

TE Verg Bescheid 2007/1/2 N/0093-BVA/05/2006-57

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.01.2007

Norm

BVergG 2006 §4 Abs1

BVergG 2006 §7 Abs1 Z1

BVergG 2006 §9 Abs1 Z4. BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs3

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1 Z7

BVergG 2006 §322 Abs1 Z1

BVergG 2006 §322 Abs1 Z4

BVergG 2006 §322 Abs1 Z7

BVergG 2006 §323 Abs1

BVergG 2006 §324 Abs2

BVergG 2006 §324 Abs3

BVergG 2006 §324 Abs4

BVergG 2006 §345 Abs1

BVergG 2006 §345 Abs2

BVergG 2002 §20 Z13 lita sublitdd

BVergG 2002 §79 Ab1

BVergG 2002 §79 Abs4

BVergG 2002 §98

BVergG 2002 §101

1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 7 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 9 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

- [illegible]

5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch die erste Vertreterin des Vorsitzenden des Senates 5, Mag. Ilse Lesniak und durch Mag. Georg Konetzky als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006, betreffend die Auftragsvergabe "E - Finanz (Finanz - Redesign) BBG-GZ 9000.00310" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Finanzen, Himmelpfortgasse 4-8, 1015 Wien, dieser vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 21.11.2006 und vom 14.12.2006, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die erste Vertreterin des Vorsitzenden des Senates 5, Mag. Ilse Lesniak und durch Mag. Georg Konetzky als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, betreffend die Auftragsvergabe "E - Finanz (Finanz - Redesign) BBG-GZ 9000.00310" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Finanzen, Himmelpfortgasse 4-8, 1015 Wien, dieser vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 21.11.2006 und vom 14.12.2006, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag vom 21.11.2006, "das Bundesvergabeamt möge

1. a.Litera a
ein entsprechendes Nachprüfungsverfahren durchführen," wird zurückgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag vom 21.11.2006, "das Bundesvergabeamt möge

1. b.Litera b
die im Rahmen des 'Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung gemäß BVergG 2002 betreffend "E - Finanz (Finanz - Redesign), GZ 9000.00310" getroffene Festlegung des Antragsgegners vom 15.11.2006, mit allen Bieter(n) (also auch mit jenem/n Bieter(n), die gemäß § 98 BVergG 2002 auszuscheiden gewesen wären) eine weitere Verhandlungsrunde durchzuführen, für nichtig erklären," wird abgewiesen. die im Rahmen des "Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung gemäß BVergG 2002 betreffend "E - Finanz (Finanz - Redesign), GZ 9000.00310" getroffene Festlegung des Antragsgegners vom 15.11.2006, mit allen Bieter(n) (also auch mit jenem/n Bieter(n), die gemäß Paragraph 98, BVergG 2002 auszuscheiden gewesen wären) eine weitere Verhandlungsrunde durchzuführen, für nichtig erklären," wird abgewiesen.

III.römisch drei.

Der Antrag vom 21.11.2006, "das Bundesvergabeamt möge

1. c.Litera c
die in der oben genannten Festlegung zum Ausdruck gebrachte Entscheidung des Antragsgegners, Bieter, die nach der letzten Verhandlungsrunde vor dieser Festlegung kein den Ausschreibungsunterlagen entsprechendes Angebot gelegt haben, nicht auszuscheiden, für nichtig erklären," wird zurückgewiesen.

IV.römisch vier.

Der Antrag vom 21.11.2006, "das Bundesvergabeamt möge

1. d.Litera d

aussprechen, dass dem Antragsgegner jedoch die Möglichkeit der Abhaltung einer weiteren Verhandlungsrunde, allerdings nur mit jenen Bieter, die nicht gemäß § 98 BVergG 2002 auszuschneiden gewesen wären, offen steht," wird zurückgewiesen.aussprechen, dass dem Antragsgegner jedoch die Möglichkeit der Abhaltung einer weiteren Verhandlungsrunde, allerdings nur mit jenen Bieter, die nicht gemäß Paragraph 98, BVergG 2002 auszuschneiden gewesen wären, offen steht," wird zurückgewiesen.

V.römisch fünf.

Der "für den Fall, dass das Bundesvergabeamt zu dem Ergebnis gelangen sollte, dass die Unterlassung des Ausscheidens des oder der betreffenden Bieter aus den oben in 1.4.6 lit.a genannten Gründen eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellen sollte," gestellte Eventualantrag vom 21.11.2006, " das Bundesvergabeamt möge die vom Antragsgegner unterlassene Ausscheidung des oder der im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens näher zu bezeichnenden Bieter, für nichtig erklären," wird zurückgewiesen.Der "für den Fall, dass das Bundesvergabeamt zu dem Ergebnis gelangen sollte, dass die Unterlassung des Ausscheidens des oder der betreffenden Bieter aus den oben in 1.4.6 Litera a, genannten Gründen eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellen sollte," gestellte Eventualantrag vom 21.11.2006, " das Bundesvergabeamt möge die vom Antragsgegner unterlassene Ausscheidung des oder der im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens näher zu bezeichnenden Bieter, für nichtig erklären," wird zurückgewiesen.

VI.römisch sechs.

Der Antrag vom 21.11.2006, "das Bundesvergabeamt möge dem Antragsgegner auftragen, der Antragstellerin die von dieser im gegenständlichen Verfahren entrichteten Pauschalgebühren, und zwar in der Höhe von Euro 1.600,--, für das Verfahren auf Erlangung einer einstweiligen Verfügung und in der Höhe von ebenfalls Euro 1.600,--, für das Nachprüfungsverfahren, sohin insgesamt Euro 3.200,--, binnen 14 Tagen ab Zustellung des Bescheides zu Handen ihres Vertreters bei sonstiger Exekution zu ersetzen, wird abgewiesen.

VII.römisch sieben.

Der Antrag vom 14.12.2006, "das Bundesvergabeamt möge

1. b.Litera b

die im Rahmen des "Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung gemäß BVergG 2002 betreffend 'E - Finanz (Finanz - Redesign), GZ 9000.00310' getroffene Festlegung des Antragsgegners vom 15.11.2006, mit allen Bieter (also auch mit dem Bieter B***) eine weitere Verhandlungsrunde durchzuführen, für nichtig erklären," wird zurückgewiesen.

VIII.römisch acht.

Der Antrag vom 14.12.2006, "das Bundesvergabeamt möge

1. c.Litera c

die in der oben genannten Festlegung zum Ausdruck gebrachte Entscheidung des Antragsgegners, das Angebot des Bieters B*** nicht auszuschneiden, für nichtig erklären, wird zurückgewiesen.

IX.römisch neun.

Der Eventualantrag vom 14.12.2006, "das Bundesvergabeamt möge die vom Antragsgegner unterlassene Ausscheidung des Bieters B*** im Vergabeverfahren E - Finanz (Finanz - Redesign), BBG-GZ 9000.00310, für nichtig erklären, wird zurückgewiesen.

Begründung

1. 1.Ziffer eins

SACHVERHALT:

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang "E - Finanz (Finanz - Redesign) BBG-GZ 9000.00310" des öffentlichen Auftraggebers Bundesminister für Finanzen wird als zweistufiges Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durchgeführt (geschätzter Nettoauftragswert: 90 Mio. Euro). Die Vergabebekanntmachung erfolgte im Amtsblatt der Europäischen Union unter 2005/S 102 - 102180.

Gegenstand der Auftragsvergabe ist die grundlegende und umfassende funktionale und technische Neugestaltung der IT-Unterstützung für die Kernprozesse der gesamten österreichischen Finanzverwaltung (Steuer- und Zoll) im Hinblick auf die Vereinheitlichung der fachlichen Prozessabwicklung.

Die Auftragsvergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen.

Zuschlagskriterien sind der Preis (60 %) und die Qualität (40 %), siehe Pkt. 27 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen.

Hinsichtlich der Zuschlagsfrist ist in Pkt. 28 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen geregelt, dass die Zuschlagsfrist fünf Monate ab dem Ende der Angebotsfrist beträgt und vom Auftraggeber auf sieben Monate verlängert werden kann, wenn dies auf Grund der Komplexität des Verfahrens, insbesondere der zu führenden Verhandlungen, erforderlich wird.

In Pkt. 13 (Verfahrensablauf) der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen ist u.a. folgende Regelung getroffen:

"Der Auftraggeber behält es sich vor, nach einer oder mehreren Verhandlungsrunde(n) ein Short-Listing durchzuführen. Dabei werden die Angebote in ihrer nunmehr, gemäß den Ergebnissen der Verhandlungen vorliegenden Fassung gemäß den Zuschlagskriterien gereiht und eine Short-List erstellt, die voraussichtlich nur die an erster und zweiter Stelle gereihten Angebote enthält.

Durch dieses Shortlisting wird die Zahl der Bieter, mit welchen die nächste Verhandlungsrunde durchgeführt wird, voraussichtlich auf zwei Bieter reduziert werden."

Pkt. 14 (Voraussichtlicher Terminplan) der Allgemeinen

Ausschreibungsbedingungen lautet:

"Für den zeitlichen Ablauf des Verfahrens werden folgende

Eckpfeiler angestrebt:

Bekanntgabe der Function Point Schätzung 20.01.2006 Ende der Angebotsfrist am 06.02.2006, 10:00 Uhr

1. 1.Ziffer eins
Verhandlungsrunde KW 10, 2006
2. 2.Ziffer 2
Verhandlungsrunde KW 13, 2006 Zuschlagsentscheidung KW 15, 2006."

Insgesamt stellten fünf Bewerber Teilnahmeanträge. Drei Bewerber wurden vom Auftraggeber zur Angebotslegung eingeladen. Diese legten hierauf Angebote (C***, B***, A***).

Mit E-Mail vom 13.7.2006 erging an alle Bieter die Einladung zur

1. 1.Ziffer eins
Verhandlungsrunde.

Das E-Mail vom 13.7.2006 mit dem Betreff: "GZ 9000.00310 E-Finanz - Einladung zur 1. Verhandlungsrunde" enthielt im Text nachstehenden Satz: "Die 1. Verhandlungsrunde wird in zwei Termine aufgeteilt." Hierzu wurde angegeben, dass Thema des 1. Verhandlungstermins ausschließlich die Verhandlungswünsche der Bieter, Thema des 2. Verhandlungstermins ausschließlich die Verhandlungswünsche des Auftraggebers sein würden.

Im Rahmen des 2. Verhandlungstermines der 1. Verhandlungsrunde stellte B***, wie sich aus dem Protokoll über den 2. Verhandlungstermin vom 9.8.2006, Frage 58, ergibt, nachstehende Frage, die vom Auftraggeber, wie folgt beantwortet wurde:

"Frage des Bieters:

Zeitleiste und weiteres Verfahrensvorgehen

Wie sieht die Zeitleiste für das weitere Verfahren aus? Wir ersuchen um Konkretisierung des weiteren Verfahrensablaufs bzgl. Short-Listing (Ziffer 13, Allgemeine Ausschreibungsbedingungen).

Der Auftraggeber wird am Freitag an alle Bieter eine Vorinformation versenden über:

- -Strichaufzählung

den voraussichtlichen Zeitpunkt der Versendung der überarbeiteten Ausschreibungsunterlagen

- -Strichaufzählung
das voraussichtliche Ende der Angebotsfrist
- -Strichaufzählung
das allfällige Short-Listing".

Mit E-Mail vom 11.8.2006 teilte der Auftraggeber den Bietern Folgendes mit:

"Aus jetziger Sicht wird voraussichtlich kein Short-Listing notwendig werden, da der Auftraggeber ein "last and final offer" plant".

Nach Durchführung der 1. Verhandlungsrunde wurden alle Bieter mit E-Mail des Auftraggebers vom 25.8.2006 zur Legung eines - vom Auftraggeber als "last and final offer" bezeichneten - Angebotes bis 18.9.2006, 10.00 Uhr, eingeladen.

Das E-Mail vom 25.8.2006 lautete wie folgt:

"Sehr geehrter,

bezugnehmend auf die vorangegangenen Verfahrensschritte und Verhandlungen laden wir Sie zur Legung eines 'last and final offers' ein und übermitteln Ihnen anbei die geänderten Ausschreibungsunterlagen. Details zur Angebotslegung entnehmen Sie bitte beiliegendem Begleitschreiben.... "

In dem dem E-Mail zur Einladung zur Legung eines "last and final offers" vom 25.8.2006 als Beilage angeschlossenen Begleitschreiben mit dem Titel "Begleitschreiben zur neuerlichen Angebotslegung" lautete es wie folgt:

"Sehr geehrter Bieter,

bezugnehmend auf die vorangegangenen Verfahrensschritte und Verhandlungen laden wir Sie zur Legung eines "last and final offers", das anhand der nachführend angeführten Ausschreibungsunterlagen zu erstellen ist, folgenden Anforderungen entspricht und bis längstens am 18.09.2006 um 10.00 Uhr bei

BBG Bundesbeschaffung GmbH

1. 3.Ziffer 3
OG, Empfang,

Lassallestrasse 9b (Eingang Radingerstrasse 2 a)

A-1020 Wien

einlangen muss, ein:

- -Strichaufzählung
Dieses neuerliche Angebot ist in Form eines Änderungsangebotes zu legen....

Jene Teile der Ausschreibungsunterlagen, die eine Änderung erfahren haben, sind (im Inhaltsverzeichnis farblich gekennzeichnet) mit jeweilig maßgeblichem Datumstand, integrierende Bestandteile der Ausschreibungsunterlage und als Anlage dem Einladungsschreiben beigelegt.

Die Veränderungen wurden sohin einerseits im Inhaltsverzeichnis, welches dem Einladungsschreiben beigelegt, gekennzeichnet und datiert, andererseits durch grüne Markierung eindeutig erkennbar hervorgehoben.

Jene Teile der Ausschreibungsunterlagen, hinsichtlich derer kein Veränderungsbedarf bestand, bleiben selbstverständlich Grundlage für die Erstellung des "last and final offers", werden jedoch nicht neuerlich versandt, zumal Sie über diese Unterlagen bereits verfügen.

Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen sind bis spätestens 14 Kalendertage rückgerechnet vom Enddatum der Angebotsfrist, sohin bis längstens 04.09.2006, einlangend per Mail an stefan.baethge@bbg.gv.at zu stellen und werden so rasch wie möglich, spätestens jedoch 6 Kalendertage vor Ende der Angebotsfrist, beantwortet.

Nach Vorliegen des "last and final offers" ist seitens des Auftraggebers beabsichtigt, in die Evaluierungsphase zu treten. Zurzeit wird kein Bedarf zur Durchführung weiterer Verhandlungsrunden gesehen.

Sie als Bieter sind mit Abgabe des "last and final offers" an dieses jedenfalls bis zum 31.12.2006 gebunden....."

In der Folge kam es zu mehreren Bieteranfragen, deren Beantwortung vom Auftraggeber allen Bietern in neutralisierter Form per E-Mail zugestellt wurde.

Mit E-Mail vom 1.9.2006 übermittelte der Auftraggeber den Bietern eine "1. Berichtigung" der zur Einladung zum "last & final offer" vom 25.8.2006 versandten Unterlagen und hielt darin fest, dass die Ausschreibungsunterlagen samt dazugehörigem Einladungsschreiben - Versendungsdatum 25.8.2006 - soweit sie keine ausdrückliche Berichtigung hierdurch erfahren, unberührt und daher weiterhin aufrecht bleiben.

In der Folge kam es zu weiteren Bieteranfragen zur Ausschreibung, u. a. des Bieters B***. Die B*** stellte mit E-Mail an den Auftraggeber vom 4.9.2006 in dem vom Auftraggeber den Bietern zur Verfügung gestellten "Fragenformular" unter anderem folgende

Frage:

1. "1.Ziffer eins

Titel: Last and Final Offer

Referenz: Begleitschreiben zur neuerlichen Angebotslegung.pdf

Frage: Ist das "last and final offer" so zu verstehen, dass keine weitere Angebotslegung - auch keine Kuvertrunde - vor dem Zuschlag erfolgen soll?

