

TE Verg Bescheid 2008/1/11 N/0112-BVA/14/2007-20

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.01.2008

Norm

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), BGBl. I Nr. 17/2006, betreffend die Auftragsvergabe "Lieferauftrag über ABC-Schutzanzug mittel/permeabel und ABC-Überschuhe (GZ: E90037/4/00-00-RD-ARWT/KA/2007)", des Auftraggebers Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, Rüstungsdirektion - Amt für Rüstung und Wehrtechnik, Franz-Josefs-Kai 7-9, 1010 Wien, dieser vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1010 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 21.11.2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, betreffend die Auftragsvergabe "Lieferauftrag über ABC-Schutzanzug mittel/permeabel und ABC-Überschuhe (GZ: E90037/4/00-00-RD-ARWT/KA/2007)", des Auftraggebers Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, Rüstungsdirektion - Amt für Rüstung und Wehrtechnik, Franz-Josefs-Kai 7-9, 1010 Wien, dieser vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1010 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 21.11.2007, wie folgt entschieden:

Spruch

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die mit Telefax vom 7.11.2007 bekannt gemachte Entscheidung des Bundesministeriums für Landesverteidigung, im gegenständlichen Vergabeverfahren das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, für nichtig erklären", wird abgewiesen.

Begründung

A. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt:

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum gegenständlichen Vergabeverfahren wurde als "Rahmen-Abbruchvertrag 2007 bis 2009 über ABC-Schutzanzüge und ABC-Überschuhe" im amtlichen Lieferanzeiger und EU-weit veröffentlicht. Die

Absendung der Bekanntmachung zur Veröffentlichung im Amtsblatt der EG erfolgte am 30.6.2007.

Auftraggeber ist der Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung.

Auftragsgegenstand ist die Lieferung von ABC-Schutzanzügen (mittel/permeabel) und ABC-Überschuhen für die Jahre 2007 bis 2009 unter Einräumung einer Option für eine Vertragsverlängerung bis zum Jahr 2012.

Die Vergabe soll im offenen Verfahren erfolgen. Als Zuschlagsprinzip ist das Bestbieterprinzip festgelegt.

Der Lieferumfang ist in der Bekanntmachung der Ausschreibung mit ca. 17.000 Stk. ABC-Schutzanzügen (Position 1) und mit ca. 17.000 Paar ABC-Überschuhen (Position 2) angegeben. Der Lieferumfang der Option ist für die Position 1 mit voraussichtlich 2.500 Stk. pro Jahr und ebenso für die Position 2 mit voraussichtlich 2.500 Paar pro Jahr angegeben.

In der Ausschreibung werden Teilangebote für die Leistungsposition 1 (Lieferung von ABC-Schutzanzügen) und für die Leistungsposition 2 (Lieferung von ABC-Überschuhen) für zulässig erklärt.

Die Angebotsfrist wurde ursprünglich mit 22.8.2007 festgelegt, jedoch in der Folge vom Auftraggeber auf 3.10.2007 verlängert.

Die Angebotsöffnung erfolgte am 3.10.2007.

Insgesamt legten 6 Bieter, darunter die A*** (im Folgenden Antragsteller), (Teil)angebote zur Leistungsposition 1 (Lieferung von ABC-Schutzanzügen). Zur Leistungsposition 2 (Lieferung von ABC-Überschuhen) wurde nur von einem Bieter ein Angebot gelegt.

Der Angebotspreis des Antragstellers belief sich auf Euro 1.744.910,- exkl. USt.

Mit Schreiben vom 7.11.2007 teilte der Auftraggeber dem Antragsteller das Ausscheiden seines Angebotes mit der Begründung mit, dass der von ihm für die Position 1 angebotene Preis, nicht - wie in der Ausschreibung gefordert - ein ausschließlich der Preisanpassung gemäß den Ausschreibungsbestimmungen unterliegender Festpreis sei.

Mit Schriftsatz vom 21.11.2007 brachte der Antragsteller einen Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens seines Angebotes beim Bundesvergabebeamten ein, begehrte die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und stellte gleichzeitig einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 28.11.2007, GZ: N/0112- BVA/14/2007-5, teilweise stattgegeben und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 2.1.2008 untersagt, im Vergabeverfahren "Lieferauftrag über ABC-Schutzanzug mittel/permeabel und ABC-Überschuhe (GZ: E90037/4/00-00-RD-ARWT/KA/2007)", den Zuschlag zu erteilen.

In seinem Nachprüfungsantrag brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor:

Das Bundesministerium für Landesverteidigung führe als Auftraggeber ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrages durch. Auftragsgegenstand seien in Pos. 1 ABC-Schutzanzüge mittel/permeabel und in Pos. 2 ABC-Überschuhe. Teilangebote (positionsweise) seien zulässig. Der Zuschlag solle auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgen.

Der Antragsteller habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot über Pos. 1 gelegt. Mit Telefax vom 7.11.2007 sei ihm die Ausscheidensentscheidung gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG bekannt gegeben worden. Begründend sei angeführt worden, dass der vom Antragsteller angebotene Preis für die Pos. 1, nicht - wie in der Ausschreibung gefordert - ein Festpreis gewesen sei, der ausschließlich der Preisanpassung gemäß den Ausschreibungsbestimmungen unterliege. Der Antragsteller habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot über Pos. 1 gelegt. Mit Telefax vom 7.11.2007 sei ihm die Ausscheidensentscheidung gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG bekannt gegeben worden. Begründend sei angeführt worden, dass der vom Antragsteller angebotene Preis für die Pos. 1, nicht - wie in der Ausschreibung gefordert - ein Festpreis gewesen sei, der ausschließlich der Preisanpassung gemäß den Ausschreibungsbestimmungen unterliege.

Der Gesamtangebotspreis des Antragstellers betrage Euro 1.744.910,-- exkl. Ust. Laut Niederschrift über die Angebotsöffnung sei das Angebot des Antragstellers als billigstes Angebot zu werten.

Die Ausschreibungsbestimmungen würden auf Seite 2 unter der Überschrift "Festpreis" festhalten, dass die im Leistungsverzeichnis angeführte Leistung [...] mit Einzel- und Gesamtfestpreisen zu versehen und exkl. USt.,

Erwerbsteuer, Zoll und EUST in Österreich in Euro anzubieten sei. Die Verpackungskosten seien im Preis inbegriffen. Für das Jahr 2008 werde ein Festpreis vereinbart.

Unter der Überschrift "Preisanpassung" laute es: "Für das Jahr 2009 und die allfälligen Option wird vereinbart: Es wird ausdrücklich Wertbeständigkeit der Forderung (plus Nebenforderung) vereinbart. Als Maß zur Berechnung der Preisanpassung dient der von der Statistik Austria monatlich verlaubliche Verbraucherpreisindex 00 bzw. der von Amts wegen an seine Stelle tretende Index, zum Zeitpunkt 1. Jänner 2008

[...]".

Eine Zuschlagsentscheidung sei noch nicht gefällt worden.

Halte der Auftraggeber an seiner Ausscheidensentscheidung fest, so verletze er das Recht des Antragstellers auf vergaberechtskonforme Bieterbehandlung und Nichtausscheiden seines Angebotes. Im Falle der Zuschlagserteilung auf ein anderes Angebot würde dem Antragsteller ein Gewinn von mindestens 4% seines Angebotes, somit ca. Euro 70.000,-, entgehen. Weiters seien dem Antragsteller bereits Kosten für die Rechtsvertretung entstanden.

