

TE Verg Bescheid 2007/1/26 N/0105-BVA/07/2006-42

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.01.2007

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitdd

BVergG 2006 §238 Abs1 u 2

BVergG 2006 §254 Abs2 u 3

BVergG 2006 §257 Abs2

BVergG 2006 §269 Abs1 Z5

BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §319

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 238 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 254 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 257 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 257 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 257 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007
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

Text

BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer und Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006, betreffend das Vergabeverfahren "Entsorgung von Abfällen und Reinigung von Tanks der ÖBB-Konzerngesellschaften" der Auftraggeberin Papier & Recycling Logistik GmbH, Wiedner Hauptstraße 120, 1050 Wien, vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, eingebracht am 20.12.2006, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 21.12.2006, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer und Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Heinz Marschalek 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 das Vergabeverfahren "Entsorgung von Abfällen und Reinigung von Tanks der ÖBB-Konzerngesellschaften" der Auftraggeberin Papier & Recycling Logistik GmbH, Wiedner Hauptstraße 120, 1050 Wien, vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, eingebracht am 20.12.2006, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 21.12.2006, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Festlegung der Auftraggeberin laut Schreiben vom 19.12.2006, insbesondere

1. a.Litera a
die Klarstellung zu Punkt 1 Abs 2 der Vergabe- und Vertragsbedingungen die Klarstellung zu Punkt 1 Absatz 2, der Vergabe- und Vertragsbedingungen
2. b.Litera b
den geänderten Leistungsbeginn für die Hauptgruppe 2
3. c.Litera c
die Festlegung über die Unzulässigkeit von Alternativangeboten, insbesondere in der Form von Paketabschlägen
4. d.Litera d
die neuerliche Durchführung einer letzten Angebotsrunde, insbesondere die Festlegung der Angebotsfrist mit 2.1.2007
5. e.Litera e
die Einladung der Bieter, die beim Shortlisting nicht berücksichtigt wurden, zur Abgabe eines Angebotes

für nichtig erklären", wird insofern stattgegeben, als die Festlegungen der Auftraggeberin, eine neuerliche letzte Angebotsrunde durchzuführen, die Angebotsfrist mit 2.1.2007 festzusetzen und jene Bieter, die beim Shortlisting nicht berücksichtigt wurden, zur Abgabe eines Angebotes einzuladen, für nichtig erklärt werden. Die darüber hinausgehenden Begehren werden abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der Auftraggeberin, das Pauschalangebot 'Alternativangebot 3' vom 16.10.2006 auszuscheiden, für nichtig erklären", wird abgewiesen.

III.römisch drei.

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Auftraggeberin jedenfalls zum Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 Abs 2 BVergG binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution verhalten", wird stattgegeben. Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die

Auftraggeberin jedenfalls zum Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution verhalten", wird stattgegeben.

Die Auftraggeberin ist verpflichtet, der A***, zu Handen ihrer rechtsfreundlichen Vertretung Y***, die für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt Euro 3.200,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Die gegenständliche Leistung "Entsorgung von Abfällen und Reinigung von Tanks der ÖBB-Konzerngesellschaften" wurde als Dienstleistungsauftrag im Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb am 6. Juli 2006 im Amtlichen Lieferanzeiger zu L 323407 sowie am 14. Juli 2006 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter 2006/S132-141824 bekannt gemacht.

Auftraggeberin ist die Papier & Recycling Logistik GmbH. Gesellschafterin dieser GmbH ist zu einem überwiegenden Teil die Speditions Holding GmbH. Diese steht wiederum im überwiegenden Eigentum der Rail Cargo Austria AG, deren Aktien zu 100Prozent die ÖBB Holding AG hält. Die Anteile der zuletzt genannten AG sind schließlich zur Gänze dem Bund vorbehalten.

Auftragsgegenstand ist die Entsorgung von Abfällen und die Reinigung von Tanks der ÖBB-Konzerngesellschaften mit oder ohne Ladearbeiten, Transport bzw sonstiger damit in Verbindung stehender Regieleistungen. Der Auftrag ist in drei Lose (Hauptgruppen 1, 2 und 3) gegliedert. Innerhalb der den Verfahrensgegenstand des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens bildenden Hauptgruppe 2 erfolgt die Vergabe losweise (8 Lose) in Form von Rahmenverträgen.

Die Vergabe erfolgt nach dem Bestbieterprinzip. Als Zuschlagskriterien sind in der Hauptgruppe 2 einerseits der Preis mit maximal 88 erreichbaren Punkten vorgesehen. Der niedrigste Preis erreicht 88 Punkte, dem höchsten Preis werden 43 Punkte zugeordnet. Zwischen den beiden Punktwerten wird linear interpoliert. Zum anderen werden sieben näher benannte Zusatzleistungen mit insgesamt maximal 12 erreichbaren Punkten bewertet.

Unter Punkt II.1.9 der nationalen wie der europaweiten Vergabebekanntmachung wurde Folgendes vermerkt: Unter Punkt römisch zwei.1.9 der nationalen wie der europaweiten Vergabebekanntmachung wurde Folgendes vermerkt:

Varianten/Alternativangebote sind zulässig:

Ja".

In der Ausschreibungsunterlage ist Folgendes festgehalten:

1. 1.Ziffer eins
Allgemeines

[...] Nachstehend werden die zur Anwendung gelangenden Vergabebedingungen und die für die Ausführung geltenden Vertragsbedingungen dargestellt. Die Beilagen 1 bis 7 enthalten weitere Bestimmungen zur Auftragsvergabe. Für erteilte Aufträge gelten ausschließlich die Vertragsbestimmungen der ÖBB. Die AGB stehen im Internet auf 'www.oebb.at' unter 'B2B online' zur Verfügung bzw. werden auf Anforderung zugesandt.

[...]

1. 2.Ziffer 2
Verfahrenshinweise

[...]

1. i)Litera i
Vergabeverfahren

Der AG beabsichtigt die gegenständlichen Leistungen im Zuge eines Verhandlungsverfahrens zu vergeben und ladet Sie ein, hierfür ein verbindliches Angebot zu legen. Mit der Abgabe des Angebotes anerkennen Sie die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ÖBB Konzerns für (Dienst-) Leistungen (AGB DL), Ausgabe 08.2004. Wir behalten uns vor, im Verlauf des Verfahrens ein vorangekündigtes Short-Listing (Verringerung der Anzahl der Angebote an Hand der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien) durchzuführen. Entscheiden wir uns für das Short-Listing, werden wir den

Bietern Gelegenheit geben, ihr Angebot nachzubessern und erst auf Grund der nachgebesserten Angebote das Short-Listing durchführen.

[....]"

Die AGB DL gliedern sich in drei Abschnitte, und zwar in 1. Vergabebedingungen für (Dienst-)Leistungen, 2. Vertragsbedingungen für (Dienst-)Leistungen sowie 3. Besondere Vorschriften über das Verhalten von Auftragnehmern bei Arbeiten in Gefahrenbereichen.

In Punkt 1. "Vergabebedingungen für (Dienst-) Leistungen" der AGB DL ist unter Punkt 1.3.3. Folgendes festgehalten:

1.3.3. Von der Ausschreibung abweichende Vorschläge ('Alternativangebote') sind nur zur technischen Ausführung, nicht aber zu den rechtlichen Bedingungen sowie nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig und in einer gesonderten Ausarbeitung einzureichen; andernfalls werden sie nicht berücksichtigt. Das gilt uneingeschränkt auch für das Verhandlungsverfahren und für Direktvergaben. [....]"

Laut Punkt II.3) der Ausschreibungsbekanntmachung beginnt die Vertragsausführung am 1.1.2007 und endet am 31.12.2008. Gemäß Punkt 3 lit d) der Ausschreibungsunterlage beginnt die Laufzeit voraussichtlich mit 01.01.2007 und endet am 31.12.2008. Gemäß den Ausschreibungsunterlagen zur HG 2, Losen 1-8, sind vom Bieter Einheitspreise in Euro als Nettofestpreise anzubieten. Laut Punkt römisch zwei.3) der Ausschreibungsbekanntmachung beginnt die Vertragsausführung am 1.1.2007 und endet am 31.12.2008. Gemäß Punkt 3 Litera d,) der Ausschreibungsunterlage beginnt die Laufzeit voraussichtlich mit 01.01.2007 und endet am 31.12.2008. Gemäß den Ausschreibungsunterlagen zur HG 2, Losen 1-8, sind vom Bieter Einheitspreise in Euro als Nettofestpreise anzubieten.

Schlussstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge war der 3.8.2006. Die Angebote waren sodann bis 18.10.2006 einzureichen. Die Zuschlagsfrist wurde mit 3 Monaten bestimmt. In der Folge fanden im Zeitraum von 6.11.2006 bis 29.11.2006 drei Verhandlungsrunden statt. Laut Punkt 1 der Niederschrift über die erste Verhandlungsrunde vom 8.11.2006 hat die Antragstellerin mit ihrer Unterschrift erklärt, die Ausschreibung mit sämtlichen Anlagen bzw Beilagen gelesen und erfasst zu haben. Zeitlich bedingt wurde vorerst nur die Hauptgruppe 2 verhandelt. Im Rahmen der zweiten Verhandlungsrunde wurde von der Auftraggeberin unter Punkt 4 der Niederschrift vom 21.11.2006 Folgendes angekündigt:

1. 4.Ziffer 4

Im Zuge der Angebotsnachbesserung wird nun das Shortlist-Verfahren durchgeführt. Eine Weiterführung der Verhandlungen wird nur mehr mit den 2 Bestbieter je Los erfolgen. Für deren Ermittlung sind die nachgebesserten Angebote bis Freitag, den 24.11.2006, 10.00 Uhr, zu übersenden."

Am 24.11.2006 teilte die Auftraggeberin einigen Bietern mit, dass ihre Angebote - wie in den Ausschreibungsunterlagen und zuletzt im Zuge der Nachverhandlungsrunde schriftlich zur nunmehr abgeschlossenen Verhandlungsrunde vorangekündigt - nicht weiter berücksichtigt werden könnte, da sie die Anzahl der Angebote an Hand der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien (Short-Listing) verringere. In der dritten Verhandlungsrunde wurde von der Auftraggeberin in der Niederschrift vom 29.11.2006 Folgendes festgehalten:

1. 7.Ziffer 7

Der Nachlass bei Alternative 1 (Beauftragung bei den derzeit bestehenden 5 Losen) würde bei Beauftragung von mehr als 5 Losen für die bestehenden 5 Lose zur Anrechnung gebracht bzw gewährt werden.

2. 8.Ziffer 8

Im Zuge der Angebotsnachbesserung wird eine sogenannte Kuvertunde durchgeführt. Dem Bieter wird dabei noch einmal die Möglichkeit gegeben, die Angebotskalkulation zu überprüfen und gegebenenfalls zu verbessern. Das nachgebesserte Angebot ist in der Wiedner Hauptstr. 120, 4. Stock bei der Papier und Logistik Recycling GmbH, persönlich oder per Postweg mittels Kuvert bis spätestens 04.12.2006, 11 Uhr, einzureichen. Für die fristgerechte Einreichung ist der Bieter allein verantwortlich. Erfolgt bis zum oben genannten Termin keine Angebotsnachbesserung wird das bisherige Angebot dem weiteren Verfahren unverändert zugrunde gelegt. Das Ergebnis dieser Kuvertunde (Schlussrunde) bildet die Grundlage für die Zuschlagsentscheidung. Weitere Verhandlungsgespräche sind nicht mehr vorgesehen."