Antwort: "

Mit E-Mail vom 8.9.2006 übermittelte der Auftraggeber den Bietern ein als "1. Fragenbeantwortung und 2. Berichtigung zur Einladung zum "last & final offer" vom 25.8.2006" bezeichnetes Dokument. Unter lfd. Nr. 21 wurde hierin die Beantwortung der Anfrage der B*** um "Last and Final Offer" wie folgt vorgenommen:

"Antwort:

Aus jetziger Sicht des Auftraggebers sollen nach Öffnung des "last and final offers" keine weiteren Verhandlungsrunden stattfinden; es ist vielmehr beabsichtigt, die Evaluierung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien unmittelbar im Anschluss an die Öffnung der "last and final offer" durchzuführen und in weiterer Folge die Zuschlagsentscheidung zu treffen und zuzustellen.

In diesem Zusammenhang wird bemerkt, dass der Begriff "Kuvertrunde" dem Vergaberecht an sich fremd ist."

Aufgrund der Einladung zum "last and final offer" vom 25.8.2006 legten alle drei Bieter fristgerecht Angebote.

Mit E-Mail vom 24.10.2006 stellte der Auftraggeber jedem Bieter Aufklärungsfragen zu seinem "last and final offer" und räumte zur Beantwortung eine Frist von 31.10.2006, 14.00 Uhr, ein. Alle drei Bieter erstatteten ihre Fragebeantwortungen fristgerecht am 31.10.2006.

Mit E-Mail vom 8.11.2006 stellte der Auftraggeber der B*** weitere Aufklärungsfragen, mit Beantwortungsfrist 16.11.2006, 14.00 Uhr, die von B*** fristgerecht beantwortet wurden.

Mit E-Mail vom 16.11.2006, Betreff: "GZ 9000.00310 E-Finanz-Einladung zur 2. Verhandlungsrunde", lud der Auftraggeber alle Bieter zu einer weiteren Verhandlungsrunde ein und gab ihnen in diesem Einladungsmail jeweils auch den Verhandlungstermin bekannt.

Im E-Mail vom 16.11.2006 lautete es:

"Sehr geehrter ...

Wir informieren, dass der Auftraggeber die aus der Beilage ersichtlichen Feststellungen getroffen hat und laden Sie am 27. November 2006 um 9.00 Uhr zu einem Verhandlungsgespräch ein.

Hinsichtlich der Verhandlungspunkte dürfen wir auf die Beilage verweisen."

Dieser mit E-Mail vom 16.11.2006 ergangenen "Einladung zur 2.

Verhandlungsrunde" waren die auf Grund der Ergebnisse der Verhandlungsgespräche geänderten Ausschreibungsunterlagen sowie als Beilage, ein als "Verhandlungspunkte der zweiten Verhandlungsrunde sowie Festlegungen des Auftraggebers", Stand:

15.11.2006, tituliertes Dokument angeschlossen.

Auf den Seiten 3 ff dieses Dokumentes war unter Pkt. 1, "1 Verhandlungspunkte mit den Bietern", Pkt. 1.1 - 1.13, der Verhandlungsgegenstand für diese Verhandlungsrunde festgelegt. Darunter etwa "Einheitliches Verständnis für die Definition fachlicher Standardsoftware" in Pkt 1.3; "Einheitliches Verständnis für die Zuordnung von Customizing in den Preisblättern" in Pkt 1.4 etc.

Pkt. 2, (Seite 8 f) dieses Dokumentes lautete wie folgt:

"2 Abschließende Festlegungen

Der Auftraggeber trifft folgende Festlegungen:

A) Alle Bieter, die aufgrund der jüngsten Aufforderung zur Angebotslegung ein Angebot gelegt haben, werden zur nächsten Verhandlungsrunde, die in der Arbeitswoche vom 27.11.2006 bis 1.12.2006 stattfindet, eingeladen. Diese Bieter werden nach Abschluss der Verhandlungen aufgefordert, ihre Angebote an die Änderungen der Ausschreibungsunterlagen, die in den Verhandlungen oder mit Verhandlungsende festgelegt werden, anzupassen. Aus heutiger Sicht ist die Abhaltung nur einer Verhandlungsrunde mit jedem Bieter beabsichtigt.

Erläuterung zur vorstehenden Festlegung:

Der konkrete Verhandlungstermin mit Ort und Uhrzeit wird jedem Bieter im Begleitschreiben, mit dem dieses Dokument übermittelt wird, bekannt gegeben.

B) Ausschließlich die vorstehenden, unter den Punkten 1.1 - 1.13

genannten Themen sind Verhandlungsgegenstand. Die Einbeziehung weiterer Themen in die Verhandlungen bedarf einer gesonderten Festlegung durch den Auftraggeber.

Erläuterung zur vorstehenden Festlegung:

Im Hinblick auf den fortgeschrittenen Verfahrensstand ist eine Konzentration der Verhandlungspunkte auf das notwendige Ausmaß geboten. Abgesehen von den vorstehend unter den Punkten 1.1 - 1.13 genannten Themen ist es daher insbesondere unzulässig, Themen, die in der ersten Verhandlungsrunde im August 2006 bereits abschließend verhandelt worden waren oder sonstige neue Punkte in die Verhandlungen einzubeziehen. Das gilt ebenso für bloße Wünsche von Bietern, die nicht in ihre Angebote eingeflossen sind, wie für Punkte, die - entgegen den bisherigen Verhandlungsergebnissen und Festlegungen - ganz einfach in ein Angebot übernommen wurden.

Beispiele:

Der von einem Bieter geäußerte Wunsch, die Scan - Software vom Ausschreibungsumfang auszunehmen, ist nicht Verhandlungsgegenstand.

Ebenso wenig der von einem anderen Bieter geäußerte Wunsch, ein Audit zur Prüfung der Nutzung der Standardsoftware einzuführen, das sich auch auf Fälle erstreckt, die außerhalb des Programms E-Finanz liegen.

Es ist auch unzulässig, die bisherigen Verhandlungsergebnisse zu ignorieren. Wenn daher - wie dies in einem Angebot der Fall war - entgegen der gemäß der ersten Verhandlungsrunde erfolgten Veränderung in den Ausschreibungsunterlagen weiterhin davon ausgegangen wird, dass für das Wissensmanagement RedDot XCMS zur Verfügung steht und nicht berücksichtigt wird, dass bloß RedDot CMS in Kombination mit Opentext Livelink zur Verfügung steht, dann ist dies nicht Verhandlungsgegenstand, ebenso wie nicht verhandelt werden kann, dass TIBCO - wie dies in der ursprünglichen Ausschreibungsunterlage vorgesehen war und trotz einer diesbezüglichen Frage in der letzten Verhandlungsrunde in den Ausschreibungsunterlagen unverändert blieb - lediglich für die Integration von Legacy-Systemen vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt wird, nicht jedoch für den Enterprise Service Bus und dennoch im betreffenden Angebot auch für den Enterprise Service Bus auf das beim Auftraggeber vorhandene TIBCO zurückgegriffen wird."

Am 21.11.2006 brachte A*** (im Folgendem Antragsteller) einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie im Spruch I - VI wiedergegeben. Am 21.11.2006 brachte A*** (im Folgendem Antragsteller) einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie im Spruch römisch eins - römisch sechs wiedergegeben.

Weiters beehrte der Antragsteller die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Gleichzeitig brachte der Antragsteller Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen ein, denen mit Bescheid des BVA vom 24.11.2006, N/0093-BVA/05/2006-EV17, insofern stattgegeben wurde, als dem Auftraggeber für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 2.1.2007, im gegenständlichen Vergabeverfahren die Führung von Verhandlungen mit allen oder einzelnen Bietern untersagt wurde.

Die den Bietern mit E-Mail vom 16.11.2006 bekannt gegebenen Verhandlungstermine wurden daraufhin wieder abberaumt.

In seinem Schriftsatz vom 21.11.2006 brachte der Antragsteller zusammenfassend wie folgt vor:

In dem ihm mit E-Mail vom 16.11.2006 übermittelten Dokument "Verhandlungspunkte der zweiten Verhandlungsrunde sowie Festlegungen des Auftraggebers" vom 15.11.2006 habe der Auftraggeber folgende ausdrücklich als solche bezeichneten "Festlegungen" getroffen:

"A) Alle Bieter, die aufgrund der jüngsten Aufforderung des Auftraggebers zur Angebotslegung ein Angebot gelegt haben, zur nächsten Verhandlungsrunde, die in der Arbeitswoche vom 27.11.2006 bis 1.12.2006 stattfindet, einzuladen sowie diese Bieter nach Abschluss der Verhandlungen aufzufordern, ihre Angebote an die Änderungen der Ausschreibungsunterlagen, die in den Verhandlungen oder mit Verhandlungsende festgelegt werden, anzupassen.

B) Ausschließlich die unter den Punkten 1.1 bis 1.13 in den Festlegungen des Antragsgegners vom 15.11.2006 genannten Themen sind Verhandlungsgegenstand."

Der Auftraggeber habe alle Bieter zur nächsten Verhandlungsrunde eingeladen, obwohl sich aus den auf Seite 9 seiner Festlegungen vom 15.11.2006 angeführten "Beispielen" eindeutig ergebe, dass ein oder zwei der Mitbieter des Antragstellers gemäß § 98 BVergG 2002 nach Abschluss der letzten Verhandlungsrunde mangels ausschreibungskonformen Angebotes ausgeschieden hätten werden müssen. Der Auftraggeber habe alle Bieter zur nächsten Verhandlungsrunde eingeladen, obwohl sich aus den auf Seite 9 seiner Festlegungen vom 15.11.2006 angeführten "Beispielen" eindeutig ergebe, dass ein oder zwei der Mitbieter des Antragstellers gemäß Paragraph 98, BVergG 2002 nach Abschluss der letzten Verhandlungsrunde mangels ausschreibungskonformen Angebotes ausgeschieden hätten werden müssen.

Bekämpft werde ausschließlich die Festlegung des Antragsgegners, dass er durch seine Formulierung "alle Bieter, die aufgrund der jüngsten Aufforderung zur Angebotslegung ein Angebot gelegt haben," auch jene/n Bieter zu weiteren Verhandlungen einlädt, der/die zuvor ausgeschieden hätten werden müssen. Ausdrücklich nicht bekämpft werde die Absicht des Antragsgegners, generell eine weitere Runde mit den nicht auszuscheidenden Bietern durchzuführen.

Es könne von einer Mindestschadenssumme in Höhe von Euro 1,4 Mio. an Kosten für die bisherige Teilnahme des Antragstellers am Vergabeverfahren und ca. Euro 8 Mio. an entgangenem Gewinn ausgegangen werden.

Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, insbesondere darauf, dass nur jene Bieter, die ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt haben, zu einer weiteren Verhandlungsrunde eingeladen werden, in seinem Recht auf vergaberechtskonforme Bestbieterermittlung, in seinem Recht auf vergaberechtskonforme Zuschlagserteilung, sohin ganz allgemein in seinem Recht auf vergaberechtskonforme Durchführung eines Vergabeverfahrens, verletzt.

Wie sich aus den in Pkt. 2, Seite 9 der Festlegungen des Antragsgegners angeführten Beispielen ergebe, seien seitens eines oder mehrerer Mitbieter die bisherigen Verhandlungsergebnisse ignoriert worden:

Entgegen der in der ersten Verhandlungsrunde erfolgten Veränderung in den Ausschreibungsunterlagen sei seitens eines Bieters nicht berücksichtigt worden, dass das Managementsystem RedDot XCMS vom Auftraggeber nicht zur Verfügung gestellt werde, sondern RedDot CMS (für Webinhalte) und Opentext Livelink (für Dokumente). Das Angebot des betreffenden Bieters müsse in diesem Punkt zwangsläufig ausschreibungswidrig sein, da der betreffende Bieter auch in seinem zweiten Angebot davon ausgegangen sei, dass RedDot XCMS zur Verfügung stehe. Damit habe er offenbar keine Prozessumsetzungen für die Wissensverwaltung auf der Basis von RedDot CMS bzw. Opentext Livelink angeboten.

Derselbe oder ein anderer Bieter sei offensichtlich entgegen der in den Ausschreibungsunterlagen unverändert gebliebenen Festlegung des Antragsgegners, dass die Integrationssoftware TIBCO lediglich für die Integration so

genannter Legacy-Systeme zur Verfügung gestellt werde, in seinem Angebot davon ausgegangen, dass auch für den so genannten Enterprise Service Bus auf das beim Antragsgegner vorhandene TIBCO zurückgegriffen werden könne.

Die Weiterführung von Verhandlungen auch mit solchen Bietern, deren Angebote an sich auszuschneiden gewesen wären, würde diesen Bietern wettbewerbswidriger Weise die Beseitigung ihrer Angebotsmängel ermöglichen.

Da das Unterlassen des Ausscheidens eines Angebotes keine gesondert anfechtbare Entscheidung darstelle, müsse die gegenständliche Festlegung, mit allen Bietern weiter zu verhandeln, bekämpft werden, um das "Bestandskräftigwerden" des Nichtausscheidens von Bietern, das in der Folge nicht mehr bekämpfbar sei, zu verhindern.

Der Auftraggeber begehrte mit Schriftsatz vom 1.12.2006 die Abweisung des Nachprüfungsantrages und schloss seiner Stellungnahme einen Entwurf seines Prüfungsteams vom 17.11.2006 betreffend "kritische Punkte in einem Angebot" an. In diesem Entwurf sind Unzulänglichkeiten und "Ausschlusspunkte" betreffend das Angebot der B*** im Einzelnen aufgelistet. Dieser interne Bericht wurde vom Vorsitzenden des Senates 5 den übrigen Parteien zur Stellungnahme ins Parteiengehör übermittelt.

In seinem Schriftsatz vom 1.12.2006 brachte der Auftraggeber zusammengefasst vor:

Im Zuge der Prüfung der "last and final offers" im Lichte der von den Bietern bisher zu diesen gegebenen Aufklärungen habe sich herausgestellt, dass er infolge offensichtlich unterschiedlichen technischen Verständnisses der Bieter, das in wesentlichen Teilen zur Nichtvergleichbarkeit der Angebote führe, teilweise infolge notwendig gewordener Präzisierungen der Angebote, wieder in die Verhandlungen einsteigen müsse. Er habe seine ursprüngliche Absicht, keine weiteren Verhandlungen zu führen, sohin revidieren müssen. Er habe die Einladung zur weiteren Verhandlungsrunde möglichst rasch und allen Bietern zukommen lassen, da Verhandlungen Vorkehrungen auf Bieterseite erforderlich machen würden (Bereithaltung von Ressourcen für die Gespräche etc.). Der Zeitdruck sei durch den herannahenden Jahreswechsel noch verschärft worden. Aus diesem Grund sei die Einladung zur 2. Verhandlungsrunde an alle Bieter ergangen, obgleich die Angebotsprüfung, insbesondere bezüglich der Ausschreibungskonformität der Angebote, zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen war und bis dato noch nicht abgeschlossen sei.

Inzwischen habe das Prüfungsteam im Rahmen eines Entwurfes vom 17.11.2006 "kritische Punkte" betreffend ein Angebot aufgelistet.

Die B*** erstattete mit Schriftsatz vom 22.11.2006, mit Schriftsatz vom 5.12.2006 ergänzte, begründete Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag des Antragstellers vom 21.11.2006 und begehrte die Zurückweisung, in eventu die Abweisung des "Anprüfungsantrages":

Ihr Angebot sei ausschreibungskonform. Die nicht zutreffenden Behauptungen des Antragstellers in Bezug auf ihr Angebot würden sich auf Informationen gründen, die diesem vergaberechtlich zulässigerweise nicht zur Verfügung stehen dürften.

