

**Entscheidende Behörde**

Bundesvergabeamt

**Entscheidungsdatum**

13.11.2007

**Geschäftszahl**

N/0087-BVA/08/2007-EV143

**Text**

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat am 13.11.2007 gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 durch den Vorsitzenden des Senats 8 Mag Reinhard Grasböck betreffend die Antragsgegnerin und Auftraggeberin VERBUND-Austrian Thermal Power GmbH & Co KG und deren Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich mit der Bezeichnung "Projekt GDK Mellach, Ausschreibung: Errichtung eines 800 MW Gas- und Dampfturbinen-Kombinationskraftwerks am Standort Mellach" in Erledigung des diesbezüglich seitens der Antragstellerin Mi\*\*\* gestellten neuerlichen, am 6.11.2007 gemäß § 13 Abs 5 AVG beim Bundesvergabeamt protokollierten Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (in der Fassung dieses Antrags gemäß der am 13.11.2007 gemäß § 13 Abs 5 AVG protokollierten Tippfehlerberichtigung); und über die diesbezüglichen Gegenanträge der Auftraggeberin wie folgt entschieden:

**Spruch**

Der neuerliche und letztlich um einen Tippfehler berichtigte Antrag der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung,

1. die Entscheidung über die Auswahl des "preferred bidder" im Schreiben vom 5. September 2007 bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamts im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren, längstens aber bis 14.12.2007 auszusetzen

und

2. es der [Auftraggeberin] bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamts im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren, längstens aber bis 14.12.2007 bei sonstiger Exekution zu untersagen, im Vergabeverfahren fortzufahren und insbesondere den Zuschlag zu erteilen,

wird

sowohl hinsichtlich des begehrten [weiteren] Zuschlagsverbots als auch hinsichtlich der sonstigen Begehren

abgewiesen.

Rechtsgrundlagen: §§ 328 und 329 BVergG 2006, BGBl I 2006/17; §§ 13 und 59 Abs 1 AVG BGBl 1991/51 idF BGBl I 2004/10

**Begründung**

Sachverhalt samt Parteilvorbringen und Verfahrensgang:

Das Bundesvergabeamt hat am 2.11.2007 insbesondere gemäß § 329 Abs 3 BVergG 2006 folgenden Bescheid über diverse gestellte Aufhebungs- bzw Verlängerungsanträge betreffend eine am 27.9.2007 erstmals erlassene einstweilige Verfügung (= eV) erlassen:

BESCHEID

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

#### Spruch

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

bis zum Ablauf des 14.12.2007 untersagt.

Das Mehrbegehren der Antragstellerin, wie am 15.10.2007 in der mündlichen Verhandlung im eigentlichen Nachprüfungsverfahren vorgetragen und auf 1. eine ohne fixen Endtermin verlängerte einstweilige Verfügung, 2. auf eine weitere Aussetzung der angefochtenen preferred bidder - Entscheidung sowie 3. auf das Verbot weiterer Verhandlungen zwischen der Auftraggeberin und der Si\*\*\* gerichtet, wird

abgewiesen.

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

aufgehoben.

Rechtsgrundlage: § 329 Abs 3 BVergG 2006, BGBl I 2006/17; § 59 Abs 1 AVG BGBl 1991/51 idF BGBl I 2004/10

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

zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 330 Abs 2 BVergG 2006, BGBl I 2006/17.

#### Begründung

Sachverhalt samt Parteienvorbringen und Verfahrensgang:

Die [... Antragstellerin ...] brachte am 19.9.2007 nach Ende der Amtsstunden einen Nachprüfungsantrag gegen eine preferred bidder - Entscheidung ein und begehrte zur Sicherung ihres Rechtsgestaltungsbegehrens eine einstweilige Verfügung (= eV). Diese Anträge wurden gemäß § 13 Abs 5 AVG am 20.9.2007 protokolliert; und begannen daher ab 20.9.2007 die entsprechenden Entscheidungsfristen für das Bundesvergabeamt.

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

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

Spruch

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

1. die Entscheidung über die Auswahl des "preferred bidders" im Schreiben vom 5. September 2007 bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamts in gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution auszusetzen und der Antragsgegnerin bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamts in gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution zu untersagen, den Zuschlag zu erteilen;
2. der Antragsgegnerin bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamts im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zu untersagen, das Verhandlungsverfahren mit der Si fortzusetzen;

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

3. die Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Verfügung zu verpflichten, der Antragstellerin eine Kopie sämtlicher Protokolle über den Vorgang der Angebotsprüfung auf Basis der Letztangebote gemäß § 267 iVm § 128 BVergG 2006 zur Verfügung zu stellen;
4. die Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Verfügung zu verpflichten, der Antragstellerin den Beweis dafür zu liefern, dass das Letztangebot der Si\*\*\* in der Zeit nach dem 27. Juli 2007 nicht in unzulässiger Weise nachgebessert wurde und somit kein unzulässiger Weise nachgebessertes Angebot der angefochtenen Auswahlentscheidung zu Grunde liegt;

und

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

wird

teilweise stattgegeben.