Der Antragsteller erachte sich in seinen Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere in seinem Recht, nur aus den im Gesetz vorgesehenen Gründen ausgeschieden zu werden, verletzt. Die angefochtene Ausscheidensentscheidung sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss. Das Angebot des Antragstellers weise den niedrigsten Preis auf und würde eine Zuschlagsentscheidung mit großer Wahrscheinlichkeit zu Gunsten seines Angebotes ausfallen.

Gründe der Rechtswidrigkeiten:

Das Angebot entspreche den Ausschreibungsbestimmungen:

Das Angebot des Antragstellers sei mit der Begründung ausgeschieden worden, dass der angebotene Preis für die Position 1 - nicht wie in der Ausschreibung gefordert - ein Festpreis gewesen sei, der ausschließlich der Preisanpassung gemäß den Ausschreibungsbestimmungen unterliege.

Richtig sei, dass die Ausschreibungsbestimmungen betreffend Festpreis und Preisanpassung bei objektiver Beurteilung so zu verstehen gewesen seien, dass für das Jahr 2007, 2008 und 2009 jeweils ein anderer (Fest-)Preis angegeben werden habe können.

Argument 1 (Pluralform in der Wortfolge "mit Einzel- und Gesamtfestpreisen zu versehen"):

Auf Seite 2 der Ausschreibung heiße es unter der Überschrift "Festpreise": "Die im Leistungsverzeichnis angeführte Leistung ist mit Einzel- und Gesamtfestpreisen zu versehen ...".

Eine grammatikalische Interpretation der verwendeten Pluralform (arg. -festpreise) ergebe, dass im Leistungsverzeichnis mehrere Einzelfestpreise und Gesamtfestpreise anzugeben seien. Wollte der Auftraggeber nur einen Einzel- und einen Gesamtfestpreis, müsste es nach den Regeln der deutschen Sprache heißen: "Die im Leistungsverzeichnis angeführte Leistung ist mit einem Einzel- und Gesamtfestpreis zu versehen ...".

Argument 2 (Leistungsverzeichnis sieht pro Jahr Bieterlücken vor):

Das Verständnis des Antragstellers, dass hier mehrere Preise anzugeben gewesen seien, werde auch durch die Strukturierung des Leistungsverzeichnisses gestützt. Das Leistungsverzeichnis sehe in Form einer Tabelle für die Jahre 2007, 2008 und 2009 jeweils eine eigene Zeile vor, in der der Einzelfestpreis und der Gesamtfestpreis pro Jahr angegeben werden könnten. Der Antragsteller habe daher davon ausgehen können, dass im Leistungsverzeichnis unterschiedliche Preise einzutragen gewesen seien. Eine andere Interpretation der Ausschreibungsbestimmungen würde mit den im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Bieterlücken im Widerspruch stehen.

Argument 3 [Unklare Wortfolge "... der Forderung (plus Nebenforderung) ..."]:

In der Ausschreibung heiße es auf Seite 2 unter der Überschrift "Festpreis": "Für das Jahr 2008 wird ein Festpreis vereinbart". Unter der Überschrift "Preisanpassung": "Für das Jahr 2009 und die allfälligen Optionen wird vereinbart: Es wird ausdrücklich Wertbeständigkeit der Forderung (plus Nebenforderung) vereinbart. Als Maß zur Berechnung der Preisanpassung dient der von der Statistik Austria monatlich verlaubliche Verbraucherpreisindex 00 bzw. der von Amtswegen an seine Stelle tretende Index, zum Zeitpunkt 1. Jänner 2008".

Hiermit habe der Auftraggeber eine höchst unklare Bestimmung geschaffen. Er hätte statt "... Wertbeständigkeit der Forderung (plus Nebenforderung) ..." schreiben müssen: "...

Wertbeständigkeit des Angebotspreises für 2008 ...". Der

Auftraggeber habe sich jedoch unklar ausgedrückt und

missverständliche Worte verwendet. Die Worte "Forderung (plus

Nebenforderung)" könnten sich nämlich sowohl auf den in der

Tabelle des Leistungsverzeichnisses in der Bieterlücke für das

Jahr 2009 auszuführenden Preis als auch auf den vorhergehenden

Absatz beziehen. Beide Interpretationen seien möglich. Dadurch,

dass der Auftraggeber statt "... Wertbeständigkeit des

Angebotspreises für 2008 ..." andere Worte verwendet habe,

nämlich "... Wertbeständigkeit der Forderung (plus

Nebenforderung) ...", ergebe der objektive Erklärungswert, dass er von dem Zusammenhang des vorhergehenden Absatzes (Festpreis) absichtlich abgehen habe wollen. Nur wer hievon absichtlich abgehen wolle, verwende andere Begriffe.

Argument 4 (Unklare Wortfolge: "Für das Jahr 2009 ..."):

Die Wortfolge "Für das Jahr 2009 ..." des Satzes: "Für das Jahr 2009 und die allfällige Option wird vereinbart: Es wird ausdrücklich Wertbeständigkeit der Forderung (plus Nebenforderung) vereinbart" beziehe sich - in Zusammenschau mit der Bieterlücke des Leistungsverzeichnisses für das Jahr 2009 und der Option - auf den dafür auszufüllenden Angebotspreis. Dieser Satz müsse daher so verstanden werden, dass der Auftraggeber ausdrücklich Wertbeständigkeit für den Angebotspreis für das Jahr 2009 und die allfällige Option vereinbaren habe wollen. Unter Anwendung der systematischen Interpretationsregeln werde ersichtlich, dass nach den Ausschreibungsbestimmungen zulässig sein müsse, für das Jahr 2009 einen gesonderten Angebotspreis anzugeben.

Argument 5 (Indexierung zum 1.1.2008):

Aus der gesonderten Regelung der Preisanpassung für das Jahr 2009 und die Option werde deutlich, dass für das Jahr 2009 und die Option ein eigener, neuer Angebotspreis gelten müsse. Dieser Preis unterscheide sich von den Preisen für das Jahr 2008, denn es handle sich um keinen Festpreis, sondern um einen veränderlichen Preis, der einer Indexierung, nämlich dem VPI 2000 zum 1.1.2008 unterliege. Da die Indexzahl zum 1.1.2008 als Ausgangsbasis zur Berechnung der Wertsicherung diene und es sich damit um einen Index handle, der zum Zeitpunkt der Angebotslegung am 3.10.2007 noch unbekannt sei, sei der Schluss zulässig, dass sich die Wertsicherung für das Jahr 2009 und die Option auf einen dafür angesetzten gesonderten Angebotspreis beziehen müssten.

Argument 6 (Lieferung unterschiedlicher Stückzahl pro Jahr):

Im Leistungsverzeichnis werde für jedes Jahr eine unterschiedliche Stückzahl an zu liefernden ABC-Schutzanzügen angegeben. Daraus könne abgeleitet werden, dass unterschiedliche Einzelfestpreise angegeben werden könnten. Die Kalkulation des Einzelfestpreises ergebe bei einer Bestellmenge von 2200 Stück (im Jahr 2007) einen anderen Preis als bei einer Bestellmenge von 3880 Stück (im Jahr 2008) oder von 3420 Stück (im Jahr 2009).

Argument 7 (gleiches Verständnis durch andere Bieter):

Bei der Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen komme es darauf an, wie diese bei objektiver Beurteilung der Sache vom Bieter zu verstehen gewesen seien. Dem Antragsteller sei vom zuständigen Sachbearbeiter des Auftraggebers mitgeteilt worden, dass ein weiterer Bieter die Ausschreibungsbestimmungen betreffend Festpreise und Wertsicherung in der gleichen Weise wie der Antragsteller interpretiert habe. Dieser Bieter habe für jedes Jahr (2007, 2008 und 2009) einen Einzel- und Gesamtfestpreis ausgewiesen und sei ebenfalls ausgeschieden worden. Daraus sei erkennbar, dass die Ausscheidensentscheidung zu Unrecht erfolgt sei, da das Angebot des Antragstellers den Ausschreibungsunterlagen in ihrem objektiven Erklärungswert entspreche.