Die vom Antragsteller bekämpften Festlegungen wären keine bekämpfbaren sonstigen Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist mehr. Die Verhandlungsphase sei mit dem Aufruf des Auftraggebers zur Legung eines "last and final offers" vom 25.8.2006 beendet worden. Danach seien Verhandlungen nicht mehr zulässig (vgl. BVA 1.2.2005, 09N-126/04-13; BVA 21.8.2006, N/0054-BVA/09/2006-48, N/0055-BVA/09/2006-45; VKS Wien vom 9.7.2004, VKS - 4351/04). Die vom Antragsteller bekämpften Festlegungen wären keine bekämpfbaren sonstigen Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist mehr. Die Verhandlungsphase sei mit dem Aufruf des Auftraggebers zur Legung eines "last and final offers" vom 25.8.2006 beendet worden. Danach seien Verhandlungen nicht mehr zulässig vergleiche BVA 1.2.2005, 09N-126/04-13; BVA 21.8.2006, N/0054-BVA/09/2006-48, N/0055-BVA/09/2006-45; VKS Wien vom 9.7.2004, VKS - 4351/04).

Die Festlegung des Auftraggebers vom 25.8.2006 sei nicht bekämpft und damit bestandsfest geworden.

Die C*** erhob mit Schriftsatz vom 23.11.2006 begründete Einwendungen und führte mit Schriftsatz vom 1.12.2006, näher aus, wie folgt:

Als Bieter des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei sie im Falle der Stattgabe des Antrages in ihren subjektiven Bieterrechten nachteilig betroffen, da in diesem Fall auch mit ihr keine weiteren Verhandlungen mehr geführt werden dürften.

Das Führen weiterer Verhandlungen sei nicht nur zulässig, sondern notwendig. Mit seinem Begleitschreiben zur neuerlichen Angebotslegung vom 25.8.2006 habe der Auftraggeber zum Ausdruck gebracht, dass nur "zurzeit" kein Bedarf zur Durchführung weiterer Verhandlungsrunden gesehen werde, sich allerdings die Möglichkeit offen gehalten, bei Bedarf weitere Verhandlungsrunden abzuhalten. Einem verständigen Bieter sei daher erkennbar gewesen, dass im Bedarfsfall weitere Verhandlungsrunden durchgeführt werden könnten. Die nunmehrige Festlegung einer weiteren Verhandlungsrunde stehe daher auch im Einklang mit den bisherigen Verfahrensfestlegungen des Auftraggebers.

Überdies werde in der Literatur aus besonderen sachgerechten Gründen, die hier wohl vorliegen würden, eine Wiederaufnahme von Verhandlungen auch nach Aufforderung zur Abgabe eines Letztangebotes als zulässig erachtet.

Weitere Verhandlungen seien im konkreten Fall nicht nur zulässig, sondern sogar notwendig, da die Angebote noch nicht vergleichbar seien. Das Treffen einer Zuschlagsentscheidung auf Grund nicht vergleichbarer Angebote würde zu einem vergaberechtswidrigen, dem Gleichheitsgrundsatz widersprechenden Ergebnis führen.

Mit Schriftsatz vom 14.12.2006 brachte der Antragsteller weitere Anträge ein, wie in den Spruchpunkten VII - IX wiedergegeben. Mit Schriftsatz vom 14.12.2006 brachte der Antragsteller weitere Anträge ein, wie in den Spruchpunkten römisch sieben - römisch neun wiedergegeben.

Weiters erhob der Antragsteller mit dem zit. Schriftsatz die bereits mit Schriftsatz vom 21.11.2006 unter Pkt. a. und d. erhobenen Begehren nochmals in identer Weise zu seinem Begehren.

Im Hinblick auf den - ihm im Wege des Parteiengenhörs zur Verfügung gestellten - Bericht des Prüfungsteams "kritische Punkte in einem Angebot", machte der Antragsteller weitere Ausscheidensgründe in Bezug auf ein - nunmehr ausdrücklich als Angebot der B*** bezeichnetes - Angebot geltend.

Die Frage des gebotenen Ausscheidens des Angebotes der B*** sei im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zu beantworten. Es seien nur solche Bieter zu weiteren Verhandlungsrunden zuzulassen, deren Angebote nicht auf Grund zwingender Gründe auszuschneiden gewesen wären.

Weiters führte der Antragsteller aus, dass auf Grund des Begleitschreibens des Auftraggebers zur Einladung zur Legung eines "last and final offers" vom 25.8.2006 davon auszugehen gewesen sei, dass nur "zurzeit" kein Bedarf nach weiteren Verhandlungen bestehe. Eine davon abweichende Beurteilung des Bedarfes zu einem späteren Zeitpunkt werde dadurch nicht ausgeschlossen.

Die B*** brachte ebenfalls mit 14.12.2006 einen weiteren Schriftsatz beim Bundesvergabeamt ein, in dem sie feststellte, dass die Frage, ob überhaupt weitere Verhandlungen zulässig seien, nicht Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens sei. Weiters stellte sie darin die Antragslegitimation des Antragstellers mit der Begründung in Abrede, dass dieser infolge des Ablaufes der Zuschlagsfrist über kein gültiges Angebot mehr verfüge. Das BVergG 2002 sehe eine maximale Zuschlagsfrist von sieben Monaten vor, die auch keiner einvernehmlichen Verlängerung zugänglich sei.

Unmittelbar vor Beginn der mündlichen Verhandlung am 18.12.2006, Übertragungsbeginn des Telefax 9.25 Uhr, brachte B*** einen weiteren Schriftsatz ein, dessen Inhalt sie in der mündlichen Verhandlung vortrug.

Am 18.12.2006 fand eine mündliche Verhandlung statt.

Ergänzendes Vorbringen der Parteien in der mündlichen Verhandlung:

Die Auftraggebervertreterin hielt fest, dass bis dato kein Ausscheiden von Angeboten vorgenommen worden sei.

Der Antragstellervertreter - und der Rechtsvertreter der C*** brachten im Hinblick auf die nunmehr aufgrund des Papieres "kritische Punkte betreffend ein Angebot" bekannt gewordenen Mangelhaftigkeiten weitere Ausscheidenstatbestände betreffend das Angebot der B*** vor. Es sei zu befürchten, dass diese Punkte Verhandlungsgegenstand mit der B*** sein könnten. Dies würde zu einer Mängelbehebung durch die B*** und damit zu einer Wettbewerbsverzerrung führen.

Die Rechtsvertreterin der B*** bestritt auch das weitere Vorbringen zur angeblichen Ausschreibungswidrigkeit ihres Angebotes. Eine Wettbewerbsverzerrung durch Verhandeln über diese Punkte könne schon deshalb nicht erfolgen, da der Auftraggeber die Verhandlungspunkte in seinen Festlegungen vom 15.11.2006 ausschließlich genannt habe.

Die Rechtsvertreterin der B*** bestritt die Antragslegitimation des Antragstellers mangels möglichen Schadenseintrittes. Da bei Zutreffen der Behauptungen des Antragstellers ihr Angebot ohnehin auszuschneiden wäre, könne dem Antragsteller auch kein Schaden entstehen. Das Gesetz enthalte von der Regelung des § 98 BVergG 2002 abgesehen, keine Regelung zum Zeitpunkt des Ausscheidens von Angeboten. Zusätzliche Verhandlungen würden zudem bloß einen zeitlichen Mehraufwand für den Auftraggeber bedeuten. Die Rechtsvertreterin der B*** bestritt die Antragslegitimation des Antragstellers mangels möglichen Schadenseintrittes. Da bei Zutreffen der Behauptungen des Antragstellers ihr Angebot ohnehin auszuschneiden wäre, könne dem Antragsteller auch kein Schaden entstehen. Das Gesetz enthalte von der Regelung des Paragraph 98, BVergG 2002 abgesehen, keine Regelung zum Zeitpunkt des Ausscheidens von Angeboten. Zusätzliche Verhandlungen würden zudem bloß einen zeitlichen Mehraufwand für den Auftraggeber bedeuten.

Die Auftraggebervertreterin und der Vertreter von C*** erhoben ihr Vorbringen in den Nachprüfungsverfahren N/0095-BVA/05/2006 und N/0099-BVA/05/2006 auch zum Vorbringen im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren.

Der Auftraggeber hatte in seinen Schriftsätzen in den Nachprüfungsverfahren N/0095-BVA/05/2006 und N/0099-BVA/05/2006 über sein Schriftsatzvorbringen im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren hinaus, vorgebracht, dass auf Grund seiner Fragenbeantwortung zum "last and final offer" vom 8.9.2006 klargestellt gewesen sei, dass sich der Ausschluss weiterer Verhandlungen nur auf die "jetzige Sicht" beziehen habe können und eine Änderung dieser Sicht nach Einlangen der Angebote vorbehalten bleiben müsse. Der Umstand, dass eine andere Sicht der Dinge aus den Angeboten zwingend ableitbar gewesen sei, habe den Bietern auch dadurch bewusst werden müssen, dass nicht, wie vorgesehen, sofort mit der Bewertung der Angebote vorgegangen, sondern die Bieter zunächst zur Aufklärung einer Vielzahl von Fragen eingeladen worden seien, die mit 31.10.2006 zu beantworten gewesen seien.

Die C*** hatte in den ob. genannten Nachprüfungsverfahren das Vorliegen von Ausscheidensgründen im Hinblick auf ein Angebot geltend gemacht. Weiters hatte sie darauf hingewiesen, dass die Zuschlagsfrist im Hinblick auf die Bestimmung des § 79 Abs.4 BVergG 2002 noch nicht abgelaufen sei. Die C*** hatte in den ob. genannten Nachprüfungsverfahren das Vorliegen von Ausscheidensgründen im Hinblick auf ein Angebot geltend gemacht. Weiters hatte sie darauf hingewiesen, dass die Zuschlagsfrist im Hinblick auf die Bestimmung des Paragraph 79, Absatz 4, BVergG 2002 noch nicht abgelaufen sei.

Zur Einladung zum "last and final offer" vom 25.8.2006 samt Begleitschreiben, der Fragebeantwortung des Auftraggebers zum "last and final offer" vom 8.9.2006 und dem Bedarf weiterer Verhandlungen:

Die Auftraggebervertreterin begründete die gewählte Begriffsbezeichnung "last and final offer" in der Einladung zur Angebotslegung vom 25.8.2006 damit, dass der Auftraggeber im Zeitpunkt der Einladung davon ausgegangen sei, dass die Angebote grundsätzlich vergleichbar sein und damit keine weiteren Verhandlungen mehr erforderlich sein würden. Die Wahrscheinlichkeit des Erfordernisses weiterer Verhandlungen habe er geringer eingestuft als die Wahrscheinlichkeit keines weiteren Verhandlungsbedarfes. Mit Sicherheit habe er weitere Verhandlungen aber nicht ausschließen können. Aus seinen Festlegungen zu einer weiteren Verhandlungsrunde vom 15.11.2006 ergebe sich, dass diese Verhandlungen ausschließlich auf Grund der eingegangenen Bieterangebote und der Bieterantworten hiezu, erforderlich geworden seien. Die Einladung zu einer weiteren Verhandlungsrunde sei zu einem Zeitpunkt (16.11.2006) ergangen, zu dem ihm der Bericht des Prüfungsteams vom 17.11.2006 betreffend "Kritische Punkte in Bezug auf ein Angebot" noch nicht zur Verfügung gestanden sei.

Die Rechtsvertreterin der B*** brachte vor, dass die Aufforderung zur Legung eines "last and final offers" mit E-Mail vom 25.8.2006 auf Grund der Wortinterpretation des Begriffes "last and final offer" von ihr selbstverständlicher Weise in jenem Sinn verstanden worden sei, dass danach weitere Verhandlungen ausgeschlossen seien. Im Rahmen des 2. Verhandlungstermins der 1.

Verhandlungsrunde habe sie dem Auftraggeber die Frage gestellt, ob eine 2. Verhandlungsrunde stattfinden werde. Diese Fragestellung sei im Protokoll über den 2. Verhandlungstermin der 1. Verhandlungsrunde vom 9.8.2006 vermerkt. Der Auftraggeber habe diese Frage aber nicht beantwortet. Die Beantwortung dieser Frage sei vom Auftraggeber erst durch sein E-Mail vom 11.8.2006 vorgenommen worden, worin er festgelegt habe, dass "aus jetziger

Sicht voraussichtlich kein Short-Listing notwendig werden wird, da er ein 'last and final offer' plane". Die definitive Beantwortung ihrer beim 2. Verhandlungstermin gestellten Frage nach der Abhaltung einer 2. Verhandlungsrunde sei dann durch die Einladung zur Legung eines "last and final offers" vom 25.8.2006 vorgenommen worden.

Auftraggeber und Bieter bestätigten übereinstimmend die Abfassung bzw. den Erhalt des vorstehend erwähnten E-Mails vom 11.8.2006.

Die Wendung "Zurzeit wird kein Bedarf zur Durchführung weiterer Verhandlungsrunden gesehen" im Begleitschreiben zur Einladung zum "last and final offer" sei, so die Rechtsvertreterin der B***, unbestimmt und daher als dem Transparenzgebot widersprechend, unzulässig gewesen. Ein redlicher Bieter habe diese Wendung daher nur im Sinne eines Ausschlusses weiterer Verhandlungen verstehen können.

Der Antragstellervertreter erklärte, die Aufforderung zur Legung eines "last and final offers" als bloße Absichtserklärung, keine weiteren Verhandlungen mehr zu führen, verstanden zu haben und stellte fest, dass diese darüber hinaus im Zusammenhalt mit dem Inhalt des Begleitschreibens ("Zurzeit wird kein Bedarf zur Durchführung weiterer Verhandlungsrunden gesehen"), zu deuten gewesen sei.

Der Rechtsvertreter von C*** gab unter Verweis auf Pkt. 13 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen an, dass bereits in der Ausschreibung von einer oder mehreren Verhandlungsrunden ausgegangen worden sei. Die teilweise sehr weit gefassten Festlegungen des Auftraggebers in der Einladung zum "last and final offer" hätten den Bietern hinsichtlich des Leistungsinhaltes einen breiten Interpretationsspielraum gelassen, sodass die C*** weitere Verhandlungen nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern sogar für wahrscheinlich und erforderlich gehalten habe.

Die Rechtsvertreterin der B*** gab an, dass sie die Bieteranfrage zum Thema "last and final offer" gestellt habe, um nochmals Gewissheit von der Richtigkeit ihrer Auffassung zu gewinnen und auch den anderen Bietern zu dieser Klarheit zu verhelfen. Die Fragebeantwortung des Auftraggebers "Aus jetziger Sicht des Auftraggebers sollen nach Öffnung des 'last and final offers' keine weiteren Verhandlungsrunden stattfinden....." habe keinen Zweifel an der Richtigkeit ihrer Auffassung aufkommen lassen, da auf Grund des bisherigen Verlaufes des Vergabeverfahrens allen Bietern klar gewesen sei, dass sowohl deren Anfragen als auch alle für den Auftraggeber wesentlichen Punkte im Zuge der ersten Verhandlungsrunde geklärt worden seien.

Die B*** habe die vom Auftraggeber in seiner Fragebeantwortung vom 8.9.2006 geäußerte Absicht, in die Evaluierungsphase einzutreten, geteilt und daher keine weitere Anfrage gestellt und auch nicht gegen allfällige weitere Verhandlungen protestiert.