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

bis zum Ablauf des 2.11.2007 untersagt.

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

bis zum Ablauf des 2.11.2007 ausgesetzt.

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

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

abgewiesen.

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

Die Auftraggeberin hat zu Beginn des Nachprüfungsverfahrens betreffend den ursprünglichen eV-Antrag ausdrücklich vorgebracht, dass sie sich nicht gegen die beantragte eV ausspreche; und hat dieses Vorbringen zentral in die Begründung der - hinsichtlich ihres Spruchs gerade zitierten - ersten Provisorialmaßnahme Eingang gefunden - eV - Bescheid, lfd Nr 27 des Verwaltungsakts.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Weitere Stellungnahmen langten nicht ein.

Vor dem rechtlichen Hintergrund der Entscheidung des EuGH in der Rs C-424/01, dass die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags gemeinschaftsrechtlich eine zulässige Entscheidungsdeterminante bei der

Provisorialmaßnahme sind; und zusätzlich vor dem Obersatz, dass es bei allenfalls evident werdender Aussichtslosigkeit des Nachprüfungsantrags nicht sachgerecht wäre, den Auftraggeber durch Provisorialmaßnahmen in der Abwicklung seines Vergabeverfahrens zu behindern,

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

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

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

Auf Basis dieser Aussagedifferenzen war insoweit kein evidenter Ausscheidensgrund zu Lasten der Antragstellerin ersichtlich, zumal die Einvernahmen der 3 Zeugen aus der Sphäre der Auftraggeberin gezeigt hat, dass kein einziger Bieter ursprünglich ausschreibungskonform angeboten hat und die Auftraggeberin das Vergabeverfahren unter Stützung auf eine Klausel betreffend Abänderungsangebote und deren eingeschränkter Zulässigkeit jeweils fortgesetzt hat.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### Beweiswürdigung

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

#### Rechtliche Beurteilung:

Hinsichtlich des nunmehr längstens bis 14.12.2007 verfügten

Zuschlagsverbots ist zu begründen wie folgt:

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

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

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

Nach der hier vertretenen Auffassung sind derzeit noch keine Tatsachen bescheinigt bzw erwiesen, die gemäß § 329 Abs 3 iVm Abs 1 BVerG 2006 eine Interessenslage darstellen würden, bei der die in Streit stehende Großinvestition - ohne Nachprüfungsentscheidung - durch eine Provisorialmaßnahme länger als über den Jahreswechsel 2007/2008 hinaus gerechtfertigt verzögert werden kann. Sollte daher bis Anfang Dezember 2007 kein Sachverhalt entsprechend erwiesen werden können, der es gebietet, insbesondere auch ohne Beschreitung

eines denkmöglichen Zwischenverfahrens gemäß Art 234 EGV entweder der Antragstellerin Antragslegitimation iSv VwGH - Erk 28.3.2007, 2005/04/0200 iVm VwGH - Beschluss 27.6.2007, 2005/04/0111-12 zuzuerkennen und die angefochtene preferred bidder - Entscheidung aufzuheben; oder aber diesbezüglich nur mehr kurzfristig weiter ermitteln zu müssen, so ist es nach Auffassung des hier gefertigten Senatsvorsitzenden auf Basis der aktuell bekannten Tatsachen nicht mehr gerechtfertigt, im Rahmen eines gemäß Art 1 Abs 1 RL 92/13/EWG möglichst rasch abzuführenden Nachprüfungsverfahrens vor Zuschlagserteilung die Vergabe weiter zu stoppen.

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

Nach dem vorstehend wiedergegebenen Bescheid vom 2.11.2007 stellte die Antragstellerin mit einer gemäß § 13 Abs 5 AVG am 6.11.2007 protokollierten Eingabe, lfd Nr 121 des Verwaltungsakts, die im Spruch dieses Bescheids erledigten neuerlichen Sicherungsbegehren, wobei die Untersagung des Fortfahrens im Vergabeverfahren und das Zuschlagsverbot in diesem am 6.11.2007 protokollierten Schriftsatz dem Buchstaben nach nur bis 10.12.2007 begehrt wurden. Die Antragstellerin verfasste diesbezüglich eine am 13.11.2007 protokollierte Eingabe, lfd Nr 135, mit der sie unzweifelhaft im Wege einer "Tippfehlerberichtigung" die Klarstellung anstrebt, dass hier das Datum gleichfalls 14.12.2007, konform mit dem Zeitraum für die gleichfalls beehrte Aussetzung der angefochtenen Entscheidung zu lauten hätte.