Antragstellerin zog daraufhin ihr Alternativangebot 2 (Gewährung eines Nachlasses bei Beauftragung mit allen Losen) zurück und modifizierte das Alternativangebot 1 hinsichtlich der Höhe des Nachlasses (XXProzent anstelle von

XXProzent) sowie dahingehend, dass der Nachlass im Falle der Beauftragung mit den Losen X, X, X, X und X sowie für jedes weitere hinzukommende Los gewährt wird. Das (ursprüngliche) Alternativangebot 3 (Pauschalangebot) wurde weder geändert noch zurückgezogen. Antragstellerin zog daraufhin ihr Alternativangebot 2 (Gewährung eines Nachlasses bei Beauftragung mit allen Losen) zurück und modifizierte das Alternativangebot 1 hinsichtlich der Höhe des Nachlasses (XXProzent anstelle von XXProzent) sowie dahingehend, dass der Nachlass im Falle der Beauftragung mit den Losen römisch zehn, römisch zehn, römisch zehn, römisch zehn und römisch zehn sowie für jedes weitere hinzukommende Los gewährt wird. Das (ursprüngliche) Alternativangebot 3 (Pauschalangebot) wurde weder geändert noch zurückgezogen.

Am 6.12.2006 gab die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung für die Hauptgruppe 2 bekannt, wonach die Antragstellerin mit den Losen 7 und 8 betraut werden sollte. Mit Schreiben vom 19.12.2006 zog die Auftraggeberin diese Zuschlagsentscheidung zurück und traf in einem weiteren Schreiben folgende Festlegungen bzw. Klarstellungen:

"1.1. Klarstellung zu Punkt 1 Abs 2 der Vergabe- und Vertragsbedingungen" 1.1. Klarstellung zu Punkt 1 Absatz 2, der Vergabe- und Vertragsbedingungen

Der Auftraggeber stellt das Verhältnis zwischen den Vergabe- und Vertragsbedingungen samt Beilagen 1 bis 7 einerseits und den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ÖBB Konzerns für (Dienst-)Leistungen Ausgabe 08.2004 ("AGB") wie folgt klar: Ergeben sich Widersprüche oder Unklarheiten zwischen den Vergabe- und Vertragsbedingungen und den AGB, sind diese nach Möglichkeit durch eine Interpretation unter Bedachtnahme auf die Projektziele aufzulösen. Scheitert dies, so gelten - soweit sich aus den Vergabe- und Vertragsbedingungen nicht eindeutig Abweichendes ergibt - die Vergabe- und Vertragsbedingungen vor den AGB, wobei im Zweifel der jeweils höhere Leistungsstandard als vereinbart gilt.

1.2. Leistungsbeginn

In Punkt 3 lit d der Vergabe- und Vertragsbedingungen wird der 1. In Punkt 3 Litera d, der Vergabe- und Vertragsbedingungen wird der 1.

Satz gestrichen und stattdessen der folgende Absatz eingefügt:

'Hinsichtlich der Hauptgruppen 1 und 3 beginnt die Laufzeit voraussichtlich mit 1.1.2007 und endet am 31.12.2008. Hinsichtlich der Hauptgruppe 2 beginnt die Laufzeit der Vereinbarungen mit dem der Zuschlagserteilung folgenden Monatsersten unter Einhaltung einer mindestens zweiwöchigen Ankündigungsfrist und endet ebenfalls am 31.12.2008.'

Anmerkung des Auftraggebers: Die Regelung hinsichtlich der optionalen Verlängerung bleibt für alle drei Hauptgruppen unverändert.

1.3 Unzulässigkeit von Paketabschlägen

Paketabschläge, dh Preisnachlässe, die unter der Bedingung gewährt werden, dass einem oder mehreren Losen gleichzeitig der Zuschlag erteilt wird (zB: "Sofern sie uns Los 1 und 2 zuschlagen, gewähren wir auf diese Lose einen Rabatt von XXX Prozent") werden als rechtliche Alternativangebote eingestuft. 1 Alternativangebote sind gemäß § 238 Satz 2 BVergG 2006 nur dann zulässig, wenn sie ausdrücklich für zulässig erklärt wurden. In den Vergabe- und Vertragsbedingungen selbst sind keine Regeln zu Alternativangeboten enthalten; vielmehr wird in Punkt 1. der Vergabe- und Vertragsbedingungen auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ÖBB Konzerns für (Dienst-)Leistungen Ausgabe 08.2004 ("AGB") verwiesen. Gemäß Punkt 1.3.3. der AGB sind rechtliche Alternativangebote ausdrücklich unzulässig. Daher sind nach den Ausschreibungsunterlagen Paketabschläge unzulässig. In den Verhandlungsrunden und auch in der Letztangebotsrunde sind von einzelnen Bietern Paketabschläge bzw Paketangebote gelegt worden. Der Auftraggeber hätte daher richtigerweise diese Paketangebote entweder entsprechend den Ausschreibungsunterlagen ausscheiden oder aber vor der letzten Angebotsrunde Festlegungen dahingehend treffen müssen, dass Paketangebote zulässig sind, und gleichzeitig Regeln für deren Bewertung in der Bestbieterermittlung aufstellen müssen. In der derzeitigen Konstellation ist aufgrund fehlender Regelungen zur Bestbieterermittlung ein Bestbieter nicht eindeutig ermittelbar bzw kommt es zu unterschiedlichen Ergebnissen, je nachdem ob eine Gesamtbetrachtung (dh Auswertung unter Addition der Punkteanzahl der einzelnen Lose) oder eine Einzelbetrachtung (Zuschlagserteilung an das Bestangebot im jeweiligen Los) durchgeführt wird. Paketabschläge, dh Preisnachlässe, die unter der Bedingung gewährt werden, dass einem oder mehreren Losen gleichzeitig der Zuschlag

erteilt wird (zB: "Sofern sie uns Los 1 und 2 zuschlagen, gewähren wir auf diese Lose einen Rabatt von römisch 30 Prozent") werden als rechtliche Alternativangebote eingestuft.¹ Alternativangebote sind gemäß Paragraph 238, Satz 2 BVergG 2006 nur dann zulässig, wenn sie ausdrücklich für zulässig erklärt wurden. In den Vergabe- und Vertragsbedingungen selbst sind keine Regeln zu Alternativangeboten enthalten; vielmehr wird in Punkt 1. der Vergabe- und Vertragsbedingungen auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ÖBB Konzerns für (Dienst-) Leistungen Ausgabe 08.2004 "(AGB)" verwiesen. Gemäß Punkt 1.3.3. der AGB sind rechtliche Alternativangebote ausdrücklich unzulässig. Daher sind nach den Ausschreibungsunterlagen Paketabschläge unzulässig. In den Verhandlungsrunden und auch in der Letztangebotsrunde sind von einzelnen Bietern Paketabschläge bzw Paketangebote gelegt worden. Der Auftraggeber hätte daher richtigerweise diese Paketangebote entweder entsprechend den Ausschreibungsunterlagen ausscheiden oder aber vor der letzten Angebotsrunde Festlegungen dahingehend treffen müssen, dass Paketangebote zulässig sind, und gleichzeitig Regeln für deren Bewertung in der Bestbieterermittlung aufstellen müssen. In der derzeitigen Konstellation ist aufgrund fehlender Regelungen zur Bestbieterermittlung ein Bestbieter nicht eindeutig ermittelbar bzw kommt es zu unterschiedlichen Ergebnissen, je nachdem ob eine Gesamtbetrachtung (dh Auswertung unter Addition der Punkteanzahl der einzelnen Lose) oder eine Einzelbetrachtung (Zuschlagserteilung an das Bestangebot im jeweiligen Los) durchgeführt wird.

Würden Paketpreise für zulässig erklärt, müssten umfangreiche Regelungen zur Bestbieterermittlung getroffen werden. Der Auftraggeber trifft daher die Festlegung, dass Alternativangebote, insbesondere in der Form von Paketabschlägen, unzulässig sind und nicht berücksichtigt werden.

1.4 Unzulässigkeit von Pauschalpreisen

Der Auftraggeber macht gleichzeitig darauf aufmerksam, dass Pauschalangebote (zB: "Wir bieten die Erbringung sämtlicher ausschreibungsgegenständlicher Lose zum Pauschalpreis von Euro

XXXX Mio an") aufgrund ihrer mangelnden Vergleichbarkeit mit den ausschreibungsgegenständlichen Einheitspreisen unzulässig und daher auszuschneiden sind (vgl VwGH 13.6.2005 ZI 2005/04/0001). Aus den ebengenannten Gründen wird daher Ihr Pauschalangebot "Alternativangebot 3" vom 16.10.2006 iHv EUR XX (ausgeschieden.römisch 40 Mio an") aufgrund ihrer mangelnden Vergleichbarkeit mit den ausschreibungsgegenständlichen Einheitspreisen unzulässig und daher auszuschneiden sind (vergleiche VwGH 13.6.2005 ZI 2005/04/0001). Aus den ebengenannten Gründen wird daher Ihr Pauschalangebot "Alternativangebot 3" vom 16.10.2006 iHv EUR römisch zwanzig ausgeschieden.

2. NEUERLICHE DURCHFÜHRUNG EINER LETZTEN ANGEBOTSRUNDE Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Bieter in Kenntnis der nunmehr getroffenen Festlegungen andere Angebote gelegt hätten, wäre die Ausschreibung eigentlich zu widerrufen. Da jedoch in einer neuen Ausschreibung kein anderer Bieterkreis zu erwarten ist, wird aus Gründen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit eine letzte Angebotsrunde (Kuvertrunde) neuerlich durchgeführt, wobei auch die ursprünglich beim Shortlisting ausgeschiedenen Bieter zur Angebotsabgabe eingeladen werden. Dabei wird Ihnen die Möglichkeit gegeben, ihre Angebotskalkulation anhand der nunmehr getroffenen Festlegungen zu überprüfen und gegebenenfalls letztmalig zu verbessern. Das nachgebesserte Angebot muss bis spätestens

Freitag, 22.12.2006, 10:00 Uhr

rechtsgültig unterfertigt und in einem verschlossenen Kuvert mit deutlich sichtbarem Absender sowie dem Vermerk "Entsorgung von Abfällen und Reinigung von Tanks der ÖBB-Konzerngesellschaften - Hauptgruppe II - nicht öffnen!" in der Kanzlei X*** eingelangt sein. Das Angebot ist in Papierform und mittels Datenträger zu übermitteln. Es kann per Post versandt oder persönlich an Werktagen zwischen 8.00 Uhr und 16.00 Uhr am genannten Ort innerhalb der Frist abgegeben werden, wobei Sie das Risiko der Rechtzeitigkeit des Einlangens tragen.rechtsgültig unterfertigt und in einem verschlossenen Kuvert mit deutlich sichtbarem Absender sowie dem Vermerk "Entsorgung von Abfällen und Reinigung von Tanks der ÖBB-Konzerngesellschaften - Hauptgruppe römisch zwei - nicht öffnen!" in der Kanzlei X*** eingelangt sein. Das Angebot ist in Papierform und mittels Datenträger zu übermitteln. Es kann per Post versandt oder persönlich an Werktagen zwischen 8.00 Uhr und 16.00 Uhr am genannten Ort innerhalb der Frist abgegeben werden, wobei Sie das Risiko der Rechtzeitigkeit des Einlangens tragen.

Erfolgt bis zum genannten Termin keine Nachbesserung, wird Ihr bisheriges Hauptangebot dem weiteren Verfahren unverändert zugrunde gelegt. Das Ergebnis dieser Kuvertrunde bildet die Grundlage für die Zuschlagsentscheidung. Weitere Verhandlungsgespräche oder Angebotsrunden sind nicht mehr vorgesehen.[..]"

