



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38730
Telefax: (43 01) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-123/072/5153/2018-22
A. Gesellschaft m.b.H.

Wien, 10.7.2018

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag.^a Mandl als Vorsitzende, die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner und den Richter Dr. Oppel über den Antrag der A. Gesellschaft m.b.H., vertreten durch Rechtsanwälte, auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsbedingungen betreffend das Vergabefahren der Stadt Wien – Wiener Wohnen, vertreten durch Rechtsanwälte, Rahmenvertrag T. in den Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen, Kennwort: W., nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung,

zu Recht e r k a n n t :

I. Dem Antrag der A. Gesellschaft m.b.H., die angefochtene Ausschreibung in allen Losen zur Gänze für nichtig zu erklären, wird stattgegeben. Die Ausschreibung Rahmenvertrag T. in den Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen, Kennwort: W. wird für nichtig erklärt.

II. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die Pauschalgebühren in der Höhe von 2.809,-- Euro zu Händen ihres Vertreters bei sonstiger Exekution binnen 14 Tagen zu ersetzen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die Stadt Wien – Wiener Wohnen (in der Folge: Antragsgegnerin) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Rahmenvertrages T. in Objekten der Stadt Wien – Wiener Wohnen. Es handelt sich dabei um einen Bauauftrag aufgeteilt in 24 Lose. Die Vergabe des Auftrags soll im Preisaufschlag- und –nachlassverfahren erfolgen. Die A. Gesellschaft m.b.H. (in der Folge: Antragstellerin) bekämpft die Ausschreibung.

Sie bringt zunächst vor, dass sie ein Interesse an den ausgeschriebenen Leistungen habe, weil die Ausführung in ihrer zentralen Geschäftstätigkeit liege und sie daher ein großes Interesse an der Belieferung der Antragsgegnerin habe. Durch die aufgezeigten Rechtswidrigkeiten entstehe bzw. drohe der Antragstellerin ein Schaden, da ihre Möglichkeit, am verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren teilzunehmen, beeinträchtigt würde.

Weiters seien durch die bisherigen Anstrengungen der Antragstellerin in diesem Vergabeverfahren durch weitgreifende Änderungen in der Bezugspreiskalkulation mit der 3. Berichtigung und der 7. Fragebeantwortung im Zuge der Erstellung des Angebotes und zur Wahrung ihrer Rechtsposition erhebliche Aufwendungen angefallen. Der Schaden wird im Antrag näher beziffert. Darüber hinaus entginge der Antragstellerin durch die vorliegenden Rechtswidrigkeiten die Möglichkeit der Zuschlagserteilung und ein angemessener Gewinn.

In der Folge stellt die Antragstellerin dar, in welchen Rechten sie sich durch die angefochtene Entscheidung der Antragsgegnerin als verletzt erachtet.

Sie führt weiters aus, dass sich die ausgeschriebenen Leistungen auf verschiedene Standorte in Wien bezögen. Es handle sich dabei um unregelmäßig wiederkehrende kleine Baumaßnahmen in der Form von ...-Leistungen in Objekten von Wiener Wohnen, die in der Regel zu Wohnungssanierungen erforderlich seien. Der Rahmenvertrag umfasse sämtliche für diese Baumaßnahmen erforderlichen ...leistungen.

Geplanter Vertragsbeginn sei das 3. Quartal 2018. Der Vertrag werde auf 2 Jahre abgeschlossen. In Punkt 9 der Besonderen Vertragsbestimmungen sei festgelegt, dass die Antragsgegnerin berechtigt sei, den Rahmenvertrag mit gleichbleibenden Vertragsbestimmungen bis drei Monate vor Ablauf der Vertragslaufzeit um eine beliebige Anzahl von Monaten bis höchstens ein Jahr zu verlängern.

Die Antragsgegnerin habe mit den Ausschreibungsunterlagen eine Bezugspreiskalkulation zur Verfügung gestellt. Die Angebote seien unter Bezugnahme auf diese Bezugspreiskalkulation je Preisanteil nach dem Preisaufschlags- und –nachlassverfahren zu erstellen. Die Angebotsfrist ende am 27.4.2018.

Bis dato habe es sieben Fragebeantwortungen gegeben (26.2.2018, 27.2.2018, 2.3.2018, 9.3.2018, 15.3.2018, 21.3.2018 und 30.3.2018). Im Rahmen der 6. Fragebeantwortung sei bekanntgegeben worden, dass aufgrund weiterer Anfragen zur Kalkulation und zum Leistungsverzeichnis eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen in Vorbereitung sei.

Es seien drei Berichtigungen der Ausschreibung erfolgt. Mit den ersten zwei Berichtigungen sei jeweils der Schlusstermin für den Eingang der Angebote verschoben worden. Mit der dritten Berichtigung vom 6.4.2018 seien zahlreiche und wesentliche Änderungen im Leistungsverzeichnis durchgeführt worden. Nach Ansicht der Antragstellerin sei daher die Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung notwendig, zumal diese Berichtigungen zu einer exorbitanten Erhöhung der Angebotssummen in den einzelnen Losen und bei der Gesamtsumme geführt hätten. Weiters seien von den 425 Leistungspositionen 184 Positionen fehlerhaft gewesen, was Berichtigungen in den Kalkulationsansätzen (Lohn, Material und Sonstiges) bewirkt habe.

Eine Berichtigung der Ausschreibung sei nach der Judikatur und Literatur aber nur soweit zulässig, wie es dadurch nicht zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung komme, ansonsten die Ausschreibung zu widerrufen wäre.

Im gegenständlichen Fall seien so wesentliche Änderungen erfolgt, dass nunmehr ein anderer Bieterkreis angesprochen werde. Es bestehe daher eine Pflicht zur Neuausschreibung.

Die Antragstellerin führt zu den von ihr behaupteten Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung weiters aus:

"10.2 Unkalkulierbarkeit der Angebote

Die Ausschreibung ist auch aus mehreren anderen Gründen für nichtig zu erklären. Sie enthält zahlreiche rechtswidrige Bestimmungen. In erster Linie wird den Bietern mit dieser Ausschreibung ein nicht kalkulierbares wirtschaftliches Risiko überbunden.

Wenn dem Bieter die Angebotskalkulation nur unter Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken möglich ist, ist die Ausschreibung für nichtig zu erklären.

Konkret führen folgende Bestimmungen der Ausschreibung zur Unkalkulierbarkeit:

10.2.1 Unkalkulierbarer Anfall von Bestellungen und Vorhalt von Personal

Das Risiko der Ungewissheit über die Anzahl und das Ausmaß der Bestellungen aus dem Rahmenvertrag wird mit dieser Ausschreibung zu 100% auf den Bieter überwält. Damit ergibt sich eine Unkalkulierbarkeit für die Angebotsstellung, welche die Ausschreibungsunterlagen mit Rechtswidrigkeit behaftet.

- Es gibt keinen Raster oder Anhaltspunkt über die Anzahl der Aufträge, die aus dem Rahmenvertrag abgerufen werden sollen. "
- Es ist nicht bekannt, ob Bestellungen täglich, wöchentlich oder in gesammelter Form monatlich eingehen werden.

Aufgrund der fehlenden Angaben, ist für den Bieter die notwendige Anzahl an Montagepersonal nicht kalkulierbar. Es gibt in der Ausschreibung auch keine Festlegung, welche Anzahl an Montagepersonal vom Auftragnehmer vorzuhalten ist, um die Leistung ordnungsgemäß erbringen zu können.

In den BVRET Punkt. 3.3 heißt es, dass es „zu unregelmäßigen Abrufen kommen wird. Der Auftraggeber bestellt die Leistungen aufgrund des tatsächlichen Bedarfs, wodurch sich eine ungleichmäßige Arbeitsauslastung des Auftragnehmers ergeben kann.“ Wie aus der Vergangenheit bekannt ist, werden die Aufträge von Wiener Wohnen tatsächlich sehr unregelmäßig über den Monat verteilt erteilt, wobei erfahrungsgemäß nicht nur der tatsächlich auftretende Bedarf, sondern

auch Urlaube und Krankenstände von Mitarbeitern von Wiener Wohnen als Ursache anzuführen sind.

Es fehlt eine Vorgabe oder ein Mengengerüst, mit wie vielen Aufträgen im welchem Zeitabstand zu rechnen ist. Erfahrungsgemäß kann die Vergabe von Aufträgen zur Sanierung von Wohnungen häufig am Monatsanfang erfolgen, da Wohnungen nach Ablauf des Mietvertrags am Monatsende an die Hausverwaltungen zurückgegeben werden. Hierzu werden jedoch keine Festlegungen getroffen. Es liegt allein im Belieben des Auftraggebers alle Bestellungen auf einmal zu versenden oder diese über den Monat zu verteilen. Der Bieter weiß nicht, mit welchem maximalen Leistungsanfall bis zu welchem Auftragsvolumen er rechnen muss.

- Es gibt keine Informationen über das jeweilige Instandsetzungsvolumen der Bestellungen. Der Bieter weiß nicht, in welchem Verhältnis Komplett- oder Teilinstandhaltungen beauftragt werden. Der Bieter weiß nichts über die Größe der Wohnungen.

Nichts davon geht aus der Ausschreibung hervor. In Punkt 1.1 BVRET steht zwar, dass von einer mittleren Wohnungsgröße von 40-60m² und von einem Bestellvolumen von EUR 1.000,-- - 5.000,-- ausgegangen werden kann. Diese Angaben sind jedoch keine ausreichende Kalkulationsgrundlage: Sie sind erstens vage und völlig unverbindlich gehalten. Sie spiegeln zweitens die Realität nicht wider, wonach auch größere Bestellungen eingehen. Und sie stehen drittens im Widerspruch zu anderen Stellen der Ausschreibung. So heißt es in Punkt 2.1 BVRET, dass Aufträge mit Bestellsummen bis zu EUR 10.000,— abgerufen werden.

Der Bieter wird völlig im Ungewissen gelassen. In anderen Ausschreibungen wurde den Bietern als ergänzende Unterlage für die Kalkulation zumindest eine zu erwartende Gewichtung zwischen Komplett- und Teilinstandhaltungen und eine Rechnungsbeitragsverteilung bekanntgegeben, so dass der Aufwand ansatzweise kalkuliert werden konnte. In gegenständlicher rechtswidriger Ausschreibung wird den Bietern hingegen keinerlei Ansatzpunkt für ihre Kalkulation gegeben.

- Die Leistungsfristen werden erst mit der Bestellung bekanntgegeben.

Die Leistungsfrist für die Einzelabrufe wird im Bestellschein nach Maßgabe des Bestellvolumens festgelegt. So heißt es in den BVRET Punkt. 3.3: „Die Leistungsfrist variiert abhängig vom Leistungsvolumen je Abruf.“

- Es gelten sehr kurze Fristen für den Arbeitsbeginn, die hoch pönalisiert sind.

Gemäß BVRET Punkt. 2.3 wird auf dem Bestellschein angegeben, wann mit der Leistung zu beginnen ist (Arbeitsbeginn vor Ort) und innerhalb

welchen Zeitraums sie erbracht werden muss (Leistungsfrist). Je nach Dringlichkeit können am Bestellschein folgende Dringlichkeitsstufen angegeben sein: dringliche Bestellungen oder Standardbestellungen. Dringliche Bestellungen sind binnen 24 Stunden, Standardbestellungen binnen 3 Arbeitstagen zu beginnen.

Anhand eines Beispiels soll erläutert werden, welche Flexibilität auf Seiten des Auftragnehmers damit gefordert wird.

Eine Standardbestellung hat zB eine Auftragshöhe von EUR 5.000.--. Das bedeutet die Organisation von rund 5 Partietagen innerhalb von 3 Tagen. Würden nun mehrere Aufträge in dieser Größenordnung gleichzeitig erteilt, zB 5 weitere Abrufe, müsste der Auftragnehmer binnen 3 Tagen 5 zusätzliche Arbeitspartien bereitstellen, um nicht gegen die Bedingungen des Vertrages zu verstoßen, die mit hohen Vertragsstrafen gekoppelt sind.

Der Auftragnehmer wird gleichzeitig verpflichtet, alle organisatorischen Maßnahmen zu treffen, die ihn in die Lage versetzen, das ganze Jahr über ohne Unterbrechungen einen zeitgerechten Arbeitsbeginn und eine fristgerechte Leistungserbringung sicher zu stellen. (BVRET Punkt. 3.3).

Es ist also für den Auftragnehmer in keiner Weise planbar, wann und wie oft (täglich, wöchentlich, monatlich) der Auftraggeber welche Menge an Einzelaufträgen (eine Bestellung, zehn oder zwanzig Bestellungen?) und mit welchem Volumen (über EUR 1.000,-- oder sogar EUR 10.000,-- Bestellvolumen?) abrufen wird. Die Bieter müssen aber gleichzeitig für jedes Ausmaß an Bestellungen immer leistungsbereit sein, wobei die rechtzeitige Leistungserbringung hoch pönalisiert ist (EUR 300,--/Kalendertag). Das ist für kein Unternehmen machbar und auch nicht kalkulierbar.

Bauunterbrechungen aufgrund fehlender Vorleistungen anderer Gewerke und schlechter Koordination des Auftraggebers werden nicht abgegolten. Die Leistung ist auch aus diesem Grund nicht kalkulierbar.

Die Ausschreibung ist rechtswidrig, weil sie aufgrund fehlender Informationen und fehlender Vorgaben unkalkulierbar ist.

„Leistungen, deren Umfang von in der Sphäre des AG liegenden Umständen, die dessen alleiniger Disposition unterstehen, abhängen, sind einer Pauschalpreiskalkulation nicht zugänglich, weil sie dem Bieter ein Preisrisiko überwälzen, das der AG durch seine Handlungen beeinflussen kann. Solche Risiken sind schon deshalb nicht kalkulierbar, weil zwischen Leistung und Entgelt keine nachvollziehbare Beziehung besteht (BVA 9.11.1998, N-27/98-14)“ (Hörmandinger in Gast [Hrsg.], BVergG-Leitsatzkommentar, E 38 zu § 78).

„Auch bei der Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung für standardisierte Bauleistungen hat der AG in der ersten Stufe geschätzte Mengenangaben und Angaben über die ungefähre zeitliche Durchführung ins Leistungsverzeichnis aufzunehmen, damit der Bieter feststellen kann, ob er über die personellen und technischen

Kapazitäten für die Durchführung des Auftrags verfügt; anderenfalls stellt die Preisgestaltung ein unzumutbares und unkalkulierbares Risiko dar (UVS StmK 3.5.2004; 44.15-2/2004)" (Hörmandinger in Gast [Hrsg.], BVergG-Leitsatzkommentar, E 45 zu § 78).

Weitere Umstände machen die Leistung unkalkulierbar (siehe Punkte 10.2.2 bis 10.2.4).

10.2.2 Unkalkulierbare Anzahl der bewohnten und unbewohnten Wohnungen

Nach dem ersten Absatz in den BVRET sind die ...leistungen in leeren und bewohnten/ möblierten Mietobjekten zu erbringen. An keiner Stelle der Ausschreibung wird angegeben, wie das Verhältnis zwischen leeren und bewohnten, möblierten Mietobjekten ist bzw welches Verhältnis der Kalkulation der Angebote zugrunde gelegt werden soll.

Die fehlende Angabe darüber, wie viele Leerwohnungen oder bewohnte Wohnungen zu erwarten sind, macht die Leistung unkalkulierbar.

Leerwohnungen sind geräumte Wohnungen ohne Möbel, alle Wände zugänglich, wo keine weiteren Behinderungen zu erwarten sind.

Bewohnte Wohnungen sind hingegen in der Regel voll möbliert, Wände und Installationen sind durch Möbel verstellt, ... oftmals durch Festeinbauten nicht zugänglich.

In bewohnten Wohnungen fallen dadurch Mehraufwendungen an, dass die Möbel verstellt werden müssen.

In der Fragebeantwortung D7 wird dem Bieter mitgeteilt, dass das Verstellen der Möbel sowie erforderliche Demontagen von Mietern durchgeführt werden muss.

Auf Grund der beengten Platzverhältnisse ist jedoch auch während der Arbeiten ein mehrmaliges Verstellen der Möbel notwendig, um alle Installationen durchführen zu können. So werden Möbel meist in der Mitte des Raums gruppiert, welche bei der Installation ... wieder verschoben und oftmals neu abgedeckt werden müssen. Viele Mieter haben weder die Bereitschaft die Möbel mehrfach zu verstellen, noch sind sie während der Arbeiten ständig anwesend. Für dieses mehrmalige Verstellen von Einrichtungsgegenständen ist ein Zeitaufwand zu kalkulieren, der jedoch aufgrund der fehlenden Informationen, (Anzahl der bewohnten Wohnungen) in den Ausschreibungsunterlagen nicht abgeschätzt werden kann.

Beweis: - Fotos von bewohnten Sanierungsobjekten (Beilage ./E).

Die Fotos in Beilage ./E sollen veranschaulichen mit welcher Art von „Verstellungen“ ... gerechnet werden muss. Abgesehen von den nicht kalkulierbaren Mehraufwendung entstehen durch solche Umstände in bewohnten Wohnungen auch zeitlich Engpässe bei der Leistungserbringung, die in Anbetracht der hoch pönalisierten Leistungsfristen ebenfalls zu einem unkalkulierbaren Risiko führen.

Gleichzeitig führen die verstellten Möbel zu Behinderungen bei den Arbeiten und erschweren die Zugänglichkeit von Maschinen und Arbeitern.

Darüber hinaus schafft die Leistungserbringung in möblierten Wohnungen auch sicherheitstechnische Probleme. In diesen Wohnungen halten sich während der Arbeitsdurchführung die Bewohner, oftmals auch Kinder auf. Die Arbeiten (Stemmarbeiten, Verlegearbeiten und Verputzarbeiten) sind daher auch unter Rücksicht auf die Bewohner und unter Einhaltung der erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen durchzuführen.

Erfahrungsgemäß ist auch mangelndes Entgegenkommen der Mieter zu erwarten, was über die beschriebenen Schwierigkeiten hinaus zu weiteren, nicht abschätzbaren Stehzeiten und Behinderungen führt.

Das Leistungsverzeichnis sieht zB für die Leistung „Prüfen von Anlagen“ für unvermietete und vermietete Objekte den gleichen Preis vor. Das spiegelt ausgehend von den dargestellten Unterschieden nicht die Realität wider und ist daher ein verfehlter Kalkulationsansatz.

Beweis: - Auszug (Seite 34) Kurzleistungsverzeichnis beispielhaft für Los 01 und Los 05. (Beilage ./F).

Zusammenfassend macht die fehlende Angabe über das anzusetzende Verhältnis zwischen leeren und bewohnten sowie möblierten Mietobjekten die Angebote unkalkulierbar. Die Ausschreibung ist daher auch aus diesem Grund rechtswidrig.

10.2.3 Widerspruch in der Ausschreibung betreffend Leistungsübernahme

Die Ausschreibung enthält widersprüchliche Angaben zur Leistungsübernahme, wodurch das Angebot auch in diesem Punkt nicht kalkuliert werden kann.

Einerseits wird im Ausschreibungsmantelbogen (Dokument 01 MD BD-SR 75 Formblatt Angebot mit Beilagen) unter Punkt 6 explizit keine förmliche Übernahme der Leistung vereinbart.

Gleichzeitig heißt es in Punkt 2.1 BVRET, dass dem Auftragnehmer bei der Bestellung allenfalls das Erfordernis einer förmlichen Übernahme der Leistung bekannt gegeben wird. Die förmliche Übernahme kann also mit der Bestellung gefordert werden.

Weiter heißt es in Punkt 8 BVRET, dass die Gewährleistungsfrist mit dem Einlangen der formal und inhaltlich richtigen Rechnung bei der zuständigen Buchhaltungsabteilung beginnt, sofern keine förmliche Übernahme erfolgt.

Die Ausschreibung ist damit widersprüchlich, da die förmliche Übernahme einerseits ausgeschlossen wird, sie sich der Auftraggeber aber andererseits doch vorbehält.

Der Widerspruch ist für die Kalkulation der Angebote nicht unwesentlich, da eine förmliche Übernahme beim Auftragnehmer zu Mehraufwand führt. Eine förmliche Übernahme bedeutet zwei weitere Termine vor Ort mit dem Auftraggeber, nämlich erstens zur förmlichen Übernahme und zweitens zur Schlussfeststellung nach Ablauf der Gewährleistung. Dafür sind ein Techniker und jeweils mindestens 2h pro Termin zusätzlich zu kalkulieren.

Auf derart widersprüchliche Ausschreibungsunterlagen hin, kann jedoch kein Angebot seriös kalkuliert werden.

10.2.4 XML-Schnittstelle

Gemäß Punkt 4.5.3 der BVRET verpflichtet sich der Auftragnehmer auf Aufforderung durch den Auftraggeber, ohne gesonderte Vergütung eine XML-Schnittstelle zur elektronischen Rechnungsübermittlung einzurichten. Diese Schnittstelle hat gemäß den sachlich gerechtfertigten Vorgaben des Auftraggebers ausgestattet zu werden

Es ist für den Bieter nicht erkennbar und damit auch nicht kalkulierbar, welche Vorgaben der Auftraggeber in Zukunft machen wird und welche Kosten für die notwendige Adaptierung des EDV Systems anfallen werden.

Weiters steht dieser Punkt im Widerspruch zur SD75/Punkt 11, in dem die elektronische Rechnungslegung ausgeschlossen wird.