In diesbezüglicher Vorwegnahme auch rechtlicher Aspekte handelt es sich beim Datum 10.12.2007 um einen offenkundigen Schreibfehler, der von keiner anderen Partei des eigentlichen Nachprüfungsverfahrens in deren Schriftsätzen lfd Nri 128 und 129 in bestimmter Weise kommentiert wurde, wobei insbesondere durch die gleichzeitig angestrebte Aussetzung der angefochtenen Entscheidung bis 14.12.2007 die berichtigte Datierung als offenkundige Fehldatierung ersichtlich wird.

Das Bundesvergabeamt geht nunmehr zusätzlich davon aus, dass mit dem Bescheidspruch dieses Bescheids das Ziel der Eingabe der Antragstellerin, lfd 135, erreicht ist, und dass damit auch der gegebenenfalls, also offenbar nur eventualiter gestellte Abänderungsantrag keinesfalls mehr zu erledigen ist. Die vorstehende Beurteilung des Begehrens der Antragstellerin stützt sich dabei auf die ständige Praxis des Senats 8 des Bundesvergabeamts, die sich in Übereinstimmung mit der Praxis des Senats 4 des VwGH sieht, der bei einem bestimmten Sachverhalt sogar das Begehren auf Rechtswidrigerklärung als Nichtigerklärungsbegehren gedeutet hat; wobei diese Praxis zB zuletzt am 5.11.2007 im Bescheid N/0103-BVA/08/2007-EV16 mit folgender Bescheidpassage dokumentiert ist:

... Das Begehren vom 29.10.2007 auf "sofortigen Stopp des Zuschlages" ist unter Anwendung der diesbezüglich vom VwGH im Erk vom 30.6.2004, 2004/04/0028, vorgegebenen Maximen zur Deutung von Parteierklärungen gegenüber der Vergabekontrollbehörde eindeutig - hinsichtlich der Fraglichkeit der konkret beehrten Sicherungsmaßnahme - zumindest als Begehren auf Untersagung der Zuschlagserteilung gemäß § 328 Abs 5 BVergG 2006 zu werten. ...

Neben den weiteren Tatsachenbehauptungen im Schriftsatz, lfd Nr 121, in welchen wiederholend der hier zu entscheidende eV - Antrag enthalten war, nämlich insbesondere

dass die Mitbeteiligte, die Si\*\*\* wegen eines ausschreibungswidrigen bzw unvollständigen Angebots auszuschneiden wäre;

dass die Antragstellerin in der Letztangebotsphase ungleich und nachteilig im Vergleich zur Mitbeteiligten behandelt worden wäre;

dass die Auftraggeberin bei der Hinzurechnung von Ersatzteilen beim Angebot der Antragstellerin rechtswidrig vorgegangen wäre;

und dass insbesondere der von der Auftraggeberin im Punkte der Antragslegitimation zu Lasten der Antragstellerin angezogene Ausscheidensgrund eines fehlenden Haftpflichtversicherungsnachweises nicht vorliegen würde,

bringt die Antragstellerin zur Begründung ihres neuerlichen eV - Antrags vor,

dass ihr ein unwiederbringlicher Schaden entstehen würde, da die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung dazu zu führen hätte, dass entweder eine neuerliche Verhandlungsrunde durchzuführen wäre oder aber das Vergabeverfahren zwingend zu widerrufen wäre. dass die bloße Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung den Wettbewerbsvorsprung der Mitbeteiligten [gemeint offenbar: durch weitere

Vertragsverhandlungen] nicht mehr ausgleichen könnte; dass der Antragstellerin die eigene Zuschlagschance bzw die eigene Chance auf die mit 16.7.2007 laut Beilage 1 zum Nachprüfungsantrag festgelegte preferred bidder - Prämie im Falle des Projektabbruchs zu entgehen drohe;

dass der Antragstellerin die Chance auf Beteiligung in einem neuen Vergabeverfahren zu entgehen drohe;

dass öffentliche Interessen für die Erlassung der neuen eV sprechen würden;

dass die Entscheidung des Bundesvergabeamts in kürzester Zeit ergehen könnte;

dass die Auftraggeberin ein Nachprüfungsverfahren ihn ihre eigenen zeitliche Planungen miteinbeziehen müsste;

dass der Auftraggeberin auch kein Verzögerungsschaden drohe, weil das anlagenrechtliche Bewilligungsverfahren für das streitgegenständliche Kraftwerk noch nicht rechtskräftig beendet wäre;

und dass Interessen anderer Bieter nicht beeinträchtigt würden.