Mit Schreiben vom 21.12.2006 verlängerte die Auftraggeberin die Frist für das Einlangen der nachgebesserten Angebote auf 2.1.2007,

9.30 Uhr.

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 20.12.2006, modifiziert mit Schriftsatz vom 27.12.2006, die im Spruch wiedergegebenen Anträge. Begründend führte sie darin und in ihrem weiteren Schriftsatz vom 9.1.2007 im Wesentlichen aus:

Die Vorgangsweise der Auftraggeberin ab dem Zeitpunkt der Zurücknahme der Zuschlagsentscheidung stehe in klarem Widerspruch zum Gebot einer diskriminierungsfreien Vergabe entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter. Die Auftraggeberin habe in der dritten Verhandlungsrunde festgelegt, dass am 4.12.2006 eine Kuvertunde zur Legung des letztgültigen Angebotes stattfinden werde und keine weiteren Verhandlungen vorgesehen seien. Diese - mangels Bekämpfung bestandfest gewordene - Festlegung binde auch die Auftraggeberin. Aus § 254 Abs. 3 BVergG ergebe sich, dass es unzulässig sei, nach der Abgabe der letztgültigen Angebote eine weitere Verhandlungsrunde bzw. Kuvertunde einzuschieben. Auch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz sei die Unzulässigkeit eines nachträglichen Abweichens von einmal aufgestellten Bedingungen abzuleiten. Ein sachlicher Grund, der - allenfalls - zum Widerruf des Vergabeverfahrens berechtige, sei gerade kein Grund, das Verhandlungsverfahren weiterzuführen. Selbst wenn im Sektorenbereich keine zwingenden Widerrufsgründe bestünden, folge daraus nicht, dass die Auftraggeberin bei Vorliegen eines sachlichen Widerrufsgrundes die Wahl habe, das Verfahren zu widerrufen oder dieses unter geänderten Rahmenbedingungen weiterzuführen. Entscheide sich die Auftraggeberin gegen den Widerruf, sei sie - jedenfalls im Stadium nach Ausscheiden der übrigen Bieter (Shortlisting) und nach Aufforderung zur Abgabe eines Letztangebotes - an ihre Verfahrensfestlegungen gebunden und dürfe keine neue Kuvertunde unter geänderten Bedingungen - schon gar nicht unter Beiziehung der bereits ausgeschiedenen Bieter - durchführen. Die Vorgangsweise der Auftraggeberin ab dem Zeitpunkt der Zurücknahme der Zuschlagsentscheidung stehe in klarem Widerspruch zum Gebot einer diskriminierungsfreien Vergabe entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter. Die Auftraggeberin habe in der dritten Verhandlungsrunde festgelegt, dass am 4.12.2006 eine Kuvertunde zur Legung des letztgültigen Angebotes stattfinden werde und keine weiteren Verhandlungen vorgesehen seien. Diese - mangels Bekämpfung bestandfest gewordene - Festlegung binde auch die Auftraggeberin. Aus Paragraph 254, Absatz 3, BVergG ergebe sich, dass es unzulässig sei, nach der Abgabe der letztgültigen Angebote eine weitere Verhandlungsrunde bzw. Kuvertunde einzuschieben. Auch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz sei die Unzulässigkeit eines nachträglichen Abweichens von einmal aufgestellten Bedingungen abzuleiten. Ein sachlicher Grund, der - allenfalls - zum Widerruf des Vergabeverfahrens berechtige, sei gerade kein Grund, das Verhandlungsverfahren weiterzuführen. Selbst wenn im Sektorenbereich keine zwingenden Widerrufsgründe bestünden, folge daraus nicht, dass die Auftraggeberin bei Vorliegen eines sachlichen Widerrufsgrundes die Wahl habe, das Verfahren zu widerrufen oder dieses unter geänderten Rahmenbedingungen weiterzuführen. Entscheide sich die Auftraggeberin gegen den Widerruf, sei sie - jedenfalls im Stadium nach Ausscheiden der übrigen Bieter (Shortlisting) und nach Aufforderung zur Abgabe eines Letztangebotes - an ihre Verfahrensfestlegungen gebunden und dürfe keine neue Kuvertunde unter geänderten Bedingungen - schon gar nicht unter Beiziehung der bereits ausgeschiedenen Bieter - durchführen.

Die von der Auftraggeberin vorgesehenen Änderungen wären nur in Form einer Berichtigung der Ausschreibung während der Angebotsfrist zulässig. Nach Ablauf der Angebotsfrist müsse die Auftraggeberin gegebenenfalls die gesamte Ausschreibung widerrufen. Entgegen der Ansicht der Auftraggeberin seien in der Vergabebekanntmachung Alternativangebote ausdrücklich für zulässig erklärt worden. Außerdem gingen die Festlegungen in der Ausschreibungsbekanntmachung als speziellere Norm den AGB DL vor. Die Auftraggeberin habe bis zu ihren rechtswidrigen und nun angefochtenen Festlegungen Paketabschläge akzeptiert. Bei einem Paketabschlag handle es sich um ein finanzielles Alternativangebot. Darüber hinaus habe die Auftraggeberin in der Vorgängerausschreibung aus dem Jahre 2003 für die Jahre 2004 und folgende, die annähernd wortgleich gewesen sei, ebenfalls Paketabschläge zugelassen und habe der Antragstellerin auf Grundlage der Paketabschläge den Auftrag für fünf Lose erteilt. Die nunmehr mit Schreiben vom 19.12.2006 vorgenommene Nichtzulassung von Alternativangeboten führe zu einer Änderung der Ausschreibung, die im derzeitigen Verfahrensstadium nicht mehr zulässig sei.

Die rechtswidrige Festlegung der Auftraggeberin, Alternativangebote nicht mehr zuzulassen, führe auch zur

Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung betreffend das Pauschalangebot (ursprüngliches Alternativangebot 3) der Antragstellerin und der impliziten Ausscheidensentscheidung betreffend das auf Paketabschlägen beruhende Angebot (ursprüngliches Alternativangebot 1) der Antragstellerin. Da rechtliche Alternativangebote für zulässig erklärt worden seien, handle es sich um ein zulässiges Alternativangebot. Mindestanforderungen seien nicht notwendig, um ein Pauschalangebot in die Bewertung miteinzubeziehen, weil das Angebot, anders als in dem dem Urteil des EuGH in der Rs C-421/01 zugrunde liegenden Sachverhalt, keine technischen Änderungen enthalte. Das Pauschalangebot sei vom Vertreter der Auftraggeberin in der ersten Verhandlungsrunde als für die Zukunft durchaus überlegenswert bezeichnet worden, woraus die Antragstellerin den Schluss habe ziehen können, dass das Pauschalangebot in die Bewertung miteinbezogen würde. Bei einem Pauschalangebot handle es sich um ein wirtschaftlich-rechtliches Alternativangebot. Auch die neuerliche Einladung zur Angebotsabgabe an jene Bieter, die bereits im Rahmen des Shortlisting ausgeschieden worden seien, stehe im Widerspruch zu § 254 Abs. 2 und 5 BVergG und zu den Festlegungen im Rahmen der dritten Verhandlungsrunde. Darüber hinaus verstoße die Festsetzung der unverhältnismäßig kurzen Angebotsfrist für die neuerliche Kuvertrunde gegen § 222 Abs. 1 BVergG. Die rechtswidrige Festlegung der Auftraggeberin, Alternativangebote nicht mehr zuzulassen, führe auch zur Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung betreffend das Pauschalangebot (ursprüngliches Alternativangebot 3) der Antragstellerin und der impliziten Ausscheidensentscheidung betreffend das auf Paketabschlägen beruhende Angebot (ursprüngliches Alternativangebot 1) der Antragstellerin. Da rechtliche Alternativangebote für zulässig erklärt worden seien, handle es sich um ein zulässiges Alternativangebot. Mindestanforderungen seien nicht notwendig, um ein Pauschalangebot in die Bewertung miteinzubeziehen, weil das Angebot, anders als in dem dem Urteil des EuGH in der Rs C-421/01 zugrunde liegenden Sachverhalt, keine technischen Änderungen enthalte. Das Pauschalangebot sei vom Vertreter der Auftraggeberin in der ersten Verhandlungsrunde als für die Zukunft durchaus überlegenswert bezeichnet worden, woraus die Antragstellerin den Schluss habe ziehen können, dass das Pauschalangebot in die Bewertung miteinbezogen würde. Bei einem Pauschalangebot handle es sich um ein wirtschaftlich-rechtliches Alternativangebot. Auch die neuerliche Einladung zur Angebotsabgabe an jene Bieter, die bereits im Rahmen des Shortlisting ausgeschieden worden seien, stehe im Widerspruch zu Paragraph 254, Absatz 2 und 5 BVergG und zu den Festlegungen im Rahmen der dritten Verhandlungsrunde. Darüber hinaus verstoße die Festsetzung der unverhältnismäßig kurzen Angebotsfrist für die neuerliche Kuvertrunde gegen Paragraph 222, Absatz eins, BVergG.

Die Antragstellerin erachte sich durch die rechtswidrigen Entscheidungen der Auftraggeberin in ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung zugunsten ihres Angebotes in allen Losen, auf Zuschlagserteilung und Berücksichtigung aller ihrer Angebote laut Kuvertrunde vom 4.12.2006 sowie auf rechtskonforme Durchführung des Vergabeverfahrens, eventualiter in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens verletzt.

Da die Antragstellerin davon ausgehe, dass ihr der Zuschlag voraussichtlich über alle Lose zu erteilen gewesen wäre, liege der durch die rechtswidrige Vorgangsweise der Auftraggeberin entstehende Schaden im entgangenen Gewinn einschließlich der Regiegemeinkosten und betrage ca. Euro XX,--. Darüber hinaus entstünden frustrierte Angebotslegungskosten von zumindest Euro XX,--. Selbst auf Basis der Zuschlagsentscheidung vom 6.12.2006 hätte die Antragstellerin einen Gewinnentgang in Höhe von ca. Euro XX,--. Aufgrund der unzulässigen Weiterführung des Vergabeverfahrens entstünden weitere zusätzliche Angebotslegungskosten von Euro ca. XX,--. Weiters werde der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes ins Treffen geführt. Soweit aufgrund des vorliegenden Nachprüfungsantrages das Vergabeverfahren zu widerrufen wäre, bestehe der Schaden bei Fortführung des Vergabeverfahrens und dessen Abschluss durch Zuschlagserteilung auch im Verlust der Möglichkeit, sich an einem neuerlichen Vergabeverfahren beteiligen zu können. Da die Antragstellerin davon ausgehe, dass ihr der Zuschlag voraussichtlich über alle Lose zu erteilen gewesen wäre, liege der durch die rechtswidrige Vorgangsweise der Auftraggeberin entstehende Schaden im entgangenen Gewinn einschließlich der Regiegemeinkosten und betrage ca. Euro römisch zwanzig,--. Darüber hinaus entstünden frustrierte Angebotslegungskosten von zumindest Euro römisch zwanzig,--. Selbst auf Basis der Zuschlagsentscheidung vom 6.12.2006 hätte die Antragstellerin einen Gewinnentgang in Höhe von ca. Euro römisch zwanzig,--. Aufgrund der unzulässigen Weiterführung des Vergabeverfahrens entstünden weitere zusätzliche Angebotslegungskosten von Euro ca. römisch zwanzig,--. Weiters werde der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes ins Treffen geführt. Soweit aufgrund des vorliegenden Nachprüfungsantrages das Vergabeverfahren zu widerrufen wäre, bestehe der Schaden bei Fortführung des Vergabeverfahrens und dessen Abschluss durch Zuschlagserteilung auch im Verlust der Möglichkeit, sich an einem neuerlichen Vergabeverfahren beteiligen zu können.

