interessen der B*** ersichtlich, die die Interessen der Antragstellerin am vorläufigen Verhandlungsstopp iS des Paragraph 329, Absatz eins, überwiegen würden. Es ist dabei - obiter - davon auszugehen, dass durch das vorläufige Unterbleiben von Verhandlungen mit dem "preferred bidder" zusätzlich auch das Risiko vermieden wird, dass ab jetzt im Vergabeverfahren insoweit Tatsachen geschaffen werden, die es allenfalls unter Berücksichtigung der Vergabegrundsätze des Paragraph 187, Absatz eins, gebieten könnten, das gegenständliche Vergabeverfahren auf andere Weise als durch Zuschlag beenden zu müssen.

Dies insbesondere dann, wenn sich einmal ergeben sollte, dass die im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren angefochtene Entscheidung aufzuheben wäre und der "preferred bidder" durch zwischenzeitig geführte Verhandlungen dadurch irreversibel Kenntnis von Tatsachen erlangt hätte, die nach der allfälligen Aufhebung der hier angefochtenen Entscheidung einen nicht mehr aufholbaren Wettbewerbsvorsprung in diesem Vergabeverfahren bedeuten könnten.

Zur unterlassenen Stattgabe hinsichtlich des zeitlich nur für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens terminisierten Mehrbegehrens - über den Zeitraum bis zum Ablauf des 2.11.2007 hinaus - ist festzuhalten, dass § 329 Abs 3 Satz 1 BVergG 2006 die Festsetzung eines bestimmten Zeitraums und § 329 Abs 3 Satz 4 eine Erstreckung der einstweiligen Verfügung - falls geboten - anordnet. Zur unterlassenen Stattgabe hinsichtlich des zeitlich nur für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens terminisierten Mehrbegehrens - über den Zeitraum bis zum Ablauf des 2.11.2007 hinaus - ist festzuhalten, dass Paragraph 329, Absatz 3, Satz 1 BVergG 2006 die Festsetzung eines bestimmten Zeitraums und Paragraph 329, Absatz 3, Satz 4 eine Erstreckung der einstweiligen Verfügung - falls geboten - anordnet.

Diese letztgenannte Verlängerungsmöglichkeit wäre zweckentleert, wenn bereits ursprünglich eine Provisorialmaßnahme ohne absolut bestimmten Endtermin zulässig wäre.

Zu einem späteren Verfahrenszeitpunkt des Nachprüfungsverfahrens kann zudem insbesondere die Interessensabwägung gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 im Provisorialverfahren unter Einbeziehung der dann auf breiterer Basis absehbaren Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags erneut angestellt werden kann (, falls das Nachprüfungsverfahren überhaupt länger als die in § 326 BVergG 2006 dafür vorgesehenen 6 Wochen dauern sollte). Zu einem späteren Verfahrenszeitpunkt des Nachprüfungsverfahrens kann zudem insbesondere die Interessensabwägung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 im Provisorialverfahren unter Einbeziehung der dann auf breiterer Basis absehbaren Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags erneut angestellt werden kann (, falls das Nachprüfungsverfahren überhaupt länger als die in Paragraph 326, BVergG 2006 dafür vorgesehenen 6 Wochen dauern sollte).

Rechtserhebliche Interessen der Nachprüfungswerberin an nur mit dem (relativen) Zeitpunkt der Entscheidung in der Hauptsache befristeten Sicherungsmaßnahmen, weil das Nachprüfungsverfahren eventuell länger als 6 Wochen dauern könnte, wurden zudem weder substantiiert behauptet, noch sind solche Interessen zum derzeitigen Zeitpunkt anderweitig erkennbar.

Die von der B*** in ihrer Eingabe, lfd Nr 21, deponierte Rechtsauffassung, der eV - Antrag wäre zurückzuweisen, war gemäß § 59 AVG keiner bescheidmäßigen Erledigung - iS einer Zurückweisung mangels Parteistellung gemäß § 330 Abs 2 - zuzuführen, da dieses Vorbringen gemäß § 13 AVG objektiv eben als bloße Darlegung einer Rechtsauffassung, und nicht als eigener Antrag dieser Einschreiterin zu werten ist. Die von der B*** in ihrer Eingabe, lfd Nr 21, deponierte Rechtsauffassung, der eV - Antrag wäre zurückzuweisen, war gemäß Paragraph 59, AVG keiner bescheidmäßigen Erledigung - iS einer Zurückweisung mangels Parteistellung gemäß Paragraph 330, Absatz 2, - zuzuführen, da dieses Vorbringen gemäß Paragraph 13, AVG objektiv eben als bloße Darlegung einer Rechtsauffassung, und nicht als eigener Antrag dieser Einschreiterin zu werten ist.

Schlagworte

preferred bidder, Verhandlungsverbot, Aussetzung, Sektorenauftraggeber, Stromversorgung, keine Freistellung vom Anwendungsbereich;

Dokumentnummer

VERGT_20070927_N_0087_BVA_08_2007_EV27_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