Der Rechtsvertreter des Antragstellers und der Rechtsvertreter der C*** gaben an, dass sie der Fragebeantwortung des Auftraggebers vom 8.9.2006 keinen anderen Bedeutungsinhalt als bereits dem Begleitschreiben zur Einladung zum "last and final offer" beigemessen hätten. Aus der Sicht von C*** habe der Auftraggeber mit seiner Fragebeantwortung den Inhalt des Begleitschreibens (im Sinne eines Vorbehalts möglicher weiterer Verhandlungen) noch verstärkt.

Die Auftraggebervertreterin gab an, dass den Bietern gegenüber niemals ein Verzicht auf Abhaltung der 2. Verhandlungsrunde auch nur angedeutet worden sei.

Von der in der Ausschreibung vorgesehenen Möglichkeit eines Short-Listing habe der Auftraggeber keinen Gebrauch gemacht. Auch habe er den Bietern niemals gegenüber geäußert, die 2.

Verhandlungsrunde mit eingegrenztem Bieterkreis durchführen zu wollen. Die Bieter seien niemals mit diesen Ansinnen (Frage nach einer 2. Verhandlungsrunde bzw. Ersuchen, diese entfallen zu lassen bzw. Frage nach dem in die 2. Verhandlungsrunde einzubeziehenden Bieterkreis), an ihn herangetreten. Diese Aussagen blieben von den Bietern, mit Ausnahme der B*** zur Frage einer 2. Verhandlungsrunde (siehe oben), unwidersprochen.

Die Rechtsvertreterin der B*** gab auf Befragen zum Verständnis von Pkt. 14 der Ausschreibungsunterlagen (Beabsichtigung einer 1. und 2. Verhandlungsrunde) an, dass es sich bei der in Pkt. 14 als

1. 2.Ziffer 2

Verhandlungsrunde bezeichneten Verhandlungsrunde offensichtlich um den bereits im Rahmen der 1. Verhandlungsrunde stattgefundenen

2. 2.Ziffer 2

Verhandlungstermin handle und der Auftraggeber dies in der Ausschreibung falsch bezeichnet habe. In der Folge von der Vorsitzenden damit konfrontiert, dass in der Einladung zur 1. Verhandlungsrunde von zwei Verhandlungsterminen die Rede gewesen sei, gab die Rechtsvertreterin der B*** an, dass damit der in der Ausschreibung vorgenommene Terminplan revidiert worden sei.

Der Antragstellervertreter und der Rechtsvertreter von C*** gaben an, dass die Einladung zur nunmehrigen zweiten Verhandlungsrunde im Hinblick auf die Festlegungen des Auftraggebers in der Ausschreibung einerseits, in seinem Begleitschreiben zum "last and final offer" andererseits, keinesfalls überraschend gekommen sei. Für den Rechtsvertreter von C*** sei mit einer solchen Einladung, insbesondere in Ansehung der nunmehr zu erwartenden Verhandlungsthemen, sogar zu rechnen gewesen.

Daran, dass die in der Ausschreibung angegebenen zeitlichen Eckpfeiler des Verfahrensablaufes nicht eingehalten worden seien, habe er nichts gefunden, da dies bei Vergabeverfahren durchaus der Normalfall sei.

Den weiteren Verhandlungsbedarf begründete die Vertreterin des Auftraggebers im Wesentlichen, so wie bereits im Schriftsatz vom 1.12.2006, nunmehr auch unter Hinweis auf die im Einladungsschreiben vom 16.11.2006 festgelegten Verhandlungspunkte, damit, dass auf Grund des unterschiedlichen technischen Verständnisses der Bieter eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht gegeben gewesen sei. Darüber hinaus hätten die Bieter durch die Einladung vom 16.11.2006 zur Konkretisierung ihrer technischen Lösungsansätze im Hinblick auf deren Plausibilität eingeladen werden sollen.

Am 20.12.2006 brachte die B*** abermals einen als "Präzisierung des bisherigen Vorbringens und der bisherigen Anträge" bezeichneten Schriftsatz ein, in dem sie unter anderem den weiteren Verhandlungsbedarf anzweifelte und geltend machte, dass der Auftraggeber seinen nachträglich eingetretenen Verhandlungsbedarf zu beweisen gehabt hätte.

Der Auftraggeber hat, wie Dr. D*** (Finanzprokuratur) am 29.12.2006 telefonisch bestätigt hat, im gegenständlichen Vergabeverfahren bis dato kein Ausscheiden von Angeboten vorgenommen. Ein allfälliges Ausscheiden von Angeboten werde auch vor dem 2.1.2007 nicht mehr erfolgen.

Mit E-Mail vom 30.12.2006, 00.02 Uhr, (somit eingebracht am 2.1.2007), übermittelte die B*** neuerlich einen Schriftsatz, in welchem sie unter anderem Ausführungen über die Unzulässigkeit der Änderung von Zuschlagskriterien vornahm.

Abschließend wird festgehalten, dass die erste Vertreterin des Vorsitzenden des Senates 5 seit 11.12.2006 zu dessen Vertretung in diesem Nachprüfungsverfahren zuständig ist. Sämtliche vor diesem Zeitpunkt gesetzten Verfahrenshandlungen "im Rahmen der Wahrung des Parteiengehörs" (Übermittlung von Schriftsätzen und Beilagen) wurden ausschließlich von diesem, in Unkenntnis der ersten Vertreterin des Vorsitzenden des Senates 5 sowie in Unkenntnis der beiden anderen Senatsmitglieder, vorgenommen.

1. 2.Ziffer 2

Rechtliche Beurteilung:

1. a)Litera a

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Der Bundesminister für Finanzen ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 7 Abs. 1 Z 1 BVergG 2002. Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um eine Dienstleistungsauftrag gemäß § 4 Abs. 1 BVergG 2002 im Oberschwellenbereich (geschätzter Auftragswert: 90 Mio. Euro), vgl. § 9 Abs. 1 Z 4 BVergG 2002 iVm der Schwellenwertverordnung, BGBl II. Nr. 56/2005. Der Bundesminister für Finanzen ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2002. Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um eine Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 4, Absatz eins, BVergG 2002 im Oberschwellenbereich (geschätzter Auftragswert: 90 Mio. Euro), vergleiche Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2002 in Verbindung mit der Schwellenwertverordnung, Bundesgesetzblatt römisch zwei. Nr. 56 aus 2005,.

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Vergabeverfahren nicht widerrufen. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Behandlung der Anträge grundsätzlich zuständig.

1. b)Litera b

Rechtzeitigkeit der mit Schriftsatz vom 21.11.2006 eingebrachten Anträge:

Die Anträge wurden rechtzeitig innerhalb der Frist des § 321 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 eingebracht (zu den Anträgen vom 14.12.2006 siehe unter Spruchpunkt VII - IX). Die Anträge wurden rechtzeitig innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 eingebracht (zu den Anträgen vom 14.12.2006 siehe unter Spruchpunkt römisch sieben - römisch neun).

1. c) Litera c

Anwendbare Rechtslage:

Gemäß § 345 Abs. 1 BVergG 2006 ist das Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006, mit 1.2.2006 in Kraft getreten. Gemäß Paragraph 345, Absatz eins, BVergG 2006 ist das Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, mit 1.2.2006 in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs. 2 BVergG 2006 gelten der erste bis dritte Teil dieses Bundesgesetzes nicht für im Zeitpunkt des Inkrafttretens des BVergG 2006 bereits eingeleitete Vergabeverfahren. Diese Vergabeverfahren sind nach der bisherigen Rechtslage, das sind die Bestimmungen des BVergG 2002, BGBl I Nr. 99/2002, zu Ende zu führen. Gemäß Paragraph 345, Absatz 2, BVergG 2006 gelten der erste bis dritte Teil dieses Bundesgesetzes nicht für im Zeitpunkt des Inkrafttretens des BVergG 2006 bereits eingeleitete Vergabeverfahren. Diese Vergabeverfahren sind nach der bisherigen Rechtslage, das sind die Bestimmungen des BVergG 2002, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, zu Ende zu führen.

Da das gegenständliche Vergabeverfahren vor dem 1. 2. 2006 eingeleitet wurde, sind entsprechend den vorgenannten gesetzlichen Übergangsbestimmungen nur die Bestimmungen zum Rechtsschutz im vierten Teil des BVergG 2006, jene zur außerstaatlichen Kontrolle sowie zum Zivilrecht in Teil 5 und jene zu den Straf-, Schluss- und Übergangsbestimmungen in Teil 6 des BVergG 2006, anzuwenden. Im Übrigen sind die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002, BGBl I Nr. 99/2002 (BVergG 2002), heranzuziehen. Da das gegenständliche Vergabeverfahren vor dem 1. 2. 2006 eingeleitet wurde, sind entsprechend den vorgenannten gesetzlichen Übergangsbestimmungen nur die Bestimmungen zum Rechtsschutz im vierten Teil des BVergG 2006, jene zur außerstaatlichen Kontrolle sowie zum Zivilrecht in Teil 5 und jene zu den Straf-, Schluss- und Übergangsbestimmungen in Teil 6 des BVergG 2006, anzuwenden. Im Übrigen sind die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002, (BVergG 2002), heranzuziehen.

1. d) Litera d

Zur Parteistellung der B*** und der C***:

Die B*** und die C*** haben im gegenständlichen Vergabeverfahren Angebote gelegt und sind daher im Sinne des § 324 Abs. 2 1. Halbsatz BVergG 2006, Unternehmer, die durch die vom Antragsteller begehrten Entscheidungen unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können. Die B*** und die C*** haben im gegenständlichen Vergabeverfahren Angebote gelegt und sind daher im Sinne des Paragraph 324, Absatz 2, 1. Halbsatz BVergG 2006, Unternehmer, die durch die vom Antragsteller begehrten Entscheidungen unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können.

Sowohl die B*** und die C*** haben innerhalb der in § 324 Abs. 3. Sowohl die B*** und die C*** haben innerhalb der in Paragraph 324, Absatz 3

1. 2. Ziffer 2

Satz BVergG 2006 normierten zweiwöchigen Frist ab Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung nach § 323 Abs. 1 BVergG 2006 (21.11.2006) begründete Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrten Entscheidungen erhoben und damit ihre Parteistellung gewahrt. Satz BVergG 2006 normierten zweiwöchigen Frist ab Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung nach Paragraph 323, Absatz eins, BVergG 2006 (21.11.2006) begründete Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrten Entscheidungen erhoben und damit ihre Parteistellung gewahrt.

Die B*** hat überdies am 29.11.2006 selbst einen Nachprüfungsantrag auf Nichtigerklärung der Festlegung des Auftraggebers vom 15.11.2006, wonach alle Bieter, die auf Grund der jüngsten Aufforderung zur Angebotslegung ein Angebot gelegt haben, zur nächsten Verhandlungsrunde eingeladen werden, gestellt (N/0099-BVA/05/2006-1).

Haben mehrere Unternehmer dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers angefochten, so

kommt ihnen in allen Nachprüfungsverfahren betreffend diese Entscheidung Parteistellung zu (vgl. § 324 Abs. 4 BVergG 2006). Haben mehrere Unternehmer dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers angefochten, so kommt ihnen in allen Nachprüfungsverfahren betreffend diese Entscheidung Parteistellung zu (vgl. Paragraph 324, Absatz 4, BVergG 2006).

Der B*** kommt daher im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren gemäß § 324 Abs. 4 BVergG 2006 zudem bereits ex lege Parteistellung zu. Der B*** kommt daher im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 324, Absatz 4, BVergG 2006 zudem bereits ex lege Parteistellung zu.

1. e) Litera e

Zur Antragslegitimation des Antragstellers:

- -Strichaufzählung

Zum drohenden Schaden für den Antragsteller:

In der mündlichen Verhandlung und in ihrem unmittelbar vor der mündlichen Verhandlung eingebrachten Schriftsatz vom 18.12.2006, hat die B*** die Antragslegitimation des Antragstellers mit der Begründung bestritten, dass diesem aus der angefochtenen Entscheidung kein Schaden erwachsen könne:

Da bei Zutreffen der Behauptungen des Antragstellers das Angebot der B*** ohnehin auszuscheiden wäre, könne dem Antragsteller auch kein Schaden entstehen. Das BVergG 2002 enthalte mit Ausnahme der Regelung des § 98, der zu Folge Angebote vor dem Treffen der Zuschlagsentscheidung auszuscheiden sind, keine Regelung betreffend den Zeitpunkt der Vornahme des Ausscheidens von Angeboten. Da bei Zutreffen der Behauptungen des Antragstellers das Angebot der B*** ohnehin auszuscheiden wäre, könne dem Antragsteller auch kein Schaden entstehen. Das BVergG 2002 enthalte mit Ausnahme der Regelung des Paragraph 98, der zu Folge Angebote vor dem Treffen der Zuschlagsentscheidung auszuscheiden sind, keine Regelung betreffend den Zeitpunkt der Vornahme des Ausscheidens von Angeboten.

Hiezu ist Folgendes auszuführen:

Der Antragsteller sieht einen möglichen Schaden aus der bekämpften Festlegung, mit allen Bietern, somit auch mit unter Umständen an sich auszuscheidenden Bietern, weiter zu verhandeln, im Entstehen eines Wettbewerbsnachteils.

Gemäß § 320 Abs. 1 BVergG 2006 kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern 1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und 2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern 1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und 2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Gemäß § 322 Abs. 1 Z 4 BVergG 2006 hat ein Antrag gemäß § 320 Abs. 1 leg.cit. Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für den Antragsteller zu enthalten. Gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2006 hat ein Antrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für den Antragsteller zu enthalten.

Demnach genügen die Behauptung eines Schadens und Angaben über den Schaden. Diesem Erfordernis hat der Antragsteller entsprochen.

Dass einem Bieter ein Schaden daraus erwachsen könnte, dass die Verhandlungen auch mit möglicherweise auszuscheidenden Bietern weitergeführt werden, ist jedenfalls nicht von der Hand zu weisen. Der vom Antragsteller behauptete Wettbewerbsnachteil könnte schon darin liegen, dass der in die Verhandlung einbezogene Bieterkreis dadurch größer gehalten wird, was Auswirkungen auf das Preisgefüge und die Preisverhandlungen haben könnte. Das Zuschlagskriterium Preis ist im gegenständlichen Vergabeverfahren immerhin mit 60% bewertet.

Die Auffassung der B***, wonach die Abhaltung zusätzlicher Verhandlungen bloß einen zeitlichen Mehraufwand für den Auftraggeber bedeutet, ist somit verfehlt.

Die Abhaltung zusätzlicher Verhandlungen bedeutet gleichzeitig auch, dass sich die Verhandlungen in Summe länger gestalten werden. Auch hierin kann ein Schaden für die anderen Bieter liegen (Erfordernis der fortgesetzten Bindung von Ressourcen etc.).

Die Annahme des Antragstellers, dass auch mit Bietern bzw. mit einem Bieter, deren bzw. dessen Angebot auszuscheiden wäre(n), weiter verhandelt werden soll, ist insofern nicht unbegründet, als ihm der Auftraggeber in seinen Festlegungen vom 15.11.2006 durch die beispielhafte Anführung von Unzulänglichkeiten in einem oder mehreren Angeboten, selbst gewisse Anhaltspunkte dafür geliefert hat, dass sich hierunter auch eines bzw. mehrere ausschreibungswidrige Angebote befinden könnten.

Zum Vorbringen der B***, dass, da im Falle des Zutreffens der Behauptungen des Antragstellers ihr Angebot ohnehin auszuscheiden sein werde, ein Schadenseintritt beim Antragsteller denkunmöglich sei, ist anzumerken, dass der Auftraggeber, wie er auch in der mündlichen Verhandlung vom 18.12.2006 und telefonisch am 29.12.2006 bestätigt hat, bis dato kein Ausscheiden von Angeboten vorgenommen hat. Der Antragsteller hat auch keine Gewähr dafür, dass der Auftraggeber dies überhaupt tun wird.