Die Auftraggeberin übermittelte am 2.1.2007 sowie am 18.1.2007 Stellungnahmen zu den Nachprüfungsanträgen und brachte im Wesentlichen vor:

Während in den Hauptgruppen 1 und 3 Rahmenvereinbarungen zur Vergabe gelangen, würden in der verfahrensgegenständlichen Hauptgruppe 2 Rahmenverträge für Entsorgungsleistungen abgeschlossen. Während für die HG 1 und 3 der Einzelpreis je Entsorgungs- (bzw. Tankreinigungs-)position maßgeblich sei, werde bei der HG 2 auf den Gesamtpreis abgestellt.

Paketabschlüsse seien als rechtliche Alternativangebote einzustufen und gemäß § 238 Satz 2 BVergG nur dann zulässig, wenn sie ausdrücklich für zulässig erklärt worden seien. In den Vergabe- und Vertragsbedingungen selbst seien keine Regelungen zu Alternativangeboten enthalten, vielmehr werde im Punkt 1 der Vergabe- und Vertragsbedingungen auf die AGB des ÖBB Konzerns für Dienstleistungen Ausgabe 08.2004 verwiesen. Gemäß Punkt 1.3.3 dieser AGB seien rechtliche Alternativangebote ausdrücklich unzulässig, zulässig seien nur (unter bestimmten Bedingungen) technische Alternativangebote. Daher seien nach den Ausschreibungsunterlagen Paketabschlüsse unzulässig. Die AGB DL der ÖBB würden bereits für das Vergabeverfahren und nicht erst für erteilte Aufträge gelten. Doch selbst wenn Paketangebote nach den Ausschreibungsunterlagen zulässig gewesen wären, dürften diese nicht berücksichtigt werden, da von der Auftraggeberin keine Mindestanforderungen für die Zulässigkeit von Paketangeboten festgelegt worden seien. Paketabschlüsse seien als rechtliche Alternativangebote einzustufen und gemäß Paragraph 238, Satz 2 BVergG nur dann zulässig, wenn sie ausdrücklich für zulässig erklärt worden seien. In den Vergabe- und Vertragsbedingungen selbst seien keine Regelungen zu Alternativangeboten enthalten, vielmehr werde im Punkt 1 der Vergabe- und Vertragsbedingungen auf die AGB des ÖBB Konzerns für Dienstleistungen Ausgabe 08.2004 verwiesen. Gemäß Punkt 1.3.3 dieser AGB seien rechtliche Alternativangebote ausdrücklich unzulässig, zulässig seien nur (unter bestimmten Bedingungen) technische Alternativangebote. Daher seien nach den Ausschreibungsunterlagen Paketabschlüsse unzulässig. Die AGB DL der ÖBB würden bereits für das Vergabeverfahren und nicht erst für erteilte Aufträge gelten. Doch selbst wenn Paketangebote nach den Ausschreibungsunterlagen zulässig gewesen wären, dürften diese nicht berücksichtigt werden, da von der Auftraggeberin keine Mindestanforderungen für die Zulässigkeit von Paketangeboten festgelegt worden seien.

Da einige Bieter Paketabschlüsse angeboten hätten, aber nicht ausgeschlossen werden könne, dass sie in Kenntnis der Unzulässigkeit von Paketabschlüssen andere (günstigere) Hauptangebote gelegt hätten, habe sich die Auftraggeberin aus Gründen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit dazu entschieden, eine neuerliche letzte Angebotsrunde (Kuvertunde) durchzuführen, wobei auch die ursprünglich beim Shortlisting ausgeschiedenen Bieter zur Angebotsabgabe eingeladen worden seien. Die neuerliche Durchführung einer Letztangebotsrunde sei zulässig. Die Konkretisierung und Änderung von Festlegungen stelle unter Berücksichtigung der Gleichbehandlung und Transparenz geradezu das Wesen des Verhandlungsverfahrens dar. Unter diesem Blickwinkel sei auch die Erläuterung zu § 254 Abs. 3 BVergG zu sehen, der bestimme, dass den Bietern die letzte Runde vorab mitzuteilen sei. Der Gesetzgeber begründe die Mitteilungspflicht des Auftraggebers entgegen der Ansicht der Antragstellerin gerade nicht damit, dass eine weitere Runde absolut unzulässig sei, sondern lediglich damit, dass die Bieter erfahren müssten, wie lange die Verhandlungen noch dauern. Daraus ergebe sich, dass bei sachlichen Gründen eine Wiederaufnahme von Verhandlungen zulässig sei. Ein solcher besonderer Grund zur Durchführung einer neuerlichen Runde sei insbesondere bei Vorliegen eines Widerrufsgrundes iSd § 278 BVergG gegeben. Da im gegenständlichen Verfahren Paketabschlüsse in den Verhandlungsrunden und auch in der Letztangebotsrunde von einzelnen Bietern angeboten worden seien, wäre es erforderlich gewesen, die Bieter auf die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen hinzuweisen, nach denen Paketabschlüsse unzulässig seien, oder aber allgemeine Festlegungen dahingehend zu treffen, dass Paketangebote zulässig seien und gleichzeitig Regeln für deren Bewertung in der Bestbieterermittlung aufzustellen. Da in Bezug auf Paketabschlüsse keine Klarstellung der Unzulässigkeit getroffen worden sei, könne nicht ausgeschlossen werden, dass jene Bieter, die Paketabschlüsse angeboten hätten, in Kenntnis der Unzulässigkeit von Paketabschlüssen andere (günstigere) Hauptangebote gelegt hätten. Dies stelle einen sachlichen Grund dar, der die Auftraggeberin zum Widerruf der Ausschreibung gemäß § 278 BVergG berechtigen würde. Dabei sei zu beachten, dass im Sektorenbereich keine zwingenden Widerrufsgründe bestünden. Gemäß § 278 BVergG könne der Auftraggeber das Vergabeverfahren widerrufen, wenn dafür sachliche Gründe bestünden. Folglich seien Sektorenauftraggeber auch dann nicht zum Widerruf verpflichtet, wenn der betreffende Sachverhalt für klassische öffentliche Auftraggeber einen zwingenden Widerrufsgrund darstelle. Die Auftraggeberin habe daher bei der Frage, ob sie widerrufe oder aber durch

andere Maßnahmen die Einhaltung des Vergaberechts sicherstelle, ein freies Ermessen. Sie habe dabei das Sachlichkeitsgebot, die allgemeinen Grundsätze der Leistungsvergabe und die Haushaltsgrundsätze nach Artikel 126 b Abs. 5 B-VG zu beachten. Selbst wenn man unterstelle, dass das "Können" in § 278 BVergG durch die pflichtgebundene Ausübung des Ermessens der Auftraggeberin in besonderen Ausnahmesituationen in ein "Müssen" münde, etwa weil eine Weiterführung des Vergabeverfahrens fundamental gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz verstoßen würde, würden die Grundsätze im vorliegenden Fall nicht verletzt. Zum einen seien die nunmehr getroffenen Festlegungen keineswegs so gravierend, dass sie von den Bieter nur in einem neuen Vergabeverfahren berücksichtigt werden könnten, weil sich die Bieter in Kenntnis dieser Festlegungen anders strukturiert hätten. Das Erfordernis einer anderen Bieterstrukturierung sei jedoch auszuschließen, da die Festlegungen nicht den Leistungsgegenstand selbst, sondern nur bestimmte Festlegungen und Klarstellungen zum Vertragsrecht und zur Angebotsabgabe beträfen, die von den Bieter in ihren Angeboten durch entsprechende Kalkulation berücksichtigt werden könnten. Zum anderen war die wesentlichste Klarstellung - dass Paketabschläge unzulässig seien - bereits in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen enthalten. Auch die übrigen Festlegungen seien typischerweise Gegenstand des Verhandlungsverfahrens, sodass diesbezüglich kein schützenswertes Vertrauen außenstehender Unternehmen bestehe und eine Verletzung des Gleichbehandlungs- bzw. Transparenzgrundsatzes auszuschließen sei. Die Einladung der beim Shortlisting ausgeschiedenen Bieter resultiere daraus, dass auch hinsichtlich dieser Bieter nicht ausgeschlossen werden könne, dass diese in Kenntnis der nunmehr getroffenen Festlegungen andere Angebote gelegt hätten. Da sohin die neuerliche Durchführung der letzten Runde zulässig sei, trete das Vergabeverfahren wieder in ein Stadium, in dem Festlegungen erlaubt seien. Die Festlegungen im Bezug auf den Vertrag seien schon deshalb zulässig, weil im Verhandlungsverfahren der gesamte Leistungsinhalt den Verhandlungsgegenstand darstelle. Die Vorrangregelung bei Widersprüchen zwischen den Ausschreibungsunterlagen und den AGB hätte sich ohnehin aus einer Vertragsauslegung ergeben. Eine Klarstellung sei jedoch sinnvoll gewesen. Die Anpassung des Beginns des Leistungszeitraums sei aufgrund des von der Antragstellerin eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens erforderlich gewesen. Die Klarstellung der Nichtzulassung von Alternativangeboten sei deshalb zulässig, weil damit der ursprüngliche Zustand der Ausschreibung wieder hergestellt werde. Selbst wenn man unterstelle, dass die Auftraggeberin in den Verhandlungen konkludent Alternativangebote bzw. Paketangebote zugelassen habe, sei im Verhandlungsverfahren eine Änderung dahingehend, dass Alternativangebote unzulässig seien, erlaubt, wie sich aus der Entscheidung des Bundesvergabeamtes vom 2.10.2003, GZ 16N-74/03-21, ergebe. Darin habe das Bundesvergabeamt die Erweiterung dahingehend, dass zuvor unzulässige Alternativangebote nachträglich zugelassen wurden, als vergaberechtskonform angesehen. Dies müsse umso mehr für den gegenständlichen Fall gelten, in dem lediglich der ursprüngliche Zustand der Ausschreibung wieder hergestellt bzw. in Bezug auf technische Alternativangebote eingeschränkt werde. Da einige Bieter Paketabschläge angeboten hätten, aber nicht ausgeschlossen werden könne, dass sie in Kenntnis der Unzulässigkeit von Paketabschlägen andere (günstigere) Hauptangebote gelegt hätten, habe sich die Auftraggeberin aus Gründen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit dazu entschieden, eine neuerliche letzte Angebotsrunde (Kuvertunde) durchzuführen, wobei auch die ursprünglich beim Shortlisting ausgeschiedenen Bieter zur Angebotsabgabe eingeladen worden seien. Die neuerliche Durchführung einer Letztangebotsrunde sei zulässig. Die Konkretisierung und Änderung von Festlegungen stelle unter Berücksichtigung der Gleichbehandlung und Transparenz geradezu das Wesen des Verhandlungsverfahrens dar. Unter diesem Blickwinkel sei auch die Erläuterung zu Paragraph 254, Absatz 3, BVergG zu sehen, der bestimme, dass den Bieter die letzte Runde vorab mitzuteilen sei. Der Gesetzgeber begründe die Mitteilungspflicht des Auftraggebers entgegen der Ansicht der Antragstellerin gerade nicht damit, dass eine weitere Runde absolut unzulässig sei, sondern lediglich damit, dass die Bieter erfahren müssten, wie lange die Verhandlungen noch dauern. Daraus ergebe sich, dass bei sachlichen Gründen eine Wiederaufnahme von Verhandlungen zulässig sei. Ein solcher besonderer Grund zur Durchführung einer neuerlichen Runde sei insbesondere bei Vorliegen eines Widerrufsgrundes iSd Paragraph 278, BVergG gegeben. Da im gegenständlichen Verfahren Paketabschläge in den Verhandlungsrunden und auch in der Letztangebotsrunde von einzelnen Bieter angeboten worden seien, wäre es erforderlich gewesen, die Bieter auf die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen hinzuweisen, nach denen Paketabschläge unzulässig seien, oder aber allgemeine Festlegungen dahingehend zu treffen, dass Paketangebote zulässig seien und gleichzeitig Regeln für deren Bewertung in der Bestbieterermittlung aufzustellen. Da in Bezug auf Paketabschläge keine Klarstellung der Unzulässigkeit getroffen worden sei, könne nicht ausgeschlossen werden, dass jene Bieter, die Paketabschläge angeboten hätten, in Kenntnis der Unzulässigkeit von Paketabschlägen andere