Argument 8 (Zusammenhang mit Ausschreibung im Jahr 2005):

Der Auftraggeber habe im Jahr 2005 eine Ausschreibung über die gleichen Produkte durchgeführt, welche jedoch in der Folge widerrufen worden sei, da keiner der Bieter die technischen Anforderungen erfüllen habe können. Auch der Antragsteller habe im Jahr 2005 ein Angebot gelegt. In der Ausschreibung 2005 seien Festpreise gefordert gewesen. In Pkt. A.6 der Ausschreibungsbestimmungen im Jahr 2005 habe es geheißen: "Die im Leistungsverzeichnis angeführte Leistung ist mit Einzel- und Gesamtfestpreisen zu versehen und exkl. USt., Erwerbssteuer, Zoll und EUSt. in Österreich in Euro anzubieten, die ohne Rücksicht auf allenfalls eintretende Änderungen der Preisgrundlagen unter allen Umständen bis zur vollständigen Erfüllung der Leistung unveränderlich bleiben".

Wie sich aus der Übersicht des Auftraggebers über die abgegebenen Preise ergebe, seien damals von den Bieter zulässigerweise unterschiedliche Preise pro Jahr angegeben worden. Der 2. Halbsatz habe damals verdeutlicht, dass die anzugebenden Einzel- und Gesamtfestpreise in allen 3 Jahren Festpreise seien.

In der gegenständlichen Ausschreibung finde sich der erste Halbsatz unter dem Punkt "Festpreis" aus dem Jahr 2005 unverändert wieder ("Die im Leistungsverzeichnis angeführte Leistung ist mit Einzel- und Gesamtfestpreisen zu versehen und exklusive USt, Erwerbsteuer, Zoll und EUSt in Österreich in Euro anzubieten."). Unter dem - im Vergleich zu 2005 - neu eingefügten Punkt "Preisanpassung" würden für das Jahr 2009 und die Option veränderliche Preise geregelt.

Das Leistungsverzeichnis der Ausschreibung des Jahres 2005 mit Bieterlücken für Fixpreise pro Jahr sei ident mit dem Leistungsverzeichnis der gegenständlichen Ausschreibung. Bei identem Leistungsverzeichnis könne die Bestimmung in der Ausschreibungsunterlage, dass die im Leistungsverzeichnis angeführte Leistung mit Einzel- und Gesamtfestpreisen zu versehen sei, von einem Bieter nicht anders verstanden werden, als dass hier unterschiedliche Preise eingesetzt werden könnten, die im Fall der Preise für das Jahr 2009 (und der Option) einer Preisanpassung unterworfen wären.

Schlussfolgerung:

Es könne davon ausgegangen werden, dass für das Jahr 2009 und die Option ein eigener Preis anzubieten gewesen sei, weil eine eigene Bieterlücke für diesen Teil vorhanden gewesen sei. Die Bieterlücke sei zwar mit "Festpreis" betitelt gewesen, im Zusammenhang mit den schriftlichen Ausführungen sei man aber vor der Wahl gestanden, die Bieterlücke nicht auszufüllen und deswegen ausgeschieden zu werden oder diese so zu verstehen, dass der dort auszufüllende Preis die Basis für die Indexierung sei.

Die vom Antragsteller gewählte Variante sei auch deshalb als die "richtigere" erschienen, da eine Option im Bezug auf ihre Kalkulierbarkeit zwingend eine getrennte Preisstaffel erfordere. Da es bei einer Option per definitionem unsicher sei, ob diese gezogen werde, sei sie aus Bietersicht anders zu kalkulieren. Aus Auftraggebersicht wäre eine Bewertung einer Option, die mit der gleichen Preisbildung wie eine Fixmenge (die gegenständlich für das Jahr 2009 zwar immer noch gegeben, wohl aber viel kleiner sei) vorgegeben werde, eine Irreführung. Sie würde bedeuten, dass die Wahrscheinlichkeit, dass die Option gezogen werde, 100% sei. Dies wäre jedoch keine Option. Dass der Auftraggeber diese Fehlbezeichnung beabsichtigt habe, könne nicht unterstellt werden. Die objektive Bedeutung der Ausschreibungsbestimmungen lasse die Angabe unterschiedlicher Preise pro Jahr zu und sei das Angebot des Antragstellers somit zu Unrecht ausgeschieden worden.

Es sei unbestritten, dass die gegenständliche Ausschreibung mangels Anfechtung bestandfest geworden sei. Unbestritten sei aber auch, dass eine Durchbrechung der Präklusion bei Mangelhaftigkeit der Ausschreibung dann anzunehmen sei, wenn auf der Grundlage der Ausschreibung die Ermittlung des Bestbieters nicht möglich sei. Genau dies sei hier der Fall. Die Ausschreibungsbestimmungen seien mit einem Mangel behaftet, der nicht präkludiert sei, da auf Grund des Mangels eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht hergestellt werden könne und folglich die Ermittlung des Bestangebotes nicht möglich sei. Die Angaben des Auftraggebers zum Zuschlagskriterium Preis seien derart widersprüchlich, dass die von den Bieter angegebenen Preise nicht verglichen werden könnten.

Der Auftraggeber nahm mit Schriftsatz vom 30.11.2007 zum Nachprüfungsantrag im Wesentlichen wie folgt Stellung:

Der Auffassung des Antragstellers, dass nach objektiver Beurteilung die Ausschreibungsbestimmungen so zu verstehen gewesen seien, dass für die Jahre 2007, 2008 und 2009 jeweils ein anderer Festpreis angegeben werden habe können, könne keinesfalls näher getreten werden:

Argument 1 (Pluralform in der Wortfolge "mit Einzel- und Gesamtfestpreisen zu versehen"):

Da die Ausschreibungsbestimmungen für die Position 1 - ABC-Schutzanzug mittel/permeabel und für die Position 2 - ABC-Überschuhe gelten würden und ein Bieter auch beide Positionen anbieten habe können, sei die gewählte Pluralform im Ausschreibungstext richtig gewählt worden. Ergänzend dazu sei im Leistungsverzeichnis in der Spalte 1 - jeweils eindeutig für die Pos. 1 bzw. Pos. 2 für die geforderte Gesamtmenge für die Jahre 2007-2009 (Spalte 2) - unter Zugrundelegung der Einheit "Stück" (Spalte 3) die Auspreisung für den im Singular geforderten Einzelfest- bzw. Gesamtfestpreis (Spalte 5 und 6) gefordert gewesen.

Argument 2 (Leistungsverzeichnis sehe pro Jahr Bieterlücken vor):

Die im Leistungsverzeichnis getroffene Aufteilung in unterschiedliche Stückzahlen für die einzelnen Jahre diene dazu, die jährliche Liefermenge und den Größenschlüssel ersichtlich zu machen, um dem Bieter die Kalkulation zu erleichtern. Durch die Verwendung der Worte "Einzelfest- und Gesamtfestpreis" ergebe sich eindeutig, dass jeweils nur ein Preis pro Position einzusetzen gewesen sei. Würde man das Argument der Antragstellerin weiterverfolgen, hätte diese auch die Option auspreisen müssen bzw. ihr auffallen müssen, dass es keine eigene Zeile für die Auspreisung der Option im Leistungsverzeichnis gebe. Die Strukturierung des Leistungsverzeichnisses sei auch deswegen kein Argument für mehrere Preise, da das Leistungsverzeichnis für die Jahre 2007, 2008 und 2009 keine eigenen Zeilen vorsehe, sondern die gesamte Tabelle nur Spalten kenne. Spätestens zu diesem Zeitpunkt hätte der Antragsteller eine Bieteranfrage zum Thema "Preis" stellen müssen. Es sei deutlich für jeden objektiven Betrachter erkennbar gewesen, dass nicht mehrere Preise zulässig seien.