Dieser Punkt der BVRET ist für den Bieter nicht kalkulierbar und für nichtig zu erklären.

10.3 Unzulässige Festlegung des Preisauflags- und abschlagsverfahren

In Zusammenhang mit der dargestellten Unkalkulierbarkeit der Leistung und der Fehlerhaftigkeit des Leistungsverzeichnisses ergibt sich eine weitere Rechtswidrigkeit:

Gemäß § 24 Abs 1 BVergG ist der Preis nach dem Preisangebotsverfahren oder nach dem Preisauflags- und Preisnachlassverfahren zu erstellen. Grundsätzlich ist nach dem Preisangebotsverfahren auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen. Das Preisauflags- und Preisnachlassverfahren ist nur in zu begründenden Ausnahmefällen zulässig.

Aus dem in gegenständlicher Ausschreibung vorgesehenen Preisauflags- und Preisnachlassverfahren ergibt sich die Besonderheit für die Kalkulation des Bieters, dass bei dem Leistungsverzeichnis mit mehreren Preispositionen eine Einflussnahme auf den Einzelpreis nicht möglich ist, da mit dem Zu- oder Abschlag die Preisrelationen der Einheits- und Positionspreise zueinander im gesamten Leistungsverzeichnis vom Bieter nicht beeinflusst werden können. Der Bieter kann zwar das Preisniveau der einzelnen Leistungsgruppen heben oder senken, nicht aber die Relation der Preise zueinander ändern.

Das Preisauflags- und Preisnachlassverfahren wird vom Auftraggeber bewusst als Mittel verwendet, um Spekulationen auf Einheitspreisbasis einzuschränken, wie aus der Fragebeantwortung A3 (4. Anfragenbeantwortung vom 9.3.2018) hervorgeht. Die Heranziehung dieser Methode kann damit grundsätzlich begründet und gerechtfertigt werden.

Voraussetzung für die Zulässigkeit dieser Methode ist jedoch stets, dass die im Preisauflags- und Preisnachlassverfahren ausgeschriebenen Leistungen und sonstigen (rechtlichen und wirtschaftlichen) Spezifikationen hinreichend konkret festgelegt sind, anderenfalls ist es nämlich dem Bieter trotz Vorgabekalkulation nicht möglich, sein Angebot zu kalkulieren.

Die Ausschreibung lässt viele Fragen zu wesentlichen Kalkulationsgrundlagen offen und ist in vielerlei Hinsicht völlig unzureichend, wie unter Punkt 10.2 ausgeführt wurde. Aus diesem Grund ist auch das Preisauflags- und Preisnachlassverfahren unzulässig.

Beim Preisauflags- und -nachlassverfahren ist die Vorgabekalkulation des Auftraggebers Grundlage für die Zusammensetzung des Gesamtpreises. Die Vorgabekalkulation muss also so beschaffen sein, dass durch die in der Ausschreibung vorgesehenen Preisaufläge und Nachlässe ein plausibler Gesamtpreis angeboten werden kann (VwGH, 22.04.2010, 2008/04/0077).

Reisner führt in der dazu veröffentlichten Entscheidungsbesprechung (in RPA 2010, 260 f) aus, welcher Maßstab an die Vorgabekalkulation anzulegen ist. Seiner Meinung nach ist zwar nicht jede kleine Unstimmigkeit maßgeblich, die Vorgabekalkulation muss aber in ihren Kalkulationsansätzen so stimmig, dh wirtschaftlich plausibel und nachvollziehbar sein, dass sie quasi wie ein Angebot auch einer vertieften Angebotsprüfung standhalten müsste, wofür allenfalls die Beiziehung eines Sachverständigen notwendig ist.

Weiter hält der VwGH fest: Wird dem Bieter nur die Möglichkeit eingeräumt, auf zusammengefasste und unterschiedlich zu kalkulierende Leistungen Aufschläge bzw Nachlässe anzubieten, so kann das - insbesondere bei Rahmenverträgen mit nicht genau vorhersehbarem Leistungsumfang - für Bieter, deren Kalkulation von der Vorgabekalkulation in einzelnen Punkten stark differiert, bzw bei Verwendung unrichtiger Lohn- oder Materialansätze in einzelnen Positionen der Vorgabekalkulation den Bieter daran hindern, seine eigene Kalkulation bei Angebotslegung umzusetzen, und dadurch zu einem unkalkulierbaren Risiko führen (VwGH, 22.04.2010, 2008/04/0077 mwN).

Diese Rechtsansicht des VwGH kann nun eins zu eins auf den vorliegenden Fall übertragen werden. Dem Bieter wird hier nur die Möglichkeit eingeräumt, auf Leistungsgruppen Aufschläge und Nachlässe zu kalkulieren. Trotzdem muss er jede Position kalkulieren und mit den

Vorgabepreisen ins Verhältnis setzen (so der Auftraggeber selbst, siehe dazu auch 4. Anfragenbeantwortung vom 9.3.2018, Frage A3).

Die Vorgabekalkulation enthält auch nach der 3. Berichtigung eine Reihe von unrichtigen Lohn- oder Materialansätzen. Die Fehler sind so gravierend, dass zT in Pauschalen einzelne Leistungen nicht berücksichtigt sind, die aber wesentlicher Bestandteil der Gesamtleistung sind.

Um zu zeigen, wie fehlerhaft und oberflächlich das vom Auftraggeber zur Verfügung gestellte Leistungsverzeichnis ist, wird auf die 3. Berichtigung und das dazu erlassene Informationsblatt verwiesen. Von den ausgeschriebenen 425 Leistungspositionen waren 184 Positionen fehlerhaft und mussten aufgrund von Bieteranfragen berichtigt werden!

Beweis: - Informationsblatt des Auftraggebers mit Übersicht über revidierte Positionen (Beilage ./C).

Für die Erstellung dieses Leistungsverzeichnisses wurde vom Auftraggeber ein Sachverständigenbüro, die B. GmbH, beauftragt. Dieses Sachverständigenbüro wirbt auf seiner Homepage mit hoher Kompetenz im Industriebau, besondere Kenntnisse oder Referenzen im sozialen Wohnbau sind nicht zu entnehmen (www.b.com). Aufgrund der Notwendigkeit der umfassenden Berichtigung der Ausschreibung ist die Kompetenz dieses Sachverständigenbüros generell in Frage zu stellen und auch das korrigierte Leistungsverzeichnis sehr kritisch zu begutachten.

Da mit der 3. Berichtigung über 40% der Positionen im Leistungsverzeichnis berichtigt werden mussten, ist davon auszugehen, dass weitere Fehler enthalten sind, die von den Bietern in der zur Fragebeantwortung zur Verfügung stehenden kurzen Zeit nicht aufgezeigt werden konnten und vom Ersteller des Leistungsverzeichnisses auch bei Berichtigung nicht als fehlerhaft erkannt wurden.

Als wichtige Grundlage für den Bieter und dessen Kalkulation ist auch das Mengengerüst des Leistungsverzeichnisses zu sehen. Es ist davon auszugehen, dass dieses Mengengerüst ähnlich wie viele weitere Punkte dieser Ausschreibung fehlerhaft, oberflächlich und falsch erstellt ist. Die Grundlage zu den Mengen der ausgeschriebenen Leistungspositionen stehen nur dem Auftraggeber zur Verfügung, die Richtigkeit wird vom Bieter in Zweifel gezogen. Das Gericht wird ersucht, die Richtigkeit der Mengenangaben in Frage zu stellen. Ein fehlerhaftes Mengengerüst würde zu weiteren Veränderungen der LV-Summen führen und dem Bieter völlig falsche Angebots- und Kalkulationsgrundlagen vortäuschen.

Die der Ausschreibung beigelegten K 3-Blätter sind in sich nicht schlüssig. Nach den Erfahrungen des Antragstellers ist die Berechnung des Bruttomittellohnes nicht richtig erfolgt. Dies betrifft die Darstellung der Berechnung Regielohn im K-3 Blatt für Facharbeiter E-Technik und Arbeitnehmer ohne Zweckausbildung sowie die Ermittlung des

Bruttomittellohnes im K-3 Blatt aus der gemeinsamen Berechnung von Facharbeiter und Arbeitnehmer ohne Zweckausbildung.

Das Leistungsverzeichnis enthält daher echte Widersprüche in den vorgegeben Preisen und ist durchgehend fehlerhaft. Es ist unmöglich auf Basis eines solch unrichtigen Leistungsverzeichnisses eine Preisaufschlags- und Preisnachlasskalkulation vorzunehmen. Das vorgesehene Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren führt daher zu einem unkalkulierbaren Risiko für die Bieter!

10.4 Arbeitskräfteüberlasser als Subunternehmer

Laut Allgemeinen Bestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen WD 314 (in Folge kurz „WD 314“) Punkt 2.2.2 gelten für Arbeitskräfteüberlasser die gleichen Bedingungen wie für Subunternehmer. Weiter heißt es in Punkt 2.2.2: „Für den dem AG mit der Prüfung eines nicht im Angebot bekannt gegeben Subunternehmers entstehende Aufwand wird ein pauschaler Kostenbeitrag von 400,-- Euro vereinbart und bei der Abrechnung vom Nettobetrag in Abzug gebracht.“

Damit wird der Auftragnehmer unter Druck gesetzt, bereits mit Angebotsabgabe beizuziehende Arbeitskräfteüberlasser als Subunternehmer namhaft zu machen, dies jedoch ohne zu wissen, in welchem Ausmaß er auf Arbeitskräfteüberlasser zurückgreifen muss. Wie oben dargestellt, ist nämlich die Kalkulation der Leistung mangels Mengengerüst über die Anzahl und den Umfang der eingehenden Bestellungen verunmöglich und damit auch nicht abschätzbar, ob und in welchem Ausmaß auf Arbeitskräfteüberlasser zurückgegriffen werden muss.

Erfahrungen aus der derzeit angespannten Situation am Arbeitsmarkt zeigen, dass auch Personaldienstleister oftmals nicht über das benötigte angeforderte Personal verfügen. Oftmals muss daher bei mehreren Personalleasingfirmen angefragt werden, um überhaupt entsprechend qualifiziertes Personal zu finden. Um diesem Problem entgegenzuwirken, müssten die Bieter aus den am Markt befindlichen Personalleasingfirmen eine größere Auswahl treffen und diese bereits bei Angebotsabgabe als Subunternehmer melden.

Es ist für den Bieter nicht vorhersehbar, ob die als Subunternehmer gemeldeten Arbeitskräfteüberlasser zum Bedarfszeitpunkt über qualifiziertes Personal verfügen. Wenn die als Subunternehmer gemeldeten Personalleasingfirmen im Bedarfsfall nicht über geeignetes Personal verfügen, müssten sich die Auftragnehmer bei anderen nicht als Subunternehmer gemeldeten Unternehmen eindecken.

Durch die Festlegungen der Ausschreibung wird der Bieter hier in die Enge getrieben. Die Situation ist in jeder Hinsicht extrem bieterbenachteiligend, weil für den Aufwand, der bei Wiener Wohnen für die Prüfung eines neuen Subunternehmers entsteht extra Kosten von EUR 400,-- verrechnet werden und außerdem dieser Vorgang nicht innerhalb der pönalisierten Leistungsterminen möglich ist, sodass zusätzlich Pönalen für die nicht zeitgerechte Erbringung der Leistung

drohen. Im Notfall müsste der Auftragnehmer kurzfristig auf nicht als Subunternehmer genehmigte Arbeitskräfteüberlasser zurückgreifen, um die Verpflichtungen aus dem Vertrag erfüllen zu können. Dieser Verstoß wird aber laut Punkt 6.8 BVRET mit einer Vertragsstrafe in der Höhe von EUR 10.000.- geahndet.

Da die Anzahl der seriösen Personaldienstleister im Raum Wien begrenzt ist gegenüber der Anzahl der Bieter bzw späteren Auftragnehmer, würden diese „Subunternehmer“ bei einer Reihe verschiedener Bieter gleichzeitig als Subunternehmer aufscheinen, was dem Bieter zum Nachteil gereichen könnte, wenn dadurch der Verdacht entsteht, dass der faire und lautere Wettbewerb ausgeschlossen wird. Manche Arbeitskräfteüberlasser sind ja auch selbständig am Markt als Unternehmung tätig.

Die Festlegung in Punkt 3 WD 307 und in Punkt 2.2.2 WD 314, wonach Arbeitskräfteüberlasser als Subunternehmer zu nennen sind, ist daher als rechts- und sittenwidrige und unkalkulierbare Festlegung jedenfalls für nichtig zu erklären.

Nach der vergaberechtlichen Judikatur und Literatur werden Arbeitskräfteüberlasser nicht als Subunternehmer angesehen. Durch Leiharbeitsfirmen wird lediglich Personal beigestellt und das Unternehmen wird somit nicht zu Erbringung eines Leistungsteils herangezogen. Das Unternehmen hat auch nicht die Befugnis "...", sondern „Überlassen von Arbeitskräften“. Wenn das Leihpersonal - wie im gegenständlichen Fall - auch nicht für die Erfüllung der technischen Leistungsfähigkeit erforderlich ist (zB im Rahmen von Personalstandabfragen), dann ist die Verpflichtung zur Benennung von Arbeitskräfteüberlassern mit dem Angebot unzulässig, weil sie weder Subunternehmer noch für den Nachweis der Eignung erforderlich sind.

Die Bestimmung ist daher rechtswidrig und für nichtig zu erklären.

10.5 Unzulässige Festlegungen zur (Nicht-)Bildung einer Bietergemeinschaft

Nach Punkt 6.4 der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge ist die Bildung von Bieter- bzw Arbeitsgemeinschaften im gegenständlichen Verfahren nicht zulässig.

Diese Bestimmung ist rechtswidrig und für nichtig zu erklären, da der Ausschluss von Bieter- bzw Arbeitsgemeinschaften sachlich nicht gerechtfertigt ist.

Gemäß § 20 Abs 2 BVergG können "Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften [...] Angebote oder Teilnahmeanträge einreichen, sofern nicht in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen die Teilnahme oder die Bildung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften für unzulässig erklärt wurde."

Das Gesetz räumt den Unternehmern also ein subjektives Recht ein, sich für die Einreichung eines Angebotes zu einer ARGE oder BIEGE

zusammenzuschließen. Das Bestehen eines Rechts auf Bildung einer ARGE oder BIEGE wird aus § 20 Abs 2 sowie dem Grundsatz des freien Wettbewerbs gemäß § 19 Abs 1 BVergG abgeleitet, der einen ungehinderten und keinen Zugangs- oder Ausübungsbeschränkungen unterliegenden Wettbewerb bestimmt. Der Ausschluss von Bietergemeinschaften erfordert sachliche Gründe, wobei hohe Anforderungen an die sachlichen Gründe zu stellen sind (vgl. Öhler/Schramm/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann, BVergG-Kommentar, Rz 50 und 51).

Sachliche Gründe für eine Unzulässigkeit von Bietergemeinschaften sind zB dann gegeben, wenn in einem Marktsegment nur eine begrenzte Anzahl von Bietern existiert und „durch eine Beschränkung der Mitgliederzahl einer BIEGE der Wettbewerb gesichert werden soll“ (Hauck/Oder in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht⁴ [2015] Rz 235). Die Teilnahme von KMU's an Vergabeverfahren darf jedoch nicht beeinträchtigt werden; dies würde - vor dem Hintergrund, dass gerade durch die Bildung einer ARGE bzw BIEGE die Beteiligung von kleineren Unternehmen an Vergabeverfahren ermöglicht werden soll - klar dem Zweck der Regelung widersprechen {Hofer in Gast (Hrsg), Bundesvergabegesetz - Leitsatzkommentar [2010] zu § 20}.

Durch den rechtswidrigen Ausschluss von Bieter- bzw Arbeitsgemeinschaften im gegenständlichen Verfahren wird gegen die Grundintention des Gesetzes verstoßen!

Es bestehen nicht nur keine sachlichen Gründe für einen Ausschluss von Bietergemeinschaften, sondern im Gegenteil findet die Intention des § 20 BVergG gerade hier volle Anwendung: Von einer begrenzten Anzahl von Bietern kann bei ...leistungen in Wien nämlich nicht die Rede sein. Der Zusammenschluss von ...-Unternehmern zu BIEGEs könnte nie dazu führen, den Wettbewerb zu beschränken! Vielmehr ist gerade hier die Zulassung von Bieter- bzw Arbeitsgemeinschaften notwendig, um KMU's die Teilnahme am Verfahren zu ermöglichen. Durch diese rechtswidrige Bestimmung werden nun aber insbesondere kleine Unternehmen daran gehindert, am Vergabeverfahren teilzunehmen.

Während ein Bieter, der Subunternehmer bezieht, das gesamte Risiko (Auftragserfüllung, Pönalen, Gewährleistung...) alleine tragen muss, weil ein Subunternehmer dem Auftraggeber nicht direkt haftet, ist es durch die Bildung von Bietergemeinschaften möglich, dieses Risiko aufzuteilen und die Solidarhaftung innerhalb einer ARGE zu nutzen. Auch aus diesem Grund hält der Ausschluss von Bietergemeinschaften kleine Unternehmen ab, anzubieten und führt somit zu Veränderung des Bieterkreises.

Die in Punkt 6.4 der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge enthaltene Festlegung widerspricht daher den gesetzlichen Bestimmungen in § 20 Abs 2 BVergG und ist für nichtig zu erklären.

10.6 Unangemessen niedrige Abgeltung bei frustriertem

Leistungsversuch

Gemäß BVRET Punkt 3.4 lautet:

„Können die mit Bestellschein des Auftraggebers abgerufenen Leistungen aus Gründen, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat, nicht erbracht werden, wird der dadurch entstandene Aufwand durch einmalige Vergütung der Position 01.0201 Z (Baustellengemeinkosten bis EUR 250,--) verrechnet. Die Vergütung erfolgt aber nur in jenen Fällen, in denen der Auftragnehmer zum im Bestellschein festgelegten Leistungsbeginn leistungsbereit auf der Baustelle angekommen ist und die Leistungserbringung nicht möglich ist, weil sie sich als nicht mehr erforderlich herausstellt oder weil wegen fehlender Vorleistungen anderer Auftragnehmer des Auftraggebers der vereinbarte Leistungsbeginn nicht eingehalten werden kann. Es ist dann unverzüglich der Besteller (auf dem Bestellschein angeführt) darüber nachweislich in Kenntnis zu setzen. Dieser wird dann die weitere Vorgehensweise vorgeben.“

Dieser Betrag von EUR 250,-- entspricht nicht annähernd den Kosten, welche dem Auftragnehmer durch Anfahrt, Stehzeiten und notwendige Umplanung der Montageeinteilung entstehen.

Die Regelung ist extrem benachteiligend für den Bieter und nicht akzeptabel. Der Auftraggeber behält sich vor, jederzeit uneingeschränkt Bestellungen in Auftrag geben zu können und sieht dafür einen Leistungsbeginn innerhalb von entweder 24 Stunden oder von 3 Tagen vor. Der Auftragnehmer steht unter dem Druck, pünktlich und leistungsbereit an der Baustelle sein, weil der rechtzeitige Leistungsbeginn mit 300,--/Kalendertag hoch pönalisiert ist. Aufgrund des nicht abschätzbaren Bestellumfangs musste der Auftragnehmer womöglich das notwendige Montagepersonal über Arbeitskräfteüberlasser organisieren. Mit dieser Regelung muss der Auftragnehmer in Kauf nehmen, wieder weggeschickt zu werden, weil die Leistungserbringung aus irgendwelchen Gründen nicht möglich ist und dafür eine Abgeltung von nur EUR 250,— zu bekommen.

Der unangemessen niedrige Abgeltungsbetrag von EUR 250,-- steht nicht in Relation zum Schaden, der dem Unternehmer durch den Ausfall eines Auftrags entsteht und zum Leistungsdruck, der mit den hohen Pönalen und den kurzen Fristen für den Leistungsbeginn vom Auftraggeber aufgebaut wird. Die Bestimmung ist daher eklatant rechtswidrig, benachteiligend und jedenfalls für nichtig zu erklären.

10.7 Nachverrechnung

Gemäß Punkt 4.4 der BVRET ist die Nachverrechnung aus dem Titel der Preisumrechnung ab Stichtag mittels Einzelrechnung pro Abruf durchzuführen. Zu den Nachverrechnungsrechnungen wird am Ende von Punkt 4.4. festgehalten, dass für Einzelrechnungsbeträge unter EUR 150,-- inkl USt keine Nachverrechnung gebührt (Bagatellgrenze).

Diese Regelung bedeutet, dass der Auftragnehmer jede Rechnung zu prüfen und festzustellen hat, welcher Nachverrechnungsbetrag sich ergibt und dann die Nachverrechnungsrechnungen unter der

Bagatellgrenze auszuscheiden hat. Das stellt einen enormen administrativen Aufwand dar. Diese Bagatellgrenze ist daher ein schwerwiegender Nachteil für den Auftragnehmer.

Die Festlegung steht außerdem im Widerspruch zur Festlegung unter Punkt 4.4. erster Absatz, wonach der laut ÖNORM 2111 vorgesehene Schwellenwert von 2% ausgeschlossen wird (Die ÖNORM sieht vor, dass eine Preisumrechnung erst bei einem Veränderungsprozentsatz von 2% stattfindet). Wenn dieser Schwellenwert von 2% ausgeschlossen wird bedeutet das, dass der Auftragnehmer jede Preiserhöhung zur Nachverrechnung bringen kann.