Zu diesen Interessensdarlegungen ist vorerst festzuhalten, dass auf Tatsachenebene keine weiteren Interessen für ein zweites Zuschlagsverbot neben dem bereits am 2.11.2007 bis längstens 14.12.2007 verfügten und weiteren aufrechten Zuschlagsverbot erkennbar sind, auch wenn sich der Sachverhalt allein durch den Zeitablauf und die zwischenzeitig abgeführten Verhandlungstermine - für die vorliegende Entscheidung allerdings nicht rechtserheblich - geändert haben mag.

Wenn die Antragstellerin den drohenden Eintritt eines Verzögerungsschadens bei der Auftraggeberin bestreitet, ist sie auf Tatsachenebene darauf hinzuweisen, dass von der Antragstellerin bislang nicht bestritten wurde, dass es im Falle einer Zuschlagserteilung nach dem 31.12.2007 zu einer Preisgleitung im Umfang laut eV - Bescheid vom 2.11.2007, lfd Nr 118, kommen würde, sondern nur vorgebracht wurde, dass mit der Bauausführung nicht vor dem Vorliegen des rechtskräftigen UVP - Bescheids begonnen werden dürfte.

Unbeschadet der fehlenden Identität dieser beiden Zeitpunkte für den Zuschlag und den fraglichen Bescheiderhalt ist der November 2007 derzeit noch nicht abgelaufen, so dass der Standpunkt der Auftraggeberin hinsichtlich eines UVP - Bescheids im November noch nicht falsifiziert werden kann, zumal die bei der UVP - Behörde 2. Instanz zuständige Mitarbeiterin, Mr\*\*\*, laut einem vom Gefertigten am 13.11.2007 geführten Amtshilfetelefonat - was hiermit im Verantwortungsbereich des Bundesvergabeamts offengelegt wird - mitteilte, dass sie demnächst mit einer Entscheidung im UVP - Verfahren rechnet; ohne dass hier natürlich der Inhalt dieser anderen und künftigen Behördenentscheidung gegenüber den behördenfremden Adressaten dieses eV - Bescheids offen gelegt werden könnte.

Die Antragstellerin behauptet in ihrem neuerlichen eV - Antrag auch keine Tatsachen, dass der Mitbeteiligten durch weitere Verhandlungen die Möglichkeit eingeräumt würde, jene Zahlen nachträglich zu manipulieren, die bei der Mitbeteiligten als Inputzahlen für die Bewertung gemäß Punkt 9 der Ausschreibungsunterlage in Ordner 10 der Vergabeunterlagen dienen. Dem Bundesvergabeamt liegen - trotz amtshilfemäßiger Beiziehung des Sachverständigen von Kriminaltechnikern des Bundeskriminalamts - bislang keine Ermittlungsergebnisse vor, die es nahe legen würden, dass sich der Verdacht objektiviert derart zu verfestigen hätte, dass die Inputzahlen für die Angebotsbewertung nach dem 27.7.2007 nachträglich zu Gunsten von Si\*\*\* unlauter nachgebessert worden wären.

Zur auf Basis dieser Tatsachenlage anzustellenden rechtlichen Beurteilung siehe unten.

Die Zuschlagschance der Antragstellerin wird für die Antragstellerin auf Tatsachenebene frühestens erst dann vernichtet, wenn kein Zuschlagsverbot mehr gilt und danach der Zuschlag wirksam erteilt werden kann. Wie daher die sonstige Fortsetzung des Vergabeverfahrens unter Berücksichtigung der am 2.11.2007 erlassenen eV - Entscheidung insoweit rechtlich relevant auf die Vereitelung der Zuschlagschance der Antragstellerin einwirken soll, ist auf Tatsachenebene aktuell nicht erkennbar.

Die angezogene drohende Vereitelung der Prämie für den ermittelten preferred - bidder im Falle des Projektabbruchs laut Festlegung der Auftraggeberin vom 16.7.2007, Beilage ./ 1 zum Nachprüfungsantrag, ist gleichfalls nicht ersichtlich, da dieser im Falle des Projektabbruchs gestaffelt auszuzahlende Geldbetrag jedenfalls auch nach einer allfälligen Zuschlagserteilung von der Auftraggeberin bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen liquidiert werden könnte, zumal die Beschreitung der vorgesehenen Rechtswege auch nach einer allfälligen Zuschlagserteilung ausweislich des § 19 ABGB einem Grundprinzip der österreichischen Rechtsordnung entspricht und die (künftige) Bonität der Auftraggeberin bislang weder von der Antragstellerin in Zweifel gezogen wurde noch sonstige diesbezügliche Tatsachen auch nur ansatzweise indiziert wären.