(günstigere) Hauptangebote gelegt hätten. Dies stelle einen sachlichen Grund dar, der die Auftraggeberin zum Widerruf der Ausschreibung gemäß Paragraph 278, BVergG berechtigen würde. Dabei sei zu beachten, dass im Sektorenbereich keine zwingenden Widerrufsgründe bestünden. Gemäß Paragraph 278, BVergG könne der Auftraggeber das Vergabeverfahren widerrufen, wenn dafür sachliche Gründe bestünden. Folglich seien Sektorenauftraggeber auch dann nicht zum Widerruf verpflichtet, wenn der betreffende Sachverhalt für klassische öffentliche Auftraggeber einen zwingenden Widerrufsgrund darstelle. Die Auftraggeberin habe daher bei der Frage, ob sie widerrufe oder aber durch andere Maßnahmen die Einhaltung des Vergaberechts sicherstelle, ein freies Ermessen. Sie habe dabei das Sachlichkeitsgebot, die allgemeinen Grundsätze der Leistungsvergabe und die Haushaltsgrundsätze nach Artikel 126 b Absatz 5, B-VG zu beachten. Selbst wenn man unterstelle, dass das "Können" in Paragraph 278, BVergG durch die pflichtgebundene Ausübung des Ermessens der Auftraggeberin in besonderen Ausnahmesituationen in ein "Müssen" münde, etwa weil eine Weiterführung des Vergabeverfahrens fundamental gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz verstoßen würde, würden die Grundsätze im vorliegenden Fall nicht verletzt. Zum einen seien die nunmehr getroffenen Festlegungen keineswegs so gravierend, dass sie von den Bietern nur in einem neuen Vergabeverfahren berücksichtigt werden könnten, weil sich die Bieter in Kenntnis dieser Festlegungen anders strukturiert hätten. Das Erfordernis einer anderen Bieterstrukturierung sei jedoch auszuschließen, da die Festlegungen nicht den Leistungsgegenstand selbst, sondern nur bestimmte Festlegungen und Klarstellungen zum Vertragsrecht und zur Angebotsabgabe beträfen, die von den Bietern in ihren Angeboten durch entsprechende Kalkulation berücksichtigt werden könnten. Zum anderen war die wesentlichste Klarstellung - dass Paketabschläge unzulässig seien - bereits in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen enthalten. Auch die übrigen Festlegungen seien typischerweise Gegenstand des Verhandlungsverfahrens, sodass diesbezüglich kein schützenswertes Vertrauen außenstehender Unternehmen bestehe und eine Verletzung des Gleichbehandlungs- bzw. Transparenzgrundsatzes auszuschließen sei. Die Einladung der beim Shortlisting ausgeschiedenen Bieter resultiere daraus, dass auch hinsichtlich dieser Bieter nicht ausgeschlossen werden könne, dass diese in Kenntnis der nunmehr getroffenen Festlegungen andere Angebote gelegt hätten. Da sohin die neuerliche Durchführung der letzten Runde zulässig sei, trete das Vergabeverfahren wieder in ein Stadium, in dem Festlegungen erlaubt seien. Die Festlegungen im Bezug auf den Vertrag seien schon deshalb zulässig, weil im Verhandlungsverfahren der gesamte Leistungsinhalt den Verhandlungsgegenstand darstelle. Die Vorrangregelung bei Widersprüchen zwischen den Ausschreibungsunterlagen und den AGB hätte sich ohnehin aus einer Vertragsauslegung ergeben. Eine Klarstellung sei jedoch sinnvoll gewesen. Die Anpassung des Beginns des Leistungszeitraums sei aufgrund des von der Antragstellerin eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens erforderlich gewesen. Die Klarstellung der Nichtzulassung von Alternativangeboten sei deshalb zulässig, weil damit der ursprüngliche Zustand der Ausschreibung wieder hergestellt werde. Selbst wenn man unterstelle, dass die Auftraggeberin in den Verhandlungen konkludent Alternativangebote bzw. Paketangebote zugelassen habe, sei im Verhandlungsverfahren eine Änderung dahingehend, dass Alternativangebote unzulässig seien, erlaubt, wie sich aus der Entscheidung des Bundesvergabeamtes vom 2.10.2003, GZ 16N-74/03-21, ergebe. Darin habe das Bundesvergabeamt die Erweiterung dahingehend, dass zuvor unzulässige Alternativangebote nachträglich zugelassen wurden, als vergaberechtskonform angesehen. Dies müsse umso mehr für den gegenständlichen Fall gelten, in dem lediglich der ursprüngliche Zustand der Ausschreibung wieder hergestellt bzw. in Bezug auf technische Alternativangebote eingeschränkt werde.

Mit Schreiben vom 21.12.2006 sei die Angebotsfrist für die neuerliche Letztrunde von 22.12.2006, 10.00 Uhr, auf 2.1.2007, 09.30 Uhr, verlängert worden, sodass die Bieter insbesondere angesichts der Tatsache, dass nur noch ein Hauptangebot auszupreisen sei und die in der Kuverturunde vom 4.12.2006 eingeräumte Frist von 2 ½ Werktagen als auskömmlich angesehen worden sei, jedenfalls über eine angemessen lange Angebotsfrist verfügten.

Das Anbieten eines Gesamtpauschalpreises widerspreche der auf Einheitspreise lautenden Ausschreibung. Darüber hinaus widerspreche das Pauschalangebot auch insofern der

gegenständlichen Ausschreibung, als die Antragstellerin den Pauschalpreis nicht den einzelnen Losen zugeordnet habe, sodass auch insofern keine Vergleichbarkeit mit den Angeboten anderer Bieter gegeben sei. Da das Pauschalangebot den Ausschreibungsbedingungen widerspreche, handle es sich um ein rechtliches Alternativangebot, das nach den Ausschreibungsunterlagen unzulässig sei. Darüber hinaus sei das Pauschalangebot wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises, insbesondere spekulativer Preisgestaltung, auszuschließen.

Der geschätzte Auftragswert aller Lose (Hauptgruppen 1, 2 und 3) betrage Euro 30.000.000,-- (exkl. USt), jener für die Hauptgruppe 2 Euro 10.500.000,-- (exkl. USt).

Im gegenständlichen, die Hauptgruppe 2 betreffenden Vergabeverfahren sei weder der Zuschlag erteilt noch ein Widerruf des Vergabeverfahrens ausgesprochen.

Am 24.1.2007 fand auf Antrag beider Parteien eine mündliche Verhandlung statt. Darin brachte der Vertreter der Antragstellerin vor, dass sich die Unzulässigkeit der Wiederaufnahme von Verhandlungen aus den Festlegungen des Auftraggebers im Verhandlungsprotokoll vom 29.11.2006, Punkt 8, ergebe. Entgegen dem Schriftsatz der Auftraggeberin vom 18.1.2007 hätten im Fall N- 17/02-19 keine weiteren Verhandlungen stattgefunden, sondern seien lediglich Festlegungen getroffen worden, sodass schon aus diesem Grund eine Wiederaufnahme des Verhandlungsverfahrens, das nur dem Ziel dienen könne, weitere Verhandlungen durchzuführen, nicht zulässig sei. Paketabschlüsse seien in der Niederschrift vom 29.11.2006 unter Punkt 7 ausdrücklich für zulässig erklärt worden. Der Entgegnung der Auftraggeberin, dabei habe es sich nur um eine Erklärung der Antragstellerin gehandelt, aus der in keinem Fall eine Zulassung von Paketabschlüssen interpretiert werden könne, wurde von der Antragstellerin erwidert, es habe sich um eine Fragenbeantwortung gehandelt. Abschließend brachte die Auftraggeberin vor, sie sei bis zu ihren Festlegungen am 19.12.2006 zu Unrecht davon ausgegangen, dass Paketabschlüsse zulässig seien. Nach den Ausschreibungsunterlagen seien rechtliche Alternativangebote jedoch unzulässig, darüber hinaus sei nicht allen Bietern eine Änderung der Ausschreibungsunterlagen dahingehend bekannt gegeben worden, dass Paketabschlüsse für zulässig erklärt würden.

Die vorliegenden Anträge sind rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrags römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrags

Auftraggeberin ist gegenständlich die Papier & Recycling Logistik GmbH, deren Eigentümerstruktur entsprechend den Sachverhaltsfeststellungen ein überwiegendes Eigentum des Bundes an dieser Gesellschaft aufzeigt. Als Haupttätigkeit der Auftraggeberin wurden in der nationalen und europaweiten Bekanntmachung jeweils Eisenbahndienste genannt, sodass die Auftraggeberin als Sektorenauftraggeberin zu qualifizieren ist.

Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG einzustufen und der Kategorie 16 (Abfall- und Abwasserbeseitigung; sanitäre und ähnliche Dienstleistungen) des Anhangs III zuzuordnen. Es handelt sich somit um eine prioritäre Dienstleistung. Das Vergabeverfahren wird als Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert beträgt entsprechend den Angaben der Auftraggeberin für sämtliche Lose der Hauptgruppe 2 Euro 10.500.000,-- (exkl. USt), sodass es sich gemäß § 180 Abs. 1 Z 1 iVm § 181 Abs. 1 BVergG um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG einzustufen und der Kategorie 16 (Abfall- und Abwasserbeseitigung; sanitäre und ähnliche Dienstleistungen) des Anhangs römisch drei zuzuordnen. Es handelt sich somit um eine prioritäre Dienstleistung. Das Vergabeverfahren wird als Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert beträgt entsprechend den Angaben der Auftraggeberin für sämtliche Lose der Hauptgruppe 2 Euro 10.500.000,-- (exkl. USt), sodass es sich gemäß Paragraph 180, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 181, Absatz eins, BVergG um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt.

Der gegenständliche Auftrag fällt somit in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2006.

Der am 20.12.2006 eingebrachte Antrag auf Nichtigerklärung der Festlegungen vom 19.12.2006 wurde rechtzeitig unter Einhaltung der Fristen des § 321 BVergG 2006 beim Bundesvergabeamt eingebracht und erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG 2006. Die Antragstellerin bekämpft als gesondert anfechtbare Entscheidungen das Ausscheiden eines Angebotes sowie sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG. Im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen. Der am 20.12.2006 eingebrachte Antrag auf Nichtigerklärung der Festlegungen vom 19.12.2006 wurde rechtzeitig unter Einhaltung der Fristen des Paragraph 321, BVergG 2006 beim Bundesvergabeamt eingebracht und erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG 2006. Die Antragstellerin bekämpft als gesondert anfechtbare Entscheidungen das Ausscheiden eines Angebotes sowie sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG. Im

gegenständlichen Vergabeverfahren wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen.

II. Inhaltliche Beurteilung der Anträge römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung der Anträge

1. Zu Spruchpunkt I:

a.) Klarstellung zu Punkt 1 Abs 2 der Vergabe- und Vertragsbedingungen a.) Klarstellung zu Punkt 1 Absatz 2, der Vergabe- und Vertragsbedingungen:

Mit Schreiben vom 19.12.2006 traf die Auftraggeberin unter Punkt

1.1 die im Sachverhalt wiedergegebene Festlegung bzw. Klarstellung.