Wenn man annimmt, dass eine Vielzahl der Abrufe aus dem Rahmenvertrag unter einer Rechnungssumme von EUR 4.000,-- liegen wird, wäre bei er geltenden Bagatellgrenze sogar bei einer angenommenen Preiserhöhung von 2,5% bei allen derartigen Geschäftsfallen keine Nachverrechnung möglich.

Wie gesagt, dürfte dies nicht die Absicht des Auftraggebers sein, da er im ersten Absatz von Punkt 4.4 den laut ÖNORM 2111 vorgesehenen Schwellenwert von 2% ausgeschlossen hat.

Die Regelung der Bagatellgrenze von EUR 150,- für Nachverrechnungsbeträge ist daher für nichtig zu erklären.

10.8 Aufzeichnungspflicht

Gemäß Punkt 5.2 der BVRET besteht eine Aufzeichnungspflicht, worauf alle aus diesem Vertrag abgerufenen Leistungen mittels der der Ausschreibung beigefügten Excel-Datei zu dokumentieren sind.

In dieser Excel-Tabelle sind von jeder Rechnungen alle Leistungspositionen (zB 10-15) mit Positionsnummer und Positionsstichwort zu erfassen. Da dieser Vorgang nicht automatisiert erfolgt, ist jede Ausgangsrechnung händisch in die Excel Tabelle zu übertragen. Dieser Aufwand ist erheblich und nicht als unwesentliche Nebenleistung zu sehen.

Die Kosten für die Führung und Übermittlung dieser Aufzeichnungen werden vom Auftraggeber nicht gesondert vergütet.

Da dieser Aufwand nicht als unwesentliche Nebenleistung einzustufen ist, wäre dafür eine eigene Leistungsposition vorzusehen.

10.9 Unangemessen kurze Vorlaufzeiten

Punkt 2.1.1 WD 314 lautet:

"Mit der Ausführung der Leistung darf erst nach schriftlicher Beauftragung begonnen werden. Die Leistung ist unter Berücksichtigung der erforderlichen Vorbereitungszeit rechtzeitig zu beginnen und so auszuführen, dass sie zum vereinbarten Termin beendet werden kann. Zwischentermine sind nur dann verbindlich, wenn dies ausdrücklich vereinbart wurde."

Mit dem Bestellschein erhält der Auftragnehmer den Auftrag, es wird ihm der Arbeitsbeginn und die Leistungsfrist vorgeschrieben sowie die vom Auftraggeber geschätzte Auftragssumme. Weiters erhält er die für die Ausführung erforderlichen Unterlagen (Pläne, technische Beschreibungen usw).

Die vom Auftraggeber vorgegebenen Fristen für den Leistungsbeginn ab schriftlicher Beauftragung von 3 Tagen oder sogar nur 24 Stunden ermöglichen dem Auftragnehmer nicht ausreichend Zeit für die Arbeitsvorbereitung.

Der Auftragnehmer muss anhand der Unterlagen

- die Arbeit planen,
- die Montagepartie organisieren,
- allenfalls einen Termin mit dem Mieter einer bewohnten Wohnung absprechen,
- das notwendige Material beschaffen und
- einen Techniker abstellen, der sich die Gegebenheiten vor Ort anschaut,
- allfällige fehlende Unterlagen sind vom Auftraggeber einzufordern (siehe nächster Punkt 10.10).

Die vorgesehenen Fristen sind für eine sorgfältige Leistungsvorbereitung zu kurz bemessen.

Der Auftragnehmer ist gemäß Punkt 4.2 BVRET ja verpflichtet, allfällige Überschreitungen der Auftragssumme gemäß Bestellschein von mehr als 20% unverzüglich bekanntzugeben, anderenfalls die Gefahr besteht, dass er sie nicht vergütet bekommt und zusätzlich schadenersatzpflichtig wird. Um dieser Meldepflicht nachzukommen, sind die vom Auftraggeber vorgegebenen Auftragssummen anhand der Gegebenheiten vor Ort und der Pläne daher kritisch zu prüfen. Das braucht Zeit.

Erfahrungsgemäß werden vom Auftraggeber auch des Öfteren notwendige Bestandteile der Leistungen vergessen und nicht in die Auftragssumme einberechnet (ähnlich mangelhaft wie die Vorlagekalkulation dieser Ausschreibung). Um seiner Warnpflicht nachzukommen, muss der Auftragnehmer den Arbeitsumfang daher selbst prüfen und begutachten.

Die Vorlaufzeiten von 3 Tagen oder sogar nur 24 Stunden sind daher anhand der pönalisierten Fristen und Rügepflichten unangemessen kurz und für nichtig zu erklären.

10.10 Risiko der Verzögerung bei unvollständigen Unterlagen Punkt 1.4.1 WD 314 - Beistellung von Unterlagen - lautet:

"Die für die Ausführung erforderlichen Unterlagen (das sind Pläne, Zeichnungen, Muster, Berechnungen, technische Beschreibungen, behördliche Genehmigungen u. dgl.), die vertragsgemäß vom AG beizustellen sind, sind dem AN so rechtzeitig zu übergeben, dass dieser sie noch vor Beginn der

Ausführung prüfen und die notwendigen Vorbereitungen (Bestellungen, Arbeitsvorbereitungen u. dgl.) treffen kann. "

Hinzu kommt, dass der Auftragnehmer fehlende Unterlagen vom Auftraggeber anfordern muss. Erfolgt diese Anforderung nicht rechtzeitig, muss sich der Auftragnehmer etwaige Verzögerungen der Vertragserfüllung zurechnen zu lassen (siehe Punkt 1.4.1. WD 314).

Auch diese Bestimmung zwingt den Auftragnehmer quasi dazu, die Gegebenheiten vorab vor Ort anzuschauen, um prüfen zu können, ob er vom Auftraggeber alle notwendigen Unterlagen erhalten hat. Bei dringlichen Bestellungen hat er dafür gerade 24 Stunden Zeit.

Aufgrund dieser Bestimmung muss sich der Auftragnehmer eine Verzögerung der Vertragserfüllung zurechnen lassen. Aufgrund des Wortlauts der Bestimmung gilt das völlig unabhängig davon, ob die Verzögerung auf die fehlenden Unterlagen zurückzuführen ist oder nicht.

Mit dieser Regelung entledigt sich der Auftraggeber seiner Pflicht, die erforderlichen Unterlagen vertragsgemäß und vollständig beizustellen und schiebt dem Auftragnehmer das Risiko zu, rechtzeitig zu warnen und bei jeglichen Verzögerungen der Vertragserfüllung alle Kosten zu tragen.

Diese vertraglich festgelegte Vorgehensweise ist aus den genannten Gründen rechtswidrig, da stark benachteiligend und sachlich nicht gerechtfertigt und ist für nichtig zu erklären.

10.10.1 Höhe der Vertragsstrafen ist sittenwidrig

Gemäß Punkt 2.5.3.1 der WD 314 gilt: „Soweit nicht anders festgelegt, ist die Vertragsstrafe mit höchstens 5 % der ursprünglichen Auftragssumme (des zivilrechtlichen Preises) insgesamt begrenzt.“ Bei einer Auftragssumme von zB EUR 1.000,-- liegt die Grenze demnach bei EUR 50,--.

Gleichzeitig sind aber in Punkt 6.2 BVRET Vertragsstrafen pauschal festgelegt, die jedenfalls über die 5%-Grenze bei Kleinaufträgen hinausgehen. Wird daher etwa die Arbeit an einer dringlichen Bestellung nicht binnen 24 Stunden begonnen, droht eine Vertragsstrafe von EUR 300,-- pro Kalendertag, unabhängig davon, wie hoch die Bestellsumme ist. Auch bei einem Bestellwert von EUR 1.000,-- muss daher pro Kalendertag eine Vertragsstrafe von EUR 300,-- bezahlt werden. Die Deckelung in Punkt 2.5.3.1 der WD 314 wird daher durch die speziellere Bestimmung in Punkt 6.2 BVRET wieder aufgehoben. Die Vertragsstrafen können gemäß Punkt 6 BVRET sogar bis zur Höhe der Auftragssumme einbehalten werden.

Diese Regelung verstößt aufgrund der Unverhältnismäßigkeit jedenfalls gegen die guten Sitten und ist für nichtig zu erklären!

10.11. Unzulässige Festlegungen zur Preisänderung bei Abweichung von Mengen

In Punkt 3.4.4 WD 314 ist folgende Regelung enthalten:

Bei Über- oder Unterschreitung der im Vertrag angegebenen Menge einer Position mit Einheitspreis um mehr als 20 % ist über Verlangen eines Vertragspartners ein neuer Einheitspreis für die tatsächlich ausgeführte Menge unter Berücksichtigung der Mehr-/Minderkosten zu vereinbaren, wenn dies kalkulationsmäßig auf bloße Mengenänderung (unzutreffende Mengenangaben ohne Vorliegen einer Leistungsabweichung) zurückzuführen ist. Dieses Verlangen ist dem Grunde nach ehestens nachweislich geltend zu machen.

Die Ermittlung des neuen Einheitspreises hat gemäß 3.4.2 zu erfolgen.

Punkt 4.3 der BVRET hebt diese Bestimmung wieder auf:

In Abänderung zu Punkt 3.4.4 der WD 314 wird festgelegt:

Eine Abweichung von den im Vertrag angegebenen Mengen führt zu keiner Änderung der Preise.

Der Ausschluss der Preisanpassung bei Mengenänderung ist rechtswidrig und für nichtig zu erklären.

In einer Entscheidung des Verwaltungsgerichts Wien wurde bestimmt, dass „der entgegen den allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien erfolgte Ausschluss der Nachteilsabgeltung für nichtig zu erklären ist“ (...). Begründet wurde dies damit, dass „vor dem Hintergrund der Nichtfestlegung einer Mindestabnahmemenge in Zusammenhalt mit dem Ausschluss der Mengenänderungsklausel eine Deckelung des wirtschaftlichen Risikos eines Auftragnehmers nach unten geboten ist“.

Gleiches muss für den vorliegenden rechtswidrigen Ausschluss der Preisanpassung bei Mengenänderung gelten. Auch in gegenständlicher Ausschreibung gibt es keine Festlegung einer Mindestabnahmemenge. Das Risiko des Auftragnehmers bei Mengenänderung ist daher nicht gedeckelt.

Der Ausschluss der Preisanpassung bei Mengenänderung kann auch nicht durch die nachfolgende Regelung der Nachteilsabgeltung in Punkt 3.4.5 WD 314 ausgeglichen werden. Es kann sein, dass zwar der Gesamtumsatz nicht um mehr als 5% abweicht, dass aber die Mengen zu einzelnen Positionen im Leistungsverzeichnis um mehr als 20% nach oben oder unten schwanken. Während die eine Position unterschritten wird, wird eine andere überschritten. Der Gesamtumsatz bleibt im Rahmen, aber die Kalkulation des Bieters wird trotzdem beeinträchtigt. Nicht umsonst sehen die WD 314 beide Regelungen vor, in Punkt 3.4.4 die Mengenänderungen ohne Leistungsabweichung in Punkt 3.4.5 die Nachteilsabgeltung bei Unterschreitung der Auftragssumme.

Der Ausschluss der Preisanpassung bei Mengenänderung durch Punkt 3.4 BVRET ist daher rechtswidrig und für nichtig zu erklären.

10.12 Unzulässige Einschränkung der Nachteilsabgeltung

Auch Punkt 3.4.5 WD 314 ist für nichtig zu erklären, da er zur Benachteiligung des Auftragnehmers die Regelung der ÖNORM 2110 verschärft!

In Punkt 7.4.5 der ÖNORM B 2110 ist folgende Formulierung enthalten:

Erwächst dem AN, bei Unterschreitung der Auftragssumme um mehr als 5 %, durch Minderung oder Entfall von Teilen einer Leistung ein Nachteil, der nicht durch neue Einheitspreise oder durch andere Entgelte abgedeckt ist, hat der AG diesen Nachteil abzugelten.

Dieser Nachteil kann einvernehmlich durch Vergütung des kalkulierten Anteils der Geschäftsgemeinkosten an den entfallenen Leistungen abgegolten werden.

Die Kosten von projektbezogenen erbrachten Vorleistungen, die nicht anderweitig zu verwerten sind, sind jedenfalls (unabhängig von der 5%-Grenze) abzugelten.

Nach Punkt 3.4.5 WD 314 gilt jedoch: Entstehen dem Auftragnehmer, „bei Unterschreitung der Auftragssumme um mehr als 5% durch Minderung oder Entfall von Teilen der Leistung ein Nachteil, der nicht durch neue Einheitspreise oder durch andere Entgelte abgedeckt ist, hat der AG diesen Nachteil abzugelten, nicht aber den im Gesamtzuschlag kalkulierten Gewinn, nicht den entgangenen Gewinn und nicht jenen Nachteil, der daraus entstanden ist, dass der AN nicht andere Aufträge übernehmen konnte.“

Durch die nun vorliegende Regelung trägt der Auftragnehmer bei Unterschreitung der Auftragssumme bis zu 5% das volle Kostenrisiko. Bei einer Unterschreitung der Auftragssumme von mehr als 5% erhält der Auftragnehmer eine Nachteilsabgeltung durch Ersatz des kalkulierten Anteils der Geschäftsgemeinkosten. Der entgangene Gewinn und vor allem jener Nachteil, der daraus entstanden ist, dass der AN keine anderen Aufträge übernehmen konnte, werden ihm jedoch nicht ersetzt.

In Anbetracht der oben dargelegten fehlenden Angaben zur Kalkulation, der Festlegung, dass es „zu unregelmäßigen Abrufen kommen wird“ (Punkt 3.3 BVRET), der scharfen Pönalisierung von verspätetem Leistungsbeginn oder Leistungserbringung, der damit einhergehenden Notwendigkeit, Montagepersonal bereitzustellen ist diese Regelung extrem benachteiligend. Wenn nämlich der Auftragnehmer Personal auftragsgemäß bereithält und dieses dann wegen Minderbestellungen oder Wegfall von Aufträgen nicht zum Einsatz kommt, muss er dieses Personal trotzdem bezahlen. Diese Lohnkosten werden mit der

Nachteilsabgeltung im Umfang der Geschäftsgemeinkosten nicht abgedeckt und der Auftragnehmer muss sie auf eigenes Risiko tragen.

Aufgrund der unpräzisen und oft kurzfristigen Vorgaben bzw. Bestellungen des Auftraggebers ist es für den Auftragnehmer nicht realisierbar, kurzfristig andere Aufträge zu übernehmen und so seinen Verlust zu mindern.

Die Einschränkung der Nachteilsabgeltung widerspricht auch der gesetzlichen Regelung des § 1168 Abs 1 ABGB.

Die Festlegung betreffend die Nachteilsabgeltung ist für den Auftragnehmer einerseits grob nachteilig und widerspricht andererseits bestehenden Normen und ist für nichtig zu erklären.

10.13 Unzulässige Festlegungen zu den Anfragen

In Punkt 1 der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge wurde festgelegt, dass Anfragen zu den Ausschreibungsunterlagen schriftlich bis 14 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist an den Auftraggeber per E-Mail oder Fax zu richten sind. Weiters wurde in Punkt 1 Folgendes definiert:

„Telefonische Anfragen oder Anfragen zu einem späteren Zeitpunkt dürfen zur Sicherstellung der Gleichbehandlung aller Bieter und der gebotenen Transparenz von Vergabeverfahren grundsätzlich nicht beantwortet werden.“

Die Festlegung, dass „Anfragen zu einem späteren Zeitpunkt [...] zur Sicherstellung der Gleichbehandlung aller Bieter und der gebotenen Transparenz von Vergabeverfahren grundsätzlich nicht beantwortet werden“, ist rechtswidrig und in ihrer Begründung auch nicht plausibel. (Hervorhebung durch den Verfasser)

Durch diese Formulierung räumt sich der Auftraggeber einen willkürlichen Ermessensspielraum ein. Der Begriff „grundsätzlich“ ermöglicht die Beantwortung einzelner willkürlich ausgewählter Fragen nach Ablauf der Anfragenfrist durch den Auftraggeber. Wenn aber die Fragen eines Bieters beantwortet werden und die eines anderen nicht, führt das zwangsläufig zu einer Ungleichbehandlung.

Andererseits ist die Begründung (zur „Sicherstellung der Gleichbehandlung aller Bieter und Transparenz“) nicht nachvollziehbar. Warum sollte eine Fragestellung außerhalb der Frist zur Ungleichbehandlung oder Intransparenz führen?

Darüber hinaus widerspricht die Festlegung des Auftraggebers den gesetzlichen Vorgaben. § 58 Abs 2 BVergG sieht vor, dass zusätzliche Auskünfte zu den Ausschreibungsunterlagen unverzüglich, jedenfalls aber spätestens sechs Tage vor Ablauf der Angebotsfrist zu erteilen sind, sofern das Ersuchen zeitgerecht gestellt wird. Ein Ersuchen ist nach den Gesetzesmaterialien dann zeitgerecht, wenn „es so rechtzeitig ist, dass die zusätzlichen Auskünfte sechs Tage vor Ablauf

der Angebotsfrist erteilt werden können“. Werden zusätzliche Auskünfte zu den Ausschreibungsunterlagen kürzer als sechs Tage vor Ablauf der Angebotsfrist erboten, sind diese unverzüglich zu erteilen (Schiefer/Mensdorff-Pouilly in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht⁴ [2015] Rz 1481).

Die Regelung des Auftraggebers in Punkt 1 der der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge verstößt gegen § 58 Abs 2 BVergG und ist für nichtig zu erklären.

10.14 Unsachliche Gewichtung der Zuschlagskriterien

Die Ausschreibungsunterlagen sehen in Punkt 7 der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge vor, dass der Preis mit 95% und die Verlängerung der Gewährleistungsfrist mit 5% gewichtet werden.

Das Zuschlagskriterium der Verlängerung der Gewährleistungsfrist mit einer Gewichtung von nur 5% ist aus Sicht des Antragstellers schon aufgrund der geringen Gewichtung unzulässig. Um dem Bestbieterprinzip gerecht zu werden, müssen die Zuschlagskriterien im Verhältnis zueinander so gewichtet sein, dass die Besser- oder Schlechtererfüllung der einzelnen Kriterien einen realistischen Einfluss auf die Bestbieterermittlung haben kann. (...).

Im gegenständlichen Fall bleibt aber de facto alleine der Angebotspreis ausschlaggebend, so dass trotz Ausschreibung eines Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip unzulässiger Weise ein Billigstbieterverfahren durchgeführt wird.

Damit der Zuschlag gemäß den Vorgaben des BVergG 2006 tatsächlich auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden kann, müssen mehrere Kriterien festgelegt worden sein, die eine vergleichende Bewertung des Leistungsniveaus jedes einzelnen Angebotes (gemessen am Auftragsgegenstand) ermöglichen; dabei darf der Preis nicht das allein ausschlaggebende Kriterium sein (776 BlgNR XXV. GP, 7).

Darüber hinaus ist das Zuschlagskriterium so gestaltet, dass bei einer Verlängerung von 3 Jahren Gewährleistung auf 6 Jahre Gewährleistung maximal 5 Punkte erzielt werden können. Nach der vergaberechtlichen Judikatur (...), die einen ganz identen Fall abbildet, ist ein solches Kriterium vergabewidrig und bieterdiskriminierend, weil dem einzelnen Bieter aufgrund der Begrenzung der Gewährleistungsverlängerung auf 36 Monate (im zitierten Fall waren es 30 Monate) die Möglichkeit genommen, ein nach wirtschaftlichen und technischen Überlegungen besseres Angebot zu legen, als die Mitbewerber.

Das Zuschlagskriterium der Verlängerung der Gewährleistungsfrist ist daher für nichtig zu erklären.

10.15 Vollkostenkalkulation

Die Antwort des Auftraggebers auf die Frage E1, ob die K-Blätter zu Vollkosten oder Teilkosten zu kalkulieren sind, lautet: „Jeder Bieter hat

seine Preise selbst zu kalkulieren und die Kalkulation durch eigene Kalkulationsformblätter darzustellen. Ob zu Vollkosten oder zu Teilkosten kalkuliert wird, entscheidet der Unternehmer.“

Dies steht im Widerspruch zur Aussage des Amtssachverständigen für Baukalkulation, Ing. C. im Zuge des letzten Nachprüfungsverfahrens über denselben Leistungsgegenstand (...), wonach „bei der Angebotslegung für einen Rahmenvertrag über Bauleistungen nicht vom Gesamtumfang des voraussichtlichen Auftragsvolumens während der Vertragslaufzeit sondern von der (großen) Anzahl und dem (kleinen) Umfang der Einzelabrufe aus dem Rahmenvertrag als kosten- und damit preisbestimmende Größe auszugehen ist. Es wird daher wegen der Kleinteiligkeit der Einzelabrufe von einer grundsätzlich je Einzelabruf zu erzielenden Vollkostendeckung auszugehen sein. Wenn aber jeder Einzelabruf kostendeckend kalkuliert wird, ist davon auszugehen, dass auch die Summe aller Einzelabrufe kostendeckend sein wird.“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

Der Sachverständige hat damals aufgrund dieser Annahme ausgeschlossen, dass die Bieter nicht kalkulierbare Risiken tragen. Während also damals wegen der anzunehmenden Vollkostendeckung von keiner Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken auszugehen war, ist in diesem gegenständlichen Fall, aufgrund der Fragebeantwortung E1 offen, wie die Bieter kalkulieren.

