

TE Verg Bescheid 2008/1/2 N/0112-BVA/14/2007-8

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.01.2008

Norm

BVergG 2006 §329 Abs3 4Satz

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), BGBl. I. Nr. 17/2006, durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erstreckung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 3 BVergG, 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, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), Bundesgesetzblatt römisch eins. Nr. 17 aus 2006,, durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erstreckung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG, 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, wie folgt entschieden:

Spruch

Die mit Bescheid vom 28.11.2007, GZ N/0112-BVA/14/2007-5, erlassene einstweilige Verfügung, mit welcher dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 2.1.2008, untersagt wurde, im Vergabeverfahren "Lieferauftrag über ABC-Schutzanzug mittel/permeabel und ABC-Überschuhe (GZ: E90037/4/00-00-RD-ARWT/KA/2007)" den Zuschlag zu erteilen, wird 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 wird, im Vergabeverfahren "Lieferauftrag über ABC-Schutzanzug mittel/permeabel und ABC-Überschuhe (GZ: E90037/4/00-00-RD-ARWT/KA/2007)" hinsichtlich der Leistungsposition 1 ("Lieferung über ABC-Schutzanzug mittel/permeabel"), den Zuschlag zu erteilen. Die mit Bescheid vom 28.11.2007, GZ N/0112-BVA/14/2007-5, erlassene einstweilige Verfügung, mit welcher dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 2.1.2008, untersagt wurde, im Vergabeverfahren "Lieferauftrag über ABC-Schutzanzug mittel/permeabel und ABC-Überschuhe (GZ: E90037/4/00-00-RD-ARWT/KA/2007)" den Zuschlag zu erteilen, wird 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 wird, im Vergabeverfahren "Lieferauftrag über ABC-Schutzanzug mittel/permeabel und ABC-Überschuhe (GZ: E90037/4/00-00-RD-ARWT/KA/2007)" hinsichtlich der Leistungsposition 1 ("Lieferung über ABC-Schutzanzug mittel/permeabel"), den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

Mit Schriftsatz vom 21.11.2007 brachte die A***, vertreten durch X***, (im Folgenden Antragsteller) einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein, mit dem sie begehrte, dem Auftraggeber bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabebeamten im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution zu untersagen, den Zuschlag zu erteilen. Unter einem stellte der Antragsteller einen Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens seines Angebotes.

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 28.11.2007, GZ N/0112- BVA/14/2007-5, insofern statt gegeben, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 2.1.2008 untersagt wurde, 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 sei 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,--. 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 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 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 vergabekonforme 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. Wolle 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 können. 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 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 müssen.

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 er 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 Bietern 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 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 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 rechtswidrig 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 eine Bestimmung 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 Bietern angegebenen Preise nicht verglichen werden könnten. Der Auftraggeber spreche einerseits vom(n) Gesamtfestpreis (en), andererseits sehe er eine Indexierung für das Jahr 2009 und die Option vor. Mit diesen Angaben könne ein Bieter einen Gesamtfestpreis über die Jahre 2007 bis 2009 anbieten, der als Festpreis keiner Indexierung unterliege. Der Bieter folge dem Verständnis, dass ein Gesamtfestpreis gefragt gewesen sei. Ein anderer Bieter könne einen Gesamtpreis anbieten, der für die Jahre 2007 und 2008 ein Festpreis und für das Jahr 2009 (und die Option) ein variabler Preis sei. Der Bieter folge dem Verständnis, dass ein Gesamtpreis gefragt gewesen sei, der sich aus Festpreisen und variablen Preisen zusammensetze. Wie bereits dargestellt, führe die unklare Regelung dazu, dass die Angaben des Auftraggebers darüber hinaus auch so verstanden werden könnten, dass pro Jahr unterschiedliche Einzelpreise angegeben werden könnten, aus denen sich der Gesamtpreis errechne. Aufgrund der widersprüchlichen Angaben des Auftraggebers zum Zuschlagskriterium sei eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht herzustellen; die Ausschreibung leide daher unter einem Wurzelmangel, der auch nach Ablauf der Frist des § 321 Abs. 2 BVergG geltend gemacht werden könne. Die Ausschreibung sei zu widerrufen. 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 eine Bestimmung 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 Bietern angegebenen Preise nicht verglichen werden könnten. Der Auftraggeber spreche einerseits vom(n) Gesamtfestpreis (en), andererseits sehe er eine Indexierung für das Jahr 2009 und die Option vor. Mit diesen Angaben könne ein Bieter einen Gesamtfestpreis über die Jahre 2007 bis 2009 anbieten, der als Festpreis keiner Indexierung unterliege. Der Bieter folge dem Verständnis, dass ein Gesamtfestpreis gefragt gewesen