Wenn die Antragstellerin hier zudem von einer Prämie für den Auftragnehmer spricht, ist sie darauf hinzuweisen, dass diese Prämie auf Basis der Voraussetzungen der Festlegung vom 16.7.2007 bereits dem preferred bidder, und nicht nur einem Auftragnehmer gebührt.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass die eV notwendig wäre, um zu verhindern, dass die Auftraggeberin mit der Antragstellerin die preferred bidder - Verhandlungen abschließen könnte, weil im Falle der Nichtigerklärung entweder eine neue Verhandlungsrunde durchzuführen; oder aber zu widerrufen wäre, ist die Antragstellerin wiederum auf die vorstehenden bzw in der rechtlichen Beurteilung getätigten Ausführungen zur Interessenslage iZm weiteren Verhandlungen in einem Verhandlungsverfahren in der Endphase - gemäß § 254 Abs 2 BVergG 2006 - hinzuweisen.

Inwieweit der bisherige Aufwand für die Teilnahme der Antragstellerin am Vergabeverfahren relevant für die Frage der Untersagung weiterer Verhandlungen bzw für die Frage der gebotenen Aussetzung der Zuschlagsentscheidung sein könnte, wurde von der Antragstellerin nicht näher konkretisiert.

Tatsache ist aber insoweit jedenfalls, dass diese Aufwendungen denkmöglich unter den sonst dafür notwendigen Voraussetzungen als Schadenersatz frühestens nach einem Obsiegen mit dem hier strittigen Nachprüfungsantrag liquidiert werden könnten; und daher zum jetzigen Zeitpunkt die drohende Frustration dieses Aufwands - in diesbezüglich punktueller Vorwegnahme der Interessensabwägung gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 und ohne Beurteilung der Frage der Erfolgsaussichten eines derartigen Schadenersatzbegehrens - hinreichend durch ein Zuschlagsverbot und die dadurch weiter bewirkte Zulässigkeit einer Entscheidung gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 geschützt wird.

Am 6.11.2007 fand - nach Protokollierung des hier entschiedenen eV Antrags - ein weiterer Verhandlungstermin (- nach dem 15.10.2007 -) im Verfahren über den Nachprüfungsantrag statt, wobei darin ausweislich der Verhandlungsniederschrift über die Verhandlung vom 6.11.2007 festgelegt wurde, dass die Parteien des Nachprüfungsverfahrens zu dem hier entschiedenen neuerlichen eV - Antrag erneut ihre Interessen bis 12.11.2007 darlegen könnten.

Am 8.11.2007 fand der nächste Termin für eine mündliche Verhandlung in der Hauptsache statt, wobei der Verhandlungsverlauf am 8.11.2007 dahin zusammenzufassen ist, dass sich die Parteien darauf einigten, dass die Herren O\*\*\* und DI P\*\*\* (aus der Sphäre der Antragstellerin) einerseits und die Herren DI Tau\*\*\*, Ing Po\*\*\*, Ing Bj\*\*\*, DI (FH) Fau\*\*\* und DI Ho\*\*\* (aus der Sphäre der Auftraggeberin) andererseits im Rahmen einer Zeugenbefragung vor dem erkennenden Senat ohne Parteienvertreter gemeinsam über die Angebotsbewertung diskutierten, damit Klarheit darüber gefunden würde, ob die Antragstellerin die durch die Auftraggeberin vorgenommenen Angebotsbewertung fair empfinden würde.

Dem Bundesvergabeamt war nach den Festlegungen vom 8.11.2007 bis 12.11.2007, 12.00 Uhr einlangend mitzuteilen, ob der Nachprüfungsantrag aufrecht bleiben solle, wobei sich die Auftraggeberin ausweislich der Verhandlungsniederschrift vom 8.11.2007 zu dieser Vorgangsweise nur deshalb bereit erklärte, weil die Antragstellerin bestätigte, dass auf Basis der am 8.11.2007 gegebenen Sach- und Rechtslage die Auftraggeberin nicht an einer Zuschlags- und Ausscheidensentscheidung gehindert wäre. Diese Feststellungen sind in Zusammenhang mit der weiteren Tatsache zu sehen, dass am 8.11.2007 der nächste Verhandlungstermin insbesondere für eine weitere Einvernahme für Herrn O\*\*\* am 21.11.2007 geplant wurde, falls das Verfahren nicht durch Antragszurückziehung enden sollte.

Ergebnis angesprochenen Zeugenbefragung vor dem Senat, die vor dem Hintergrund der diesbezüglichen Anregung der Antragstellerinnenvertretung gemäß § 43 Abs 5 AVG stattfand, war, dass für die Antragstellerin danach zu klären war, ob die Auftraggeberin Ersatzteile im Preis von rund 30 Millionen Euro zu jenem Euro - Betrag hinzurechnen dürfte, der gemäß Punkt 9 der Ausschreibungsunterlage als Basis für den Angebotsvergleich bei der Bestbieterauswahl dient. Der Senat konnte bei dieser Zeugenbefragung zudem feststellen, dass Herr O\*\*\* darin zumindest partiell auf Englisch mitdiskutierte.