Die Aussage in der Fragebeantwortung E1 steht im krassen Widerspruch zum damaligen Nachprüfungsverfahren und öffnet spekulativen Angeboten Tür und Tor. Die beigegebenen K Blätter sind irreführend, weil in der Berechnung nicht schlüssig (siehe die Ausführungen unter Punkt 10.3) und die dargestellten Geschäftsgemeinkosten in Höhe von 15 % sind für derartige kleinteilige Einzelabrufe völlig unzureichend und nicht kostendeckend.

15% Geschäftsgemeinkosten entspricht jedenfalls keiner Vollkostenrechnung, ist nicht branchenüblich und könnte dazu beitragen, die Bieter zu verunsichern und zu einem spekulativen Angebot zu bewegen.

Da mit diesen Geschäftsgemeinkosten alle in der Ausschreibung angeführten und als nicht unwesentliche Nebenleistungen, wie auch Bauüberwachung und die komplette kaufmännische Abwicklung des Auftrags abgedeckt werden muss, ist von einem Ansatz von ca. 35% Geschäftsgemeinkosten auszugehen.

Die Unsicherheit ob Vollkosten- oder Teilkosten anzusetzen sind, wir Bieter zur Abgabe spekulativer Angebote bewegen. Auf Grund der von Wiener Wohnen vorgelegten K- Blätter wäre es im Zuge einer vertieften Angebotsprüfung schwierig, spekulative Angebote auszuscheiden.

- 10.16 Umrechnung veränderlicher Preise und Festpreise
Den Ausschreibungsunterlagen liegt die Beilage 13:05.1 „Angaben zur Umrechnung veränderlicher Preise für die Umrechnung getrennt nach einzelnen Leistungsteilen der Gesamtleistung“ bei.

Diese Formblatt wird unterteilt in einen Leistungsteil 01-LT:01 und einen Leistungsteil 02-LT:02. Diese Gliederung entspricht nicht der Gliederung des Leistungsverzeichnisses und somit ist nicht eindeutig definiert, bei welchen Positionen Festpreise zur Anwendung kommen und bei welchen eine Preisanpassung erfolgt."

Die Antragstellerin beantragte auf der Grundlage der von ihr vorgebrachten Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung, diese in allen Losen zur Gänze für nichtig zu erklären, in eventu die im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren aufgezeigten und vom Gericht als rechtswidrig erkannten Bestimmungen für nichtig zu erklären, der Antragsgegnerin den Ersatz der Pauschalgebühren aufzuerlegen und eine mündliche Verhandlung anzuberaumen. Die Antragstellerin beantragte weiters, eine Einstweilige Verfügung zu erlassen.

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichts Wien vom 25.4.2018, ..., wurde eine Einstweilige Verfügung erlassen, mit der antragsgemäß für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Aussetzung der Angebotsfrist angeordnet und der Antragsgegnerin die Öffnung der Angebote untersagt wurde. Der Antrag auf Untersagung der Fortführung des Verfahrens wurde abgewiesen.

Der Nachprüfungsantrag wurde der Antragsgegnerin zur Kenntnis gebracht und es wurde ihr Gelegenheit gegeben, dazu eine Stellungnahme abzugeben. Die Antragsgegnerin legte den Vergabeakt vor und nahm mit Schriftsatz vom 9.5.2018 dazu Stellung, wie folgt:

„Stellungnahme zum gesamten Antragsvorbringen

- 1 Mit Schreiben vom 19.04.2018 wurde die AG vom Verwaltungsgericht Wien (VGW) der Nachprüfungsantrag der A. Gesellschaft m.b.H. (in Folge: „Antragstellerin“ oder „ASt“) zugestellt und aufgefordert, zum gesamten Antragsvorbringen bis spätestens 02.05.2018, 13.00 Uhr (einlangend) Stellung zu nehmen und den Vergabeakt im Original vorzulegen. Auf telefonisches Fristerstreckersuchen vom 30.04.2018 hin, hat das Verwaltungsgericht Wien die für Mittwoch, 02.05.2018, 13:00 Uhr festgesetzte Frist zur Erstattung der Stellungnahme der Stadt Wien - Wiener Wohnen zum Nachprüfungsantrag der A. GmbH und Vorlage sämtlicher Unterlagen des gegenständlichen Vergabeverfahrens (Vergabeakt) auf Mittwoch, 09.05.2018, 13:00 Uhr erstreckt.
- 2 Innerhalb offener Frist erstattet die AG die nachstehende

Stellungnahme

- 3 Die Verwaltungsakten im Original wurden bzw. werden der Einlaufstelle des LVwG Wien persönlich übermittelt.
- 4 Das Vorbringen zu den Anträgen der ASt wird zur Gänze bestritten, sofern es nicht im Folgenden ausdrücklich außer Streit gestellt wird.
1. Maßgeblicher Sachverhalt
- 5 Die Stadt Wien - Wiener Wohnen beabsichtigt die Vergabe eines Bauauftrages durch Abschluss eines Rahmenvertrages für ...leistungen in den Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen im Weg des offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot. Die Erstellung der Preise wird im Preisaufschlags-/nachlassverfahren ermittelt. Der Auftrag wird in 24 Losen vergeben. Der geschätzte Gesamtauftragswert (Summe aller Lose) beträgt EUR **,***.***,** (für 2 Jahre).
- 6 Die Ausschreibung wurde ... im Supplement des Amtsblatts der Europäischen Union ... und auf www.gemeinderecht.wien.at bekannt gemacht. Das Vergabeverfahren befindet sich derzeit vor dem Ende der Angebotsfrist.
- 7 Das Ende der Angebotsfrist wurde zunächst mit 28.03.2018, 09:00 Uhr festgelegt. Bestandteil der gegenständlichen Ausschreibung sind im Wesentlichen (siehe im Detail: Verzeichnis der Ausschreibungsunterlagen):
- Formblatt MD BD-SR75
 - Präferenzreihung
 - Zuschlagskriterium „Verlängerung der Gewährleistungsfrist“
 - Ausschreibung - Kurzleistungsverzeichnis (je Los)
 - Ausschreibung – Langleistungsverzeichnis
 - Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge
 - Besondere Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge
 - Muster Abrechnungsschema
 - Bezugspreiskalkulation samt Kalkulationsformblätter
 - WD 307 - Allgemeine Angebotsbestimmungen der Stadt Wien
 - WD 314 - Allgemeine Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen
- 8 Nach der Bekanntmachung stellten mehrere interessierte Bieter Fragen zu den Ausschreibungsfestlegungen, wobei sich die Mehrzahl der Fragen auf die technischen Spezifikationen bezog.
- 9 Die ASt stellte keine einzige Frage. Zu den von der ASt als vergaberechtswidrig monierten Festlegungen wurde ebenso keine einzige Frage gestellt.
- 10 In der Folge ergingen die nachstehenden Anfragenbeantwortungen an die Bieter:
- 1. Anfragenbeantwortung: 26.02.2018
 - 2. Anfragenbeantwortung: 27.02.2018

- 3. Anfragenbeantwortung: 02.03.2018
 - 4. Anfragenbeantwortung: 09.03.2018
- 11 Mit der 4. Anfragebeantwortung wurden die Bieter darüber informiert, dass eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen in Vorbereitung ist.
- 12 Am 16.03.2018 erfolgte die erste Berichtigung der Ausschreibungsfestlegungen, mit der die Angebotsfrist von 28.03.2018 auf 12.04.2018 geändert wurde. Die europaweite Bekanntmachung wurde am 20.03.2018 im Supplement des Amtsblattes der europäischen Union ... veröffentlicht. Weitere Änderungen der Ausschreibungsfestlegungen erfolgten mit der ersten Berichtigung nicht.
- 13 Danach ergingen die nachstehenden Anfragebeantwortungen an die Bieter:
- 5. Anfragebeantwortung: 19.03.2018
 - 6. Anfragebeantwortung: 21.03.2018
- 14 Am 30.03.2018 erfolgte die zweite Berichtigung der Ausschreibungsfestlegungen, mit der die Angebotsfrist von 12.04.2018 auf 27.04.2018 geändert wurde. Die europaweite Bekanntmachung wurde am 04.04.2018 im Supplement des Amtsblattes der europäischen Union ... veröffentlicht. Weitere Änderungen der Ausschreibungsfestlegungen erfolgten mit der zweiten Berichtigung nicht.
- 15 Danach ergingen die nachstehenden Anfragebeantwortungen an die Bieter:
- 7. Anfragebeantwortung: 03.04.2018
- 16 Am 06.04.2018 erging die dritte Berichtigung der Ausschreibungsfestlegungen an die Bieter, mit der die Kurzleistungsverzeichnisse aller Lose und das Langtextleistungsverzeichnis, die Formblätter K7, die Formblätter K4, die Teilangebotsschlussblätter, das Muster Massenmeldung und die Ausstattungsrichtlinie ... geändert wurden. Die europaweite Bekanntmachung wurde am 10.04.2018 im Supplement des Amtsblattes der europäischen Union ... veröffentlicht. Weitere Änderungen der Festlegungen erfolgten nicht.
- 17 Danach ergingen die nachstehenden Anfragebeantwortungen an die Bieter:
- 8. Anfragebeantwortung: 16.04.2018
- 18 Ohne zuvor eine einzige Frage gestellt zu haben, brachte die ASt am 19.04.2018 den gegenständlichen Nachprüfungsantrag ein.
- 19 Das Vergabeverfahren befindet sich derzeit vor dem Ende der Angebotsfrist. Aufgrund des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens hat die AG die Angebotsfrist (vorerst) auf 01.08.2018 erstreckt.

Beweis: Vergabeakt.

2. Allgemeines

2.1. Vorab zu den Darstellungen im Nachprüfungsantrag der ASt

- 20 Vorab ist festzuhalten, dass der Nachprüfungsantrag den Sachverhalt

teilweise schlicht falsch wiedergibt. Die vorgebrachten Behauptungen sind auch teilweise objektiv schlicht falsch. Als wesentlich hervorzuheben ist daher bereits an dieser Stelle, dass die ASt das festgelegte Preisaufschlags-/nachlassverfahren nicht richtig darstellt bzw. offenbar nicht verstanden hat.

- 21 Die ASt verwechselt in diesem Zusammenhang auch die Vorgabekalkulation der AG mit der von den Bietern selbstverständlich selbst zu erstellenden eigenen Kalkulation. Die ASt behauptet beispielsweise (siehe Seite 18 unten des Nachprüfungsantrages), dass den Bietern nur die Möglichkeit eingeräumt werde, „auf Leistungsgruppen Aufschläge und Nachlässe zu kalkulieren“. Das ist objektiv schlicht falsch. Die Bieter müssen immer ihre eigenen Preise kalkulieren und zwar unabhängig von der Vorgabekalkulation der AG. Das ist betriebswirtschaftlich auch nicht anders möglich, weil jeder Unternehmer das mit dem Auftrag einhergehende Risiko und Wagnis autonom beurteilen muss. Nachdem der Bieter seine eigene Kalkulation erstellt hat, muss er diese ins Verhältnis zur Vorgabekalkulation setzen. Anschließend sind die sich daraus ergebenden Differenzen als Aufschläge oder Nachlässe getrennt auf die Preisanteile Lohn- und Sonstiges je Gruppe einzusetzen und nicht wie von der ASt behauptet auf Einheits- oder Positionspreise.
- 22 Hervorzuheben ist auch dass die eigene Kalkulation der Bieter nie durch die Vorgabekalkulation der AG ersetzt oder vorweggenommen werden kann, weil sie ausschließlich in der Sphäre des einzelnen Bieters liegt. Die ASt geht aber offenbar davon aus, dass die Vorgabekalkulation der AG die Kalkulation der ASt ersetzen soll, was daran erkennbar wird, wenn die ASt behauptet, dass die Ausschreibung „viele Fragen zu wesentlichen Kalkulationsgrundlagen offen“ (Seite 18 oben des Nachprüfungsantrages) lasse. Die ASt verkennt offenbar, dass die wesentlichen Kalkulationsgrundlagen die Produktionsfaktoren des Unternehmens sind und deshalb von der AG gar nicht vorgegeben werden können.
- 23 Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die ASt wesentliche Festlegungen unrichtig wiedergibt bzw. offenbar nicht verstanden hat. Das erklärt vermutlich, weshalb die ASt die Ausschreibung für nicht kalkulierbar hält.
- 24 In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren bereits mehrere Unternehmen ein Angebot gelegt haben, denen es offensichtlich möglich war, die Ausschreibung zu kalkulieren. Selbstverständlich wird die AG in Übereinstimmung mit der bereits erlassenen Einstweiligen Verfügung die bereits eingelangten Angebote nicht öffnen.

2.2. Interesse der ASt

- 25 Wiederholt hervorzuheben ist auch, dass der Geschäftsführer der ASt, Herr D., Mitglied im Ausschuss der Bundesinnung und Landesinnung Wien ... der Wirtschaftskammer ist. Die ASt bzw. der Geschäftsführer der ASt wird gegenständlich offensichtlich in seiner Funktion als Funktionär der Wirtschaftskammer tätig und realisiert den bisher gesetzlich verwehrten Wunsch der Wirtschaftskammer eine Antragslegitimation in

Nachprüfungsverfahren zu erhalten (siehe <https://www.wko.at/...>; siehe auch <http://www....>; siehe weiters <http://www....>). Verstärkt wird dieser Eindruck durch die Wahl der rechtlichen Vertretung der ASt, zumal die Antragstellervertreter ebenfalls Unterstützer dieser Bestrebungen der Wirtschaftskammer sind (siehe <http://www....>).

- 26 Die ASt hat jedenfalls bislang keine Leistungen für Wiener Wohnen erbracht. Vor diesem Hintergrund ist erklärbar, weshalb im Vergabeverfahren zwar insgesamt mehr als 50 Fragen von den tatsächlich am Auftrag interessierten Unternehmern gestellt wurden, während hingegen die ASt keine einzige Frage gestellt hat. Hervorzuheben ist in diesen Zusammenhang auch, dass kein einziger der am Auftrag interessierten Unternehmer die Vergaberechtskonformität der von der ASt monierten Festlegungen infrage gestellt hat.
- 27 In diesem Zusammenhang ist auch das Interesse der ASt am gegenständlichen Auftrag infrage zu stellen. Hätte die ASt tatsächlich ein Interesse den Auftrag zu erhalten, hätte sie die AG - wie alle anderen interessierten Unternehmen auch - schon frühzeitig auf die aus ihrer Sicht zu ändernden Festlegungen hingewiesen. Stattdessen hat sie keine einzige Frage gestellt und insofern das Nachprüfungsverfahren und die damit einhergehende Verzögerung des Vergabeverfahrens vermutlich absichtlich provoziert. Stattdessen behauptet nur die ASt und zwar erst jetzt, dass etliche Festlegungen vergaberechtswidrig seien. Damit hat die ASt jedenfalls gegen § 106 Abs 6 BVergG 2006 verstoßen (vgl auch Pkt 1. der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge). Die AG hält daher an dieser Stelle ausdrücklich fest, dass sie sich etwaige Schadenersatzansprüche gegen die ASt aufgrund der Verletzung dieser die ASt treffenden vorvertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflicht ausdrücklich vorbehält.
- 28 Die ASt hätte gemäß § 106 Abs 6 BVergG 2006 der AG umgehend mitteilen müssen, dass sie eine Berichtigung der Ausschreibung für erforderlich hält. Sofern die ASt in diesem Zusammenhang daher einen Schaden behauptet, hat sie diesen selbst provoziert und kann insofern nicht schutzwürdig sein.

3. Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts

- 29 Die von der ASt begehrten Anträge richten sich nicht an das Verwaltungsgericht Wien. Die von der ASt begehrten Anträge werden ausdrücklich alle an das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich gerichtet: "Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich möge [...]" (Seite 37 des NPA).
- 30 Eine rechtliche Grundlage für eine amtswegige Umdeutung eines von vornherein verfehlten Begehrens lässt sich aus keiner Bestimmung des Bundesvergabegesetzes oder dem Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 ableiten. Bei einem verfehlten Begehren handelt es sich auch nicht um einen Mangels eines Anbringens, der nach § 13 Abs. 3 AVG einer Verbesserung zugänglich wäre, zumal kein Form- oder Inhaltmangel vorliegt (vgl. dazu VwGH 24.01.2001, 2001/04/0004, 27.09.2000, 2000/04/0051 betreffend vergleichbare

Bestimmungen des Oberösterreichischen Vergabegesetzes). Eine Verpflichtung, eine, überdies anwaltlich vertretene, Partei anzuleiten, wie sie ihr Anbringen zu gestalten hat, lässt sich weder aus den Bestimmungen des § 13 Abs. 3 AVG noch des § 13a leg.cit. ableiten (BVA 20.01.2003, N-135/01-22).

- 31 Der Nachprüfungsantrag ist daher schon deshalb zurückzuweisen, weil alle Anträge an das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich gerichtet werden (vgl VwGH 29.10.2014, Ro 2014/04/0069).

4. Zur Grenze der Bestandskraft der gegenständlichen Ausschreibung

- 32 Zunächst ist festzuhalten, dass sämtliche Anfragebeantwortungen als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist gesondert anfechtbar sind. Mangels rechtzeitiger Anfechtung sind sämtliche Anfragebeantwortungen bestandsfest.

- 33 Festzuhalten ist auch, dass auch sämtliche Berichtigungen als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist gesondert anfechtbar sind. Da auch keine Berichtigung angefochten wurde, sind auch sämtliche Berichtigungen bestandsfest (vgl VwGH 21.01.2015, 2012/04/0154).

- 34 Sofern sich der Nachprüfungsantrag gegen Bestimmungen richtet, die mit einer der bestandsfesten Anfragebeantwortungen oder der bestandsfesten dritten Berichtigung festgelegt wurden, geht das Vorbringen ins Leere (vgl VwGH 21.01.2015, 2012/04/0154).

- 35 Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass die ursprüngliche Angebotsfrist am 28.03.2018 endete. Sämtliche Festlegungen, die nicht bis sieben Tage vor dem Ende der Angebotsfrist, somit bis 20.03.2018, angefochten wurden, sind daher bestandsfest (VwGH 12.09.2013, 2010/04/0119: Durch die Berichtigung wird somit die Ausschreibung nicht zur Gänze neu gefasst, sondern nur - in bestimmten Punkten - abgeändert. Vor diesem Hintergrund ist aber nicht davon auszugehen, dass mit einer Berichtigung und einer damit verbundenen Verlängerung der Angebotsfrist die bereits eingetretene Bestandskraft der Ausschreibung zur Gänze wieder beseitigt wird. Vielmehr besteht eine Anfechtungsmöglichkeit nur hinsichtlich des Inhalts der Berichtigung, die eine sonstige Festlegung während der Angebotsfrist gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006 und somit eine - eigenständige - gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt). Das betrifft vor allem sämtliche Festlegungen der WD 314 und der Besonderen Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge (BVRET) sowie die Zuschlagskriterien, die seit der Bekanntmachung der Ausschreibung unverändert blieben.

- 36 Die vereinzelt gebliebene Entscheidung des VwGH (04.07.2016, Ra 2016/04/0023) ist nicht einschlägig, weil dort vor Einbringung des Nachprüfungsverfahrens ein Schlichtungsverfahren begonnen wurde, welches die Anfechtungsfrist hemmte.

5. Zu den behaupteten Vergaberechtswidrigkeiten

- 37 Die ASt moniert im Wesentlichen, dass die Ausschreibung von geeigneten Leitlinien abweiche, was gemäß § 99 Abs 2 BVergG 2006 unzulässig sei, und unkalkulierbare Feststellungen enthalte, was im Widerspruch zu § 78 Abs 3 BVergG 2006 stehe.
38. Richtig ist, dass die monierten Festlegungen weder im Widerspruch zu den zwingenden Bestimmungen des BVergG 2006 stehen, noch dass sie unkalkulierbar sind.

5.1. Allgemeines zur WD 314

- 39 Die WD 314 (Allgemeine Vertragsbestimmung der Stadt Wien für Bauleistungen) (auf deren Grundlage nach der vorliegenden Ausschreibung die Angebote zu erstellen sind) basieren auf den Abschnitten 5 bis 12 der ÖNORM B 2110 (Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen). Die Abweichungen zur ÖNORM sind durch Kursivsetzung gekennzeichnet, Auslassungen sind durch eine eckige Klammer mit Auslassungspunkten ersichtlich gemacht. Die WD stimmt zu mehr als 75% mit der ÖNORM B 2110 überein.
- 40 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die ÖNORMen nur häufig vorkommende Standardfälle reglementieren; jeder Einzelfall kann auch durch die ÖNORMen nicht lückenlos erfasst werden. Individuelle Anpassungen und vor allem Ergänzungen sind daher nötig. § 99 Abs 2 BVergG 2006 erfasst zudem nur „abweichende Festlegungen“. Das Ergänzen von Texten, die in den ÖNORMen nicht allgemein gültig formulierbar sind, können jedenfalls nicht „inhaltlich“ als „Abweichung“ qualifiziert werden, weil sie die ÖNORM nur präzisieren bzw. ergänzen.
- 41 Von jenen rund 25% der Festlegungen der WD 314, die nicht völlig mit der ÖNORM B 2110 übereinstimmen, betrifft ein großer Teil Ergänzungen oder Klarstellungen. Diese Ergänzungen und Klarstellungen führen nicht zu einer inhaltlichen „Abweichung“ iSd § 99 Abs 2 BVergG 2006 sondern ergänzen und präzisieren die ÖNORM B 2110 und sind daher jedenfalls zulässig.
- 42 Mit Erlass der Magistratsdirektion vom 27.10.2011, MD-GBR-35/11 sind alle Dienststellen, die mit der Vergabe von Aufträgen befasst sind, verpflichtet worden, die WD 314 jedem Vergabeverfahren zu Grunde zu legen (siehe die entsprechenden Feststellungen zu VKS Wien 06.06.2012, VKS-4016/12; VKS-3600/12; 02.10.2012, VKS-8701/12; 29.11.2012, VKS-9738/12). Die WD 314 muss daher von der AG als eine Dienststelle der Stadt Wien erlassgemäß der gegenständlichen Ausschreibung zugrunde gelegt werden.
- 43 Eine geeignete Leitlinien im Sinne des § 99 Abs. 2 BVergG 2006 setzt, abgesehen von der Branchenüblichkeit (die wohl unstrittig gegeben ist), die ausgewogene Berücksichtigung der Interessen beider zukünftiger Vertragspartner voraus. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Stadt Wien die allgemeinen Vertragsbestimmungen im Zuge ihrer Entstehung mit der Wirtschaftskammer Wien diskutiert und nach Möglichkeit das Einvernehmen sucht. Auch wenn die WD 314 von der Stadt Wien federführend erarbeitet wird, ist durch das Hinzuziehen diverser

Interessensgruppen (auch im Hinblick auf deren politischen Einfluss) ein ausreichender Interessenausgleich sichergestellt.