Argument 3 [Unklare Wortfolge "... der Forderung (plus Nebenforderung) ..."]:

Die Festlegung eines Festpreises für einen längeren Zeitraum als für die Dauer von 12 Monaten würde dem BVergG widersprechen (vgl. § 24 Abs. 7 BVergG). Im Hinblick darauf sei daher die Preisanpassung des Festpreises auf Basis des von der Statistik Austria herausgegebenen Mustertextes im "Handbuch für den Wertsicherungsrechner" laut Ausschreibungsbestimmungen gefordert gewesen. Die Festlegung eines Festpreises für einen längeren Zeitraum als für die Dauer von 12 Monaten würde dem BVergG widersprechen vergleiche Paragraph 24, Absatz 7, BVergG). Im Hinblick darauf sei daher die Preisanpassung des Festpreises auf Basis des von der Statistik Austria herausgegebenen Mustertextes im "Handbuch für den Wertsicherungsrechner" laut Ausschreibungsbestimmungen gefordert gewesen.

Entgegen der Ansicht des Antragstellers habe der Auftraggeber keine unklaren und missverständlichen Bestimmungen geschaffen. Schon aus dem "Herausrücken" der Punkte "Festpreis" und "Preisanpassung" und durch die Großschreibung werde deutlich, dass es sich im Jahr 2008 um einen Festpreis handle und es für das Jahr 2009 und die allfällige Option zu einer Preisanpassung des im Absatz davor erwähnten Festpreises 2008 kommen solle.

Argument 4 (unklare Wortfolge "... für das Jahr 2009..."):

Gerade aus dem Wortlaut des zitierten Satzes sei eindeutig ersichtlich, dass der für den Festpreiszeitraum 2007 und 2008 auszufüllende Angebotspreis der Wertbeständigkeit - und damit der Preisgleitregelung - unterliege. Dies werde durch den Bezugszeitpunkt der Preisanpassung "Beginn 2008" untermauert, da für den absehbaren Zeitraum "2007 und 2008" zum Zeitpunkt der Angebotslegung im Oktober 2007 das Anbieten eines "aktuellen gerechten Preises" möglich sei. Die Ausschreibungsbestimmungen der Seite 2 würden keinerlei Voraussetzungen bieten, von einer konstruierten, nicht vorgegebenen Bieterlücke und damit der Möglichkeit der Ausfüllung eines zweiten Festpreises, näher zu treten.

Argument 5 (Indexierung zum 1.1.2008):

Da es - wie bereits darauf hingewiesen - grundsätzlich unzulässig sei, länger als für 12 Monate einen Festpreis zu vereinbaren, habe der Auftragnehmer dann die Möglichkeit, seine gestiegenen Kosten nach dem Preisindexverfahren geltend zu machen. Aus der vorgegebenen Regelung der Preisanpassung werde deutlich, dass nicht ein neuer Angebotspreis, sondern ein durch die Preisanpassung allenfalls gesteigener Angebotspreis für spätere Zeiträume, beispielsweise für die Option, gelte. Gerade eine Indexzahl, die im Festpreiszeitraum liege, sei als Ausgangsbasis zur Berechnung der Wertsicherung bestens geeignet, wodurch der Schluss, dass sich die Wertsicherung auf einen gesonderten Angebotspreis beziehen müsse, abzulehnen sei.

Argument 6 (Lieferung unterschiedlicher Stückzahl pro Jahr):

In den Ausschreibungsbestimmungen seien Teilangebote positionsweise zulässig und auch die Vergabe erfolge

demgemäß positionsweise. Im Zusammenhalt mit dem Leistungsverzeichnis ergebe sich eindeutig, dass bei jeder Position nur ein Einzelfestpreis und ein Gesamtfestpreis anzugeben gewesen seien. Unterschiedliche Einzelfestpreise seien daraus nicht ableitbar und auch nicht beabsichtigt. Die Strukturierung des Leistungsverzeichnisses biete auch deswegen kein Argument für mehrere Preise, wie der Antragsteller behaupte, da das Leistungsverzeichnis für die Jahre 2007, 2008 und 2009 keine eigenen Zeilen vorsehe, sondern die gesamte Tabelle nur Spalten kenne.

Argument 7 (gleiches Verständnis durch andere Bieter):

Schon bei der Angebotsöffnung, bei der der Antragsteller anwesend gewesen sei, sei ersichtlich gewesen, dass sowohl beim Angebot des Antragstellers als auch beim Angebot eines zweiten Bieters der Teilgesamtpreis fehle. Von der Sachbearbeiterin sei lediglich telefonisch bestätigt worden, dass alle Bieter gleich behandelt und Angebote mit dem gleichen Mangel ausgeschieden würden.

Argument 8 (Zusammenhang mit Ausschreibung im Jahr 2005):

Wie der Antragsteller selbst richtig wiedergebe, entspreche die Ausschreibung 2007 nicht der Ausschreibung 2005.

Auf Grund der Vorlage eines gleichen Leistungsverzeichnisses, jedoch unterschiedlicher Ausschreibungsbestimmungen, könne nicht der Schluss gezogen werden, dass die Leistungsverzeichnisse gleich auszufüllen gewesen seien. Da im Jahr 2005 keine Indexanpassung gefordert gewesen sei, seien verschiedene Festpreise angeboten worden.

Conclusio:

Die Preisänderung für die ausgeschriebene Stückzahl für das Jahr 2009 und die Option, die der Preisleitregelung unterliegen würde, kämen erst mit der Preisanpassung zu Stande. Eine Rechtswidrigkeit sei durch das Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers nicht entstanden.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 2.1.2007, GZ: N/0112- BVA/14/2007-8, wurde die mit Bescheid vom 28.11.2007, GZ: 0112- BVA/14/2007-5, erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 329 Abs. 3 BVergG insoweit von Amts wegen erstreckt, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 13.2.2008 untersagt wurde, hinsichtlich der Leistungsposition 1 (Lieferung über ABC-Schutzanzug mittel/permeabel) den Zuschlag zu erteilen. Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 2.1.2007, GZ: N/0112- BVA/14/2007-8, wurde die mit Bescheid vom 28.11.2007, GZ: 0112- BVA/14/2007-5, erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG insoweit von Amts wegen erstreckt, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 13.2.2008 untersagt wurde, hinsichtlich der Leistungsposition 1 (Lieferung über ABC-Schutzanzug mittel/permeabel) den Zuschlag zu erteilen.

Mit Schriftsatz vom 3.1.2008 erstattete der Antragsteller eine weitere Stellungnahme, in der er im Wesentlichen vorbrachte, dass es im Hinblick auf das Vorliegen eines "Wurzelmangels" der Ausschreibung zur Durchbrechung der Präklusion komme. Der EuGH habe in seiner Entscheidung vom 11.10.2007, Rs C-241/06 (Laemmerz GmbH) ausgesprochen, dass eine Ausschlussfrist unter konkreten Umständen zu einem Verstoß gegen Grundsätze des Vergabeverfahrens führe und unter diesen Umständen unangewendet zu bleiben habe. Genau dies sei auch hier der Fall, da der Antragsteller von der Auswirkung der unklaren Klauseln betreffend die Festpreise und die Preisanpassung auf die Vergleichbarkeit der Angebote erst zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung bzw. zum Zeitpunkt der Ausscheidensentscheidung Kenntnis erlangt habe. Er habe hievon jedenfalls erst zu einem Zeitpunkt Kenntnis erlangt, zu dem die Frist zur Anfechtung der Ausschreibung bereits abgelaufen gewesen sei.