- -Strichaufzählung

Zur Zuschlagsfrist:

Weiters stellt die B*** in ihrem Schriftsatz vom 14.12.2006 die Antragslegitimation des Antragstellers unter Berufung darauf in Abrede, dass dieser in Folge Ablaufes der Zuschlagsfrist über kein gültiges Angebot mehr verfüge.

Diese - bemerkenswerterweise nur für den Antragsteller, nicht aber etwa für sie selbst Geltung haben sollende - Feststellung, dürfte die B*** offenbar aus den Regelungen der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen zur Zuschlagsfrist (Punkt 28) ableiten (siehe unter Pkt. 1, Sachverhalt). Folgt man der Auffassung der B***, dürfte die Zuschlagsfrist damit am 6.9.2006 abgelaufen sein.

Im gegebenen Zusammenhang ist zunächst auf die Regelung des § 79 Abs. 4 BVergG 2002 zu verweisen, nach der der Fortlauf der Zuschlagsfrist gemäß Abs. 1 für die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens gehemmt wird. Im gegebenen Zusammenhang ist zunächst auf die Regelung des Paragraph 79, Absatz 4, BVergG 2002 zu verweisen, nach der der Fortlauf der Zuschlagsfrist gemäß Absatz eins, für die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens gehemmt wird.

In der Literatur wird eine einvernehmliche Verlängerung der Zuschlagsfrist auch über die in § 79 Abs. 1 BVergG 2002 geregelte Höchstdauer hinaus als zulässig erachtet, zumal es die Bieter in der Hand haben, diese Verlängerung abzulehnen. Für die Zulässigkeit einer Verlängerbarkeit spricht, dass die Regelung des § 79 Abs. 1 BVergG 2002 lediglich die einseitige Festlegung der Zuschlagsfrist in den Ausschreibungsunterlagen durch den Auftraggeber während der Ausarbeitung der Unterlagen regelt (vgl. Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 79, RZ 7 und 9, siehe auch Gölls, ZVB 2004 (77, 78) sowie Heid/Hauk/K. Preslmayr, Handbuch 186). In der Literatur wird eine einvernehmliche Verlängerung der Zuschlagsfrist auch über die in Paragraph 79, Absatz eins, BVergG 2002 geregelte Höchstdauer hinaus als zulässig erachtet, zumal es die Bieter in der Hand haben, diese Verlängerung abzulehnen. Für die Zulässigkeit einer Verlängerbarkeit spricht, dass die Regelung des Paragraph 79, Absatz eins, BVergG 2002 lediglich die einseitige Festlegung der Zuschlagsfrist in den Ausschreibungsunterlagen durch den Auftraggeber während der Ausarbeitung der Unterlagen regelt vergleiche Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 79,, RZ 7 und 9, siehe auch Gölls, ZVB 2004 (77, 78) sowie Heid/Hauk/K. Preslmayr, Handbuch 186).

Die Zulässigkeit der Verlängerung der Zuschlagsfrist kann weiters aus der Regelung des § 101 1. Satz BVergG 2002 abgeleitet werden, der zu Folge das Vertragsverhältnis bei Überschreiten der Zuschlagsfrist mit der schriftlichen Erklärung des Bieters, dass er den Auftrag annimmt, entsteht. Die Zulässigkeit der Verlängerung der Zuschlagsfrist kann weiters aus der Regelung des Paragraph 101, 1. Satz BVergG 2002 abgeleitet werden, der zu Folge das Vertragsverhältnis bei Überschreiten der Zuschlagsfrist mit der schriftlichen Erklärung des Bieters, dass er den Auftrag annimmt, entsteht.

Im vorliegenden Fall haben die Bieter einer Verlängerung der Zuschlagsfrist durch ihre Verhaltensweise unmissverständlich zugestimmt. Ihr Einverständnis zur Verlängerung der Zuschlagsfrist haben die Bieter bereits dadurch - jedenfalls schlüssig - erklärt, dass sie alle am 18.9.2006 ein "last and final offer" abgegeben haben. Zudem ist

es bereits vor diesem Zeitpunkt zu Bieteranfragen an den Auftraggeber und Fragebeantwortungen des Auftraggebers an die Bieter (diese sind nach dem 6.9.2006 erfolgt) sowie zu Aufklärungsfragen des Auftraggebers an die Bieter zu ihren "last and final offers" und zu zahlreichen Fragebeantwortungen durch die Bieter gekommen. Die B*** selbst hat noch am 16.11.2006 schriftliche Fragebeantwortungen an den Auftraggeber übermittelt.

Nicht zuletzt übersieht die B*** in ihrer Argumentation, dass bereits im Begleitschreiben zur Legung des "last and final offers" ausdrücklich von einer Bindung der Bieter an ihr "last and final offer", jedenfalls bis 31.12.2006, die Rede war.

Aus vorstehenden Ausführungen folgt, dass die Antragslegitimation des Antragstellers zu bejahen ist.

1. f) Litera f

Zu den Anträgen im Einzelnen:

Zu Spruchpunkt I:

Gemäß § 320 Abs. 1 BVergG 2006 kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern
Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. 1. Ziffer eins

er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet und

2. 2. Ziffer 2

ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden oder zu entstehen droht.

Gemäß § 322 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 hat ein Antrag gemäß § 320 Abs. 1 leg.cit. einen Antrag auf Nichtigerklärung der gesondert anfechtbaren Entscheidung zu enthalten.
Gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 hat ein Antrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. einen Antrag auf Nichtigerklärung der gesondert anfechtbaren Entscheidung zu enthalten.

Bei dem hier allgemein gehaltenen Begehren auf Durchführung eines entsprechenden Nachprüfungsverfahrens handelt es sich demnach um ein unzulässiges Begehren, das gemäß § 322 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006 zurückzuweisen ist.
Bei dem hier allgemein gehaltenen Begehren auf Durchführung eines entsprechenden Nachprüfungsverfahrens handelt es sich demnach um ein unzulässiges Begehren, das gemäß Paragraph 322, Absatz 2, Z 1 BVergG 2006 zurückzuweisen ist.

Zu Spruchpunkt II:

1. 1. Ziffer eins

Zulässigkeit des Antrages auf Nichtigerklärung der Festlegung des Antragsgegners vom 15.11.2006, mit allen Bietern eine weitere Verhandlungsrunde durchzuführen:

Die B*** bestreitet unter Berufung auf die mit 25.8.2006 ergangene Einladung zur Legung eines "last and final offers" die grundsätzliche Zulässigkeit weiterer Verhandlungen und bringt vor, dass infolge dessen der Nachprüfungsantrag, als nicht auf eine sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase iSd § 20 Z 13 lit. a iVm sub. lit. dd BVergG 2002 gerichtet, zurückzuweisen sei.
Die B*** bestreitet unter Berufung auf die mit 25.8.2006 ergangene Einladung zur Legung eines "last and final offers" die grundsätzliche Zulässigkeit weiterer Verhandlungen und bringt vor, dass infolge dessen der Nachprüfungsantrag, als nicht auf eine sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase iSd Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, in Verbindung mit sub. lit. dd BVergG 2002 gerichtet, zurückzuweisen sei.

Es soll nun gar nicht in Abrede gestellt werden, dass nach einem Aufruf zur Legung eines Letztangebotes bzw. "last and final offers", wie auch die Bezeichnungen schon ausdrücken, und den hierauf gelegten Angeboten, grundsätzlich keine weiteren Verhandlungen mehr stattzufinden haben. Die von der B*** ins Treffen geführten Entscheidungen des BVA vom 1.2.2005, 09N-126/04- 13 und des Vergabekontrollsenates Wien vom 9.7.2004, VKS-4351/04, geben diese Grundaussage - allerdings jeweils nur in einem knappen Satz und ohne jegliche weitere Erörterung - durchaus wieder. In der von der B*** weiters angeführten Entscheidung des BVA vom 21.8.2006, N/0054-BVA/09/2006-48, N/0055-BVA/09/2006-45, wurden vom Auftraggeber nach Entgegennahme der Letztangebote keine weiteren Verhandlungen

mehr geführt. Die vom Bundesvergabeamt in der zitierten Entscheidung getroffene Feststellung, "dass im vorliegenden Vergabeverfahren die Verhandlungen bereits abgeschlossen wurden und die Verhandlungsphase damit beendet sei", gibt somit bloß den Sachverhalt zutreffend wieder. Darüber hinausgehende Schlussfolgerungen können aus dieser Feststellung, entgegen der Auffassung der B***, aber nicht gezogen werden.

In Rechtsprechung und Literatur wird aus besonderen, berücksichtigungswürdigen Gründen die Zulässigkeit von Verhandlungen auch nach ergangener Aufforderung zur Abgabe eines Letztangebotes bejaht (etwa bei ex aequo Stand von Letztangeboten), (vgl. BVA 11.7.2002, N-17/02, RPA 2002, 233; vgl. auch B des Bay ObLG 5.11.2002, Verg 22/02; Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 23 RZ 55 und 104). In Rechtsprechung und Literatur wird aus besonderen, berücksichtigungswürdigen Gründen die Zulässigkeit von Verhandlungen auch nach ergangener Aufforderung zur Abgabe eines Letztangebotes bejaht (etwa bei ex aequo Stand von Letztangeboten), vergleiche BVA 11.7.2002, N-17/02, RPA 2002, 233; vergleiche auch B des Bay ObLG 5.11.2002, Verg 22/02; Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 23, RZ 55 und 104).

Eine nähere Betrachtung der Frage der Zulässigkeit weiterer Verhandlungen nach Aufforderung zur Legung eines Letztangebotes - und der Entgegennahme der hierauf gelegten Angebote - kann im vorliegenden Fall, auf Grund der hier ganz speziell gelagerten Sachverhaltskonstellation, jedoch unterbleiben:

Die im gegenständlichen Vergabeverfahren an die Bieter ergangene - zugegebenermaßen nicht ganz glücklich als Einladung zur Legung eines "last and final offers" bezeichnete - Einladung des Auftraggebers zur Angebotslegung vom 25.8.2006, hat nämlich den Vorbehalt, bei Bedarf allenfalls weitere Verhandlungen zu führen, bereits - für die Bieter erkennbar - in sich getragen. In dem dem E-Mail an die Bieter vom 25.8.2006 als Beilage zur Einladung zur Legung eines "last and final offers" angeschlossenen Begleitschreiben mit dem Titel "Begleitschreiben zur neuerlichen Angebotslegung" - der Auftraggeber spricht im Übrigen schon in der Überschrift gar nicht von einer letztmaligen, sondern von einer neuerlichen Angebotslegung - lautet der drittletzte Absatz:

"Nach Vorliegen des "last and final offers" ist seitens des Auftraggebers beabsichtigt, in die Evaluierungsphase zu treten. Zurzeit wird kein Bedarf zur Durchführung weiterer Verhandlungsrunden gesehen."

Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914f ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte (objektiver Erklärungswert). (Vgl. hierzu auch VwGH vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und - dem folgend - BVA 28.7.2006, N/0048-BVA/14/2006-28, BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23, BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44 u.a.). Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte (objektiver Erklärungswert). (Vgl. hierzu auch VwGH vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und - dem folgend - BVA 28.7.2006, N/0048-BVA/14/2006-28, BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23, BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44 u.a.).

Nun ist der B*** zunächst darin zuzustimmen, dass eine Einladung zur Legung eines "last and final offers", der allgemeinen Wortbedeutung entsprechend, grundsätzlich auch als Einladung zur Legung eines solchen Letztangebotes bzw. "last and final offers" zu verstehen ist. Das Einladungsschreiben zur Legung eines "last and final offers" und die auch im ersten Absatz des Begleitschreibens vom 25.8.2006 wiederholte Einladung zur Legung eines "last and final offers" können jedoch nicht isoliert vom übrigen Inhalt des Begleitschreibens betrachtet, sondern müssen in

Zusammenschau mit diesem beurteilt werden. Die Formulierung "Zurzeit wird kein Bedarf zur Durchführung weiterer Verhandlungsrunden gesehen" im drittletzten Absatz des Begleitschreibens bedeutet nach allgemeinem Sprachgebrauch, dass es sich hierbei um eine Betrachtung bzw. Mitteilung aus der Sichtweise des Auftraggebers, bezogen auf den Zeitpunkt der Abfassung dieses Schreibens (Anm.: 25.8.2006), handelt. Eine möglicher Weise andere gebotene Sichtweise in der Zukunft - nämlich im Sinne des allfälligen Erfordernisses zur Führung weiterer Verhandlungen - hat der Auftraggeber dadurch nicht ausgeschlossen, sondern, für die Bieter erkennbar, vielmehr offen gelassen. Nun ist der B*** zunächst darin zuzustimmen, dass eine Einladung zur Legung eines "last and final offers", der allgemeinen Wortbedeutung entsprechend, grundsätzlich auch als Einladung zur Legung eines solchen Letztangebotes bzw. "last and final offers" zu verstehen ist. Das Einladungsschreiben zur Legung eines "last and final offers" und die auch im ersten Absatz des Begleitschreibens vom 25.8.2006 wiederholte Einladung zur Legung eines "last and final offers" können jedoch nicht isoliert vom übrigen Inhalt des Begleitschreibens betrachtet, sondern müssen in Zusammenschau mit diesem beurteilt werden. Die Formulierung "Zurzeit wird kein Bedarf zur Durchführung weiterer Verhandlungsrunden gesehen" im drittletzten Absatz des Begleitschreibens bedeutet nach allgemeinem Sprachgebrauch, dass es sich hierbei um eine Betrachtung bzw. Mitteilung aus der Sichtweise des Auftraggebers, bezogen auf den Zeitpunkt der Abfassung dieses Schreibens (Anmerkung, 25.8.2006), handelt. Eine möglicher Weise andere gebotene Sichtweise in der Zukunft - nämlich im Sinne des allfälligen Erfordernisses zur Führung weiterer Verhandlungen - hat der Auftraggeber dadurch nicht ausgeschlossen, sondern, für die Bieter erkennbar, vielmehr offen gelassen.

Mit dem ersten Satz des drittletzten Absatzes des Begleitschreibens ("Nach Vorliegen des 'last and final offers' ist seitens des Auftraggebers beabsichtigt, in die Evaluierungsphase zu treten"), hat der Auftraggeber zwar - und darin ist mit der B*** überein zu stimmen - seine Absicht dokumentiert, nach Vorliegen der 'last and final offers' in die Evaluierungsphase zu treten. Der Auftraggeber hat in der mündlichen Verhandlung die Ernsthaftigkeit seiner damit geäußerten Absicht, keine weiteren Verhandlungen mehr zu führen, auch nachvollziehbar dargelegt. Dies dadurch, dass er bei Abfassung der Einladung zur Angebotslegung vom 25.8.2006 von der Vergleichbarkeit der gelegten Angebote ausgegangen ist und sich erst im Zuge der Prüfung der Angebote und der von den Bietern zu ihren Angeboten abgegebenen Aufklärungen, deren unterschiedliches Verständnis in wesentlichen Punkten gezeigt hat. Dies hat im Ergebnis zu der vom Auftraggeber nicht vorhersehbaren Nichtvergleichbarkeit der Angebote geführt.