- 44 Folgerichtig wurden die Allgemeinen Vertragsbestimmungen bereits als geeignete Leitlinien qualifiziert (VKS 06.06.2012, VKS-4016/12; VKS-3600/12; 02.10.2012, VKS-8701/12; 29.11.2012, VKS-9738/12; 28.05.2013, VKS-299594/13; 17.10.2013, VKS-617877/13).
- 45 Soweit die WD 314 nicht von der ÖNORM B 2110 abweicht, entspricht sie jedenfalls der Vorgabe des § 99 Abs 2 BVergG 2006 (LVwG Wien 10.11.2014, VGW-123/072/10241/2014).
- 46 Selbst wenn man aber davon ausgeht, dass die WD 314 selbst keine geeignete Leitlinie darstellt (was bestritten wird), ist ein Abgehen von den Festlegungen in der ÖNORM B 2110 nicht gänzlich ausgeschlossen. Eine sachliche Rechtfertigung ist nicht gefordert (vgl OGH 24.10.2013, 6 Ob 70/13g). Es muss eine quantitative Grenze eingehalten werden, die der Gesetzgeber in § 99 Abs 2 BVergG 2006 damit umschreibt, dass der Auftraggeber „in einzelnen Punkten“ von der ÖNORM abweichen darf. Sie darf somit durch die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen nicht völlig ausgehöhlt werden. Das ist gegenständlich jedenfalls nicht der Fall, weil die ASt lediglich sechs Positionen als rechtswidrig moniert.
- 47 "Aber auch, wenn man den Gesamtumfang der durch kursive Schreibweise kenntlich gemachten Abweichungen betrachtet, ist eine Aushöhlung der ÖNORM nicht erkennbar, zumal ein Großteil der Bestimmungen der WD 314 mit der ÖNORM B 2110 übereinstimmen" (LVwG Wien 10.11.2014, VGW-123/072/10241/2014).
- 48 „Zur inhaltlichen Grenze der Abweichungen von geeigneten Leitlinien hat der Verfassungsgerichtshof in seinem zu § 97 BVergG 2006 ergangenen, aber in diesem Punkt auf § 99 Abs. 2 BVergG 2006 übertragbaren Erkenntnis vom 9.3.2007, G 174/06, festgehalten, dass das Gesetz dem öffentlichen Auftraggeber eine weite, nur durch das Missbrauchsverbot beschränkte Möglichkeit eröffnet, die Ausschreibung abweichend von Leitlinien an die Besonderheiten des einzelnen Auftrages anzupassen. Eine sachliche Rechtfertigung der Abweichungen ist somit nicht erforderlich" (LVwG Wien 10.11.2014, VGW-123/072/10241/2014). Die inhaltliche Grenze hinsichtlich der Möglichkeit von diesen Leitlinien abzuweichen, bildet das Missbrauchsverbot (vgl Erläuternden Bemerkungen zu § 99 Abs. 2 BVergG 2006).
- 49 Die AG hat die Abweichungen in der WD 314 von der ÖNORM B 2110 durch Kursivsetzung bzw. eckige Klammer mit Auslassungspunkten gekennzeichnet. Die Gründe für die Abweichungen wurden festgehalten (siehe dazu die entsprechende Feststellung des LVwG Wien vom 10.11.2014, VGW-123/072/10241/2014).
- 50 Im Übrigen unterliegen nur „Abweichungen“, also eine inhaltlich anders gestaltete Regelung dem Prüfmaßstab des § 99 Abs 2 BVergG 2006. Laut Rechtsprechung darf der AG auch ohne sachliche Rechtfertigung in einzelnen Punkten von der ÖNORM B 2110 abweichen (vgl OGH 24.10.2013, 6 Ob 70/13g; LVwG Wien 10.11.2014,

VGW-123/072/10241/2014).

- 51 Die Grenze für Abweichungen stellen der Missbrauch und die Sittenwidrigkeit dar (BVwG 26.03.2015, W187 2017416-2; OGH 14. 10. 2013, 6 Ob 70/13g, unter Verweis auf VwGH 22. 4. 2010, 2008/04/0077, VwSlg 17.883 A; siehe auch OGH 12.08.2004 1 Ob 144/04i: Da für die Frage der allfälligen Sittenwidrigkeit einer Vereinbarung die Anschauungen der redlichen und rechtsverbundenen Mitglieder der betroffenen Verkehrskreise von nicht unerheblicher Bedeutung sind, kommt dem Umstand, dass sich durch eine bestimmte Vertragsklausel die Position des Werkunternehmers noch erheblich weiter vom dispositiven Recht entfernt als nach den Regelungen der einschlägigen Ö-Norm, durchaus Bedeutung zu.).
- 52 Der Antragsteller behauptet die Überwälzung unkalkulierbarer Risiken. Voranzustellen ist, dass an die Kalkulierbarkeit von Risiken auch gemäß § 78 Abs 3 BVergG ein objektiver Maßstab anzulegen ist (vgl BVwG 26.03.2015, W187 2017416-2).
- 53 Grundsätzlich gilt für die Zuordnung von Risiken die "Sphärentheorie". Das Risiko ist der Seite zuzuordnen, in deren Einflussbereich es entsteht (BVwG 26.03.2015, W187 2017416-2). Dem ASt wurden gegenständlich keine Risiken übertragen, die nicht (auch) in seinem Einflussbereich stehen.
- 54 Gegenständlich ist auch die inhaltliche Grenze nicht überschritten und das Missbrauchsverbot nicht verletzt. Es werden dem Auftragnehmer keine unkalkulierbaren Risiken überwältzt. Sofern sich der Nachprüfungsantrag daher gegen Festlegungen der WD 314 richtet, geht er insofern ins Leere.
- 5.2. Zur behaupteten Änderung des Bieterkreises (Pkt 10.1 des NPA)
- 55 Die ASt behauptet, dass mit der dritten Berichtigung weitreichende inhaltliche Änderungen im Leistungsverzeichnis vorgenommen worden seien, weshalb das Verfahren zwingend zu widerrufen sei.
- 56 Diese Rechtsansicht ist falsch.
- 57 Eine Streichung von Bestimmungen, wie dies auch in Art. 2 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 89/665/EWG ausdrücklich vorgesehen ist, kommt dann nicht in Betracht, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. Nur in diesen Fällen wäre die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären (vgl VwGH 06.03.2013, 2011/04/0115; vgl weiter VwGH 22.04.2010, 2008/04/0077 und 22.06.2011, 2009/04/0128).
- 58 Die ASt verkennt, dass gegenständlich ein zwingender Widerruf nur dann zulässig wäre, wenn der Leistungsgegenstand geändert worden wäre. Gemäß Pkt 1.1 BVRET ist der Leistungsgegenstand wie folgt beschrieben:

Gegenständlich blieb der Leistungsgegenstand jedoch weitgehend unverändert. Der gegenständliche Vertrag ist ein Rahmenvertrag über bestimmte unregelmäßig wiederkehrende kleine Baumaßnahmen in von der Stadt Wien Wiener Wohnen verwalteten Objekten.

Die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen beziehen sich auf verschiedene Standorte in ganz Wien und können nur teilweise in einem Zuge (Wohnhausanlage) durchgeführt werden.

Nach diesem Vertrag sind keine umfangreichen Baumaßnahmen, sondern eine Vielzahl kleiner Maßnahmen zu erbringen, für die Art und Qualität eindeutig festgelegt sind, die jedoch an verschiedenen Örtlichkeiten und zu verschiedenen Zeiten in unterschiedlichem Ausmaß zu erbringen sind.

Es handelt sich um ...leistungen, die in der Regel zur Wohnungssanierung erforderlich sind. Der Rahmenvertrag umfasst sämtliche, für diese Baumaßnahmen erforderlichen ...leistungen.

In vermieteten Objekten sind Störungsbehebungen nach Wasser- und Brandschäden sowie Instandsetzungen aufgrund eines negativen Befundes im Zuge einer Weitergabe von Mietobjekten durchzuführen. In allgemeinen Teilen des Hauses sowie Außenanlagen der Wohnhausanlagen können ebenfalls diverse Instandsetzungen notwendig sein (...).

Die Leistungen werden nach Bedarf in kleinwertigen Einzelabrufen bestellt. Das Leistungsvolumen (Umsatz) je Einzelabruf schwankt stark. Überwiegend kann von einem Umsatz je Einzelabruf von EUR 1.000,-- bis EUR 5.000,— ohne USt und einer mittleren Wohnungsgröße von 40 bis 60 m² ausgegangen werden. Den in den Leistungsverzeichnissen ausgeschriebenen Mengen liegt ein losweise, aus der Vergangenheit abgeleiteter Bedarf für die gesamte Vertragslaufzeit (ohne Verlängerungsoption) zugrunde.

- 59 Gegenständlich werden nach wie vor ein Bauauftrag bzw. ...arbeiten beschafft. Der Auftragsgegenstand hat sich nicht geändert. Der Leistungsgegenstand blieb weitgehend unverändert. Die Ausschreibung hat auch keinen gänzlich anderen Inhalt bekommen, sondern im Gegenteil: Der Inhalt der Ausschreibung wurde in geringem Ausmaß geschärft und präzisiert und ist weitestgehend gegenüber der Erstbekanntmachung unverändert geblieben. Der Großteil der Änderungen bezog sich auf die Vorgabekalkulation, die per se mit der zu erbringenden Leistung nichts zu tun hat, sondern nur die Kalkulationsansätze der AG widerspiegelt.
- 60 Entgegen den Behauptungen der ASt kann sich auch der Bieterkreis nicht geändert haben, weil gegenständlich ein offenes Verfahren durchgeführt wird und sich das Verfahren noch vor dem Ende der Angebotsfrist befindet. Nicht nachvollziehbar ist die Behauptung der ASt, dass die Bieter die Änderungen „nicht mehr sehen, da sie nach erster Sichtung der Unterlagen nicht mehr im Vergabeprotal registriert sind“. Die ASt übersieht, dass auf alle Änderungen mit jeweils einer europaweiten

Bekanntmachung hingewiesen wurde und somit dem gesamten europäischen Markt bekannt waren. Die AG hat nämlich (über die gesetzlichen Anforderungen des BVergG 2006 hinaus) direkt in der europaweiten Bekanntmachung insbesondere zur dritten Berichtigung sämtliche vorgenommenen Änderungen aufgelistet.

- 61 Die von der ASt zitierte Entscheidung ist auch deshalb nicht einschlägig, weil der AG dort vorgeworfen wurde, dass sie nach teilweiser Nichtigerklärung einzelner Ausschreibungsfestlegungen das Vergabeverfahren auf Grund der unverändert gebliebenen Angebote fortgeführt hat und die Bieter nicht die Möglichkeit hatten geänderte Angebote abzugeben (siehe Sachverhalt zu VwGH 06.03.2013, 2011/04/011). Gegenständlich wurden jedoch noch keine Angebote geöffnet. Die AG hat auch die Angebotsfrist entsprechend verlängert, damit die Bieter ausreichend Zeit, ihre Angebote auf Basis der geänderten Unterlagen zu kalkulieren.
- 62 Der ASt sind die Änderungen jedenfalls offensichtlich bekannt, weshalb sie grundsätzlich die Möglichkeit hat, ein entsprechendes Angebot zu legen (sofern sie überhaupt ein Interesse am Auftrag hat, was bestritten wird). Ein Schaden kann ihr insofern nicht entstehen und auch nicht entstanden sein. Ebensowenig hat sie ein subjektives öffentliches Recht auf Widerruf des Verfahrens, weshalb das diesbezügliche Vorbringen ins Leere geht.
- 63 Im Übrigen verkennt die ASt einmal mehr, dass nur die Vorgabekalkulation nachgeschärft wurde. Die Vorgabekalkulation entbindet den Bieter jedoch nicht davon, eine eigene Angebotskalkulation zu erstellen. Eine Ungleichbehandlung der Bieter oder eine wesentliche Änderung der Ausschreibung kann daher schon deshalb nicht eingetreten sein, weil jeder Bieter selbst sein Angebot kalkulieren muss. Der Aufwand der Bieter, das Verhältnis seiner Kalkulation zur Vorgabekalkulation neu zu bewerten, ist gering. Dass die Bieter dieses Verhältnis neu bewerten müssen, wenn Anpassungen in der Vorgabekalkulation vorgenommen werden, verstößt nicht gegen den Grundsatz des fairen und lautereren Wettbewerbs, weil die Bieter durch die jeweilige Verlängerung der Angebotsfrist genügend Zeit hatten, diese Bewertung anzupassen.
- 64 Ein Widerruf des Vergabeverfahrens wäre daher auf Basis der vorgenommenen Präzisierungen der Vorgabekalkulation gar nicht zulässig.

5.3. Zur behaupteten Unkalkulierbarkeit (Pkt 10.2 des NPA)

- 65 Die ASt behauptet, dass dem Auftragnehmer ein unkalkulierbares Risiko überbunden werde.
- 66 Diese Behauptung ist falsch.
- 67 Hervorzuheben ist zunächst, dass es sich gegenständlich um Standardleistungen bzw. um immer gleiche Arbeiten handelt, die

aufgrund der Ausstattungsrichtlinie immer gleich zu erbringen sind. Es handelt es sich um Leistungen kleineren Umfangs, die nicht den Umfang, die Risiken und die Komplexität von beispielsweise Projekten aufweisen. Schon wegen des geringen Umfangs der Arbeiten, sind diese leicht zu planen und ist die notwendige Arbeitszeit leicht abzuschätzen.

5.3.1. Unkalkulierbarer Anfall von Bestellungen und Vorhalt von Personal (Pkt 3.3 BVRET)

- 68 Die ASt behauptet, dass das Risiko der Ungewissheit über die Anzahl und das Ausmaß der Abrufe der Bestellungen aus dem Rahmenvertrag auf den Bieter überwältigt werde, was nicht kalkulierbar sei. Insbesondere fehle die Vorgabe eines Mengengerüsts.
- 69 Diese Behauptung ist objektiv falsch.
- 70 Es reicht daher an dieser Stelle auf den Vergabeakt zu verweisen. Bereits auf Seite 2 [sic!] der jeweiligen Kurzleistungsverzeichnisse zu den einzelnen Losen sind die Positionen für die Baustellengemeinkosten und deren Anzahl abgebildet. Daraus können die Bieter für jedes Los genau entnehmen, mit welchem Bestellvolumen und mit welcher Anzahl zu kalkulieren ist.
- 71 In diesem Zusammenhang liegt auch kein Widerspruch vor, weil Pkt 2.1 BVRET das maximale Bestellvolumen von EUR 10.000,- festlegt, während hingegen in Pkt 1.1 darauf hingewiesen wird, dass überwiegend mit einem Bestellvolumen von EUR 1.000,- bis EUR 5.000,- ausgegangen werden kann. Mit welchem Bestellvolumen in welcher konkreten Anzahl zu kalkulieren war, ist - wie oben bereits ausgeführt - den jeweiligen Kurzleistungsverzeichnissen zu entnehmen. Ein Blick in die Kurzleistungsverzeichnisse genügt, um die behauptete „Ungewissheit“ der ASt auszuräumen.
- 72 Die ASt behauptet auch, dass ihr aus der Vergangenheit bekannt sei, dass die Beauftragung „erfahrungsgemäß“ sehr unregelmäßig über den Monat verteilt erfolgen. Gleichzeitig moniert die ASt, dass es im Belieben des AG stehe, die Aufträge über den Monat zu verteilen, oder alle Aufträge am Monatsanfang zu erteilen, weshalb der Bieter nicht wisse, mit welchem maximalen Leistungsanfall zu rechnen sei.
- 73 Dass die ASt ihre Behauptungen auf ihre Kenntnisse aus der Vergangenheit stützt, ist bemerkenswert, zumal die ASt noch keinen einzigen Auftrag als Auftragnehmer für die AG ausgeführt hat. Richtig ist, dass die ASt in diesem Zusammenhang bloße Behauptungen aufstellt, um die behauptete Unkalkulierbarkeit irgendwie zu konstruieren.
- 74 Wie bereits oben erwähnt, handelt es sich gegenständlich um Leistungen kleineren Umfangs, die nicht den Umfang, die Risiken und die Komplexität von beispielsweise Projekten aufweisen. Schon wegen des geringen Umfangs der Arbeiten, sind diese leicht zu planen und ist die notwendige Arbeitszeit leicht abzuschätzen. Darüber hinaus sind die Leistungen immer gleich und immer auf Basis der Ausstattungsrichtlinie zu erbringen, weshalb

mit der Leistungserbringung in diesem Zusammenhang keine Risiken bestehen. Abgesehen davon sind die konkreten Mengen in den Kurzleistungsverzeichnissen genau vorgegeben.

- 75 Darüber hinaus sind die Behauptungen der ASt auch lebensfremd. Naturgemäß werden die gegenständlichen Instandhaltungs- und Reparaturmaßnahmen nicht alle gleichzeitig abgerufen, weil Defekte in der Regel nicht in allen Wohnungen gleichzeitig auftreten. Wohnungen werden auch nicht alle gleichzeitig zurückgegeben bzw. sind auch nicht alle Wohnungen immer instandsetzungsbedürftig, weshalb sich schon allein deshalb eine Verteilung der Abrufe ergibt. Mit welchen Abrufen jährlich bzw. monatlich zu rechnen ist, kann sich jeder Bieter leicht ausrechnen, indem er einen Blick auf jeweils die Seite 2 der Kurzleistungsverzeichnisse und die dort hinterlegten Mengen wirft.

5.3.1.1. Zum Bestellvolumen

- 76 Pkt 3.3 Abs 2 der BVRET lautet vollständig:

Die Leistungen werden nach Bedarf während der Vertragslaufzeit abgerufen, wobei es durch das laufende Bauprogramm von der Stadt Wien - Wiener Wohnen auf Grund behördlicher Auflagen, zu unregelmäßigen Abrufen kommen wird. Die Umstände der Leistungserbringung in vermieteten Objekten sind mit den vereinbarten Preisen abgegolten.

- 77 Richtig ist, dass in der Bezugspreiskalkulation und in den Kurzleistungsverzeichnissen konkrete Mengen enthalten sind, auf deren Basis die Bieter kalkulieren können. Das in der Bezugspreiskalkulation und in den Kurzleistungsverzeichnissen festgelegte Mengengerüst wurde aus den Erfahrungen der Vergangenheit ermittelt und spiegelt den voraussichtlichen zukünftigen Bedarf wieder.

- 78 Pkt 1.1 Abs 6 und 7 BVRET lautet (Hervorhebung nicht im Original):

Die Leistungen werden nach Bedarf in kleinwertigen Einzelabrufen bestellt. Das Leistungsvolumen (Umsatz) je Einzelabruf schwankt stark. Überwiegend kann von einem Umsatz je Einzelabruf von EUR 1.000,-- bis EUR 5.000,— ohne USt und einer mittleren Wohnungsgröße von 40 bis 60 m² ausgegangen werden. Den in den Leistungsverzeichnissen ausgeschriebenen Mengen liegt ein losweise, aus der Vergangenheit abgeleiteter Bedarf für die gesamte Vertragslaufzeit (ohne Verlängerungsoption) zugrunde.

Verschiedene Leistungen zur Behebung von Gebrechen werden vom Auftraggeber selber bzw. in seinem Auftrag durch Dritte durchgeführt. Die massenmäßige Abgrenzung der Leistungen wurde in den ausgeschriebenen Mengen des Rahmenvertrags berücksichtigt.

- 79 Pkt 2.1 letzter Absatz BVRET lautet:

Die Einzelabrufe aus dem gegenständlichen Vertrag werden bis zu einer Bestellsumme von EUR 10.000,-- ohne USt abgerufen.