Weiters brachte der Antragsteller vor, dass die vom Auftraggeber reklamierte Unterlassung einer Bieteranfrage eine bloße Obliegenheitsverletzung darstellen würde.

Am 10.1.2008 fand eine mündliche Verhandlung statt, in der die Parteien ergänzend wie folgt vorbrachten:

Die Vorsitzende stellte an den Antragsteller die Frage, ob sein Verständnis der Ausschreibung bedeute, dass ein gegenüber dem Jahr 2008 neu angebotener und ohnehin schon erhöhter Angebotspreis im Wege der in der Ausschreibung festgelegten Indexierungsformel ein weiteres Mal erhöht werden solle und ob dies üblich sei.

Der Antragstellervertreter verwies darauf, dass dies in der Baubranche üblich sei und auch in der Ausschreibung des Jahres 2005 der Fall gewesen sei. Die Vorsitzende stellte fest, dass es sich gegenständlich nicht um die Baubranche, sondern um einen Lieferauftrag handle. Das aus der Baubranche kommende Senatsmitglied DI Kleiner stellte hiezu

fest, dass dies auch in der Baubranche nicht üblich sei. Der Antragsteller (Frau B***) gab zu Protokoll, dass die Indexierung ohnehin nur im Falle von Preissteigerungen und auf schriftlichen Antrag des Bieters zustande komme.

Der Antragstellervertreter brachte weiters vor, dass die in der Ausschreibung vorgesehenen Preise für 2009 und die allfällige Option - hinsichtlich ihrer Maßgeblichkeit - einem längeren Zeitraum als 12 Monate unterliegen könnten, sodass auch diese Preise zu valorisieren seien.

Der Antragsteller (Frau B***) erklärte, dass der Preis für die Option der Preis für das Jahr 2009 bzw. der sich aus der Indexierung ergebende Preis sei.

Unklarheiten habe es laut Aussage von Frau B*** nicht gegeben, weshalb auch keine Bieteranfrage gestellt worden sei.

B. Rechtliche Beurteilung:

1. 1.Ziffer eins

Anwendbare Rechtslage:

Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), BGBl I Nr. 17/2006, wurde mit BGBl I Nr. 86/2007, kundgemacht im Bundesgesetzblatt am 26.11.2007, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 86/2007, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008, in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, kundgemacht im Bundesgesetzblatt am 26.11.2007, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008, in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs. 13 Z 1 letzter Satz BVerG 2006 in der Fassung der zitierten Novelle sind jedoch im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86 /2007, bereits eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Das Vergabeverfahren war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007, bereits eingeleitet. Daraus folgt, dass der Auftraggeber dem gegenständlichen Vergabeverfahren die Regelungen des BVerG 2006 in seiner Stammfassung des BGBl I Nr. 17/2006, zu Grunde zu legen hat. Ebenso hat das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens die Regelungen des BVerG 2006 in seiner Stammfassung des BGBl I Nr. 17/2006, als Prüfmassstab heranzuziehen. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer eins, letzter Satz BVerG 2006 in der Fassung der zitierten Novelle sind jedoch im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, bereits eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Das Vergabeverfahren war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, bereits eingeleitet. Daraus folgt, dass der Auftraggeber dem gegenständlichen Vergabeverfahren die Regelungen des BVerG 2006 in seiner Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zu Grunde zu legen hat. Ebenso hat das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens die Regelungen des BVerG 2006 in seiner Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, als Prüfmassstab heranzuziehen.

Gemäß § 345 Abs. 13 Z 2 2. Satz BVerG 2006 in der Fassung der zitierten Novelle sind auch im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren vom Bundesvergabeamt nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007, beim Bundesvergabeamt anhängig. Daraus folgt, dass das gegenständliche Nachprüfungsverfahren vom Bundesvergabeamt nach den Regelungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in seiner Stammfassung des BGBl I Nr. 17/2006, zu Ende zu führen ist. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer 2, 2. Satz BVerG 2006 in der Fassung der zitierten Novelle sind auch im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren vom Bundesvergabeamt nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, beim Bundesvergabeamt anhängig. Daraus folgt, dass das gegenständliche Nachprüfungsverfahren vom Bundesvergabeamt nach den Regelungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in seiner Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zu Ende zu führen ist.

1. 2.Ziffer 2

Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages:

Der Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG. Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG im Oberschwellenbereich (§ 12 Abs. 1 BVergG). Der Auftraggeber gab den geschätzten Auftragswert für das gesamte Vorhaben mit Euro 2.850.000,00 (ohne USt) an, wobei der geschätzte Auftragswert für Pos.1) (ABC-Schutzanzug) ca. Euro 2.100.000,00 und für Pos.2) (ABC-Überschuhe) Euro 750.000,00 beträgt. Der Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG im Oberschwellenbereich (Paragraph 12, Absatz eins, BVergG). Der Auftraggeber gab den geschätzten Auftragswert für das gesamte Vorhaben mit Euro 2.850.000,00 (ohne USt) an, wobei der geschätzte Auftragswert für Pos.1) (ABC-Schutzanzug) ca. Euro 2.100.000,00 und für Pos.2) (ABC-Überschuhe) Euro 750.000,00 beträgt.

Der Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens des Angebotes wurde rechtzeitig innerhalb der Frist des § 321 Abs. 1 BVergG eingebracht und erfüllt die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 322 BVergG. Der Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens des Angebotes wurde rechtzeitig innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz eins, BVergG eingebracht und erfüllt die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Paragraph 322, BVergG.

1. 3.Ziffer 3

Zum Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens seines Angebotes:

Einleitend wird darauf hingewiesen, dass die verfahrensgegenständliche Ausschreibung mangels Anfechtung innerhalb der Frist des § 321 Abs. 2 BVergG bestandsfest geworden und somit vom Auftraggeber der Angebotsprüfung zu Grunde zu legen ist (vgl. VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234; 1.3.2007, 2005/04/0239; 19.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; BVA 11.4.2006, N/0001-BVA/02/2006-71, N/0017- BVA/04/2006-25, u.a.). Ein sog. Wurzelmangel, der, wie der Antragsteller behauptet, zur Durchbrechung der Präklusion führen würde, liegt auf Grund der gegenständlichen Fallkonstellation nicht vor. Daran vermag auch die vom Antragsteller ins Treffen geführte Entscheidung des EuGH vom 11.10.2007, Rs C- 241 /06 (Laemmerz GmbH), nichts zu ändern, der ein Sachverhalt zu Grunde gelegen ist, der sich von dem hier zu beurteilenden Sachverhalt gänzlich unterscheidet. Im gegenständlichen Fall waren nämlich dem Antragsteller die seiner Ansicht nach unklaren Ausschreibungsbestimmungen, somit jene Umstände, durch die er sich allenfalls zu einer Anfechtung der Ausschreibung veranlasst gesehen haben hätte können, im Gegensatz zu dem der zitierten EuGH-Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt, von Anfang an bekannt. Einleitend wird darauf hingewiesen, dass die verfahrensgegenständliche Ausschreibung mangels Anfechtung innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz 2, BVergG bestandsfest geworden und somit vom Auftraggeber der Angebotsprüfung zu Grunde zu legen ist vergleiche VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234; 1.3.2007, 2005/04/0239; 19.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; BVA 11.4.2006, N/0001-BVA/02/2006-71, N/0017- BVA/04/2006-25, u.a.). Ein sog. Wurzelmangel, der, wie der Antragsteller behauptet, zur Durchbrechung der Präklusion führen würde, liegt auf Grund der gegenständlichen Fallkonstellation nicht vor. Daran vermag auch die vom Antragsteller ins Treffen geführte Entscheidung des EuGH vom 11.10.2007, Rs C- 241 /06 (Laemmerz GmbH), nichts zu ändern, der ein Sachverhalt zu Grunde gelegen ist, der sich von dem hier zu beurteilenden Sachverhalt gänzlich unterscheidet. Im gegenständlichen Fall waren nämlich dem Antragsteller die seiner Ansicht nach unklaren Ausschreibungsbestimmungen, somit jene Umstände, durch die er sich allenfalls zu einer Anfechtung der Ausschreibung veranlasst gesehen haben hätte können, im Gegensatz zu dem der zitierten EuGH-Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt, von Anfang an bekannt.