Die Antragstellerin brachte vor, dass der Festlegung des Auftraggebers, im Verhandlungsverfahren letztgültige Angebote zu legen, eine besondere Bedeutung zukomme. Nach dieser Festlegung dürften keine weiteren Verhandlungen geführt werden, was aber auch die Unzulässigkeit der nachträglichen Änderungen in den Bedingungen der Ausschreibung und des Leistungsgegenstandes impliziere.

Diesem Vorbringen ist jedoch entgegen zu halten, dass die vom Auftraggeber getroffene Regelung im Wesentlichen den Interpretationsregeln des ABGB entspricht. Die Vergabe- und Vertragsbedingungen stellen sich als speziellere Regelung gegenüber den AGB DL dar, sodass, sollten in den Vergabe- und Vertragsbedingungen Abweichungen zu den AGB DL enthalten sein, diesen gegenüber den AGB DL der Vorrang zukommt.

Diese Festlegungen stellen somit weder eine Änderung der Ausschreibungsbedingungen noch des Leistungsgegenstandes dar. b.) geänderter Leistungsbeginn für die Hauptgruppe 2 Laut Punkt II.3) der Ausschreibungsbekanntmachung beginnt die Vertragsausführung am 1.1.2007 und endet am 31.12.2008. Gemäß Punkt 3 lit d) der Ausschreibungsunterlage beginnt die Laufzeit voraussichtlich mit 01.01.2007 und endet am 31.12.2008. Mit der Festlegung des Auftraggebers vom 19.12.2006 wurde der 1. Satz in Punkt 3 lit d) der Ausschreibungsunterlage gestrichen und statt dessen bezüglich der Hauptgruppe 2 folgender Satz eingefügt: Diese Festlegungen stellen somit weder eine Änderung der Ausschreibungsbedingungen noch des Leistungsgegenstandes dar. b.) geänderter Leistungsbeginn für die Hauptgruppe 2 Laut Punkt römisch zwei.3) der Ausschreibungsbekanntmachung beginnt die Vertragsausführung am 1.1.2007 und endet am 31.12.2008. Gemäß Punkt 3 Litera d,) der Ausschreibungsunterlage beginnt die Laufzeit voraussichtlich mit 01.01.2007 und endet am 31.12.2008. Mit der Festlegung des Auftraggebers vom 19.12.2006 wurde der 1. Satz in Punkt 3 Litera d,) der Ausschreibungsunterlage gestrichen und statt dessen bezüglich der Hauptgruppe 2 folgender Satz eingefügt:

"Hinsichtlich der Hauptgruppe 2 beginnt die Laufzeit der Vereinbarungen mit dem der Zuschlagserteilung folgenden Monatsersten unter Einhaltung einer mindestens zweiwöchigen Ankündigungsfrist und endet ebenfalls am 31.12.2008."

Die Antragstellerin brachte gegen diese Festlegung vor, dass nach der Aufforderung zur Abgabe eines letztgültigen Angebotes keine nachträglichen Änderungen der Ausschreibungsbedingungen und des Leistungsgegenstandes erfolgen dürften.

Entgegen diesem Vorbringen handelt es sich bei dieser Festlegung lediglich um eine Konkretisierung des Beginnes der Laufzeit, der bis dahin in der Ausschreibungsunterlage als voraussichtlicher Beginn angegeben war. Am 19.12.2006 wurde der Auftraggeberin bewusst, dass die Vertragsausführung nicht am 1.1.2007 beginnen kann, da sie noch nicht einmal die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben hatte und ab deren Bekanntgabe erst die 14-tägige Stillhaltefrist zu laufen beginnt.

c.) Unzulässigkeit von Alternativangeboten insbesondere in der Form von Paketabschlägen

Gemäß § 238 Abs 1 BVergG kann der Sektorenauftraggeber nur bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes vergeben werden sollen, Alternativangebote zulassen. Der Sektorenauftraggeber hat in der Ausschreibung ausdrücklich anzugeben, ob und welche Art von Alternativangeboten zugelassen sind. Falls der Sektorenauftraggeber keine Angaben über die Zulässigkeit gemacht hat, sind Alternativangebote nicht zugelassen. Ist die Abgabe von Alternativangeboten zulässig, so sind Alternativangebote überdies, soweit in der Ausschreibung nicht ausdrücklich anderes festgehalten wurde, nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig. Gemäß Paragraph 238, Absatz eins, BVergG kann der Sektorenauftraggeber nur bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes vergeben werden

sollen, Alternativangebote zulassen. Der Sektorenauftraggeber hat in der Ausschreibung ausdrücklich anzugeben, ob und welche Art von Alternativangeboten zugelassen sind. Falls der Sektorenauftraggeber keine Angaben über die Zulässigkeit gemacht hat, sind Alternativangebote nicht zugelassen. Ist die Abgabe von Alternativangeboten zulässig, so sind Alternativangebote überdies, soweit in der Ausschreibung nicht ausdrücklich anderes festgehalten wurde, nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig.

Gemäß § 238 Abs 2 leg. cit. hat der Sektorenauftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen die Mindestanforderungen, die Alternativangebote im Hinblick auf ihre Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung erfüllen müssen, zu erläutern und zu bezeichnen, in welcher Art und Weise diese Angebote einzureichen sind. Der Sektorenauftraggeber darf nur jene Alternativangebote im Vergabeverfahren berücksichtigen, die die festgelegten Mindestanforderungen erfüllen. Gemäß Paragraph 238, Absatz 2, leg. cit. hat der Sektorenauftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen die Mindestanforderungen, die Alternativangebote im Hinblick auf ihre Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung erfüllen müssen, zu erläutern und zu bezeichnen, in welcher Art und Weise diese Angebote einzureichen sind. Der Sektorenauftraggeber darf nur jene Alternativangebote im Vergabeverfahren berücksichtigen, die die festgelegten Mindestanforderungen erfüllen.

Gemäß § 257 Abs 2 1. Satz leg. cit. erklärt der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt. Gemäß Paragraph 257, Absatz 2, 1. Satz leg. cit. erklärt der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt.

Gemäß § 269 Abs 1 BVergG hat der Sektorenauftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung im Oberschwellenbereich folgende Angebote auszuschneiden: Gemäß Paragraph 269, Absatz eins, BVergG hat der Sektorenauftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung im Oberschwellenbereich folgende Angebote auszuschneiden:

Z 5: den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind. Ziffer 5 : , den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind.

In der Ausschreibungsbekanntmachung des gegenständlichen Vergabeverfahrens ist unter Punkt II.1.9 zunächst festgehalten: In der Ausschreibungsbekanntmachung des gegenständlichen Vergabeverfahrens ist unter Punkt römisch zwei.1.9 zunächst festgehalten:

Varianten/Alternativangebote sind zulässig: Ja"

In der Ausschreibungsunterlage (zweite Stufe des Vergabeverfahrens) ist Folgendes festgehalten:

1. 1. Ziffer eins
Allgemeines

[....] Nachstehend werden die zur Anwendung gelangenden Vergabebedingungen und die für die Ausführung geltenden Vertragsbedingungen dargestellt. Die Beilagen 1 bis 7 enthalten weitere Bestimmungen zur Auftragsvergabe. Für erteilte Aufträge gelten ausschließlich die Vertragsbestimmungen der ÖBB. Die AGB stehen im Internet auf 'www.oebb.at' unter 'B2B online' zur Verfügung bzw. werden auf Anforderung zugesandt.

[....]

1. 2. Ziffer 2
Verfahrenshinweise

[....]

1. i) Litera i
Vergabeverfahren

Der AG beabsichtigt die gegenständlichen Leistungen im Zuge eines Verhandlungsverfahrens zu vergeben und ladet Sie ein, hierfür ein verbindliches Angebot zu legen. Mit der Abgabe des Angebotes anerkennen Sie die Allgemeinen

Geschäftsbedingungen des ÖBB Konzerns für (Dienst-) Leistungen (AGB DL), Ausgabe 08.2004.

[...]"

In Punkt 1. "Vergabebedingungen für (Dienst-) Leistungen" der subsidiär geltenden AGB DL ist unter Punkt 1.3.3. Folgendes festgehalten:

1.3.3. Von der Ausschreibung abweichende Vorschläge ('Alternativangebote') sind nur zur technischen Ausführung, nicht aber zu den rechtlichen Bedingungen sowie nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig und in einer gesonderten Ausarbeitung einzureichen; andernfalls werden sie nicht berücksichtigt. Das gilt uneingeschränkt auch für das Verhandlungsverfahren und für Direktvergaben. [...]"

Darüber hinaus finden sich in den Ausschreibungsunterlagen keine Regelungen betreffend Alternativangebote. Ebenso wenig finden sich dort Mindestanforderungen an Alternativangebote.

Mit Schreiben vom 19.12.2006 legte die Auftraggeberin unter Punkt

1.3 fest, dass Alternativangebote, insbesondere in der Form von Paketabschlägen, unzulässig seien und nicht weiter berücksichtigt würden.

Die Antragstellerin verneint, dass aufgrund des klaren Wortlautes in Punkt 1 der Ausschreibungsunterlagen, wonach für erteilte Aufträge ausschließlich die Vertragsbestimmungen der ÖBB gelten, die Auftraggeberin in dieser Ausschreibung eben nicht sämtliche Bestimmungen der AGB DL für verbindlich erklären wollte, sondern nur jene, die sich auf das Stadium ab Vertragsabschluss bezögen. Daraus folge, dass die in Punkt 1.3.3 der AGB DL festgelegte Einschränkung der Zulässigkeit von Alternativangeboten auf das gegenständliche Vergabeverfahren nicht anwendbar sei und somit auch rechtliche Alternativangebote zulässig seien. In der inhaltlich gleich lautenden Vorgängerausschreibung seien Paketabschläge, die ein finanzielles Alternativangebot darstellten, von der Auftraggeberin für zulässig erachtet worden. Mindestanforderungen seien im konkreten Fall nicht notwendig, weil das Angebot keine technischen Änderungen enthalte. Somit handle es sich bei der am 19.12.2006 getroffenen Festlegung nicht um eine Klarstellung, sondern um eine unzulässige Änderung (Berichtigung) der Ausschreibungsunterlagen. Die Auftraggeberin habe bis zu ihrer rechtswidrigen und nun angefochtenen Festlegung Paketabschläge akzeptiert.

Dem Vorbringen der Antragstellerin, Alternativangebote seien zulässig, ist nach Ansicht des erkennenden Senates entgegen zu halten, dass der Bieter gemäß Punkt 2 i) der Ausschreibungsunterlage mit der Abgabe des Angebotes die AGB DL anerkannt hat. Diese enthalten in Punkt 1 "Vergabebedingungen" unter Punkt 1.3.3. Regelungen zu Alternativangeboten. Aus einer Zusammenschau der Ausschreibungsunterlagen und der AGB DL ergibt sich eindeutig, dass jedenfalls rechtliche und finanzielle Alternativangebote unzulässig sind. Technische Alternativangebote wären zwar gem ABG DL grundsätzlich zulässig und stünden somit mit der entsprechenden Angabe in der Vergabebekanntmachung im Einklang. Wie der EuGH in der Rs C-421/01 (Traunfellner) jedoch festgehalten hat, kann ein Änderungsvorschlag selbst dann nicht berücksichtigt werden, wenn Änderungsvorschläge zwar nicht in der Bekanntmachung für unzulässig erklärt worden sind, aber der Auftraggeber keine Angaben zu den Mindestanforderungen gemacht hat. Darüber hinaus hat die Antragstellerin gemäß § 257 Abs 2 BVergG sowie mit der Unterfertigung der Niederschrift vom 8.11.2006 unter Punkt 1 ausdrücklich erklärt, dass sie die Ausschreibung mit sämtlichen Anlagen bzw Beilagen gelesen und erfasst hat. Dem Vorbringen der Antragstellerin, Alternativangebote seien zulässig, ist nach Ansicht des erkennenden Senates entgegen zu halten, dass der Bieter gemäß Punkt 2 i) der Ausschreibungsunterlage mit der Abgabe des Angebotes die AGB DL anerkannt hat. Diese enthalten in Punkt 1 "Vergabebedingungen" unter Punkt 1.3.3. Regelungen zu Alternativangeboten. Aus einer Zusammenschau der Ausschreibungsunterlagen und der AGB DL ergibt sich eindeutig, dass jedenfalls rechtliche und finanzielle Alternativangebote unzulässig sind. Technische Alternativangebote wären zwar gem ABG DL grundsätzlich zulässig und stünden somit mit der entsprechenden Angabe in der Vergabebekanntmachung im Einklang. Wie der EuGH in der Rs C-421/01 (Traunfellner) jedoch festgehalten hat, kann ein Änderungsvorschlag selbst dann nicht berücksichtigt werden, wenn Änderungsvorschläge zwar nicht in der Bekanntmachung für unzulässig erklärt worden sind, aber der Auftraggeber keine Angaben zu den Mindestanforderungen gemacht hat. Darüber hinaus hat die Antragstellerin gemäß Paragraph 257, Absatz 2, BVergG sowie mit der Unterfertigung der Niederschrift vom 8.11.2006 unter Punkt 1 ausdrücklich erklärt, dass sie die Ausschreibung mit sämtlichen Anlagen bzw Beilagen gelesen und erfasst hat.