- 80 In Pkt 1.1. BVRET ist festgelegt, von welchem durchschnittlichen Bestellvolumen die Bieter bei der Kalkulation ausgehen können. In Pkt 2.1. BVRET ist hingegen lediglich die maximale Obergrenze der Bestellsumme festgelegt. Weshalb diese Festlegungen widersprüchlich sein sollen, kann die AG nicht nachvollziehen.
- 81 Bemerkenswert ist auch hier, dass die ASt behauptet, dass „in der Realität“ auch größere Bestellungen eingehen, obwohl sie selbst bislang nicht Auftragnehmer der AG war. Offenbar versucht die ASt auch in diesem Zusammenhang durch bloße Behauptungen die behauptete Unkalkulierbarkeit irgendwie zu konstruieren.
- 82 Richtig ist, dass den Bietern alle für die Kalkulation relevanten Parameter bekannt sind. Die getroffenen Festlegungen führen jedenfalls zu keiner Unkalkulierbarkeit der Leistung.
- 83 Die ASt (NPA, Seite 12) behauptet auch, dass die Leistung "für kein Unternehmen machbar und auch nicht kalkulierbar" sei. Dazu ist festzuhalten, dass im gegenständlichen Verfahren bereits mehrere Bieter ein Angebot abgegeben haben. Festzuhalten ist auch, dass die AG für etliche Gewerke einen Rahmenvertrag mit den gleichen Modalitäten für Vergabe und Vertrag abgeschlossen hat, was verdeutlicht, dass die von der AG verwendete Systematik von den Marktteilnehmern angenommen wird. Die Marktteilnehmer sind offenbar auch in der Lage auf Basis der Festlegungen und Systematik des Rahmenvertrages Angebote zu kalkulieren. Die Behauptung der ASt, die Kalkulation sei „für kein Unternehmen machbar“, ist somit falsch.

5.3.1.2. Zu den Leistungsfristen

- 84 Die ASt moniert, dass die Auftragnehmer verpflichtet sind, alle organisatorischen Maßnahmen zu treffen, um die Leistung innerhalb der festgelegten Fristen zu erbringen, widrigenfalls hohe Vertragsstrafen anfallen. Es sei für die ASt nicht planbar, wann und wie oft welche Mengen mit welchem Volumen abgerufen werde.
- 85 In diesem Zusammenhang ist zunächst darauf hinzuweisen, dass nicht nachvollziehbar ist, welche konkrete Festlegung die ASt für vergaberechtswidrig hält, zumal die ASt auch hier anhand von bloßen Behauptungen pauschal die Unkalkulierbarkeit der Festlegungen zu konstruieren versucht.
- 86 Pkt 3.3 Abs 1 und Abs 3 letzter Satz der BVRET lautet:
- Der Auftragnehmer ist verpflichtet, alle organisatorischen Maßnahmen zu treffen, die ihn in die Lage versetzen, das ganze Jahr über ohne Unterbrechungen einen zeitgerechten Arbeitsbeginn und eine fristgerechte Leistungserbringung sicher zu stellen.

[...]

[...] Die Leistungsfrist variiert abhängig vom Leistungsvolumen je Abruf

- 87 Weshalb diese Festlegungen vergaberechtswidrig und unkalkulierbar sein sollen, ist nicht nachvollziehbar, weil sie jedem Auftrag inhärent sind. Selbstverständlich ist jeder Auftragnehmer verpflichtet, die Leistung über die gesamte Vertragslaufzeit zu erbringen. Es liegt in der Natur des Rahmenvertrages, dass jederzeit über die Dauer der Vertragslaufzeit Gebrechen auftreten können, die behoben werden müssen. Die Festlegung deckt sich darüber hinaus inhaltlich mit Pkt 2.1.1 der WD 314 zweiter Satz, der ident ist mit Pkt 6.1.1 der ÖNORM B 2110, bzw. präzisiert diese. Pkt 2.1.1 der WD 314 zweiter Satz und Pkt 6.1.1 der ÖNORM B 2110 lauten:

Die Leistung ist unter Berücksichtigung der erforderlichen Vorbereitungszeit rechtzeitig zu beginnen und so auszuführen, dass sie zum vereinbarten Termin beendet werden kann.

- 88 Weshalb sich aus der Verpflichtung zur Leistungsbereitschaft eine Unkalkulierbarkeit ergeben soll, ist nicht nachvollziehbar, zumal Festlegung der ÖNORM B 2110 entspricht.
- 89 Die ASt behauptet, dass sie mit der Leistungserbringung binnen 24 Stunden bzw. binnen 3 Arbeitstagen beginnen müsse (NPA, Seite 12).
- 90 Pkt 3.3 Abs 1 und Abs 3 letzter Satz der BVRET lautet (Hervorhebung nicht im Original):

Auf dem Bestellschein wird angegeben, wann mit der Leistung zu beginnen ist (Arbeitsbeginn vor Ort) und innerhalb welchen Zeitraums sie erbracht werden muss (Leistungsfrist). Je nach Dringlichkeit können am Bestellschein folgende Dringlichkeitsstufen angegeben sein:

- o Dringliche Bestellung mit vorgegebenem Datum (mit der bestellten Leistung ist am angegebenen Arbeitstag, der zumindest 24 Stunden nach der Bestellung liest, vor Ort zu beginnen);
- o Standardbestellung mit vorgegebenem Datum (der Leistungsbeginn vor Ort ist frühestens 3 Arbeitstage nach der Bestellung);

Alle Leistungen die kurzfristig zu erbringen sind (dringliche Arbeiten mit Arbeitsbeginn innerhalb der nächsten ein bis drei Stunden) werden vom Auftraggeber selbst bzw. in seinem Auftrag durch Dritte erbracht.

- 91 Die Festlegung gewährleistet, dass dem Auftragnehmer zumindest 24 Stunden Zeit bleibt, um die Leistung vorzubereiten. Bei Standardbestellungen ist der Leistungsbeginn frühestens 3 Arbeitstage nach

der Bestellung. Die Leistung muss daher nicht binnen 24 Stunden bzw. 3 Arbeitstagen erbracht werden, sondern - im Gegenteil - muss erst 24 Stunden bzw. 3 Arbeitstage (oder später) nach der Bestellung erbracht werden. Diese Behauptung ist objektiv falsch.

- 92 Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die kurze Frist in dringenden Fällen aufgrund der potentiellen Gefährlichkeit (...) und Schadensgeneigtheit (bspw ... wenn Mieter betroffen sind) notwendig ist. Darüber hinaus werden diese dringenden Fälle gesondert vergütet. Auch der voraussichtliche Umfang dieser dringlichen Arbeiten ist dem Kurzleistungsverzeichnis zu entnehmen (siehe Kurzleistungsverzeichnisse, Seite 2). Auch hier verdeutlicht sich, dass die ASt offenbar die Ausschreibungsunterlagen nicht bzw. nicht genau gelesen hat.
- 93 An dieser Stelle ist zu wiederholen, dass es sich gegenständlich um Leistungen kleineren Umfangs, die nicht den Umfang, die Risiken und die Komplexität von beispielsweise Projekten aufweisen, handelt. Schon wegen des geringen Umfangs der Arbeiten, sind diese leicht zu planen und ist die notwendige Arbeitszeit leicht abzuschätzen.
- 94 Die von der ASt monierte Bestimmung deckt sich zudem teilweise mit der ÖNORM B 2110 (vgl Pkt 6.1.1 der ÖNORM B 2110), weshalb sie jedenfalls der Vorgabe des § 99 Abs 2 BVergG 2006 entsprechen. Das Vorbringen der ASt geht daher diesbezüglich ins Leere.
- 95 Darüber hinaus ist festzuhalten, dass die Festlegung unter Pkt 3.3 Abs 1 und Abs 3 letzter Satz der BVRET lediglich klarstellt, wann mit der Leistung zu beginnen ist und präzisiert insofern Pkt 6.1.1 der ÖNORM B 2110. Eine bloße Präzisierung der ÖNORM B 2110 ist nicht als „Abweichung“ iSd § 99 Abs 2 BVergG 2006 zu qualifizieren. Die Bestimmung ist auch nicht gröblich benachteiligend, weil lediglich der Leistungsbeginn definiert wird. Wie oben bereits ausgeführt, entspricht die WD 314 der Vorgabe des § 99 Abs 2 BVergG 2006 sowie sie (wie hier) nicht von der ÖNORM B 2110 abweicht (so in LVwG Wien 10.11.2014, VGW-123/072/10241/2014).
- 96 Weiters behauptet die ASt, dass ein Auftragnehmer keine Abgeltung für Bauunterbrechungen erhalte. Diese Behauptung ist falsch, wobei es hier ausreicht auf Pkt 3.4. BVRET (Aufwandsabgeltung bei gänzlichem Leistungsentfall oder frustriertem Leistungsversuch) zu verweisen, der auszugsweise lautet:
- Die Vergütung erfolgt aber nur in jenen Fällen, in denen der Auftragnehmer zum im Bestellschein festgelegten Leistungsbeginn leistungsbereit auf der Baustelle angekommen ist und die Leistungserbringung nicht möglich ist, weil sie sich als nicht mehr erforderlich herausstellt oder weil wegen fehlender Vorleistungen anderer Auftragnehmer des Auftraggebers der vereinbarte Leistungsbeginn nicht eingehalten werden kann.
- 97 Auch aus Pkt 3.3 Abs 4 und 5 BVRET und der insofern nicht abgeänderten ÖNORM B 2110 ergibt sich, dass Bauunterbrechungen und ein gegebenenfalls damit einhergehender Aufwand im Sinne der Sphärentheorie vom AG gesondert vergütet werden. Weshalb

sich daraus eine Unkalkulierbarkeit ergeben soll, ist nicht nachvollziehbar. Die ASt versucht einmal mehr, die monierte Unkalkulierbarkeit durch bloße Behauptungen irgendwie zu konstruieren.

5.3.1.3. Zur Anzahl der bewohnten und unbewohnten Wohnungen

98 Die ASt moniert, dass ihr die Anzahl und das Verhältnis der bewohnten und unbewohnten Wohnungen nicht bekannt sei, was die Leistung unkalkulierbar mache.

99 Richtig ist, dass mit der bestandsfesten 7. Anfragenbeantwortung vom 03.04.2018 auf die Frage D7 wie folgt geantwortet wurde:

Der Möbeltransport bzw. die Demontage sind vom Mieter oder von einem Dritten zu erbringen. Der Mieter wird von der Stadt Wien - Wiener Wohnen darüber informiert. Somit entsteht kein Vergütungserfordernis für die Demontage von Möbeln.

100 Die ASt behauptet, dass aufgrund der beengten Platzverhältnisse während der Arbeiten ein mehrmaliges Verstellen der Möbel notwendig sei und viele Mieter nicht die Bereitschaft hätten, die Möbel mehrfach zu verstellen und auch während der Arbeiten nicht ständig anwesend seien.

101 Richtig ist, dass der mit dem Verschieben und Demontage der Möbel verbundene Aufwand und Risiko den Auftragnehmern gerade nicht überwältigt werden soll. Im Übrigen übersieht die ASt erneut, dass ihr eine entsprechende Aufwandsabgeltung bei gänzlichem Leistungsentfall oder frustriertem Leistungsversuch gemäß Pkt 3.4. BVRET zusteht. Außerdem ignoriert die ASt Pkt 3.3 letzter Absatz der BVRET der lautet:

Stellt der Auftragnehmer fest, dass der Arbeitseinsatz z.B. aufgrund von Behinderungen, wie fehlenden Vorleistungen und dergleichen, nicht möglich oder gefährdet ist, hat er diese Umstände grundsätzlich unverzüglich, spätestens am nächsten Arbeitstag nachweislich unter Angabe von Ort, Zeit und Grund für die Behinderung dem Auftraggeber mitzuteilen. Der Auftraggeber legt daraufhin die weitere Vorgehensweise, insbesondere den neuen Termin für die Leistungserbringung, fest.

102 Diese Festlegung entspricht auch Pkt 2.2.4.2 der WD 314 und ist wörtlich ident mit Pkt 6.2.4.2 der ÖNORM B 2110. Auch in diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass Bauunterbrechungen und ein gegebenenfalls damit einhergehender Aufwand auch im Sinne der Sphärentheorie gemäß ÖNORM B 2110 vom AG gesondert vergütet werden.

103 In diesem Zusammenhang ist erneut bemerkenswert hervorzuheben, dass die ASt bislang nicht Auftragnehmer der AG war. Auf welche Basis die ASt ihre Behauptungen stützt, ist der AG daher nicht nachvollziehbar. Auch hier verdeutlicht sich einmal mehr, dass die ASt versucht, die monierte Unkalkulierbarkeit durch

bloße Behauptungen irgendwie zu konstruieren.

- 104 Mit der monierten Festlegung weicht die AG weder von der ÖNORM B 2110 ab, noch führt die Festlegung zu einer Unkalkulierbarkeit. Im Übrigen wäre die 7. Anfragebeantwortung als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist gesondert anfechtbar gewesen und wurde von keinem der interessierten Bieter und auch nicht von der ASt angefochten. Das Vorbringen der ASt geht daher auch in diesem Zusammenhang ins Leere.

5.3.1.4 Zur Leistungsübernahme

- 105 Die ASt moniert, dass ein Widerspruch betreffend die Leistungsübernahme bestehe, weshalb die Leistung nicht kalkuliert werden könne, weil unter Pkt 6 des Formblatt MD BD SR 75 (2016) festgelegt ist, dass „keine förmliche Übernahme“ (Hervorhebung auch im Original) erfolgt, was Pkt 2.1 und Pkt 8 BVRET widerspreche.

- 106 Der von der ASt behauptete Widerspruch besteht nicht.

- 107 Laut den Festlegungen erfolgt grundsätzlich keine förmliche Übernahme. Lediglich in Ausnahmefällen, nämlich, wenn es erforderlich ist, gibt die AG die förmliche Übernahme bekannt. Diese Fälle sind aber die absolute Ausnahme und sind daher vernachlässigbar. Weshalb der ASt in diesem Zusammenhang ein Mehraufwand entstehen soll, ist im Übrigen nicht nachvollziehbar, weil die organisatorische Abwicklung und die Erstellung des Protokolls der förmlichen Übernahme von der AG erbracht werden. Sollten darüber hinaus in Einzelfällen Aufwände entstehen, die nicht durch andere Positionen vergütet werden, können diese in Regie abgerechnet werden.

- 108 Bemerkenswert hervorzuheben sind noch die Ausführungen der ASt im Nachprüfungsantrag auf Seite 16, 4. Absatz: Die ASt behauptet, es bestehe ein Mehraufwand, weil zwei Termine erforderlich seien, nämlich die förmliche Übernahme und die "Schlussfeststellung nach Ablauf der Gewährleistung". Dieses Vorbringen ist nicht nachvollziehbar. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die förmliche Übernahme nicht mit der Schlussfeststellung gleichzusetzen ist. Eine Schlussfeststellung wird nämlich nicht einmal in Ausnahmefällen gefordert (siehe Formblatt MD BD SR 75 (2016), Ziffer 9).

- 109 Aus fachlicher Sicht ist die ASt drauf hinzuweisen, dass eine Schlussfeststellung nie „nach Ablauf der Gewährleistung“ erfolgt, sondern immer vor Ablauf der Gewährleistungsfrist durchgeführt wird.

5.3.1.5. XML-Schnittstelle

- 110 Die ASt moniert, dass ein Widerspruch betreffend die elektronische Rechnungsübermittlung bestehe, weil unter Pkt 11 des Formblatt MD BD SR 75 (2016) festgelegt ist, dass die Abrechnung nicht elektronisch durchzuführen ist, was Pkt 4.5.3 BVRET widerspreche.

- 111 Tatsächlich besteht kein Widerspruch. Um Wiederholungen zu vermeiden wird auf Punkt 5.3.1.4 verwiesen.

- 112 Im Formblatt MD BD SR 75 (2016) ist unter Ziffer 6 folgendes festgelegt: „Die Abrechnung ist nicht elektronisch durchzuführen.“ (Hervorhebung auch im Original). Dem gegenüber normiert Pkt 4.5.3 BRVET die elektronische Rechnungslegung und Übermittlung der Rechnungen mittels XML-Schnittstelle.
- 113 Die ASt verwechselt somit die elektronische Abrechnung mit der elektronischen Rechnungslegung.
- 114 Grundsätzlich ist die Abrechnung nicht elektronisch durchzuführen. Laut Richtlinie 2014/55/EU über die elektronische Rechnungsstellung bei öffentlichen Aufträgen wird die AG aber mit Inkrafttreten des § 368 BVergG 2018 verpflichtet, die elektronische Rechnungslegung zu akzeptieren. Die Regelung entspricht daher der bereits beschlossenen Regierungsvorlage zum BVergG 2018 und kann daher schon deshalb nicht vergaberechtswidrig bzw. unkalkulierbar sein.
- 115 Festzuhalten ist, dass diese Anforderung von den Unternehmen zukünftig gesetzlich gefordert wird, genauso wie die zukünftige gesetzliche Verpflichtung zur Durchführung von elektronischen Vergabeverfahren. Hervorzuheben ist, dass diese Anforderung eine Vorgabe der Stadt Wien ist. Im Fall der Umstellung auf die elektronische Rechnungslegung wird die Stadt Wien den Unternehmen das dafür benötigte System bzw. die benötigte Plattform kostenlos zur Verfügung stellen. Nur der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Stadt Wien den Bietern auch die Ausschreibungssoftware für die Abwicklung von elektronischen Vergabeverfahren zur Verfügung gestellt hat.
- 116 Ein Mehraufwand oder ein zusätzlicher Aufwand kann den Unternehmen daher nicht entstehen.
- 5.4. Preisauflags-/ -nachlassverfahren (Pkt 10.3 des NPA)
- 117 Die ASt behauptet, dass es den Bietern trotz Vorgabekalkulation nicht möglich sei, ein Angebot zu kalkulieren.
- 118 Zunächst ist wiederholt darauf hinzuweisen, dass die Bieter eine eigene Kalkulation erstellen müssen. Die Vorgabekalkulation kann die eigene Kalkulation der Bieter nicht ersetzen. Weshalb es der ASt aufgrund der Vorgabekalkulation nicht möglich sein soll ein Angebot zu kalkulieren, ist der AG nicht nachvollziehbar, weil das Angebot selbstverständlich unabhängig von der Vorgabekalkulation zu erstellen ist. Richtig ist zwar, dass der Bieter sein Angebot ins Verhältnis zur Vorgabekalkulation setzt muss. Dies ändert aber nichts daran, dass jeder Bieter eine eigene Kalkulation zu erstellen hat.
- 119 Die ASt behauptet, dass die Wahl des Preisauflags-/ -nachlassverfahren vergaberechtswidrig gewesen sei, weil „viele Fragen zu wesentlichen Kalkulationsgrundlagen offen“ sei.
- 120 Im Langleistungsverzeichnis ist die Leistung detailliert beschrieben und in den Kurzleistungsverzeichnissen sind die zu kalkulierenden

Mengen festgelegt. Wie oben bereits ausgeführt (Rz 22), sind die wesentlichen Kalkulationsgrundlagen die Produktionsfaktoren (Lohn, Material, Geräte) des Unternehmens, welche von der AG gar nicht vorgegeben werden können. Das erklärt vermutlich, weshalb dem Nachprüfungsantrag nicht zu entnehmen ist, welche konkreten Kalkulationsgrundlagen der ASt fehlen. Im Übrigen hat die ASt keine einzige Frage dazu gestellt.

- 121 Sofern die ASt behauptet, dass ein Sachverständiger zur Erstellung der Vorgabekalkulation beizuziehen sei, reicht es aus auf den Vergabeakt zu verweisen. Die AG hat einen Sachverständigen für die Erstellung der Vorgabekalkulation beigezogen, was die ASt in ihrem Schriftsatz selbst zugesteht (NPA Seite 19).
- 122 Die Behauptung, es sei „davon auszugehen, dass weitere Fehler enthalten sind“, obwohl die Preise der Vorgabekalkulation von der AG nachgeschärft wurden, ist nicht nachvollziehbar. Auch in diesem Zusammenhang stellt die ASt offenbar willkürliche Behauptungen auf, die sie mit keiner einzigen Quelle ansatzweise belegen kann. Pauschal und ohne nähere Details behauptet die ASt, dass die Vorgabekalkulation „durchgehend fehlerhaft“ sei und dass davon auszugehen sei, dass das Mengengerüst „fehlerhaft, oberflächlich und falsch“ erstellt worden sei.
- 123 Welche konkreten Fehler die ASt erkannt haben will, kann die ASt aber in ihrem Nachprüfungsantrag nicht darlegen. Sofern die ASt tatsächlich Fehler erkannt hat, ist davon auszugehen, dass sie absichtlich gegen § 106 Abs 6 BVergG 2006 verstoßen hat, weil sie die erkannten Fehler nicht umgehend der AG mitgeteilt hat. Die AG hält fest, dass sie sich ausdrücklich vorbehält, etwaige Schadenersatzansprüche aufgrund der Verletzung dieser vorvertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten gegen die ASt geltend zu machen.
- 124 Richtig ist, dass weder die beigelegten K3-Blätter un schlüssig sind, noch die Vorgabekalkulation. Unabhängig davon benötigen die Bieter zur Kalkulation ihrer Angebote die Vorgabekalkulation nicht. Die Vorgabekalkulation kann daher nie zu einer Unkalkulierbarkeit der Angebote führen, weil - wie bereits mehrfach festgehalten - die Bieter immer ihr Angebot autonom erstellen müssen.
- 125 Zu den in der Vorgabekalkulation vorgenommenen Anpassungen ist folgendes festzuhalten:
- 126 Im Zuge der Berichtigung wurden Preise in der Vorgabekalkulation verändert. Die Anpassung erfolgte, weil handelsübliche Rabatte auf ... Komponenten geringer als ursprünglich bewertet angesetzt wurden und die angesetzten Arbeitszeiten für Arbeiten etwas erhöht wurden. Beides bewirkte, dass die Preise der Vorgabekalkulation höher wurden. Dieses Preisniveau berücksichtigt die Rahmenbedingungen (Einkauf, Personaldisposition) für kleiner strukturierte ...firmen (KMU) besser. Für alle Bieter besteht ohnehin die Möglichkeit, allfällige tatsächlich wirkende Preisvorteile im Zuge der Kalkulation zu berücksichtigen.