Für die grundsätzliche Ernsthaftigkeit der damaligen Absicht, keine weiteren Verhandlungen zu führen, spricht auch die Wahl der Bezeichnung dieser Einladung zur Angebotslegung als Einladung zum "last and final offer". Der Auftraggeber hat die Wahl des Begriffes "last and final offer" in der mündlichen Verhandlung plausibel damit erklärt, dass er aus damaliger Sicht (Anm.: 25.8.2006) die Wahrscheinlichkeit eines weiteren Verhandlungsbedarfes jedenfalls geringer eingestuft hat als die Wahrscheinlichkeit des Erfordernisses weiterer Verhandlungen, wenngleich er solche nicht mit Sicherheit ausschließen konnte. Dass der Auftraggeber weitere Verhandlungen nicht mit Sicherheit ausschließen konnte, ist aus der Sicht des Bundesvergabebeamten schon auf Grund der Komplexität des Vergabegegenstandes nachvollziehbar. Für die grundsätzliche Ernsthaftigkeit der damaligen Absicht, keine weiteren Verhandlungen zu führen, spricht auch die Wahl der Bezeichnung dieser Einladung zur Angebotslegung als Einladung zum "last and final offer". Der Auftraggeber hat die Wahl des Begriffes "last and final offer" in der mündlichen Verhandlung plausibel damit erklärt, dass er aus damaliger Sicht (Anmerkung, 25.8.2006) die Wahrscheinlichkeit eines weiteren Verhandlungsbedarfes jedenfalls geringer eingestuft hat als die Wahrscheinlichkeit des Erfordernisses weiterer Verhandlungen, wenngleich er solche nicht mit Sicherheit ausschließen konnte. Dass der Auftraggeber weitere Verhandlungen nicht mit Sicherheit ausschließen konnte, ist aus der Sicht des Bundesvergabebeamten schon auf Grund der Komplexität des Vergabegegenstandes nachvollziehbar.

Ungeachtet der vom Bundesvergabebeamten nicht in Zweifel gezogenen Ernsthaftigkeit der ursprünglichen Absicht des Auftraggebers zum Eintritt in die Evaluierungsphase nach Vorliegen der "last and final offers", handelt es sich bei der im ersten Satz des drittletzten Absatzes des Begleitschreibens geäußerten Erklärung jedoch um eine bloße Absichtserklärung bzw. Absichtsbekundung. Die Bedeutung eines unumstößlichen und endgültigen Ausschlusses jeglicher weiterer Verhandlungen kann dieser nicht zugemessen werden. Daran hat der Auftraggeber bereits in seinem ersten Satz des drittletzten Absatzes des Begleitschreibens aufgrund der getroffenen Formulierung (arg. "beabsichtigt") keinen Zweifel gelassen und dies durch die daran anschließende Wendung "zurzeit wird kein Bedarf zur Durchführung weiterer Verhandlungsrunden gesehen" (arg. "zurzeit"), noch verstärkt und bestätigt.

Die Bieter A*** und C*** haben die Erklärungen des Auftraggebers im drittletzten Satz des Begleitschreibens zur Legung eines "last and final offers" vom 25.8.2006, auch im dargelegten Sinne, somit in jener Bedeutung verstanden, wie diese ihnen gegenüber objektiv abgegeben wurden. Beide Bieter haben den in Rede stehenden Erklärungen richtigerweise keinen über die Bedeutung einer bloßen Absichtserklärung hinausreichenden Sinngehalt beigemessen. Wie sich aus deren Schriftsatzvorbringen und dem ergänzenden Vorbringen in der mündlichen Verhandlung ergibt, haben diese beiden Bieter aufgrund der aus ihrer Sicht eindeutigen Formulierungen im Begleitschreiben mögliche weitere Verhandlungen nicht ausgeschlossen. Der Vertreter von C*** hat ausdrücklich ausgesagt, dass er auf Grund der teilweise sehr weit gefassten Festlegungen des Begleitschreibens und dem dadurch eingetretenen breiten Interpretationsspielraum für die Bieter in Bezug auf den Leistungsinhalt, weitere Verhandlungen sogar erwartet hat.

Ein redlicher, fachkundiger Bieter hatte demnach mit möglichen weiteren Verhandlungen, nicht zuletzt auch angesichts der Komplexität des Verfahrensgegenstandes, zu rechnen [(vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG Wien-Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 19.1.2006, 04N-134/05-27; BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23 ua)]. Der Antragsteller und die C*** haben dies auch getan. Davon, dass die Bieter A*** und C*** nach ihren eigenen Aussagen keinen Zweifel an der Bedeutung der in Rede stehenden Wendungen gehabt haben, zeugt nicht zuletzt, dass sich diese auch zu keiner Bieteranfrage an den Auftraggeber veranlasst gesehen haben. Eine solche hat allein die B*** gestellt (siehe unten).

Einzig die B*** will - unter Berufung auf den Wortlaut "last and final offer" - die Einladung zur Angebotslegung vom 25.8.2006 in jenem Sinne aufgefasst haben, dass hiermit jegliche weitere Verhandlungen unbedingt und kategorisch ausgeschlossen sein sollen. So hat deren Rechtsverteterin in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich zu Protokoll gegeben, dass sie die Aufforderung zur Angebotslegung vom 25.8.2006 aufgrund der Wortinterpretation des Begriffes "last and final offer" selbstverständlich in jenem Sinn verstanden habe, dass danach weitere Verhandlungen ausgeschlossen seien.

Interessanter Weise beruft sich die B*** zur Unterstützung ihrer Argumentation einerseits ausdrücklich auf den Wortlaut (nämlich des Begriffes "last and final offer"), blendet aber andererseits den Wortlaut der im gegebenen Zusammenhang eine Einschränkung der Bedeutung des Begriffes "last and final offer" zur Folge habenden Wendung "Zurzeit wird kein Bedarf zur Durchführung weiterer Verhandlungsrunden gesehen" aus ihren Betrachtungen völlig aus.

Dass die B*** aber, wie sie behauptet, keinerlei Zweifel an der Richtigkeit ihrer Auffassung (d.h. Ausschluss jeglicher weiterer Verhandlungen) gehabt haben will, vermag den erkennenden Senat des Bundesvergabeamtes schon deshalb nicht zu überzeugen, da sie zum Thema "last and final offer" am 4.9.2006 eigens eine Bieteranfrage an den Auftraggeber gestellt hat. In dieser Anfrage hat sie in dem vom Auftraggeber den Bietern vorgegebenen "Fragenformular" unter anzugebender "Referenz" sogar ausdrücklich das "Begleitschreiben zur neuerlichen Angebotslegung.pdf" genannt. Hätte die B***, wie sie dem Bundesvergabeamt in der mündlichen Verhandlung zu vermitteln versucht hat, den von ihr angenommenen bedingungslosen Ausschluss jeglicher weiterer Verhandlungen in keiner Weise in Frage gestellt, wäre wohl diese Bieteranfrage unterblieben. Als misslungen ist der von der Rechtsvertreterin der B*** in der mündlichen Verhandlung unternommene Versuch zu bezeichnen, ihre Bieteranfrage damit zu begründen, dass sie mit dieser bloß nochmals Gewissheit von der Richtigkeit ihrer Auffassung erhalten habe wollen und auch den beiden anderen Bietern zu dieser Klarheit verhelfen habe wollen.

Durch seine per E-Mail vom 8.9.2006 an alle Bieter vorgenommene Beantwortung der Frage der B*** vom 4.9.2006 hat der Auftraggeber den bereits in seinem Begleitschreiben zur Einladung zur Legung eines "last and final offers" geäußerten Vorbehalt potentieller weiterer Verhandlungen nochmals geäußert und wiederholt, wenn nicht sogar durch die Formulierung "Aus jetziger Sicht..." noch verstärkt. Wie bereits im Begleitschreiben zur Einladung zur Legung eines "last and final offers" vom 25.8.2006 die Formulierung "zurzeit" kann auch hier der Wendung "aus

derzeitiger Sicht" wiederum nur die Bedeutung einer bloßen,

aus dem Zeithorizont der Abfassung dieses Schreibens (8.9.2006) zu betrachtenden Absichtserklärung, beigemessen werden. Sowohl der Antragsteller A*** als auch die C*** haben in der Fragebeantwortung des Auftraggebers eine Bestätigung seines bereits mit dem seinerzeitigen Begleitschreiben geäußerten Vorbehalts möglicher weiterer Verhandlungen gesehen; der Antragsteller sogar, wie dessen Rechtsvertreter in der mündlichen Verhandlung ausgesagt hat, gegenüber dem Begleitschreiben in noch verstärkter Form.

Allein die B*** will auch hierin nicht den geringsten Hinweis einer Ankündigung potentieller weiterer Verhandlungen im Bedarfsfall erblickt haben. Die B*** will vielmehr - wie deren Rechtsvertreterin, wieder unter beharrlichem Hinweis auf den Wortlaut "last and final offer" in der Einladung zur Angebotsabgabe vom 25.8.2006, in der mündlichen Verhandlung zu Protokoll gegeben hat - in der Fragebeantwortung des Auftraggebers vom 8.9.2006 eine Bestätigung der Richtigkeit ihrer Auffassung (Ausschluss jeglicher weiterer Verhandlungen) gesehen haben. Eine Erklärung, worin sie konkret durch diese Fragebeantwortung des Auftraggebers eine solche Bestätigung erfahren haben will, ist sie allerdings schuldig geblieben. Die B*** hat diese "Bestätigung" laut ihrer Aussage darin gesehen, dass ihrer Auffassung nach sämtlichen Bietern auf Grund des bisherigen Verfahrensablaufes klar gewesen sein habe müssen, dass sowohl alle Bieteranfragen als auch alle für den Auftraggeber wesentlichen Verhandlungspunkte in der 1. Verhandlungsrunde geklärt worden seien.

Hätte die B***, wie sie in der mündlichen Verhandlung behauptet hat, jedoch selbst nach der vom Auftraggeber vorgenommenen Fragebeantwortung noch immer keinerlei Zweifel an der Richtigkeit ihrer Auffassung gehabt, so ist dem Bundesvergabeamt unerklärlich, weshalb sie, im Hinblick auf den in der Fragebeantwortung nochmals unmissverständlich geäußerten Vorbehalt möglicher weiterer Verhandlungen, nicht spätestens zu diesem Zeitpunkt beim Auftraggeber unter Berufung auf dessen seinerzeitige Aufforderung zur Legung eines "last and final offers", Protest gegen seine nunmehrige Vorgangsweise, die weitere Verhandlungen bedeuten könnte, erhoben hat. Dies hat die B*** aber nicht getan, sondern sich vielmehr mit dem Inhalt der Fragebeantwortung zufrieden gegeben. Deren Rechtsvertreterin hat hiezu in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass sie sich deshalb zu keiner weiteren Anfrage an den Auftraggeber veranlasst gesehen habe, da sie ohnehin dessen Absicht, keine weiteren Verhandlungen zu führen, geteilt habe. Mit dieser Aussage hat die B*** aber selbst eingestanden, dass auch sie im Inhalt des Begleitschreibens der Einladung zur Angebotslegung vom 25.8.2006, zutreffender Weise, nicht mehr als eine Absichtserklärung gesehen hat. Dies deutet aber darauf hin, dass die B*** mögliche weitere Verhandlungen in Wahrheit gar nicht ausgeschlossen hat.

Schließlich spricht auch der Inhalt der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen dafür, dass der Auftraggeber mit seiner - obzwar, als Aufforderung zur Abgabe eines "last and final offers", nicht unmissverständlich ausgesprochenen - Einladung weitere Verhandlungen bzw. eine weitere Verhandlungsrunde keinesfalls ausschließen wollte und auch nicht ausgeschlossen hat.

Wie im Sachverhalt festgestellt, hat der Auftraggeber nämlich schon in seinen (unbekämpft gebliebenen und damit bestandsfest gewordenen) Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen zu dem in Aussicht genommenen zeitlichen Verfahrensablauf, in Pkt. 24 festgelegt, dass er eine 1. und eine 2. Verhandlungsrunde, also zwei Verhandlungsrunden durchzuführen beabsichtigt. Auch die Regelung des Pkt. 13 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen, in denen sich der Auftraggeber die Durchführung eines Short-Listing nach einer oder mehreren Verhandlungsrunden vorbehalten hat, lässt keinen Zweifel daran aufkommen, dass jedenfalls zwei Verhandlungsrunden (wenngleich die 2. Verhandlungsrunde unter Umständen mit eingegrenztem Bieterkreis), durchgeführt werden sollen.

Im Hinblick auf seine Festlegungen in der Ausschreibung, nämlich der prinzipiellen Durchführung zweier Verhandlungsrunden, konnte die Einladung zu einer weiteren, nämlich der in der Ausschreibung angekündigten zweiten Verhandlungsrunde, für die Bieter nicht überraschend gekommen sein. Der Auftraggeber ist durch die mit E-Mail vom 16.11.2006 an die Bieter ergangene Einladung zu einer weiteren, im Betreff des E-Mails auch ausdrücklich als Einladung zur 2. Verhandlungsrunde bezeichneten Einladung, in Bindung, Übereinstimmung und praktischer Ausführung seiner bisherigen Festlegungen vorgegangen. Das sind die soeben genannten Festlegungen in der Ausschreibung, die Festlegungen im Begleitschreiben zur Einladung zur Legung eines "last and final offers" vom 25.8.2006, und die Fragebeantwortung zum "last and final offer" vom 8.9.2006.

Die Bieter A*** und C*** haben folgerichtig in der Einladung zu einer zweiten Verhandlungsrunde, wie deren Rechtsvertreter in der mündlichen Verhandlung bestätigt haben, gerade auch im Hinblick auf die bisherigen Festlegungen des Auftraggebers, insbesondere jene in der Ausschreibung, kein Problem gesehen.

Im Übrigen wurden die Bieter seinerzeit mit E-Mail vom 13.7.2006 ausdrücklich zu einer im Betreff des E-Mails als "Einladung zur

1. 1.Ziffer eins

Verhandlungsrunde" bezeichneten Verhandlungsrunde geladen. Das E-Mail des Auftraggebers vom 16.11.2006,

mit dem zur 2. Verhandlungsrunde geladen wurde, ist in seinem Betreff dem E-Mail vom 13.7.2006, (mit dem zur 1. Verhandlungsrunde geladen wurde), nachgebildet. So wie mit E-Mail vom 13.7.2006 "Betreff: GZ 9000.00310 E-Finanz-Einladung zur 1. Verhandlungsrunde" seinerzeit zur 1. Verhandlungsrunde geladen wurde, so wurde nunmehr mit E-Mail vom 16.11.2006 "Betreff: GZ 9000.00310 E-Finanz-Einladung zur

2. 2.Ziffer 2

Verhandlungsrunde" zur 2. Verhandlungsrunde geladen. Schon aus der Einladung zu der als Einladung zur 1. Verhandlungsrunde bezeichneten Einladung musste ein redlicher, verständiger Bieter, unter Berücksichtigung der einschlägigen Festlegungen in der Ausschreibung, im Begleitschreiben und in der Fragebeantwortung des Auftraggebers vom 8.9.2006, davon ausgehen, dass zum gegebenen Zeitpunkt eine Einladung zu einer 2. Verhandlungsrunde ergehen würde. Nicht anders haben dies der Antragsteller und die C*** auch gedeutet.

Die Rechtsvertreterin der B*** hat, nachdem sie in der mündlichen Verhandlung mit den einschlägigen Regelungen in der Ausschreibung konfrontiert worden war, den Versuch angestellt, den im Rahmen der ersten Verhandlungsrunde stattgefundenen zweiten Verhandlungstermin (die Durchführung zweier Verhandlungstermine im Rahmen der ersten Verhandlungsrunde war in der Einladung zur ersten Verhandlungsrunde von vornherein angekündigt, siehe Sachverhalt), in die bereits stattgefundene 2. Verhandlungsrunde umzudeuten und dem Auftraggeber in seinem Pkt. 24 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen "terminologische Verirrung" zu unterstellen. Dort hätte es richtigerweise, so die Rechtsvertreterin der B***, "2. Verhandlungstermin" statt "2. Verhandlungsrunde" zu lauten gehabt.