Den Angebotspreis betreffend, werden in der Ausschreibung folgende Regelungen getroffen:

"FESTPREIS: Die im Leistungsverzeichnis angeführte Leistung ist mit Einzel- und Gesamtfestpreisen zu versehen und exklusive USt, Erwerbsteuer, Zoll und EUSt in Österreich in EURO anzubieten. Die Verpackungskosten sind im Preis inbegriffen. Für das Jahr 2008 wird ein Festpreis vereinbart.

PREISANPASSUNG: Für das Jahr 2009 und die allfällige Option wird vereinbart: Es wird ausdrücklich Wertbeständigkeit der Forderung (plus Nebenforderungen) vereinbart: Als Maß zur Berechnung der Preisanpassung dient der von der STATISTIK AUSTRIA monatlich verlautbarte Verbraucherpreisindex 00 bzw. der von Amts wegen an seine Stelle tretende Index, zum Zeitpunkt 1. Jänner 2008. Als Bezugsgröße für Anpassungen gemäß diesem Vertrag dient die für den Monat der jeweiligen Abnahme errechnete Indexzahl. Schwankungen der Indexzahl nach oben oder unten bis ausschließlich 3 % bleiben unberücksichtigt. Diese Schwankungsbreite ist bei jedem Überschreiten nach oben oder unten neu zu

berechnen, wobei stets die erste außerhalb des jeweils geltenden Spielraums gelegene Indexzahl die Grundlage sowohl für die Neufestsetzung des Forderungsbetrages als auch für die Berechnung des neuen Spielraumes zu bilden hat. Alle Veränderungsraten sind auf eine gerundete Dezimalstelle zu berechnen. Der Antrag für die Preisanpassung ist schriftlich an BMLV/RD-ARWT/KA unter Beischluss der jeweiligen Belege zu stellen".

Nicht darstellbare Tabelle

Der Antragsteller hat demnach im Leistungsverzeichnis einen Festpreis für das Jahr 2008 und einen anderen - gegenüber dem Festpreis für das Jahr 2008 erhöhten Festpreis - für das Jahr 2009 angeboten.

Der Antragsteller vertritt die Auffassung, dass die Ausschreibungsbestimmungen betreffend den "Festpreis" und die "Preisanpassung" die Angabe jeweils unterschiedlicher Festpreise für die Jahre 2007, 2008 und 2009 ermöglichen würden und beruft sich hierzu auf die Verwendung der Pluralform in der Wortfolge "Die im Leistungsverzeichnis angeführte Leistung ist mit Einzel- und Gesamtfestpreisen zu versehen". Der Antragsteller vermeint also aus den Worten "ist mit Einzel- und Gesamtfestpreisen zu versehen", die Zulässigkeit der Angabe unterschiedlicher Festpreise ableiten zu können.

Diese Ansicht vermag das Bundesvergabeamt nicht zu teilen. Die Verwendung der Pluralform ("mit Einzel- und Gesamtfestpreisen") im Ausschreibungstext ist aus Sicht des Bundesvergabeamtes - den allgemeinen grammatikalischen Regelungen folgend - darauf zurück zu führen, dass sich unter der im Leistungsverzeichnis angeführten Leistung sowohl die Lieferung von ABC-Schutzanzügen (Pos. 1) als auch die Lieferung von ABC-Überschuhen (Pos. 2) befinden, somit zwei Leistungsinhalte, die gemäß den Ausschreibungsbestimmungen nicht nur als Gesamtleistung, sondern auch positionsweise angeboten werden können. Weiters findet der Gebrauch der Pluralform seine Begründung darin, dass der Einzelfestpreis und der sich aus der anzubietenden Stückzahl ergebende Gesamtfestpreis zwei Festpreise darstellen, was nach den allgemeinen Regeln der Grammatik ebenfalls die hier verwendete Pluralform bedingt.

Inwiefern die Verwendung der Pluralform allerdings auf die Zulässigkeit der Angabe mehrerer unterschiedlicher Festpreise für die einzelnen Jahre schließen lassen sollte, vermag das Bundesvergabeamt nicht zu erkennen.

Auch der Gestaltung des Leistungsverzeichnisses kann - entgegen der Auffassung des Antragstellers - nichts entnommen werden, was darauf hindeuten würde, dass für das Jahr 2008, für das Jahr 2009 und gegebenenfalls die Option, jeweils andere Festpreise angegeben werden hätten dürfen. Dass in der Tabelle des Leistungsverzeichnisses jeweils eine Spalte für den Einzelfestpreis und eine weitere Spalte für den Gesamtfestpreis vorgesehen sind, erklärt sich daraus, dass für die einzelnen Jahre unterschiedliche Stückzahlen anzubieten sind, weshalb sich - trotz gleicher Einzelfestpreise - notwendigerweise unterschiedliche Gesamtfestpreise ergeben, die im Interesse der Vergleichbarkeit der einzelnen Angebote für den Auftraggeber, vom Bieter im Leistungsverzeichnis ersichtlich zu machen sind. Das Leistungsverzeichnis ist zudem so strukturiert, dass dieses jeweils eine Spalte für den Einzelfestpreis und eine weitere Spalte für den Gesamtfestpreis enthält. Beide Spalten beziehen sich gleichermaßen auf die Jahre 2007, 2008 und 2009. Zeilen, aus denen - wie vom Antragsteller angenommen - geschlossen werden könnte, dass für jedes Jahr ein gesonderter Einzelfestpreis anzugeben wäre, sind in den Spalten nicht vorhanden. Hinzu kommt, dass das Leistungsverzeichnis, und in diesem die Preise, nach den hierfür maßgeblichen Ausschreibungsbestimmungen auszufüllen sind. Die Ausschreibungsbestimmungen sehen aber, wie nachstehend ausgeführt wird, die Angabe mehrerer unterschiedlicher Festpreise für die Jahre 2008, 2009 und die Option, nicht vor:

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914 ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (vgl. VwGH vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und dem folgend BVA 28.7.2006, N/0048-BVA/14/2006-28, BVA 23.11.2006, N/0083-