- 127 Zu den K3-Blättern ist festzuhalten, dass die von den beigezogenen Sachverständigen angenommene Personalzusammensetzung zwischen Facharbeiter und Arbeiter ohne Zweckausbildung einer gängigen und auch häufig beobachteten Praxis entspricht. Sollte der Bieter eine andere Personalzusammensetzung für zweckmäßig erachten, so kann auch eine solche durch Berechnung der unternehmensspezifischen Kalkulationsgrundlagen (hier Mittellohnpreis) in der Kalkulation des Angebotspreises berücksichtigt werden.
- 128 Die ASt behauptet, dass die „Berechnung des Bruttomittellohnes nicht richtig erfolgt“ sei. In diesem Zusammenhang ist die ASt darauf hinzuweisen, dass mit einem K3-Blatt nicht der „Bruttomittellohn“ ermittelt wird. Die Bezeichnung „Bruttomittellohn“ gibt es seit dem Jahr 1999 nicht mehr.
- 129 Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle auch darauf hinzuweisen, dass die Ausschreibung nicht deswegen vergaberechtswidrig ist, weil nicht alle Risiken beim Auftraggeber liegen und nicht alle Gewinne bei den Bietern .
- 130 Hervorzuheben ist noch, dass die beigezogenen Sachverständigen (B. GmbH) jahrzehntelange Erfahrungen mit sozialen Wohnbauprojekten haben, auch wenn diese richtigerweise nicht in der gebührenden Art und Weise auf der Firmenhomepage repräsentiert ist. Die beigezogenen Sachverständigen verfügen daher über die benötigte fachliche Kompetenz.
- 131 Richtig ist, dass das Preisaufschlags- und -nachlassverfahren immer nur ausnahmsweise zulässig war (VWgH 21.01.2014, 2012/04/0124, 2013/04/0040; 22.4.2010, 2008/04/0077). Unter Geltung des BVergG 1997 und der ÖNORM A 2050 in der Fassung vom 1. Jänner 1993 war dieser Ausnahmefall ausdrücklich geregelt. Das Preisaufschlags- und -nachlassverfahren durfte nur bei häufig wiederkehrenden, gleichartigen Leistungen angewendet werden, sofern diese Leistungen und die Umstände, unter denen sie erbracht werden sollten, hinreichend bekannt sind. Seither besteht lediglich eine Einschränkung auf „begründete Ausnahmefälle“. Da kein Anhaltspunkt dafür besteht, dass der Gesetzgeber mit dieser Änderung dem Gesetz einen gänzlich anderen Sinn geben wollte, sind unter „begründeten Ausnahmefällen“ nur solche zu verstehen, die mit dem bisher einzig zulässigen Ausnahmefall (häufig wiederkehrende, gleichartige Leistungen, hinreichende Bekanntheit derselben und der Umstände, unter denen sie erbracht werden sollen) vergleichbar sind (so das Verwaltungsgericht Wien 10.11.2014, VGW-123/072/10241/2014).
- 132 Zur Frage der vergaberechtlichen Zulässigkeit des Preiserstellungsverfahrens durch Aufschläge bzw. Nachlässe auf Obergruppenebene hat bereits der Vergabekontrollsenat (VKS) in der Vergangenheit bereits mehrfach Stellung genommen. So hat der Senat die Wahl des Preisaufschlags- und -nachlassverfahrens für die Ausschreibung von Rahmenverträgen über Bauleistungen grundsätzlich als sinnvolle und gerechtfertigte Vorbeugung gegen spekulative Angebote auf Einheitspreisebene gesehen (VKS Wien 31.1.2013, VKS-4016/12, VKS-11485/12; VKS 14.01.2010, VKS-8100/09; 30.1.2007, VKS - 3664/06 bis VKS - 3675/06). Auch das Verwaltungsgericht Wien (10.11.2014, VGW-123/072/10241/2014) hat bereits bestätigt, dass bei häufig

wiederkehrenden, gleichartigen Leistungen, wobei diese Leistungen und die Umstände, unter denen sie erbracht werden sollten, hinreichend bekannt sind, das Preisaufschlags- und Nachlassverfahren zulässig verwendet werden darf.

- 133 Im vorliegenden Fall handelt es sich um ...leistungen mit einer großen Zahl an Bestellungen mit relativ geringem Bestellwert pro Bestellung. Die gegenständlichen Leistungen betreffen kleinteilige häufig wiederkehrende, gleichartige Leistungen. Die Umstände, unter denen sie erbracht werden sollen, sind der ASt hinreichend bekannt, was sie selbst behauptet. Es handelt sich insgesamt bei den ausgeschriebenen Leistungen um häufig wiederkehrende, gleichartige Leistungen, wobei diese Leistungen und die Umstände, unter denen sie erbracht werden sollten, hinreichend bekannt sind. Die Wahl des Preisaufschlags- und -nachlassverfahren wurde daher zu Recht verwendet.

5.5. Arbeitskräfteüberlasser als Subunternehmer (Pkt 10.4 des NPA)

- 134 Die ASt moniert, dass Pkt 2.2.2 der WD 314 und Pkt 3. der WD 307 vergaberechtswidrig und unkalkulierbar seien, weil Arbeitskräfteüberlasser als Subunternehmer namhaft zu machen sind und die Nichtnennung pönalisiert ist.
- 135 In diesem Zusammenhang verweist die AG auf die Ausführungen oben zur WD 314 unter Pkt 5.1.
- 136 Die monierte Bestimmung der WD 314 lautet (Kursiv und Hervorhebung auch im Original):

2.2.2 Leistungserbringung durch Subunternehmer

Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig. Ausgenommen hiervon ist die Weitergabe an verbundene Unternehmen.

Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als in der Ausschreibung keine gegenteiligen Festlegungen getroffen wurden und der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Eignung besitzt.

Der AN hat jene Teile der Leistung, die von Subunternehmern ausgeführt werden sollen, sowie diese ausführenden Subunternehmer dem AG rechtzeitig bekannt zu geben.

Ein Wechsel von Subunternehmern oder die Beauftragung von Subunternehmern, die nicht im Angebot genannt waren, ist eine Vertragsmodifikation und daher nur mit schriftlich einzuholender Zustimmung des AG zulässig.

Der AN hat jeden beabsichtigten Wechsel und jeden Einsatz eines neuen Subunternehmers unter Anschluss aller zur Prüfung der

Eignung des betreffenden Subunternehmers erforderlichen Nachweise dem AG rechtzeitig bekannt zu geben.

Der AN hat dafür zu sorgen, dass diese Pflicht sämtlichen Unternehmern in der Subunternehmerkette vertraglich überbunden wird.

Werden die erforderlichen Nachweise nicht innerhalb einer vom AG zu bestimmenden Frist nachgereicht, kann die Zustimmung ohne weiteren Verbesserungsauftrag versagt werden.

Der AG kann ihm bekannt gegebene Subunternehmer aus sachlichen Gründen ablehnen. Dies hat der AG dem AN rechtzeitig bekannt zu geben. Sachliche Gründe sind neben dem Nichtvorliegen der Eignung insbesondere jene, die den AG zum Rücktritt berechtigen, sowie jene, die in den für den Vertrag relevanten Unterlagen festgelegt sind.

Der AG ist berechtigt die Zustimmung aus sachlichen Gründen nachträglich zu widerrufen, insbesondere wenn die Zustimmung durch Ablauf der Zustimmungsfrist zustande gekommen ist.

Für den dem AG mit der Prüfung eines nicht im Angebot bekannt gegeben Subunternehmers entstehende Aufwand wird ein pauschaler Kostenbeitrag von 400,-- Euro vereinbart und bei der Abrechnung vom Nettobetrag in Abzug gebracht.

Der Einsatz eines Subunternehmers ohne Zustimmung berechtigt den AG zur Forderung einer Konventionalstrafe gemäß Punkt 8.8.

Bei Heranziehung von Subunternehmern durch den AN wird zwischen dem AG und den Subunternehmern kein Werkvertrag begründet. Der AN haftet dem AG für die von Subunternehmern ausgeführten Leistungen. Ebenso ist für die Einhaltung sämtlicher Ausführungstermine der AN verantwortlich. Der AG erteilt daher Anordnungen ausschließlich dem AN. Jegliche Streitigkeiten, die sich aus dem Heranziehen von Subunternehmern ergeben, berühren ausschließlich den AN.

Aus der sachlich begründeten Ablehnung von Subunternehmern entsteht für den AN kein Anspruch auf Schadenersatz oder das Recht auf Rücktritt vom Vertrag.

Für Arbeitskräfteüberlasser gelten die gleichen Voraussetzungen und vertraglichen Bestimmungen wie für Subunternehmer. Verbundene Unternehmen, die für die Auftrags Erfüllung vorgesehen sind, gelten als Subunternehmer.

137 Richtig ist, dass der Bieter bereits sämtliche Subunternehmer im Angebot namhaft zu machen und die entsprechenden Eignungsnachweise zu erbringen hat (siehe § 83 Abs 2 BVergG 2006). Nach Zuschlagserteilung darf ein im Angebot namhaft gemachter Subunternehmer nur nach vorheriger Zustimmung des Auftraggebers gewechselt werden.

138 Die ASt moniert, dass oftmals bei mehreren Personaldienstleistern

angefragt werden müsse, um das benötigte Personal zu erhalten.

- 139 Auch an dieser Stelle ist festzuhalten, dass die AG den Unternehmen nicht alle Risiken abnehmen kann. Die Bieter müssen selbstverständlich bereits im Zeitpunkt der Angebotserstellung mit sämtlichen Subunternehmern und Arbeitskräfteüberlassern entsprechende Vereinbarungen getroffen haben müssen, um die Leistung auch erfüllen zu können. Weshalb die Nennung sämtlicher für die Vertragserfüllung vom Bieter herangezogenen Unternehmen bereits mit dem Angebot vergaberechtswidrig sein soll ist nicht nachvollziehbar. Für die Bieter kann dadurch auch kein zusätzlicher Aufwand entstehen, weil die Bieter zum Zeitpunkt der Angebotserstellung ohnehin mit sämtlichen Subunternehmern und Arbeitskräfteüberlassern entsprechende Vereinbarungen getroffen haben müssen.
- 140 Die Festlegung sichert auch den fairen und lautereren Wettbewerb und sollte eigentlich von der WKÖ befürwortet werden, weil so sichergestellt ist, dass nur seriöse Unternehmen für die Leistungserbringung herangezogen werden. Wieso die Unternehmen „unter Druck“ gesetzt werden, wenn sie die Unternehmen, die sie beabsichtigen zur Leistungserbringung heranzuziehen, nennen sollen, kann die AG (vor allem auch aus diesem Aspekt) nicht nachvollziehen.
- 141 Die ASt moniert ferner, dass ein Kostenbeitrag von EUR 400,- sachlich nicht gerechtfertigt sei. Zudem falle eine Vertragsstrafe von EUR 10.000,- an, wenn nicht genehmigte Arbeitskräfteüberlasser eingesetzt werden. Dazu ist festzuhalten, dass das BVergG 2006 kein Recht der Bieter vorsieht, Subunternehmer zu wechseln oder nachträglich zu nominieren. Bieter müssen vielmehr bereits im Angebot die Subunternehmer nominieren und deren Eignung nachweisen, und zwar für alle Teile, also nicht nur für die wesentlichen Teile eines Auftrages. Wird ein Subunternehmer nachträglich genannt, muss der Auftragnehmer die dadurch entstehenden Kosten tragen. Falsch ist, dass die Höhe der Aufwandsentschädigung unverhältnismäßig sei. Bei dem pauschal angesetzten Betrag von Euro 400,- handelt es sich um einen Kostenbeitrag, der nach Erfahrung der Antragsgegnerin bei einer durchschnittlichen gesetzeskonformen Eignungsprüfung regelmäßig überschritten wird.
- 142 In diesem Zusammenhang wird auf die einschlägige Rechtsprechung verwiesen (VKS 06.06.2012, VKS-4016/12; 29.11.2012, VKS-9738/12), wonach auch ein pauschaler Betrag für die Prüfung der Angebote von EUR 500,- als angemessen gewertet wurden. Dies muss umso mehr gelten für einen Pauschalbetrag von EUR 400,-.
- 143 „In dieser Festlegung ist daher ein Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen nicht zu erblicken, zumal es sich bei einem nachträglichen Subunternehmerwechsel um ein Ereignis handelt, das in die Sphäre des Auftragnehmers fällt. Dieser wird in aller Regel ein eminentes Interesse daran haben, die übernommenen Leistungen nach Wegfall des zunächst namhaft gemachten Subunternehmers weiter erbringen zu können. Es ist daher nicht unbillig, dass er den mit dem Wechsel des Subunternehmers beim Auftraggeber entstehenden Aufwand mit dem von der Antragsgegnerin angemessen festgelegten Pauschalbetrag trägt (VKS 06.06.2012, VKS-4016/12; 29.11.2012, VKS-9738/12).

- 144 Die monierte Bestimmung des Pkt 6.8 BVRET lautet (Hervorhebung auch im Original):

In Abänderung zu Punkt 8.8 der WD 314 wird festgelegt:

Wird bei der Leistungserbringung ein Subunternehmer eingesetzt, der nicht vom Auftraggeber genehmigt wurde, oder setzt der genehmigte Subunternehmer weitere Subunternehmen (Sub-Subunternehmen) ein, wird eine Vertragsstrafe in der Höhe von EUR 10.000,-- je Vorfall in Rechnung gestellt.

Ein Vorfall liegt unabhängig davon, ob dasselbe nicht genehmigte Subunternehmen oder ein Sub-Subunternehmen mehrfach eingesetzt wird oder verschiedene Unternehmen eingesetzt werden, bei jedem Einsatz (Bestellung) vor.

Die Mitarbeiterinnen des Auftragnehmers bzw. Subunternehmers müssen einen Lichtbildausweis bei sich tragen und diesen auf Verlangen vorweisen.

- 145 Zur Höhe der Pönale ist zunächst festzuhalten, dass eine Sittenwidrigkeit nur dann vorliegt, „wenn die Zahlung der Konventionalstrafe das wirtschaftliche Verderben des Schuldners herbeiführe oder seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit übermäßig beeinträchtigen könnte oder wenn schon bei einer nur geringfügigen Fristüberschreitung eine hohe Strafe verwirkt sein sollte“ (OGH (OGH 15.6.1988, 10b566/88), was nicht der Fall ist und von der ASt auch nicht behauptet wird.
- 146 Darüber hinaus folgt aus § 312 Abs 2 BVergG, „dass sich der bei der Prüfung allfälliger Rechtswidrigkeiten des Vergabeverfahrens anzulegende Maßstab ausschließlich nach den Bestimmungen des BVergG zu richten hat“ (BVA 26.9.2013, N/0087-BVA/09/2013-29). „Die Regelungen des BVergG bilden somit den alleinigen Prüfungsmaßstab des BVwG“ (BVA 15.3.2013, N/0003-BVA/06/2013-34). „Allfällige Verstöße gegen das ‚Zivilrecht‘, sind daraufhin zu untersuchen, ob sie gegen vergaberechtliche Regelungen verstoßen. Auch allenfalls sittenwidrige Vertragsbestimmungen sind folglich nur dann rechtswidrig und vernichtbar, wenn diese einen Verstoß gegen das BVergG begründen“ (BVA 6.11.2006, N/0079-BVA/11/2006-18).
- 147 Wie oben bereits ausgeführt, darf ein Arbeitskräfteüberlasser und Subunternehmer gemäß § 83 nur eingesetzt werden, wenn er zuvor im Angebot genannt oder dessen Wechsel genehmigt wird. Um die Einhaltung dieser gesetzlichen Vorgabe durchzusetzen, muss der Auftraggeber eine entsprechend hohe und abschreckende Pönale festlegen. Alle Auftragnehmer haben es selbst in der Hand gegen diese Festlegung zu verstoßen oder eben nicht.
- 148 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass auch dem Auftraggeber eine Strafsanktion droht, wenn beispielsweise unbefugte Subunternehmer eingesetzt werden. Wenn diese Subunternehmer dann beispielsweise auch noch Arbeiter einsetzen, denen keine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde, trifft den Auftraggeber eine weitere Strafsanktion (vgl § 28 AuslBG), die neben der Eintragung in die Verwaltungsstrafevidenz mit Geldstrafen von bis zu EUR 50.000,- je Vorfall bedroht ist und auch gerichtlich strafbar sein kann (vgl § 28c AuslBG).

- 149 Dem Auftraggeber droht zudem eine Ausfallhaftung als Bürge und Zahler gemäß § 9 LSD-BG (siehe Begutachtungsentwurf). Darüber hinaus droht ihm eine Haftung gemäß § 29a AuslBG, wenn er das Verhalten wissentlich duldet oder wenn er seinen Überwachungspflichten nicht nachkommt (vgl beispielsweise § 26 AuslBG).
- 150 Im Hinblick auf die weitreichenden Folgen für den Auftraggeber, wenn unbefugte Subunternehmer eingesetzt werden, ist es geradezu intendiert eine entsprechend hohe Pönale für den Einsatz nicht genehmigter Subunternehmer festzulegen. Den Auftragnehmer trifft hier kein Zufall. Der Auftragnehmer hat es selbst in der Hand, die Pönale abzuwenden, indem er keine nicht genehmigten Subunternehmer einsetzt.
- 151 Das Ziel des Gesetzgebers, Lohn- und Sozialdumping und illegale Beschäftigung zu bekämpfen, wäre konterkariert, wenn nicht gleichzeitig der Auftraggeber entsprechend hohe und abschreckende Pönalen für den Einsatz von nicht genehmigten Subunternehmern festlegen könnte. Dies würde es dem Auftragnehmer nämlich ermöglichen, die Anzahl der möglichen Vertragsverletzungen in einer wirtschaftlichen Abwägung einzukalkulieren.
- 152 Dasselbe gilt für die Festlegung, dass sich die Mitarbeiter des Auftragnehmers ausweisen müssen. Richtig ist, dass der Auftraggeber bestimmten Personen den Zutritt zu seiner Baustelle untersagen kann und auch nur solche Personen Zutritt haben dürfen, die vom Auftraggeber genehmigt wurden bzw. dem Auftragnehmer oder den genehmigten Subunternehmern zuzurechnen sind. Um dies zu prüfen, müssen sich die entsprechenden Personen ausweisen. Andernfalls ist es dem Auftraggeber nicht möglich, seiner Verpflichtung zur Prüfung der auf seiner Baustelle tätigen Personen im Hinblick auf das LSD-BG und das AuslBG nachzukommen.
- 153 Die AG ist im Übrigen gemäß § 84 BVergG 2006 verpflichtet, den Bietern die Einhaltung arbeits- und sozialrechtlicher Bestimmungen zu überbinden. Die AG hat den Bietern die Einhaltung dieser Vorschriften auch überbunden (siehe Pkt 2.3 der WD 307). Die Nichteinhaltung muss folglich entsprechend pönalisiert werden, weil es sich dabei um die Verletzung der Leistungspflicht handelt (§ 99 Abs 1 Z 2 BVergG 2006).
- 154 Die AG ist aufgrund des Schreibens der Magistratsdirektion vom 13.05.2011, MD-GPR-17/11 und aufgrund des Gemeinderatsbeschlusses vom 29.04.2011 verpflichtet, zusätzlich zu den vom Bund beschlossenen Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) zur Absicherung der arbeitsrechtlichen Ansprüche begleitende Maßnahmen zu setzen (siehe die entsprechenden Feststellungen zu VKS Wien 06.06.2012, VKS-4016/12). Die Vorgaben des Gemeinderatsbeschlusses wurden mit der Version vom 01.01.2012 der WD 314 umgesetzt und die entsprechenden Bestimmungen dort aufgenommen. Die Verletzung arbeits- und sozialrechtlicher Bestimmungen kann von der AG aber nur geprüft werden, wenn die AG die eingesetzten Subunternehmer und deren Arbeitnehmer kennt. Nur dann kann die AG die Subunternehmer bzw. Einhaltung der einschlägigen Bestimmungen entsprechend prüfen.