sei. Ein anderer Bieter könne einen Gesamtpreis anbieten, der für die Jahre 2007 und 2008 ein Festpreis und für das Jahr 2009 (und die Option) ein variabler Preis sei. Der Bieter folge dem Verständnis, dass ein Gesamtpreis gefragt gewesen sei, der sich aus Festpreisen und variablen Preisen zusammensetze. Wie bereits dargestellt, führe die unklare Regelung dazu, dass die Angaben des Auftraggebers darüber hinaus auch so verstanden werden könnten, dass pro Jahr unterschiedliche Einzelpreise angegeben werden könnten, aus denen sich der Gesamtpreis errechne. Aufgrund der widersprüchlichen Angaben des Auftraggebers zum Zuschlagskriterium sei eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht herzustellen; die Ausschreibung leide daher unter einem Wurzelmangel, der auch nach Ablauf der Frist des Paragraph 321, Absatz 2, BVergG geltend gemacht werden könne. Die Ausschreibung sei zu widerrufen.

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

Der Auffassung der Antragstellerin, 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.

Es sei daher deutlich für jeden objektiven Betrachter erkennbar, dass nicht mehrere Preise zulässig gewesen seien.

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

Die Festlegung eines Festpreises für einen längeren Zeitraum als für die Dauer von 12 Monaten (vgl. § 24 Abs. 7 BVergG) würde dem BVergG widersprechen. 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 vergleiche Paragraph 24, Absatz 7, BVergG) würde dem BVergG widersprechen. 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 Auftraggeberin habe keine unklaren und missverständlichen Bestimmungen geschaffen. Schon aus den Herausrückungen 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 gestiegener 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 die Antragstellerin 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 die Antragstellerin anwesend gewesen sei, sei ersichtlich gewesen, dass sowohl beim Angebot der Antragstellerin 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 die Antragstellerin 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 Preisgleitregelung unterliegen würde, kämen erst mit der Preisanpassung zu Stande. Eine Rechtswidrigkeit sei durch das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin nicht entstanden.

Gemäß § 329 Abs. 3 4. Satz BVergG hat das Bundesvergabeamt die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu deren Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, 4. Satz BVergG hat das Bundesvergabeamt die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu deren Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Aus ermittlungstechnischen Gründen und dem Dazwischentreten der Weihnachtsfeiertage kann das Nachprüfungsverfahren nicht bis 2.1.2008 abgeschlossen werden. Die Voraussetzungen, die am 28.11.2007 zur Erlassung der einstweiligen Verfügung geführt haben, bestehen jedoch fort. Die einstweilige Verfügung war daher von Amts wegen zu erstrecken. Die Erstreckung der einstweiligen Verfügung war auf die Leistungsposition 1 ("Lieferung über ABC-Schutzanzug mittel/permeabel") zu beschränken, da der Antragsteller, wie dem vom Auftraggeber mittlerweile zur Verfügung gestellten Vergabeakt zu entnehmen ist, zur Leistungsposition 2 ("Lieferung von ABC-Überschuhen") kein Angebot gelegt hat.

Dokumentnummer

VERGT_20080102_N_0112_BVA_14_2007_8_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