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

Die Art und Weise, wie die im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Erbringung der Grundleistung (für das Jahr 2008 und für das Jahr 2009) und für die Option (für die Jahre 2010 bis 2012) anzubietenden Preise zu bemessen sind, ist in der Ausschreibung für die Bieter objektiv und klar erkennbar geregelt: Unter der in Blockschrift gehaltenen Überschrift "FESTPREIS" wird der Angebotspreis für das Jahr 2008 geregelt, indem ein Festpreis normiert wird (vgl. "Für das Jahr 2008 wird ein Festpreis vereinbart"). In unmittelbarem Anschluss daran wird unter der ebenso in Blockschrift gehaltenen Überschrift "PREISANPASSUNG" der Angebotspreis für das Jahr 2009 und die allfällige Option geregelt (vgl. "PREISANPASSUNG: Für das Jahr 2009 und die allfällige Option wird vereinbart:"), der anhand einer im einzelnen dargelegten Preisanpassung zu errechnen ist. Für das Jahr 2009 und für die Option ist demnach, anders als der ausdrücklichen Regelung für das Jahr 2008 zur Folge, kein gesonderter, vom Festpreis für das Jahr 2008 verschiedener Angebotspreis anzugeben, sondern es wird der für das Jahr 2008 anzugebende Festpreis entsprechend den Vorgaben in der Ausschreibung "preisangepasst" (arg. "Für das Jahr 2009 und die

Die Art und Weise, wie die im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Erbringung der Grundleistung (für das Jahr 2008 und für das Jahr 2009) und für die Option (für die Jahre 2010 bis 2012) anzubietenden Preise zu bemessen sind, ist in der Ausschreibung für die Bieter objektiv und klar erkennbar geregelt: Unter der in Blockschrift gehaltenen Überschrift "FESTPREIS" wird der Angebotspreis für das Jahr 2008 geregelt, indem ein Festpreis normiert wird vergleiche "Für das Jahr 2008 wird ein Festpreis vereinbart"). In unmittelbarem Anschluss daran wird unter der ebenso in Blockschrift gehaltenen Überschrift "PREISANPASSUNG" der Angebotspreis für das Jahr 2009 und die allfällige Option geregelt vergleiche "PREISANPASSUNG: Für das Jahr 2009 und die allfällige Option wird vereinbart:"), der anhand einer im einzelnen dargelegten Preisanpassung zu errechnen ist. Für das Jahr 2009 und für die Option ist demnach, anders als der ausdrücklichen Regelung für das Jahr 2008 zur Folge, kein gesonderter, vom Festpreis für das Jahr 2008 verschiedener Angebotspreis anzugeben, sondern es wird der für das Jahr 2008 anzugebende Festpreis entsprechend den Vorgaben in der Ausschreibung "preisangepasst" (arg. "Für das Jahr 2009 und die

allfällige Option wird vereinbart: ... "Als Maß zur Berechnung der Preisanpassung ... zum Zeitpunkt 1. Jänner 2008").

Wenngleich, wie der Antragsteller zutreffend vorbringt, in der Wortfolge "Es wird ausdrücklich Wertbeständigkeit der Forderung (plus Nebenforderungen) vereinbart", zwar der ausdrückliche Zusatz "für das Jahr 2008" fehlt, musste ein durchschnittlicher, fachkundiger Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt davon ausgehen (vgl. EuGH vom 4.12.2003, Rs C-448/01, EVN-AG Wien Strom GmbH, VwGH 17.11.2004, Zl. 2002/04/0078), dass mit jener Forderung, für die Wertbeständigkeit vereinbart wird, nur die Forderung für den Angebotspreis für das Jahr 2008 gemeint sein kann. Wenngleich, wie der Antragsteller zutreffend vorbringt, in der Wortfolge "Es wird ausdrücklich Wertbeständigkeit der Forderung (plus Nebenforderungen) vereinbart", zwar der ausdrückliche Zusatz "für das Jahr 2008" fehlt, musste ein durchschnittlicher, fachkundiger Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt davon ausgehen vergleiche EuGH vom 4.12.2003, Rs C-448/01, EVN-AG Wien Strom GmbH, VwGH 17.11.2004, Zl. 2002/04/0078), dass mit jener Forderung, für die Wertbeständigkeit vereinbart wird, nur die Forderung für den Angebotspreis für das Jahr 2008 gemeint sein kann.

Dies ergibt sich schon aus dem systematischen Zusammenhang der Regelung. Zunächst wird, wie bereits erwähnt, für das Jahr 2008 - und nur für dieses - explizit ein Festpreis normiert. Unmittelbar daran wird demgegenüber für das Jahr 2009 und die allfällige Option unter dem Titel "Preisanpassung" das Zustandekommen der Angebotspreise für diesen

Zeitraum so geregelt, dass hierfür kein neuer Festpreis vereinbart, sondern bloß eine Preisanpassungsregelung getroffen wird. Da aber für das Jahr 2009 und die Option, anders als für das Jahr 2008, kein neuerlicher Festpreis vereinbart, sondern lediglich Preisanpassung normiert wird, kann sich die vorzunehmende Preisanpassung notwendigerweise nur auf jenen vom Bieter anzugebenden Preis beziehen, der in der Folge "preisangepasst" werden soll. Dies ist der Festpreis für das Jahr 2008. Dieser, der Preisanpassung für das Jahr 2009 zu Grunde zu legende Festpreis für das Jahr 2008, soll der Wertbeständigkeit unterliegen. Die Wertbeständigkeit wird entsprechend den Ausschreibungsbestimmungen dadurch bewirkt, dass die Preisanpassung für 2009 und für die Option entsprechend dem von der STATISTIK AUSTRIA monatlich verlautbarten Preisindex 00 bzw. dem von Amts wegen an seine Stelle tretenden Index zum Zeitpunkt 1. Jänner 2008 erfolgen soll.

Auch die vom Auftraggeber der Preisanpassung zu Grunde gelegte, dem Festpreiszeitraum entnommene Indexzahl 2008 spricht dafür, dass unter der der Indexierung unterworfenen wertbeständigen Forderung die Angebotspreisforderung für 2008 und nicht die Angebotspreisforderung für 2009 bzw. für den Optionszeitraum zu verstehen ist.

Der tatsächliche, ausgehend vom Festpreis des Jahres 2008 auf der Grundlage der Indexierung zu ermittelnde, Angebotspreis für das Jahr 2009 und die Option ergibt sich zudem erst durch Vornahme der Preisanpassung, die vom Bieter beim Auftraggeber zu beantragen ist. Auch dies steht im Einklang damit, dass für das Jahr 2009 und für die Option vom Bieter kein "neuer", vom Festpreis des Jahres 2008 abweichender, Angebotspreis anzugeben ist. Der "neue" und definitive Angebotspreis für das Jahr 2009 und gegebenenfalls die Option, der anhand der festgelegten Indexierung zu errechnen ist, kommt, wie dem Ausschreibungstext ausdrücklich zu entnehmen ist, vielmehr erst auf Antrag des Bieters auf Preisanpassung zustande.

Für die dargelegte Auslegung, dass nur ein Festpreis anzugeben war, der für das Folgejahr 2009 und die allfällige Option entsprechend den Ausschreibungsbestimmungen valorisiert wird, spricht nicht zuletzt auch, dass die überwiegende Zahl der Bieter - immerhin vier von sechs Bietern - die in Rede stehenden Ausschreibungsbestimmungen in diesem, ihrem objektiven Erklärungsinhalt entsprechenden Sinn verstanden hat. Lediglich ein weiterer Bieter neben dem Antragsteller hat für die Jahre 2008 und 2009 verschiedene Festpreise angeboten.