Es kann dahingestellt bleiben, ob Paketabschläge als rechtliche Alternativangebote (vgl. Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 (2005) [324], sowie Schramm/Öhler/Hartlieb in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 69, Rz

17) oder - wie die Antragstellerin vermeint - als finanzielles Alternativangebot zu werten sind, da sowohl rechtliche als auch finanzielle Alternativangebote gemäß Punkt 1.3.3 der AGB DL jedenfalls unzulässig sind. Es kann dahingestellt bleiben, ob Paketabschläge als rechtliche Alternativangebote vergleiche Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² (2005) [324], sowie Schramm/Öhler/Hartlieb in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 69., Rz 17) oder - wie die Antragstellerin vermeint - als finanzielles Alternativangebot zu werten sind, da sowohl rechtliche als auch finanzielle Alternativangebote gemäß Punkt 1.3.3 der AGB DL jedenfalls unzulässig sind.

Ob in einer möglicherweise inhaltlich gleich lautenden Vorgängerausschreibung Paketabschläge von der Auftraggeberin für zulässig erachtet worden sind, kann ebenfalls dahingestellt bleiben, da diese Ausschreibung nicht verfahrensgegenständlich ist.

Gemäß § 269 Abs 1 Z 5 BVergG sind Alternativangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, auszuscheiden. "Auch wenn der öffentliche Auftraggeber im Rahmen des Verhandlungsverfahrens über einen Verhandlungsspielraum verfügt, so muss er gleichwohl dafür Sorge tragen, dass die Bedingungen der Verdingungsunterlagen, die er aus freien Stücken als zwingend eingestuft hat, eingehalten werden" (vgl. EuG 28.11.2002, Rs T-40/01). Gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG sind Alternativangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, auszuscheiden. "Auch wenn der öffentliche Auftraggeber im Rahmen des Verhandlungsverfahrens über einen Verhandlungsspielraum verfügt, so muss er gleichwohl dafür Sorge tragen, dass die Bedingungen der Verdingungsunterlagen, die er aus freien Stücken als zwingend eingestuft hat, eingehalten werden" vergleiche EuG 28.11.2002, Rs T-40/01).

Mit der angefochtenen Festlegung, dass Alternativangebote, insbesondere in der Form von Paketabschlägen unzulässig seien, erfolgt seitens der Auftraggeberin somit keine Berichtigung der Ausschreibung, sondern wird nur nochmals die sich bereits aus den Ausschreibungsunterlagen in Zusammenschau mit den AGB DL sowie die sich aus dem Urteil des EuGH in der Rs C-421/01 ergebende Unzulässigkeit von rechtlichen, finanziellen und technischen Alternativangeboten, somit auch in der Form von Paketabschlägen, wiederholt. Die Ausschreibung ist bereits bestandfest. Da mit dieser "Festlegung" nur ein Hinweis auf die Ausschreibungsbedingungen erfolgte, ist diese rechtmäßig. d.) Neuerliche Durchführung einer letzten Angebotsrunde, insbesondere die Festlegung der Angebotsfrist mit 2.1.2007

Unter Punkt 2. "Verfahrenshinweise" der Ausschreibungsunterlagen traf die Auftraggeberin folgende Festlegung:

1. i) Litera i
Vergabeverfahren

[....]

Wir behalten uns vor, im Verlauf des Verfahrens ein vorangekündigtes Short-Listing (Verringerung der Anzahl der Angebote an Hand der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien) durchzuführen. Entscheiden wir uns für das Short-Listing, werden wir den Bietern Gelegenheit geben, ihr Angebot nachzubessern und erst auf Grund der nachgebesserten Angebote das Short-Listing durchzuführen.

[....]"

Unter Punkt 4 der Niederschrift vom 21.11.2006 kündigte die Auftraggeberin an, dass eine Weiterführung der Verhandlungen nur mehr mit den 2 Bestbiestern je Los erfolgen werde. Am 24.11.2006 wurde seitens der Auftraggeberin einzelnen Bietern mitgeteilt, dass ihre Angebote zu den näher bezeichneten Losen nicht weiter berücksichtigt werden könnten. Unter Punkt 8 der Niederschrift vom 29.11.2006 wurde die Abgabe der nachgebesserten Angebote im Rahmen einer Kuvertrunde (Schlussrunde) für den 4.12.2006 vorgesehen, weitere Verhandlungen waren entsprechend den Verhandlungsprotokollen nicht mehr vorgesehen.

Nach Abschluss dieser Kuvertrunde wurde am 6.12.2006 die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben, welche am 19.12.2006 wieder zurückgezogen wurde. Mit Schreiben vom 19.12.2006 wurde eine weitere letzte Kuvertrunde mit dem Angebotstermin 22.12.2006, 10.00 Uhr, festgelegt. Dieser Termin wurde mit Schreiben vom 21.12.2006 auf den 2.1.2007, 9.30 Uhr, erstreckt.

Gemäß § 254 Abs 2 BVergG kann ein Verhandlungsverfahren mit mehreren Bietern in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen durchgeführt werden. Der Auftraggeber kann die Anzahl der Angebote an Hand der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien verringern. Der Sektorenauftraggeber hat jene Bieter, deren Angebote nicht weiter berücksichtigt werden, unverzüglich von dieser Entscheidung zu verständigen. Die vom Sektorenauftraggeber

gewählte Vorgangsweise ist in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben. In der Schlussphase eines Verhandlungsverfahrens mit mehreren Bietern kann der Sektorenauftraggeber auch mit nur einem Bieter verhandeln. Gemäß Paragraph 254, Absatz 2, BVergG kann ein Verhandlungsverfahren mit mehreren Bietern in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen durchgeführt werden. Der Auftraggeber kann die Anzahl der Angebote an Hand der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien verringern. Der Sektorenauftraggeber hat jene Bieter, deren Angebote nicht weiter berücksichtigt werden, unverzüglich von dieser Entscheidung zu verständigen. Die vom Sektorenauftraggeber gewählte Vorgangsweise ist in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben. In der Schlussphase eines Verhandlungsverfahrens mit mehreren Bietern kann der Sektorenauftraggeber auch mit nur einem Bieter verhandeln.

Gemäß § 254 Abs 3 leg. cit. hat der Sektorenauftraggeber, sofern nicht entsprechende Festlegungen bereits in den Ausschreibungsunterlagen erfolgt sind, dem bzw den am Verhandlungsverfahren teilnehmenden Bieter bzw. Bietern den Abschluss der Verhandlungen vorab bekannt zu geben. Dies kann dadurch geschehen, dass eine Verhandlungsrunde als letzte Verhandlungsrunde bekannt gegeben wird oder dass der oder die verbliebenen Bieter zu einer letztmaligen Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden. Gemäß Paragraph 254, Absatz 3, leg. cit. hat der Sektorenauftraggeber, sofern nicht entsprechende Festlegungen bereits in den Ausschreibungsunterlagen erfolgt sind, dem bzw den am Verhandlungsverfahren teilnehmenden Bieter bzw. Bietern den Abschluss der Verhandlungen vorab bekannt zu geben. Dies kann dadurch geschehen, dass eine Verhandlungsrunde als letzte Verhandlungsrunde bekannt gegeben wird oder dass der oder die verbliebenen Bieter zu einer letztmaligen Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden.

Es wurde versucht, die Formalisierung des Verhandlungsverfahrens auf ein Minimum zu beschränken, da es sich beim Verhandlungsverfahren um einen Verfahrenstyp handelt, der dem Sektorenauftraggeber einen gewissen Spielraum geben soll. Die vom Sektorenauftraggeber vorgenommenen Festlegungen über den Ablauf des Verhandlungsverfahrens können daher auch in abstrakter Weise erfolgen und müssen nicht detailliert sein. Außerdem soll dem Sektorenauftraggeber ein möglichst großer Gestaltungsspielraum eingeräumt werden (so könnte der Sektorenauftraggeber zB auch festlegen, dass er an die Festlegung, die Zahl der Teilnehmer zu reduzieren, nicht gebunden ist und entweder auf eine Reduktion gänzlich verzichten oder eine größere Zahl als geplant in die weiteren Verhandlungen einbeziehen kann). [...] Da die Bieter ein Interesse daran haben, zu erfahren, wie lange die Verhandlungen noch andauern werden, müssen sie gemäß § 254 Abs 3 im Sinne der Transparenz vom Schluss der Verhandlungen (Bekanntgabe der letzten Verhandlungsrunde) jedenfalls vorab informiert werden (vgl. RV 1171 BlgNR 22. GP zu den §§ 249 bis 254). Es wurde versucht, die Formalisierung des Verhandlungsverfahrens auf ein Minimum zu beschränken, da es sich beim Verhandlungsverfahren um einen Verfahrenstyp handelt, der dem Sektorenauftraggeber einen gewissen Spielraum geben soll. Die vom Sektorenauftraggeber vorgenommenen Festlegungen über den Ablauf des Verhandlungsverfahrens können daher auch in abstrakter Weise erfolgen und müssen nicht detailliert sein. Außerdem soll dem Sektorenauftraggeber ein möglichst großer Gestaltungsspielraum eingeräumt werden (so könnte der Sektorenauftraggeber zB auch festlegen, dass er an die Festlegung, die Zahl der Teilnehmer zu reduzieren, nicht gebunden ist und entweder auf eine Reduktion gänzlich verzichten oder eine größere Zahl als geplant in die weiteren Verhandlungen einbeziehen kann). [...] Da die Bieter ein Interesse daran haben, zu erfahren, wie lange die Verhandlungen noch andauern werden, müssen sie gemäß Paragraph 254, Absatz 3, im Sinne der Transparenz vom Schluss der Verhandlungen (Bekanntgabe der letzten Verhandlungsrunde) jedenfalls vorab informiert werden (vergleiche Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode zu den Paragraphen 249 bis 254).