Im eigentlichen Nachprüfungsverfahren wurde in der Verhandlung am 6.11.2007 neben der Frage der Beweismittelmanipulation zu Lasten der Antragstellerin insbesondere auch dahin ermittelt, ob der Antragstellerin Antragslegitimation für den Nachprüfungsantrag zuzuerkennen ist.

Diesbezüglich tätigte nämlich Herr O\*\*\* am 6.11.2007 auf Englisch die Aussage, dass im Letztangebot der Antragstellerin vom 27 Juli 2007 keine Preisangabe einer von der Antragstellerin optional im Umfang von 36 Monaten anzubietenden Garantie enthalten ist, und dass der Preis hier ohne sichere elektronische Signatur und erst über Rückfrage der Auftraggeberin am 1.8.2007 nachgereicht worden wäre, wobei das Bundesvergabeamt hier entsprechend den Vorgaben des VwGH zur Antragslegitimation gemäß Erkenntnis vom 28.3.2007, 2005/04/0200 jedenfalls auch zu klären und mit den Parteien des Nachprüfungsverfahrens zu erörtern hatte und weiterhin hat, ob diese am 27.7.2007 fehlende Preisangabe für das dritte Garantiejahr - die Antragstellerin wollte hier ursprünglich offenbar entgegen den Wünschen der Auftraggeberin nur 24 Monate Garantie anbieten - einen Ausscheidensgrund zu Lasten der Antragstellerin darstellt, der aus dem Inhalt des Vergabeakts erkennbar ist - siehe dazu zB BVA 9.7.2007, N/0055-BVA/08/2007-86 bzw BVA 6.12.2006, N/0089-BVA/08/2006-88.

Die Antragstellerin verfasste am 8.11.2007 vor Verhandlungsbeginn Einwendungen gegen die Verhandlungsniederschrift vom 6.11.2007, in welchen im vorstehenden Punkt der Frage des fehlenden Preises für die Garantieoption für 36 Monate gerügt wurde, dass Herr O\*\*\* nicht gesagt hätte, er habe die Preisangabe vergessen, sondern gesagt worden wäre, dass "wir", also offenbar die für Antragstellerin handelnden Personen die Preisangabe vergessen gehabt hätten - Eingabe lfd Nr 123.

In diesem Schriftsatz wird seitens der Antragstellerin jedenfalls auch die Beziehung eines Englisch - Dolmetsches notwendig erachtet.

Die Antragstellerin teilte am 12.11.2007 mit der Eingabe lfd Nr 130 mit, dass der Nachprüfungsantrag am 12.11.2007 nicht zurückgezogen würde.

Die Auftraggeberin verfasste am 12.11.2007 die Eingabe, lfd Nr 129.

In dieser Eingabe beantragt die Auftraggeberin die Zurückweisung des Begehrens auf ein zusätzliches Zuschlagsverbot wegen einer insoweit bereits bestehenden eV und die Abweisung der sonstigen Sicherungsbegehren; und erstattete jedenfalls auch umfangreiches Vorbringen zur Frage der Antragslegitimation; bzw Beweiserörterungen mit primärer Relevanz für die Hauptsache. Da die Auftraggeberin in dieser Eingabe keine Aufhebung des Zuschlagsverbots beantragt hat, war hier kein Bescheid gemäß § 329 Abs 3 AVG zu erlassen, da zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht endgültig feststeht, ob der Senat der Antragstellerin die Antragslegitimation zu- oder aberkennen wird.

Die Mitbeteiligte legte - als Beteiligte gemäß § 8 AVG - ihre Interessen dahin dar, dass der neuerliche, hier gegenständliche eV -Antrag - im Sinne einer diesbezüglich mangels Parteistellung korrekten Anregung - abzuweisen wäre. Die Antragstellerin hätte nach Auffassung der Mitbeteiligten am 8.11.2007 auf Sicherungsmaßnahmen, soweit diese über ein Zuschlagsverbot hinausgehen, verzichtet, wobei ein Zuschlagsverbot ohnehin bereits auf Basis der eV - Entscheidung vom 2.11.2007 nunmehr bis 14.12.2007 bestünde.

Die Antragstellerin verfasste über die bereits genannten Schriftsätze hinaus zwei weitere Schriftsätze, welche gemäß § 13 Abs 5 AVG gleichfalls am 13.11.2007 zu protokollieren waren.

Mit der Eingabe, lfd Nr 136, tritt die Antragstellerin insbesondere der Auffassung (auch) der Auftraggeberin in deren Eingabe, lfd Nr 129, entgegen, dass die Antragstellerin am 8.11.2007 auf die hier spruchgegenständlichen Sicherungsbegehren verzichtet hätte.