Die Auffassung, dass vom Bieter nur ein Festpreis für das Jahr 2008, für das Jahr 2009 und die Option hingegen kein - anderer - Festpreis anzugeben war, wird weiters durch folgendes Argument gestützt: Hätte den Bietern die Möglichkeit eingeräumt werden sollen, für jedes Jahr einen neuen, geänderten Festpreis anzugeben, ist davon auszugehen, dass die Preisanpassungsregelung in der Ausschreibung unterblieben wäre. Im Falle, dass es den Bietern gestattet gewesen wäre, ohnehin von vornherein unterschiedliche, somit individuell angepasste und gegenüber dem Festpreis des Jahres 2008 bereits erhöhte Angebotspreise anzubieten, ist davon auszugehen, dass ein solcher Festpreis darüber hinaus nicht einer abermaligen "Anpassung" im Sinne einer Erhöhung durch eine Preisgleitregelung unterworfen sein sollte. Dies stünde nicht nur mit dem Wesen eines "Fest"preises im Widerspruch, der gerade keiner Abänderung unterliegt (vgl. hiezu die Legaldefinition in § 2 Z 26 lit.c BVergG), sondern würde auch den allgemeinen Regeln des Wirtschaftslebens widersprechen. Im Ergebnis würde dies nämlich eine doppelte "Anpassung" des Angebotspreises bedeuten: Einmal im Wege des vom Bieter gegenüber dem Jahr 2008 bereits erhöhten Angebotspreises für das Folgejahr 2009 und ein weiteres Mal in Form einer nochmaligen Preisanpassung dieses neuen Angebotspreises nach der besagten Indexierungsformel. Die Auffassung, dass vom Bieter nur ein Festpreis für das Jahr 2008, für das Jahr 2009 und die Option hingegen kein - anderer - Festpreis anzugeben war, wird weiters durch folgendes Argument gestützt: Hätte den Bietern die Möglichkeit eingeräumt werden sollen, für jedes Jahr einen neuen, geänderten Festpreis anzugeben, ist davon auszugehen, dass die Preisanpassungsregelung in der Ausschreibung unterblieben wäre. Im Falle, dass es den Bietern gestattet gewesen wäre, ohnehin von vornherein unterschiedliche, somit individuell angepasste und gegenüber dem Festpreis des Jahres 2008 bereits erhöhte Angebotspreise anzubieten, ist davon auszugehen, dass ein solcher Festpreis darüber hinaus nicht einer abermaligen "Anpassung" im Sinne einer Erhöhung durch eine Preisgleitregelung unterworfen sein sollte. Dies stünde nicht nur mit dem Wesen eines "Fest"preises im Widerspruch, der gerade keiner Abänderung unterliegt vergleiche hiezu die Legaldefinition in Paragraph 2, Ziffer 26, Litera c, BVergG), sondern würde auch den allgemeinen Regeln des Wirtschaftslebens widersprechen. Im Ergebnis

würde dies nämlich eine doppelte "Anpassung" des Angebotspreises bedeuten: Einmal im Wege des vom Bieter gegenüber dem Jahr 2008 bereits erhöhten Angebotspreises für das Folgejahr 2009 und ein weiteres Mal in Form einer nochmaligen Preisanpassung dieses neuen Angebotspreises nach der besagten Indexierungsformel.

Auch die in diesem Zusammenhang geäußerte Auffassung des Antragstellers, dass es sich beim Angebotspreis für das Jahr 2009 und die Option um keinen Festpreis, sondern um einen vom Bieter gesondert anzugebenden veränderlichen Preis handle, der in der Ausschreibung festgelegten Indexierung unterliegen solle (siehe Seite 6 Randziffer 25 des Nachprüfungsantrages), ist somit verfehlt. Mit diesem Vorbringen verkennt der Antragsteller zudem, dass es sowohl im Ausschreibungstext explizit lautet, "dass die im Leistungsverzeichnis angeführte Leistung mit Einzel- und Gesamtfestpreisen zu verstehen ist", als auch, dass im Leistungsverzeichnis ausschließlich Einzel- und Gesamtfestpreise genannt sind. Im Übrigen widerspricht sich der Antragsteller mit diesem Vorbringen selbst. In seinem bisherigen Schriftsatzvorbringen hat der Antragsteller im Gegensatz dazu nämlich ausdrücklich vorgebracht, dass jeweils unterschiedliche Einzel- und Gesamtfestpreise angegeben werden dürften. Nunmehr soll es sich jedoch plötzlich um keinen Festpreis mehr, sondern um einen veränderlichen Preis handeln.

Zur Untermauerung seiner Auffassung, dass das Anbieten mehrerer unterschiedlicher Festpreise zulässig gewesen sein soll, verweist der Antragsteller schließlich auf die Regelungen einer einschlägigen Ausschreibung des Auftraggebers aus dem Jahr 2005. Hierzu ist festzuhalten, dass die Regelungen der Ausschreibung eines anderen Vergabeverfahrens grundsätzlich nicht zur Auslegung der im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren maßgeblichen Ausschreibung heran zu ziehen sind. Davon abgesehen, würden aber auch die Regelungen der Ausschreibung aus dem Jahr 2005 die Auffassung des Antragstellers, dass zur Ausschreibung 2007 mehrere unterschiedliche Festpreise angeboten werden dürften, nicht stützen, sondern für das Gegenteil sprechen:

Pkt. A.6 der Ausschreibung aus dem Jahr 2005 lautet:

"FESTPREIS: Die im Leistungsverzeichnis angeführte Leistung ist mit Einzel- und Gesamtfestpreisen zu verstehen und exklusive USt, Erwerbsteuer, Zoll und EUSt in Österreich in EURO anzubieten, die ohne Rücksicht auf allenfalls eintretende Änderungen der Preisgrundlagen unter allen Umständen bis zur vollständigen Erfüllung der Leistung unveränderlich bleiben.

Die Verpackungskosten sind im Preis inbegriffen."

Darüber hinausgehende Regelungen betreffend den Preis sind in der Ausschreibung aus dem Jahr 2005 nicht enthalten. Die Ausschreibung des Jahres 2005 enthält - anders als die gegenständliche Ausschreibung des Jahres 2007 - keine Preisanpassungsregelung, nach der die Angebotspreise für das Folgejahr (2006) und eine allfällige Option zu bemessen wären. Zwar ist das Leistungsverzeichnis der Ausschreibung 2005 "gleich gestaltet" wie das Leistungsverzeichnis der Ausschreibung 2007. Das Leistungsverzeichnis - und in diesem die Preise - sind jedoch, wie schon erwähnt, entsprechend den hierfür maßgeblichen Ausschreibungsvorgaben auszufüllen. Im Hinblick darauf, dass aber im Ausschreibungstext des Jahres 2005 ausschließlich von Festpreisen die Rede und keine Preisanpassungsregelung normiert waren, durften damals, wie auch der Auftraggeber nicht bestreitet, mehrere Festpreise angegeben werden. Anders verhält es sich hingegen im vorliegenden Fall auf Grund des dargestellten, vom Inhalt der Ausschreibung 2005 abweichenden Inhaltes der Ausschreibung 2007.

Schlussfolgerung:

Aus vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass von den Bietern zur verfahrensgegenständlichen Ausschreibung 2007 nur ein Festpreis (für das Jahr 2008) anzugeben war, der für das Folgejahr und die Option nach den in der Ausschreibung vorgegebenen Regelungen auf Antrag des Bieters entsprechend anzupassen ist. Der Antragsteller hat jedoch, entgegen den Ausschreibungsbedingungen, nicht nur einen der Preisanpassungsregelung nach der Ausschreibung unterliegenden Festpreis, sondern für das Jahr 2009 einen weiteren, höheren Festpreis angeboten und damit ein ausschreibungswidriges Angebot gelegt.

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden.

Daraus folgt, dass das Angebot des Antragstellers vom Auftraggeber zu Recht ausgeschieden wurde.

Dokumentnummer

VERGT_20080111_N_0112_BVA_14_2007_20_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