Entgegen den Ausführungen in der Ausschreibungsunterlage und der Niederschrift vom 29.11.2006, worin die Auftraggeberin unter Punkt 3 festgelegt hatte, dass das Ergebnis der Kuertrunde vom 4.12.2006 die Grundlage für die Zuschlagsentscheidung bildet und keine weiteren Verhandlungen mehr vorgesehen sind, hat die Auftraggeberin mit der nun bekämpften Festlegung, eine neuerliche letzte Kuertrunde durchzuführen, die Verhandlungsphase wieder eröffnet. Die Durchführung einer neuerlichen letzten Kuertrunde steht jedoch mit den bisherigen Festlegungen der Auftraggeberin im Widerspruch. Die Auftraggeberin kann - wie sich aus § 254 Abs 2 und 3 BVergG ergibt, von ihren Festlegungen über den Verfahrensablauf nur dann abweichen, wenn sie sich dieses Recht in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder in den Ausschreibungsunterlagen ausbedungen hat. Dies hat die Auftraggeberin jedoch unterlassen. Die aufgrund des Shortlisting verbliebenen Bieter haben ihre Angebote im Vertrauen darauf, dass diese die Grundlage für die Zuschlagsentscheidung nach der letzten Kuertrunde am 4.12.2006 bilden würden,

kalkuliert. Entgegen den Ausführungen in der Ausschreibungsunterlage und der Niederschrift vom 29.11.2006, worin die Auftraggeberin unter Punkt 3 festgelegt hatte, dass das Ergebnis der Kuvertunde vom 4.12.2006 die Grundlage für die Zuschlagsentscheidung bildet und keine weiteren Verhandlungen mehr vorgesehen sind, hat die Auftraggeberin mit der nun bekämpften Festlegung, eine neuerliche letzte Kuvertunde durchzuführen, die Verhandlungsphase wieder eröffnet. Die Durchführung einer neuerlichen letzten Kuvertunde steht jedoch mit den bisherigen Festlegungen der Auftraggeberin im Widerspruch. Die Auftraggeberin kann - wie sich aus Paragraph 254, Absatz 2 und 3 BVergG ergibt, von ihren Festlegungen über den Verfahrensablauf nur dann abweichen, wenn sie sich dieses Recht in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder in den Ausschreibungsunterlagen ausbedungen hat. Dies hat die Auftraggeberin jedoch unterlassen. Die aufgrund des Shortlisting verbliebenen Bieter haben ihre Angebote im Vertrauen darauf, dass diese die Grundlage für die Zuschlagsentscheidung nach der letzten Kuvertunde am 4.12.2006 bilden würden, kalkuliert.

Die von der Auftraggeberin zitierten Bescheide des BVA, N-17/02- 19, sowie 16N-74/03-21, können für den gegenständlichen Fall nicht herangezogen werden, da den genannten Bescheiden gänzlich andere Sachverhalte zugrunde lagen.

Die neuerliche Durchführung einer letzten Kuvertunde ist daher im konkreten Fall rechtswidrig. Durch diese Rechtswidrigkeit wurde die Antragstellerin in ihren geltend gemachten Rechten verletzt. Diese festgestellte Rechtswidrigkeit ist auch für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß § 325 Abs. 2 BVergG 2006 von wesentlichem Einfluss, da nicht ausgeschlossen ist, dass sich bei Durchführung einer neuerlichen letzten Angebotsrunde die Preise der Bieter in einzelnen Positionen zu den jeweiligen Losen der HG 2 verändern könnten. Die neuerliche Durchführung einer letzten Kuvertunde ist daher im konkreten Fall rechtswidrig. Durch diese Rechtswidrigkeit wurde die Antragstellerin in ihren geltend gemachten Rechten verletzt. Diese festgestellte Rechtswidrigkeit ist auch für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 325, Absatz 2, BVergG 2006 von wesentlichem Einfluss, da nicht ausgeschlossen ist, dass sich bei Durchführung einer neuerlichen letzten Angebotsrunde die Preise der Bieter in einzelnen Positionen zu den jeweiligen Losen der HG 2 verändern könnten.

Die Festlegung der neuerlichen Durchführung einer letzten Angebotsrunde, somit auch die Festlegung der Angebotsfrist mit 2.1.2007, war daher für nichtig zu erklären.

e.) Einladung der Bieter, die beim Shortlisting nicht berücksichtigt wurden, zur Abgabe eines Angebotes

Da - wie unter Spruchpunkt I d.) ausführlich dargestellt - die Durchführung einer neuerlichen letzten Kuvertunde rechtswidrig ist, ist auch die damit in Zusammenhang stehende Einladung jener Bieter, die beim Shortlisting nicht berücksichtigt wurden, rechtswidrig und für nichtig zu erklären. Da - wie unter Spruchpunkt römisch eins d.) ausführlich dargestellt - die Durchführung einer neuerlichen letzten Kuvertunde rechtswidrig ist, ist auch die damit in Zusammenhang stehende Einladung jener Bieter, die beim Shortlisting nicht berücksichtigt wurden, rechtswidrig und für nichtig zu erklären.

1. 2. Ziffer 2

Zu Spruchpunkt II:

Die Antragstellerin vermeint, dass ihr Pauschalangebot "Alternativangebot 3" von der Auftraggeberin zu Unrecht ausgeschieden worden sei. Wie bereits unter Spruchpunkt I c.) ausführlich dargelegt, ergibt sich aus einer Zusammenschau der Ausschreibungsunterlagen und der AGB DL, dass jedenfalls rechtliche und finanzielle Alternativangebote unzulässig sind. Gemäß den Ausschreibungsunterlagen zur HG 2, Losen 1-8, sind vom Bieter Einheitspreise in Euro als Nettofestpreise anzubieten. Beim Angebot eines Pauschalpreises anstelle des ausgeschriebenen Einheitspreises handelt es sich um ein Alternativangebot (vgl. VwGH 13.6.2005, 2005/04/0001), wobei es aufgrund der obigen Ausführungen dahin gestellt bleiben kann, ob es sich dabei um ein rechtliches oder - wie die Antragstellerin vermeint - wirtschaftlich-rechtliches Alternativangebot handelt, da beide Formen von Alternativangeboten im vorliegenden Fall unzulässig sind. Die Antragstellerin vermeint, dass ihr Pauschalangebot "Alternativangebot 3" von der Auftraggeberin zu Unrecht ausgeschieden worden sei. Wie bereits unter Spruchpunkt römisch eins c.) ausführlich dargelegt, ergibt sich aus einer Zusammenschau der Ausschreibungsunterlagen und der AGB DL, dass jedenfalls rechtliche und finanzielle Alternativangebote unzulässig sind. Gemäß den Ausschreibungsunterlagen zur HG 2, Losen 1-8, sind vom Bieter Einheitspreise in Euro als Nettofestpreise anzubieten. Beim Angebot eines Pauschalpreises anstelle des ausgeschriebenen

Einheitspreises handelt es sich um ein Alternativangebot vergleiche VwGH 13.6.2005, 2005/04/0001), wobei es aufgrund der obigen Ausführungen dahin gestellt bleiben kann, ob es sich dabei um ein rechtliches oder - wie die Antragstellerin vermeint - wirtschaftlich-rechtliches Alternativangebot handelt, da beide Formen von Alternativangeboten im vorliegenden Fall unzulässig sind.

Die Festlegung des Auftraggebers, das Pauschalangebot "Alternativangebot 3" der Antragstellerin auszuschneiden, ist daher rechtmäßig erfolgt. Der Antrag war daher abzuweisen.

1. 3.Ziffer 3

Zu Spruchpunkt III.Zu Spruchpunkt römisch drei.

Gemäß § 319 Abs. 3 BVergG 2006 ist das Bundesvergabeamt zum Abspruch über den Gebührenersatz zuständig. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG 2006 ist das Bundesvergabeamt zum Abspruch über den Gebührenersatz zuständig.

Gemäß § 318 Abs. 1 BVergG 2006 hat der Antragsteller für Anträge gemäß den §§ 320 Abs. 1, 328 Abs. 1 und § 331 Abs. 1 und 2 jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten, deren Höhe sich gemäß § 318 Abs. 2 1. Satz leg.cit. nach dem vom Auftraggeber durchgeführten Verfahren richtet. Gemäß § 318 Abs. 3 leg.cit. ist die Pauschalgebühr gemäß den in Anhang XIX ausgewiesenen Sätzen bei Antragstellung zu entrichten. Gemäß Paragraph 318, Absatz eins, BVergG 2006 hat der Antragsteller für Anträge gemäß den Paragraphen 320, Absatz eins, 328, Absatz eins und Paragraph 331, Absatz eins und 2 jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten, deren Höhe sich gemäß Paragraph 318, Absatz 2, 1. Satz leg.cit. nach dem vom Auftraggeber durchgeführten Verfahren richtet. Gemäß Paragraph 318, Absatz 3, leg.cit. ist die Pauschalgebühr gemäß den in Anhang römisch neunzehn ausgewiesenen Sätzen bei Antragstellung zu entrichten.

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

Gemäß § 319 Abs. 2 leg.cit. besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, leg.cit. besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung 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 Interessensabwägung abgewiesen wurde.

Für den mit 20.12.2006 datierten Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 leg.cit. und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs.1 leg.cit. zu dem, dem Oberschwellenbereich zuzuordnenden und in Form eines Verhandlungsverfahrens durchgeführten Vergabeverfahren wurden von der Antragstellerin nachweislich insgesamt Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.200,-- entrichtet. Für den mit 20.12.2006 datierten Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, leg.cit. zu dem, dem Oberschwellenbereich zuzuordnenden und in Form eines Verhandlungsverfahrens durchgeführten Vergabeverfahren wurden von der Antragstellerin nachweislich insgesamt Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.200,-- entrichtet.

Da - wie sich aus dem Spruchpunkt I ergibt - dem Nachprüfungsantrag vom 20.12.2006 auf Nichtigerklärung der Festlegungen der Auftraggeberin vom 19.12.2006 teilweise stattgegeben wurde, und damit im Hinblick auf den Nachprüfungsantrag auch ein "teilweises Obsiegen" der Antragstellerin im Sinne von § 319 Abs. 1 leg.cit. vorliegt, ist dem Antrag auf Ersatz der Gebühren für den Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 leg.cit. stattzugeben. Da - wie sich aus dem Spruchpunkt römisch eins ergibt - dem Nachprüfungsantrag vom 20.12.2006 auf Nichtigerklärung der Festlegungen der Auftraggeberin vom 19.12.2006 teilweise stattgegeben wurde, und damit im Hinblick auf den Nachprüfungsantrag auch ein "teilweises Obsiegen" der Antragstellerin im Sinne von Paragraph 319, Absatz eins, leg.cit. vorliegt, ist dem Antrag auf Ersatz der Gebühren für den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. stattzugeben.

Ebenso ist dem Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 Abs. 2 leg.cit. stattzugeben, da dem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 leg.cit. teilweise stattgegeben wurde. Zwar liegt hinsichtlich des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Bescheid vom 28.12.2006, N/0105-BVA/07/2006-EV11, nur ein teilweises Stattgeben vor und wurde das darüber hinausgehende Mehrbegehren abgewiesen. § 319 Abs. 1 leg.cit. stellt jedoch auf den, wenn auch nur teilweise obsiegenden Antragsteller ab, sodass auch dem Antrag auf Ersatz der Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 Abs. 1 leg.cit. durch den Auftraggeber zur Gänze stattzugeben war. Ebenso ist dem Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 319, Absatz 2, leg.cit. stattzugeben, da dem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. teilweise stattgegeben wurde. Zwar liegt hinsichtlich des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Bescheid vom 28.12.2006, N/0105-BVA/07/2006-EV11, nur ein teilweises Stattgeben vor und wurde das darüber hinausgehende Mehrbegehren abgewiesen. Paragraph 319, Absatz eins, leg.cit. stellt jedoch auf den, wenn auch nur teilweise obsiegenden Antragsteller ab, sodass auch dem Antrag auf Ersatz der Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 319, Absatz eins, leg.cit. durch den Auftraggeber zur Gänze stattzugeben war.

Dokumentnummer

VERGT_20070126_N_0105_BVA_07_2006_42_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