Mit der Eingabe, lfd Nr 141, bringt die Antragstellerin vor, dass das technische Angebot der Mitbeteiligten nicht von der Geschäftsführung vom Si\*\*\* unterfertigt wäre, und dass die rechtliche Beurteilung dieses Sachverhalts dem Bundesvergabeamt obliegen würde.

Da die Tatsachen laut der letztzitierten Eingabe offenkundig auf die Rechtsverbindlichkeit des technischen Angebots der Mitbeteiligten abzielen und dieses technische Letztangebot der Mitbeteiligten nach den bisherigen aktenkundigen Erhebungen und Zeugenaussagen im bewertungsrelevanten Umfang bereits beim Bundesvergabeamt erliegen muss, wird mit der Eingabe, lfd Nr 141, jedenfalls auch kein Sachverhalt dargetan, der eine nunmehrige erfolgende und dennoch nicht erkennbare Beweismittelproduktion bzw -manipulation zu Lasten der Antragstellerin möglich erscheinen lässt.

#### Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt und insbesondere den bezogenen Schriftsätzen und sonstigen Unterlagen, bzw aus den mit der Unterfertigung dieses Bescheids bestätigten amtlichen Wahrnehmungen des gefertigten Senatsvorsitzenden.

#### Rechtliche Beurteilung

Zur Frage der Zulässigkeit eines zweiten Zuschlagsverbots durch die Vergabekontrollbehörde betreffend ein bestimmtes Vergabeverfahren ist festzuhalten, dass sich während eines Nachprüfungsverfahrens die Tatsachenvoraussetzungen ändern können, die zur Erlassung eines ersten Zuschlagsverbots geführt haben - § 329 Abs 3 BVergG 2006.

Wird daher am 2.11.2007 ein Zuschlagsverbot verfügt, riskiert eine Antragstellerin bei sich ändernden Tatsachen, dass die Nachprüfungsbehörde das erste Zuschlagsverbot wegen der dieses erste Verbot tragenden und der Änderung unterliegen könnenden Tatsachenannahmen amtswegig behebt.

Trägt daher eine Antragstellerin ein neuerliches Begehren gemäß § 328 Abs 5 BVergG 2006 auf ein zweites Zuschlagsverbot vor - die Entscheidungsfrist der Behörde begann hier gemäß § 13 Abs 5 AVG erst am 6.11.2007, handelt es sich dabei allein auf Grund des Zeitverlaufs um ein denkmöglich auch auf einem anderen Tatsachenhintergrund beruhendes Begehren.

Dem Zurückweisungsantrag der Auftraggeberin war daher insoweit nicht zu folgen, wobei deren Zurückweisungsbegehren, welches isoliert durch Abweisung des Zurückweisungsantrags zu erledigen gewesen wäre, durch die Abweisung des Begehrens der Antragstellerin gemäß § 59 Abs 1 AVG (ohnehin) miterledigt ist.

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

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

Zur inhaltlichen Beurteilung der seitens der Antragstellerin hier zu behandelnden Sicherungsbegehren ist festzuhalten, dass dem Bundesvergabeamt zum jetzigen Zeitpunkt keine Tatsachen und Interessen bekannt sind, die ein zweites Zuschlagsverbot rechtfertigen würden, zumal auf Basis der bekannten Tatsachenlage das Zuschlagsverbot bis längstens 14.12.2007, wie am 2.11.2007 verfügt, derzeit gemäß § 329 Abs 3 BVergG 2006 nicht gefährdet erscheint.

Zur neuerlich und zusätzlich begehrten Aussetzung der angefochtenen Auftraggeberentscheidung vom 5.9.2007 und zum begehrten Verbot des Fortfahrens im Vergabeverfahren ist auszuführen, dass § 254 Abs 2 BVergG 2006 im Sektorenbereich die grundsätzliche und gesetzlich positiviert Wertentscheidung trifft, dass eine Sektorenauftraggeberin wie die hier streitverfangene Auftraggeberin am Ende eines Vergabeverfahrens auch nur allein mit einem einzigen Bieter weiterverhandeln darf. Die begehrte Aussetzung würde der angefochtenen Entscheidung vorerst ihre Wirksamkeit nehmen und mit dem zusätzlich begehrten Verbot des Fortfahrens im Vergabeverfahren verhindern, dass der Auftraggeber derzeit irgendeine Handlung im Vergabeverfahren vornimmt.

Mit § 254 Abs 2 BVergG 2006 akzeptiert der Gesetzgeber vergaberechtlich nunmehr jenen Wissensvorsprung, den jener Bieter typisch erlangt, mit dem am Ende des Verhandlungsverfahrens exklusiv verhandelt wird.