Im Übrigen hat der Auftraggeber, wie die Auftraggebervertreterin in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat und von den Bietern A*** und C*** unwidersprochen geblieben ist, den Bietern gegenüber niemals kundgetan oder auch nur angedeutet, dass er von der Durchführung der 2. Verhandlungsrunde absehen werde. Die C*** und A*** sind, so deren übereinstimmende Aussagen in der mündlichen Verhandlung, auch niemals mit der Frage nach dem Entfall der zweiten Verhandlungsrunde oder einem derartigen Ansinnen, an den Auftraggeber herangetreten.

Allein die B***, so deren Rechtsvertreterin in der mündlichen Verhandlung, will im Zuge des 2. Verhandlungstermines der 1. Verhandlungsrunde die Frage nach der Durchführung einer 2. Verhandlungsrunde gestellt haben und verweist darauf, dass dies im Protokoll über den 2. Verhandlungstermin (9.8.2006) vermerkt sei. Dieses Vorbringen ist schon deshalb unglaubwürdig, da es im Widerspruch mit ihrem eigenen unmittelbar davor erhobenen Vorbringen steht. Noch kurz vor dieser Aussage in der mündlichen Verhandlung hatte die Rechtsvertreterin der B*** dem Bundesvergabebeamten nämlich zu verstehen gegeben versucht, dass der

1. 2.Ziffer 2

Verhandlungstermin im Rahmen der 1. Verhandlungsrunde bereits die 2. Verhandlungsrunde gewesen sein soll. Unmittelbar darauf will sie nunmehr aber gerade bei diesem 2. Verhandlungstermin die Frage gestellt haben, ob eine 2. Verhandlungsrunde stattfinden werde. Dass ein solches Vorbringen die Glaubwürdigkeit der Aussagen der B*** insgesamt nicht zu erhöhen vermag, bedarf keiner besonderen Erwähnung. Dieses Vorbringen ist aber nicht nur unglaubwürdig, sondern auch aktenwidrig. Entgegen der Behauptung der B*** ist im entsprechenden Punkt 58 des Protokolls über den 2. Verhandlungstermin von dieser Fragestellung keine Rede. Bei diesem Verhandlungstermin hat die B*** um Konkretisierung des weiteren Verfahrensablaufs bzgl. Short-Listing (Ziffer 13, Allgemeine Ausschreibungsbedingungen), ersucht (siehe Sachverhalt). Die Frage nach der Durchführung eines Short-Listing ist aber nicht mit der Frage nach der Abhaltung einer weiteren Verhandlungsrunde gleichzusetzen. Die allfällige Durchführung eines Short-Listing bedeutet auch nicht den Entfall einer weiteren Verhandlungsrunde.

Dass die B*** die Frage nach einer 2. Verhandlungsrunde offensichtlich gar nicht gestellt hat, erklärt es für den erkennenden Senat auch, dass der Auftraggeber diese Frage nicht beantwortet hat. Dass die B*** nämlich danach gar nicht gefragt hat, wird auch dadurch erhärtet, dass die B*** in diesem Fall wohl auf eine Beantwortung durch den Auftraggeber gedrungen hätte. Dieser Schluss ist nahe liegend, zumal es sich hierbei um ein nicht unwesentliches "Detail" handelt und die B*** mit Unterfertigung des Gesprächsprotokolls grundsätzlich auch dessen inhaltliche Richtigkeit und Vollständigkeit bestätigt hat.

Weiters hat der Auftraggeber, wie sich aus Pkt. 58 des Gesprächsprotokolls ergibt, die tatsächlich an ihn gestellten Fragen auch beantwortet. Die weiteren Aussagen der Rechtsvertreterin der B*** in diesem Zusammenhang, wonach sie die Beantwortung ihrer Frage nach Durchführung einer zweiten Verhandlungsrunde durch das E-Mail des

Auftraggebers vom 11.8.2006, worin dieser mitteilte, dass er voraussichtlich kein Short-Listing durchführen werde, und schließlich durch die Einladung zur Legung eines "last and final offers" erfahren haben will, brauchen nicht mehr näher kommentiert zu werden.

Nicht unerwähnt bleiben soll in diesem Zusammenhang, dass der Vergabekontrollsenat Wien in der von der B*** zur - vermeintlichen - Unterstützung ihrer Argumentation herangezogenen Entscheidung vom 9.7.2004, VKS-4351/04, explizit davon spricht, "dass nur dann, wenn der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen eine bestimmte Anzahl von Verhandlungsrunden angegeben hätte, er daran gebunden gewesen wäre." Im gegenständlichen Fall hat aber der Auftraggeber nun in der Ausschreibung gerade eine bestimmte Anzahl von Verhandlungsrunden, nämlich eine 1. und eine 2. Verhandlungsrunde, angegeben und ist daher an deren Durchführung auch gebunden.

In Anbetracht des teilweise inkonsistenten, teilweise in sich widersprüchlichen und somit insgesamt an Glaubwürdigkeit mangelnden Vorbringens der B***, insbesondere deren Rechtsvertreterin in der mündlichen Verhandlung, geht das Bundesvergabeamt davon aus, dass auch die B*** die Einladung zur Legung eines "last and final offers," wie geboten, im Lichte der Ausführungen des Auftraggebers in seinem Begleitschreiben und seinen Festlegungen in der Ausschreibung gedeutet und zutreffender Weise in Wahrheit nicht im Sinne eines Ausschlusses jeglicher weiterer Verhandlungen verstanden hat.

Der Auftraggeber hat seinen nunmehrigen weiteren Verhandlungsbedarf in seinen Schriftsätzen und seinen Erläuterungen in der mündlichen Verhandlung auch plausibel dargelegt. Das Erfordernis weiterer Verhandlungen ist durch die Nichtvergleichbarkeit der Angebote bedingt. Die Nichtvergleichbarkeit der Angebote beruht darauf, dass - dies konnte vom Auftraggeber nicht vorhergesehen werden - die Bieter in technischer Hinsicht ein stark unterschiedliches Verständnis hatten. Dieses unterschiedliche technische Verständnis auf Bieterseite und die daraus in wesentlichen Punkten resultierende Nichtvergleichbarkeit der Angebote, hat sich dem Auftraggeber erst aufgrund der ihm vorliegenden Angebote im Zuge deren Prüfung und der Prüfung der von den Bietern hierzu gegebenen Aufklärungen gezeigt. Dieses Vorbringen ist auch im Hinblick auf die den Bietern in der Einladung zur 2. Verhandlungsrunde bekannt gegebenen Verhandlungsthemen plausibel. Aus den in Pkt. 1.1 bis

1.13 der Festlegungen des Auftraggebers vom 15.11.2006 genannten Themen geht das unterschiedliche Verständnis der Bieter hervor (vgl. Pkt. 1.3 "Einheitliches Verständnis für die Definition fachliche Standardsoftware; Pkt. 1.4 "Einheitliches Verständnis für die Zuordnung von Customizing in den Preisblättern (vs. Anderen Dienstleistungen, insbesondere Programmierleistungen)"). 1.13 der Festlegungen des Auftraggebers vom 15.11.2006 genannten Themen geht das unterschiedliche Verständnis der Bieter hervor vergleiche Pkt. 1.3 "Einheitliches Verständnis für die Definition fachliche Standardsoftware; Pkt. 1.4 "Einheitliches Verständnis für die Zuordnung von Customizing in den Preisblättern (vs. Anderen Dienstleistungen, insbesondere Programmierleistungen)".

Die Bieter einschließlich der B*** sind den Darlegungen zur Begründung des weiteren Verhandlungsbedarfes der Auftraggebervertreterin in der mündlichen Verhandlung weder in irgendeiner Weise entgegengetreten noch haben sie das Erfordernis weiterer Verhandlungen in Abrede gestellt. Erst in einem weiteren, nach der mündlichen Verhandlung am 20.11.2006 eingebrachten Schriftsatz, zieht die B*** nun plötzlich den grundsätzlichen Verhandlungsbedarf in Zweifel und macht geltend, dass der Auftraggeber diesen zu beweisen gehabt hätte. Diese Auffassung vermag das Bundesvergabeamt nicht zu teilen.

Die Ausführungen des Auftraggebers zur mangelnden Vergleichbarkeit der Angebote weisen in die Richtung, dass die Bieter bislang noch keine gleiche Vorstellung von den zu erfüllenden Aufgaben, somit von dem vom Auftraggeber festgelegten Leistungsgegenstand, entwickelt haben. Bevor der Auftraggeber aber eine Zuschlagsentscheidung trifft, muss die Vergleichbarkeit zwischen den Angeboten hergestellt sein. Der - auch im Verhandlungsverfahren geltende - Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt, dass die Vergabenentscheidung auf einer objektiven Vergleichbarkeit der Angebote beruht (vgl. Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 23 RZ 71). Die Ausführungen des Auftraggebers zur mangelnden Vergleichbarkeit der Angebote weisen in die Richtung, dass die Bieter bislang noch keine gleiche Vorstellung von den zu erfüllenden Aufgaben, somit von dem vom Auftraggeber festgelegten Leistungsgegenstand, entwickelt haben. Bevor der Auftraggeber aber eine Zuschlagsentscheidung trifft, muss die Vergleichbarkeit zwischen den Angeboten hergestellt sein. Der - auch im Verhandlungsverfahren geltende - Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt, dass die Vergabenentscheidung auf einer objektiven Vergleichbarkeit der Angebote beruht vergleiche Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 23, RZ 71).

Schlussfolgerungen:

Die Einladung der Bieter zu einer weiteren, 2. Verhandlungsrunde mit E-Mail vom 16.11.2006, steht im Einklang mit den bisherigen Festlegungen des Auftraggebers im Vergabeverfahren (Ausschreibung, Einladung zur 1. Verhandlungsrunde, Begleitschreiben zur Einladung zum "last and final offer", Fragenbeantwortung hiezu) und ist nicht zu beanstanden. Die Verhandlungen sind demnach noch nicht abgeschlossen bzw. durch die Einladung zur weiteren Verhandlungsrunde wieder aufgenommen worden. Daraus folgt weiters, dass es sich bei der vom Antragsteller gegenständlich bekämpften Festlegung des Auftraggebers vom 15.11.2006, um eine sonstige Festlegung des Auftraggebers während der Verhandlungsphase iSd § 20 Z 13 lit.a iVm sublit. dd BVergG 2002 handelt und der hierauf gerichtete Antrag auf Nichtigerklärung zulässig ist. Die Einladung der Bieter zu einer weiteren, 2. Verhandlungsrunde mit E-Mail vom 16.11.2006, steht im Einklang mit den bisherigen Festlegungen des Auftraggebers im Vergabeverfahren (Ausschreibung, Einladung zur 1. Verhandlungsrunde, Begleitschreiben zur Einladung zum "last and final offer", Fragenbeantwortung hiezu) und ist nicht zu beanstanden. Die Verhandlungen sind demnach noch nicht abgeschlossen bzw. durch die Einladung zur weiteren Verhandlungsrunde wieder aufgenommen worden. Daraus folgt weiters, dass es sich bei der vom Antragsteller gegenständlich bekämpften Festlegung des Auftraggebers vom 15.11.2006, um eine sonstige Festlegung des Auftraggebers während der Verhandlungsphase iSd Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, in Verbindung mit Sub-Litera, d, d, BVergG 2002 handelt und der hierauf gerichtete Antrag auf Nichtigerklärung zulässig ist.

1. 2.Ziffer 2

Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Nichtigerklärung der Festlegung des Antragsgegners vom 15.11.2006, mit allen Bietern eine weitere Verhandlungsrunde durchzuführen:

In seiner Einladung zur 2. Verhandlungsrunde mit E-Mail vom 16.11.2006 hat der Auftraggeber in dem als Beilage angeschlossenen Dokument "Verhandlungspunkte der zweiten Verhandlungsrunde sowie Festlegungen des Auftraggebers", in seinem Pkt. 2, "Abschließende Festlegungen" unter A) die Festlegung getroffen, alle Bieter, die auf Grund der jüngsten Aufforderung zur Angebotslegung ein Angebot gelegt haben, zur nächsten Verhandlungsrunde, die in der Arbeitswoche vom 27.11.2006 bis 1.12.2006 stattfindet, einzuladen.

Eine Festlegung, auch mit solchen Bietern weiter zu verhandeln, deren Angebot auszuscheiden gewesen wäre, hat der Auftraggeber nicht getroffen. Der Antragsteller hat dies auch gar nicht behauptet und eine solche Festlegung auch nicht angefochten. Der Antragsteller hat nämlich den Antrag auf Nichtigerklärung der "Festlegung des Antragsgegners vom 15.11.2006, mit allen Bietern eine weitere Verhandlungsrunde durchzuführen", gestellt. Seine hiezu in Klammern gesetzten Erläuterungen ("also auch mit jenem/n Bieter/n, die gemäß § 98 BVergG 2002 auszuscheiden gewesen wären") geben bloß seine subjektive Deutung von möglichem Inhalt und möglichen Folgerungen aus dieser Festlegung wieder. Eine Festlegung, auch mit solchen Bietern weiter zu verhandeln, deren Angebot auszuscheiden gewesen wäre, hat der Auftraggeber nicht getroffen. Der Antragsteller hat dies auch gar nicht behauptet und eine solche Festlegung auch nicht angefochten. Der Antragsteller hat nämlich den Antrag auf Nichtigerklärung der "Festlegung des Antragsgegners vom 15.11.2006, mit allen Bietern eine weitere Verhandlungsrunde durchzuführen", gestellt. Seine hiezu in Klammern gesetzten Erläuterungen ("also auch mit jenem/n Bieter/n, die gemäß Paragraph 98, BVergG 2002 auszuscheiden gewesen wären") geben bloß seine subjektive Deutung von möglichem Inhalt und möglichen Folgerungen aus dieser Festlegung wieder.

Der Auftraggeber hat sich in Pkt. 13 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen zwar die Möglichkeit der Durchführung eines Short-Listing vorbehalten, hiervon aber in der Folge keinen Gebrauch gemacht. Der Auftraggeber hat den Bietern mit E-Mail vom 11.8.2006 mitgeteilt, dass er grundsätzlich keine Durchführung eines Short-Listing beabsichtigt. Die Bieter haben den Erhalt dieses E-Mails in der mündlichen Verhandlung übereinstimmend bestätigt.

Auch sonst hat der Auftraggeber den Bietern in keiner Weise zu verstehen gegeben, dass er die 2. Verhandlungsrunde allenfalls mit einem eingeschränkten Bieterkreis durchführen werde.

Auch in der Einladung zur Legung eines "last and final offers" samt Begleitschreiben sowie in den verschiedenen Bieteranfragen und Fragebeantwortungen des Auftraggebers findet sich keinerlei Hinweis darauf, dass der Auftraggeber allenfalls mit einem verringerten Bieterkreis weiter verhandeln werde.

Die Bieter mussten daher davon ausgehen und sind wohl auch davon ausgegangen - so haben sie weder in ihren schriftlichen Vorbringen noch in der mündlichen Verhandlung Gegenteiliges geäußert - dass zur zweiten

Verhandlungsrunde alle Bieter geladen werden könnten.

Die nunmehrige Einladung aller Bieter zur weiteren Verhandlungsrunde steht im Einklang mit den bisherigen Festlegungen des Auftraggebers und ist als solche nicht zu beanstanden.

Der Auftraggeber hat zudem dargelegt, weshalb die Einladung zur 2. Verhandlungsrunde bereits am 16.11.2006, und zwar an alle Bieter, gerichtet wurde, obwohl zu diesem Zeitpunkt weder die Angebotsprüfung noch die Prüfung des allenfalls gebotenen Ausscheidens von Angeboten abgeschlossen waren. (Erfordernis von Vorkehrungen auf Bieterseite wie die Bereitstellung von Personalressourcen für die Verhandlungen, Verschärfung des Zeitdrucks durch den bevorstehenden Jahreswechsel, noch keine Verfügbarkeit des Berichtes des Prüfungsteams betreffend "kritische Punkte in einem Angebot").

Die vom Antragsteller in seinem Schriftsatzvorbringen aufgestellte Behauptung, dass sich unter den in die Verhandlungen einbezogenen Angeboten zumindest ein Angebot befinden könnte, das an sich auszuschneiden gewesen wäre, ergibt keine abweichende Beurteilung. Im gegebenen Zusammenhang ist auf die auch im Verhandlungsverfahren maßgebliche Regelung des § 98 BVergG 2002 zu verweisen, wonach der Auftraggeber zum Ausscheiden von Angeboten vor Fällung der Zuschlagsentscheidung, nicht aber zu einem früheren Zeitpunkt, verhalten ist (siehe hierzu nachstehend unter Spruchpunkt III). Die vom Antragsteller in seinem Schriftsatzvorbringen aufgestellte Behauptung, dass sich unter den in die Verhandlungen einbezogenen Angeboten zumindest ein Angebot befinden könnte, das an sich auszuschneiden gewesen wäre, ergibt keine abweichende Beurteilung. Im gegebenen Zusammenhang ist auf die auch im Verhandlungsverfahren maßgebliche Regelung des Paragraph 98, BVergG 2002 zu verweisen, wonach der Auftraggeber zum Ausscheiden von Angeboten vor Fällung der Zuschlagsentscheidung, nicht aber zu einem früheren Zeitpunkt, verhalten ist (siehe hierzu nachstehend unter Spruchpunkt römisch drei).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Spruchpunkt III:

Der gegenständliche Nachprüfungsantrag ist auf die Bekämpfung der Unterlassung des Ausscheidens eines oder mehrerer Angebote durch den Auftraggeber gerichtet.

Wie sich aus § 322 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006 ergibt, kann sich ein Nachprüfungsantrag ausschließlich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richten und nur deren Nichtigkeit beantragt werden. Wie sich aus Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 ergibt, kann sich ein Nachprüfungsantrag ausschließlich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richten und nur deren Nichtigkeit beantragt werden.

Die gesondert anfechtbaren Entscheidungen für das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung sind in § 20 Z 13 lit. a sub.lit. dd BVergG 2002 genannt. Es sind dies die Ausschreibung (Bekanntmachung, mit der Unternehmer aufgefordert werden, sich um die Teilnahme an einem Verhandlungsverfahren zu bewerben), die Bewerberauswahl (Nicht-Zulassung zur Teilnahme), die Aufforderung zur Angebotsabgabe, sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist und die Zuschlagsentscheidung. Die gesondert anfechtbaren Entscheidungen für das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung sind in Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, sub.lit. dd BVergG 2002 genannt. Es sind dies die Ausschreibung (Bekanntmachung, mit der Unternehmer aufgefordert werden, sich um die Teilnahme an einem Verhandlungsverfahren zu bewerben), die Bewerberauswahl (Nicht-Zulassung zur Teilnahme), die Aufforderung zur Angebotsabgabe, sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist und die Zuschlagsentscheidung.

Gemäß § 20 Z 13 BVergG 2002 ist unter "Entscheidung" jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren zu verstehen. Gemäß Paragraph 20, Ziffer 13, BVergG 2002 ist unter "Entscheidung" jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren zu verstehen.

Die Begriffe "sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist" und "sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase" sind nach der im gegenständlichen Fall maßgebenden Regelung des § 20 Z 13 lit. a iVm sub.lit. dd BVergG 2002, unter Zugrundelegung des Entscheidungsbegriffes in § 20 Z 13 BVergG 2002, und unter Berücksichtigung der zum Entscheidungsbegriff ergangenen höchstgerichtlichen Judikatur zu interpretieren: Die Begriffe "sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist" und "sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase" sind nach der im gegenständlichen Fall maßgebenden Regelung des Paragraph 20, Ziffer 13,

Litera a, in Verbindung mit sub.lit. dd BVergG 2002, unter Zugrundelegung des Entscheidungsbegriffes in Paragraph 20, Ziffer 13, BVergG 2002, und unter Berücksichtigung der zum Entscheidungsbegriff ergangenen höchstgerichtlichen Judikatur zu interpretieren:

Die Judikatur der Höchstgerichte schränkt die Anfechtbarkeit der Auftraggeberentscheidungen während der Angebotsfrist und der Verhandlungsphase auf nach außen in Erscheinung tretende Akte des Auftraggebers (vgl. VwGH 24.1.2001, 2001/04/0138; 4.9.2003, 2002/04/0074; 27.1.2006, 2005/04/0202; VfGH 2.3.2002, B 691/00; BVA 3.9.2003, 04N-65/03-21; 12.12.2003, 04N-107/03-38; 2.10.2003, 16N-74/03-21; 1.7.2004, 04N-50/04-20 u.a.) oder auf Unterlassungen ein, die als selbständige Teilakte des Verfahrens mit eigenem Erklärungswert nach außen in Erscheinung treten und ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis auslösen. Die Judikatur der Höchstgerichte schränkt die Anfechtbarkeit der Auftraggeberentscheidungen während der Angebotsfrist und der Verhandlungsphase auf nach außen in Erscheinung tretende Akte des Auftraggebers vergleiche VwGH 24.1.2001, 2001/04/0138; 4.9.2003, 2002/04/0074; 27.1.2006, 2005/04/0202; VfGH 2.3.2002, B 691/00; BVA 3.9.2003, 04N-65/03-21; 12.12.2003, 04N-107/03-38; 2.10.2003, 16N-74/03-21; 1.7.2004, 04N-50/04-20 u.a.) oder auf Unterlassungen ein, die als selbständige Teilakte des Verfahrens mit eigenem Erklärungswert nach außen in Erscheinung treten und ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis auslösen.

Ein rechtswidriges Unterlassen des Auftraggebers tritt daher vielfach mangels eigenständigen Erklärungswertes nach außen erst im Zuge entsprechender, darauf beruhender nachfolgender Teilakte als "Entscheidung" in Erscheinung und bietet im Zuge der Anfechtung dieser Teilakte allenfalls einen zureichenden Rechtsgrund für deren Nichtigkeit (vgl. VwGH 30.6.2004, 2004/04/0028; BVA 3.9.2003, 04N-65/03-21; 12.12.2003, 04N-107/03-38). Ein rechtswidriges Unterlassen des Auftraggebers tritt daher vielfach mangels eigenständigen Erklärungswertes nach außen erst im Zuge entsprechender, darauf beruhender nachfolgender Teilakte als "Entscheidung" in Erscheinung und bietet im Zuge der Anfechtung dieser Teilakte allenfalls einen zureichenden Rechtsgrund für deren Nichtigkeit vergleiche VwGH 30.6.2004, 2004/04/0028; BVA 3.9.2003, 04N-65/03-21; 12.12.2003, 04N-107/03-38).

Bei der vom Antragsteller zitierten Meinung von Sachs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 20 Z 13 RZ 9, derzufolge auch Unterlassungen unter den Begriff der Festlegung fallen, zumindest insoweit, als diese Unterlassung willentlich erfolgt, handelt es sich um eine mit der Judikatur der Höchstgerichte nicht in Einklang zu bringende Mindermeinung. Bei der vom Antragsteller zitierten Meinung von Sachs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 20, Ziffer 13, RZ 9, derzufolge auch Unterlassungen unter den Begriff der Festlegung fallen, zumindest insoweit, als diese Unterlassung willentlich erfolgt, handelt es sich um eine mit der Judikatur der Höchstgerichte nicht in Einklang zu bringende Mindermeinung.

Was das Unterlassen des Ausscheidens von Angeboten betrifft, so hat der VwGH in seinem Erkenntnis 2004/04/0028 vom 30.6.2004 zu einem dem Steiermärkischen Landesvergabenachprüfungsgesetz 2003 unterliegenden Fall ausdrücklich ausgesprochen, dass, da die Unterlassung des Ausscheidens der beiden bestgereihten Bieter nicht als selbständiger Teilakt des Vergabeverfahrens nach außen in Erscheinung getreten ist, es sich hierbei um keine anfechtbare Entscheidung handelt und die Vergabekontrollbehörde eine hierauf gerichteten Nachprüfungsantrag zu Recht zurückgewiesen hat (vgl. auch die mit der Judikatur des VwGH übereinstimmende ständige Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes; BVA vom 6.10.2004, 04N-91/04-12; BVA vom 6.7.2005, 03N-37/05-18; BVA vom 7.9.2004, 11N-65/04-12; BVA vom 26.11.2004, 04N-96/04-43 ua.). Was das Unterlassen des Ausscheidens von Angeboten betrifft, so hat der VwGH in seinem Erkenntnis 2004/04/0028 vom 30.6.2004 zu einem dem Steiermärkischen Landesvergabenachprüfungsgesetz 2003 unterliegenden Fall ausdrücklich ausgesprochen, dass, da die Unterlassung des Ausscheidens der beiden bestgereihten Bieter nicht als selbständiger Teilakt des Vergabeverfahrens nach außen in Erscheinung getreten ist, es sich hierbei um keine anfechtbare Entscheidung handelt und die Vergabekontrollbehörde eine hierauf gerichteten Nachprüfungsantrag zu Recht zurückgewiesen hat vergleiche auch die mit der Judikatur des VwGH übereinstimmende ständige Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes; BVA vom 6.10.2004, 04N-91/04-12; BVA vom 6.7.2005, 03N-37/05-18; BVA vom 7.9.2004, 11N-65/04-12; BVA vom 26.11.2004, 04N-96/04-43 ua.).

Aus der Regelung des § 98 BVergG 2002 ergibt sich, dass die vergebende Stelle auf Grund des Ergebnisses der Prüfung das Ausscheiden von Angeboten vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung vorzunehmen hat. Eine allfällige Ausscheidensverpflichtung zu einem früheren Zeitpunkt ist im Gesetz nicht normiert, sodass es diesbezüglich - mangels Gebotes - auch kein Unterlassen geben kann. Nach der Rechtsprechung des VwGH ist dem Auftraggeber ein Ausscheiden von Angeboten sogar bis zur Zuschlagserteilung möglich (Vgl. VwGH vom 21.12.2004,

2002/04/0177). Aus der Regelung des Paragraph 98, BVergG 2002 ergibt sich, dass die vergebende Stelle auf Grund des Ergebnisses der Prüfung das Ausscheiden von Angeboten vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung vorzunehmen hat. Eine allfällige Ausscheidensverpflichtung zu einem früheren Zeitpunkt ist im Gesetz nicht normiert, sodass es diesbezüglich - mangels Gebotes - auch kein Unterlassen geben kann. Nach der Rechtsprechung des VwGH ist dem Auftraggeber ein Ausscheiden von Angeboten sogar bis zur Zuschlagserteilung möglich (Vgl. VwGH vom 21.12.2004, 2002/04/0177).

Im Übrigen irrt der Antragsteller, wenn er vermeint, dass ein allenfalls unterlassenes gebotenes Ausscheiden von Angeboten durch Nichtbekämpfung der von ihm gegenständlich bekämpften Festlegung bestandsfest würde und in der Folge nicht mehr bekämpft werden könnte. Die (rechtswidrige) Unterlassung des Ausscheidens von Angeboten kann nämlich mit der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung geltend gemacht werden.

Zu Spruchpunkt IV:

Auch hierbei handelt es sich um einen unzulässigen Antrag.

Wie sich aus der Regelung des § 325 Abs. 1 BVergG 2006 ergibt (arg. "das Bundesvergabeamt hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären ..."), ist das Bundesvergabeamt nicht zur Erteilung von Erlaubnissen an den Auftraggeber zur Setzung von Handlungen (konkret, zur Führung von Verhandlungen mit nicht auszuscheidenden Bietern), zuständig. Wie sich aus der Regelung des Paragraph 325, Absatz eins, BVergG 2006 ergibt (arg. "das Bundesvergabeamt hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären ..."), ist das Bundesvergabeamt nicht zur Erteilung von Erlaubnissen an den Auftraggeber zur Setzung von Handlungen (konkret, zur Führung von Verhandlungen mit nicht auszuscheidenden Bietern), zuständig.

Zu Spruchpunkt V:

Das Eventualbegehren ist - davon abgesehen, dass der Antragsteller nunmehr auch die auszuscheidenden Bieter im Zuge des Nachprüfungsverfahrens namhaft zu machen beabsichtigt - im Wesentlichen inhaltsgleich mit dem unter c. gestellten Antrag (siehe hiezu zu Spruchpunkt III) und war daher ebenso zurückzuweisen. Im Übrigen ist ein unter einer Bedingung gestelltes Begehren unzulässig. Das Eventualbegehren ist - davon abgesehen, dass der Antragsteller nunmehr auch die auszuscheidenden Bieter im Zuge des Nachprüfungsverfahrens namhaft zu machen beabsichtigt - im Wesentlichen inhaltsgleich mit dem unter c. gestellten Antrag (siehe hiezu zu Spruchpunkt römisch drei) und war daher ebenso zurückzuweisen. Im Übrigen ist ein unter einer Bedingung gestelltes Begehren unzulässig.

Zu Spruchpunkt VI:

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller, Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller, Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. 1. Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. 2. Ziffer 2
dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Gemäß § 319 Abs. 3 BVergG 2006 entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG 2006 entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt.

Der Antragsteller hat, wie sich aus den Spruchpunkten I bis V ergibt, mit seinem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt; die Nachprüfungsanträge wurden zurück- bzw. abgewiesen. Der Gebührenersatzantrag war daher sowohl hinsichtlich der Gebühren für den Hauptantrag als auch für den Antrag auf einstweilige Verfügung abzuweisen. Der Antragsteller hat, wie sich aus den Spruchpunkten römisch eins bis römisch fünf ergibt, mit seinem

Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt; die Nachprüfungsanträge wurden zurück- bzw. abgewiesen. Der Gebührenersatzantrag war daher sowohl hinsichtlich der Gebühren für den Hauptantrag als auch für den Antrag auf einstweilige Verfügung abzuweisen.

Zu Spruchpunkt VII bis IX: Zu Spruchpunkt römisch sieben bis IX:

Bei diesen mit Schriftsatz vom 14.12.2006, unter b. und unter c. gestellten Anträgen sowie dem gestellten Eventualantrag - die übrigen mit diesem Schriftsatz eingebrachten Anträge a. und d. waren ident mit den mit Schriftsatz vom 21.11.2006 unter a. und

1. d. Litera d

eingebrachten Anträgen, (siehe Sachverhalt), - handelt es sich um neue Anträge. Diese waren bereits aus dem Grunde der Verfristung (siehe § 321 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006) als unzulässig zurück zu weisen. Der mit Schriftsatz vom 14.12.2006 unter b. gestellte Antrag ginge im Übrigen ebenso wie der mit Schriftsatz vom 21.11.2006 unter b gestellte Antrag, ohnedies auch inhaltlich ins Leere (siehe zu Spruchpunkt II). eingebrachten Anträgen, (siehe Sachverhalt), - handelt es sich um neue Anträge. Diese waren bereits aus dem Grunde der Verfristung (siehe Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006) als unzulässig zurück zu weisen. Der mit Schriftsatz vom 14.12.2006 unter b. gestellte Antrag ginge im Übrigen ebenso wie der mit Schriftsatz vom 21.11.2006 unter b gestellte Antrag, ohnedies auch inhaltlich ins Leere (siehe zu Spruchpunkt römisch zwei).

Schlagworte

Antragsvoraussetzungen, Verfristung, verspätetes Vorbringen, last and final offer, neue Anträge, Ausscheiden muss nach außen gerichtet und erkennbar sein, Unterlassen eines Ausscheidens während laufendem Verfahren ist mangels nach außen gerichtetem Erklärungsgehalt nicht gesondert anfechtbar;

Dokumentnummer

VERGT_20070102_N_0093_BVA_05_2006_57_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