Mag auch die gegenständliche Ausschreibung keine entsprechende Festlegung gemäß § 254 Abs 4 BVergG 2006 enthalten, so enthält die Festlegung der Auftraggeberin vom 16.7.2007 laut Beilage / 1 zum Nachprüfungsantrag - von der Antragstellerin unangefochten - die Teilfestlegung , dass ein preferred bidder ausgewählt wird, mit dem exklusiv finalisierend verhandelt wird.

Die Antragstellerin hat damit grundsätzlich und sogar über das Gesetz hinaus - durch die Nichtanfechtung der Festlegung vom 16.7.2007 - akzeptiert, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren derzeit allein mit einem anderen Bieter verhandelt werden darf.

Sind für das Bundesvergabeamt nunmehr zum derzeitigen Zeitpunkt keine durch entsprechendes Tatsachensubstrat verfestigten Risiken erkennbar, dass die Auftraggeberin und die Mitbeteiligte aktuell - wie von der Antragstellerin letztlich bereits im Nachprüfungsantrag befürchtet - auch jetzt noch Unterlagen manipulieren könnten, die in die bereits mit der angefochtenen Entscheidung vorgenommene Bewertung Eingang finden könnten und müssten, ohne dass dies dem Bundesvergabeamt auffallen müsste, so sind damit keine Tatsachen und Interessen erkennbar, die für die Untersagung von Verhandlungen der Auftraggeberin und der Mitbeteiligten über derzeit noch offene sonstige Aspekte sprechen.

Der Gesetzgeber hat eben durch § 254 Abs 2 letzter Satz BVergG 2006 normiert, dass in der Schlussphase eines Verhandlungsverfahrens auch nur mit einem Bieter verhandelt werden darf.

Diese Wertentscheidung des Gesetzgebers ist sachlich verständlich, da damit die Privatautonomie des Sektorenauftraggebers im Punkte der Verhandlungsfreiheit nicht unnötig beschränkt wird, und damit Zeit und auch Verzögerungskosten sparend ermöglicht wird,

dass außerhalb der als gelindestes Mittel zu verfügenden Sicherungsmaßnahmen zB Vertragsverhandlungen und der Beschaffungsvorgang stattfinden können,

wenn gegenteilige eV - Maßnahmen nicht gerade geboten sind, um die Vereitelung bzw das Sinnloswerden des Rechtsgestaltungsbegehren, wie mit dem jeweiligen Nachprüfungsantrag vorgetragen, zu verhindern.

Nimmt der Gesetzgeber daher gemäß § 254 Abs 2 BVergG 2006 in Kauf, dass jener Bieter, mit dem in der Schlussphase exklusiv verhandelt wird, mitunter Informationen erhält, die ein anderer Bieter noch nicht hat, bedeutet ein solcher Informationsvorsprung keinen gesetzlich verpönten Informationsvorsprung.

Der gesetzlich erlaubte Informationsvorsprung des einen Bieters kann aber grundsätzlich auch nicht zu einem Widerruf des Vergabeverfahrens führen müssen.

Ist nach den derzeit bekannten Tatsachen kein Risiko begründet, dass die Auftraggeberin gemeinsam mit der Mitbeteiligten aktuell Beweismittel schaffen könnte, die nicht auch dahingehend überprüft werden könnten, ob diese Beweismittel erst jetzt und allenfalls rückdatiert erstellt worden sind, so sprechen nach Auffassung des hier erkennenden Senatsvorsitzenden derzeit keine Interessen gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 für eine eV, die über ein Zuschlagsverbot hinausgeht.

Damit wird das Rechtsgestaltungsbegehren der Antragstellerin durch das ohnehin seit 2.11.2007 bestehende Zuschlagsverbot hinreichend gesichert.

Die über das am 6.11.2007 begehrte Zuschlagsverbot hinausgehenden Maßnahmen - dieses zweite Zuschlagsverbot wurde oben bereits aus anderem Grunde abgewiesen - waren daher (auch) mangels ihrer Eigenschaft als gelindeste, noch zum Ziel führende Maßnahmen abzuweisen, zumal es das öffentliche Interesse vor dem Hintergrund der aktuellen Tatsachen gebietet, dass die Auftraggeberin und die Mitbeteiligte zumindest finalisierend verhandeln dürfen, damit die Auftraggeberin - diesbezüglich auf eigenes Risiko - bei der von ihr offensichtlich derzeit gewünschten Vertragspartnerin Klarheit über die restlich noch offenen Vertragspunkte und damit die Vertragsabschlussmöglichkeit mit selbiger erhält. Eine ausreichende innerstaatliche Stromversorgung liegt nämlich zweifelsohne im öffentlichen Interesse, wobei wegen des ohnehin bestehenden Zuschlagsverbots die Zuschlagserteilung an den besten Bieter derzeit nicht gefährdet erscheint.