- 155 Damit die Auftragnehmer diese Festlegungen nicht umgehen können, indem sie Arbeitskräfteüberlasser oder Subunternehmer einsetzen, die nicht genannt sind, muss eine entsprechende Pönale für die Verletzung der Benennungspflicht festgelegt werden. Die Rechtmäßigkeit der Festlegung einer solchen Pönale ergibt sich schon aus § 83 und § 84 BVergG 2006, wonach zum einen nur genehmigte Subunternehmer eingesetzt werden dürfen und zum anderen die arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen von den Bietern eingehalten werden müssen.
- 156 Die Bedeutung der Festlegung und der pönalisierten Verpflichtung zur Einhaltung dieser Bestimmungen ergibt sich auch in Zusammenschau mit § 68 Abs 1 Z 5 BVergG 2006, wonach Unternehmer denen eine schwere Verfehlung vorzuwerfen ist, weil sie insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts verstoßen haben, auszuschließen sind.
- 157 Die gegenständliche Festlegung ist somit nur eine Verstärkung der ohnehin im BVergG 2006 bereits geregelten Inhalte. Durch die Festlegung soll das im Baugewerbe häufig vorkommende missbräuchliche Verhalten möglichst eingedämmt werden. Diese Bestrebung der AG sollte sich auch mit der diesbezüglichen Intention der WKÖ decken. Unternehmen die ihren diesbezüglichen Verpflichtungen ordnungsgemäß nachkommen, droht keine Vertragsstrafe aus diesem Titel.
- 158 Die Argumentation der ASt, wonach nicht vorhersehbar sei, ob die als Subunternehmer gemeldeten Arbeitskräfteüberlasser zum Bedarfszeitpunkt über qualifiziertes Personal verfügen, ist nicht nachvollziehbar, weil die ASt schon für die Angebotskalkulation mit allen Subunternehmern und Arbeitskräfteüberlassern entsprechende Vereinbarungen getroffen haben muss. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die ASt offenbar nicht beabsichtigt, bereits zum Zeitpunkt der Angebotslegung entsprechende Vereinbarungen mit ihren Subunternehmern zu schließen.
- 159 Die Argumentation der ASt ist auch insofern nicht nachvollziehbar, weil es die ASt jederzeit in der Hand hat, eigenes Personal anzustellen, um den entsprechenden Bedarf an qualifiziertem Personal abzudecken.
- 160 Die gegenständliche Festlegung soll Lohn- und Sozialdumping hintanhaltend und ist weder vergaberechtswidrig noch unkalkulierbar. Selbst wenn die ASt beabsichtigt, nicht eigenes Personal anzustellen, hat sie es selbst in der Hand, diese benötigten Arbeitskräfteüberlasser namhaft zu machen, genauso wie sie es in der Hand hat und jedem Bieter möglich ist, beauftragte Subunternehmer namhaft zu machen. Weshalb die bloße Namhaftmachung unkalkulierbar und sittenwidrig sein soll, kann die AG nicht nachvollziehen.
- 161 Im Übrigen sind die entsprechenden Anfragebeantwortungen (Antworten zu den Fragen A1 und A7) unangefochten geblieben und damit bestandsfest.

5.6. Bietergemeinschaften (Pkt 10.5. des NPA)

- 162 Die ASt moniert, dass Pkt 6.4 der BVRET, wonach die Bildung von Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaften nicht zulässig ist, vergaberechtswidrig sei. Die

ASt behauptet ferner, dass es nur die Bildung von Bietergemeinschaften ermögliche, das Risiko der Haftung aufzuteilen.

- 163 Diese Rechtsansicht ist falsch.
- 164 Die gegenständliche Festlegung dient dazu KMU zu fördern und verhindern, dass der Wettbewerb geschmälert wird. Die Festlegungen zu den Mindestanforderungen berücksichtigen ebenso, dass KMU am Verfahren teilnehmen können. Dass die Ausschreibung Anforderungen festlegt, die KMU berücksichtigt, zeigt auch, welche interessierten Unternehmen Fragen gestellt haben.
- 165 Die Anforderungen sind jedenfalls von KMUs erfüllbar, weshalb die Bildung von Arbeits- bzw. Bietergemeinschaften gar nicht nötig ist, um die Mindestanforderungen abzudecken. Gegenständlich sind kleinteilige wiederkehrende Leistungen zu erbringen, weshalb die Bildung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften gar nicht nötig ist, um die Leistung erbringen zu können. Ziel der Festlegung ist eine möglichst breite Streuung der Unternehmen, weshalb der Auftrag auch in viele Lose unterteilt wurde und auch eine Losbeschränkung besteht.
- 166 Hervorzuheben ist, dass die Festlegung der Nichtzulassung von Arbeits- bzw. Bietergemeinschaften der WKÖ bekannt sind, weil die dahinter liegenden Beweggründe der AG in Gesprächen mit der WKÖ erläutert wurden. In diesen
- 167 Gesprächen wurde insbesondere der Wunsch der WKÖ geäußert, Ausschreibungen so zu gestalten, dass möglichst viele Unternehmen beauftragt werden. Diesem Wunsch wollte die Stadt Wien entgegenkommen, weshalb der gegenständliche Auftrag in viele Lose unterteilt wurde, eine Losbeschränkung besteht und Arbeits-/Bietergemeinschaften nicht zugelassen wurden. Die Festlegungen sollten daher die Intention der WKÖ unterstützen.
- 168 Die Bildung einer Arbeits- bzw. Bietergemeinschaft würde vor dem Hintergrund der zu beschaffenden Leistung darüber hinaus im Spannungsverhältnis zum Kartellrecht stehen. Die Gründung einer Bergewerkschaft, die nicht zur Legung eines erfolversprechenden Angebotes erforderlich ist, den Bietermarkt beschränkt und die Kriterien des § 2 KartG bzw. des Art 101 Abs 3 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) nicht erfüllt, ist unzulässig (vgl BVA 30.11.2010, N/0037-BVA/13/2010-108).
- 169 Die Behauptung, dass die Festlegung dazu führe, dass das Risiko allein vom Bieter zu tragen sei und nicht wie bei Bietergemeinschaften aufgeteilt werden könne, ist nicht nachvollziehbar.
- 170 Die Bietergemeinschaft sowie im Auftragsfall die Arbeitsgemeinschaft begründet gesellschaftsrechtlich eine Gesellschaft nach bürgerlichem Recht gemäß § 1175 ff ABGB. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts verfügt über keine eigene Rechtspersönlichkeit, sodass die Verpflichtungen aus einem Auftrag unmittelbar und solidarisch von jedem einzelnen Mitglied der Gesellschaft übernommen werden. Einer Bieter- und Arbeitsgemeinschaft kommt auch keine eigene Rechtspersönlichkeit zu, sie kann auch nicht

selbst Träger von Rechten und Pflichten sein. Folglich haftet jedes Mitglied der Bietergemeinschaft unbeschränkt für das gesamte Risiko. Eine „Aufteilung“ der Haftung wäre - wenn überhaupt - nur im Innenverhältnis möglich.

- 171 Eine solche Haftungsübernahme kann aber auch mit jedem Subunternehmer vereinbart werden (Solidarhaftungserklärung). So kann das Risiko genauso wie bei einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft „aufgeteilt“ werden.

5.7. Aufwandsabgeltung bei gänzlichem Leistungsentfall oder frustriertem Leistungsversuch, Pkt 3.4. BVRET (Pkt 10.6 des NPA)

- 172 Die ASt moniert, dass der festgelegte Abgeltungsbetrag von bis zu EUR 250,- nicht annähernd die Kosten abgelte, die entstehen.

- 173 Der Aufwand für die Nichterbringung der Leistung kann nicht größer sein als bei der kleinsten möglichen Leistungserbringung.

- 174 Die Festlegung ist auch nicht unkalkulierbar. Die Bieter können ihren Aufwand entsprechend kalkulieren und danach ihre Kalkulation ins Verhältnis zur Vorgabekalkulation setzen. Die Vergütung steht dann zu, wenn die Leistung nicht erbracht werden kann, was de facto nur dann eintritt, wenn der Mieter nicht Vorort ist. Dass die Vergütung nur einmal zusteht, ist notwendig, um Missbrauch oder Absprachen zwischen Auftragnehmer und Mieter vorzubeugen. Erfahrungsgemäß kommt es in sehr seltenen Fällen vor, dass die Leistung nicht erbracht werden kann, weil der Mieter nicht Vorort ist.

- 175 Die gegenständliche Festlegung ist demnach weder unkalkulierbar noch wird das Missbrauchsverbot verletzt. Dass die Regelung vergaberechtskonform ist, hat das Verwaltungsgericht Wien bereits bestätigt (vgl LVwG Wien, 26.01.2017, VGW-123/066/7197/2016-15; 20.12.2016, VGW-123/066/7169/2016-22).

5.8. Nachverrechnung, Pkt 4.4 BVRET - Veränderliche Preise (Pkt 10.7 des NPA)

- 176 Die monierte Bestimmung des Rahmenvertrages lautet:

In Abänderung zu Punkt 2.3.1 der WD 314 und der ÖNORM B 2111 wird festgelegt:

Auf Basis der vom Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft (oder der jeweiligen Nachfolgeinstanz) bekannt gegebenen endgültigen Indexwerte der Baukostenveränderungen zum 1. Mai errechnet der Auftraggeber den Umrechnungsprozentsatz. Der Schwellenwert gemäß ÖNORM B 2111 von 2 % kommt nicht zur Anwendung. Innerhalb von längstens 4 Wochen nach der Bekanntgabe wird der Auftraggeber mitteilen, in welchem Ausmaß (Umrechnungsprozentsatz) sich die Preise ab welchem Datum (Umrechnungsstichtag) verändern. Der

Umrechnungsstichtag wird nicht länger als 2 Wochen nach der Mitteilung liegen. Die Mitteilung erfolgt durch Verständigung der Auftragnehmer mittels E-Mail oder Telefax.

Leistungen, die vor dem Umrechnungsstichtag erbracht worden sind, sind zu den Preisen der vorhergehenden Preisperiode abzurechnen. Leistungen, die ab dem Umrechnungsstichtag erfolgen, müssen zu den angepassten Preisen verrechnet werden. Nachforderungen des Auftragnehmers über Erhöhungen, die dadurch entstehen, dass es der Auftragnehmer unterlassen hat, seine Leistungen zu den angepassten Preisen zu verrechnen, sind ausgeschlossen.

Nach Verrechnungen aus dem Titel der Preisumrechnung sind nur zulässig, wenn zwischen dem 1. Mai und dem Umrechnungsstichtag mehr als 16 Wochen liegen. In diesem Fall sind alle Leistungen, die ab dem 1. Juli erbracht worden sind, zu den angepassten Preisen verrechenbar. In diesem Fall ist die Übermittlung von Nachverrechnungsrechnungen nur bis längstens 12 Wochen nach Mitteilung des Umrechnungsprozentsatzes und des Umrechnungsstichtags zulässig. Für die Rechtzeitigkeit kommt es auf den Eingang der Nachverrechnungsrechnung bei der zuständigen Buchhaltungsabteilung an. Die Nachverrechnung hat für jede Rechnung einzeln zu erfolgen; wohnhausanlagenübergreifende Sammelrechnungen sind unzulässig. Für Einzelrechnungsbeträge unter EUR 150,-- mit USt. gebührt keine Nachverrechnung (Bagatellgrenze)

- 176 Die ASt moniert, dass die Regelung über die Nachverrechnung der Preise gröblich benachteiligend sei, weil der Auftragnehmer jede Rechnung zu prüfen habe und alle Nachverrechnungsbeträge, welche unter der Bagatellgrenze liegen auszuscheiden habe, was einen enormen administrativen Aufwand darstelle. Die Regelung sei gröblich benachteiligend und stehe in Widerspruch zur ÖNORM 2111.
- 177 Hervorzuheben ist, dass die Bagatellgrenze nur für Nachverrechnungen gilt, die nachträglich erfolgt sind. Wenn ein Auftragnehmer rechtzeitig die angepassten Preise in Rechnung stellt, besteht keine Bagatellgrenze. Nur wenn die Verrechnung der Preiserhöhung nachträglich erfolgt, greift diese Regelung.
- 178 Dazu ist festzuhalten, dass das Verwaltungsgericht Wien (vgl LVwG Wien, 26.01.2017, VGW-123/066/7197/2016-15; 20.12.2016, VGW-123/066/7169/2016-22 sowie LVwG Wien 10.11.2014, VGW-123/072/10241/2014; und davor der VKS Wien 06.06.2012, VKS-4016/12) die Festlegung bereits als vergaberechtlich unbedenklich eingestuft hat.
- 179 Die gegenständliche Regelung ist nötig, weil die AG sonst Nachverrechnungen mit zigtausend Einzelrechnungen erhalten würde, was nicht bewältigbar ist.
- 180 Der Auftragnehmer kann das Risiko durch rechtzeitige Rechnungslegung steuern. Im Übrigen würden Indexschwankungen laut der einschlägigen

Bestimmung der ÖNORM B 2111 erst ab einem Schwellenwert von 2% zu einer Auswirkung auf den Preis führen. Die gegenständliche Regelung schließt diese Schwelle hingegen aus, sodass auch geringere Schwankungen berücksichtigt werden. Würde die Bestimmung laut der ÖNORM B 2111 zur Anwendung gelangen, müsste der Auftragnehmer ein höheres Risiko, nämlich, dass die Indexschwankung unter 2% bleibt, einkalkulieren. Dem gegenüber schließt die gegenständliche Regelung bloß Nachverrechnungen bei Einzelrechnungsbeträgen von unter EUR 150,- aus.

- 181 Folgerichtig hat das Verwaltungsgericht Wien (vgl LVwG Wien, 26.01.2017, VGW-123/066/7197/2016-15; 20.12.2016, VGW-123/066/7169/2016-22; 10.11.2014, VGW-123/072/10241/2014) festgehalten, dass die gegenständliche Festlegung eine im Hinblick auf die Kleinteiligkeit und den geringen Auftragswert der vom gegenständlichen Vergabeverfahren umfassten Aufträge zweckmäßige Vorgangsweise für die Preisanpassungen und Nachverrechnungen enthält. Die gegenständliche Festlegung reglementiert die Gestaltungsfreiheit der AG, indem der Umrechnungsstichtag eingegrenzt wird. Diese Regelung ist für alle Auftragnehmer gleich.
- 182 "Eine Verletzung vergaberechtlicher Grundsätze durch die angefochtenen Festlegung liegt somit auch hinsichtlich dieser Festlegung nicht vor" (LVwG Wien 10.11.2014, VGW-123/072/10241/2014).
- 183 Die gegenständliche Festlegung ist demnach weder unkalkulierbar noch wird das Missbrauchsverbot verletzt.

5.9. Aufzeichnungspflicht, Pkt 5.2 BVRET (Pkt 10.8 des NPA)

- 184 Pkt 5.2 BVRET lautet auszugsweise:

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, Aufzeichnungen über alle aus diesem Vertrag abgerufenen Leistungen mittels der, der Ausschreibung beigefügten, EXCEL-Datei zu führen.

- 185 Die ASt moniert, dass diese Regelungen zu einem erheblichen Aufwand führe, der nicht gesondert vergütet wird.
- 186 Dazu ist festzuhalten, dass es der ASt freisteht diesen Aufwand in ihr Angebot miteinzukalkulieren. Hervorzuheben ist auch, dass die ASt Daten übermitteln soll, die ohnehin in jeder Rechnung stehen müssen. Diese Daten müssen von der ASt daher nicht erst erhoben werden. Darüber ist die ASt schon aufgrund der steuerrechtlichen Regelungen und aufgrund der einschlägigen Regelungen zur Buchführung verpflichtet, die entsprechenden Daten aufzuzeichnen.
- 187 Weshalb diese Regelung unkalkulierbar oder vergaberechtswidrig sein soll, führt die ASt in ihrem Nachprüfungsantrag nicht aus.

5.10. Unangemessen kurze Vorlaufzeiten, Pkt 2.1.1 WD 314 (Pkt 10.9 des NPA)

- 188 Die ASt moniert, dass die Fristen für eine sorgfältige Leistungsvorbereitung

zu kurz seien.

- 189 In diesem Zusammenhang verweist die AG auf die Ausführungen oben zur WD 314 unter Pkt 5.1 und Pkt 5.3.1.2. Die ASt verkennt, dass Leistung nicht innerhalb der dort festgelegten Fristen (24 Stunden bzw. 3 Werktage) begonnen werden muss, sondern im Gegenteil, die AG den Leistungsbeginn erst nach den Fristen festlegen darf.
- 190 Darüber hinaus verkennt die ASt wiederholt, dass es sich gegenständlich um Leistungen kleineren Umfangs, die nicht den Umfang, die Risiken und die Komplexität von beispielsweise Projekten aufweisen. Schon wegen des geringen Umfangs der Arbeiten, sind diese leicht zu planen und ist die notwendige Arbeitszeit leicht abzuschätzen. Umfangreiche Vorbereitungen sind für die Leistungserbringung nicht nötig.
- 191 Die ASt behauptet, dass vom AG „erfahrungsgemäß [...] des Öfteren notwendige Bestandteile der Leistungen vergessen“ werden. Diese Behauptung wird bestritten und ist bemerkenswert, da die ASt für die AG noch keine Leistungen erbracht hat. Abgesehen davon werden nur Leistungen bestellt, die im Rahmenvertrag vorgesehen sind. Der AN hat auch nur die bestellte Leistung zu erbringen (siehe Pkt 4.1. BVRET).

5.11. Risiko der Verzögerung bei unvollständigen Unterlagen, Pkt 1.4.1 WD 314 (Pkt 10.10 des NPA)

- 192 Pkt 1.4.1 der WD 314 lautet (kursiv auch im Original):

Die für die Ausführung erforderlichen Unterlagen (das sind Pläne, Zeichnungen, Muster, Berechnungen, technische Beschreibungen, behördliche Genehmigungen u. dgl.), die vertragsgemäß vom AG beizustellen sind, sind dem AN so rechtzeitig zu übergeben, dass dieser sie noch vor Beginn der Ausführung prüfen und die notwendigen Vorbereitungen (Bestellungen, Arbeitsvorbereitungen u. dgl.) treffen kann.

Sind für die Ausführung der Leistung weitere Unterlagen erforderlich, die nicht vom AN beizustellen sind, sind diese rechtzeitig beim AG anzufordern. Erfolgt die Anforderung dieser Unterlagen nicht rechtzeitig, hat sich der AN etwaige Verzögerungen der Vertragserfüllung zurechnen zu lassen.

- 193 Die ASt moniert, dass sich die AG mit dieser Regelung ihrer Pflicht, die erforderlichen Unterlagen vertragsgemäß und vollständig beizustellen auf den Auftragnehmer überwälze.
- 194 Diese Behauptung ist falsch und widerspricht dem eindeutigen Wortlaut der Regelung.
- 195 Aus dem Wortlaut der Regelung geht eindeutig hervor, dass den AN nur dann das Risiko von Verzögerungen trifft, wenn er Unterlagen, die nicht von der AG beizustellen sind, aber für die Leistungserbringung benötigt werden, nicht rechtzeitig anfordert. Für alle anderen Fälle gilt Pkt 1.4.1 der

WD 314 nicht.

196 Wenn die AG daher Unterlagen, die sie beizustellen hat, nicht rechtzeitig übermittelt, trifft den AN daraus kein Risiko. Sofern dem AN Mehrkosten entstehen, weil die AG Unterlagen, die sie beizustellen hat, nicht rechtzeitig übermittelt, kann der AN iSd Sphärentheorie sogar entsprechende Mehrkostenforderungen geltend machen.

5.12. Höhe der Vertragsstrafe, Pkt 2.5.3.1 der WD 314; Pkt 6.2 BVRET (Pkt 10.10.1 des NPA)

197 Die ASt moniert, dass die Vertragsstrafe unverhältnismäßig sei und gegen die guten Sitten verstoße. Die Deckelung der Vertragsstrafe mit 5% der ursprünglichen Auftragssumme (zivilrechtlicher Preis) werde durch Pkt 6.2 BVRET aufgehoben, weil dort geregelt sei, dass die Vertragsstrafe bis zur Höhe der Auftragssumme einbehalten werden könne.

198 Diese Behauptung ist falsch und widerspricht dem eindeutigen Wortlaut der Regelung.

199 Pkt 6 BVRET lautet:

Die Vertragsstrafen gemäß den Punkten 6.1. bis 6.5. kommen unabhängig voneinander zur Anwendung. Sie sind aber insgesamt mit dem zustehenden bzw. anweisbaren Rechnungsbetrag einer Bestellung begrenzt. Der Abzug der Vertragsstrafe(n) erfolgt von der, die Bestellung betreffenden Rechnung. Die Vertragsstrafen gemäß den Punkten 6.6. bis 6.8. werden je Anlassfall unbegrenzt in Rechnung gestellt.

200 Dass durch diese Regelung die 5% Deckelung des Pkt 2.5.3.1 der WD 314 „aufgehoben“ werde ist nicht nachvollziehbar. Die ASt verwechselt Auftragssumme mit Bestellsumme. Die 5%-Grenze des Pkt 2.5.3.1 der WD 314 bezieht sich auf den zugeschlagenen Gesamtauftragspreis. Pkt 6 BVRET bezieht sich hingegen auf den jeweiligen Rechnungsbetrag der Leistung einer Bestellung. Pkt 6 BVRET ändert Pkt 2.5.3.1 der WD 314 daher nicht ab.

201 Im Übrigen entspricht die Festlegung der WD 314 (siehe dort Punkt 2.5.3, die sich inhaltlich mit der entsprechenden Bestimmung der ÖNORM B 2110 deckt).

202 Festzuhalten ist auch, dass der VKS Wien (06.06.2012, VKS-4016/12) und das Verwaltungsgericht Wien (LVwG Wien 10.11.2014, VGW-123/072/10241/2014) die Regelung bereits als vergaberechtlich unbedenklich qualifiziert haben.

203 Die ASt übersieht auch, dass es sich bei der Regelung über den Anspruch auf Leistung der Vertragsstrafe um eine Bestimmung der ÖNORM B2110 (6.5.3.1 Anspruch auf Leistung der Vertragsstrafe) handelt, die wie folgt lautet:

Der Anspruch des AG auf Leistung einer vereinbarten Vertragsstrafe durch den AN entsteht, so bald der AN in Verzug gerät und nicht nachweisen kann, dass er oder seine Erfüllungsgehilfen den Verzug nicht verschuldet haben; der Nachweis eines Schadens ist nicht erforderlich.

204 Die gegenständliche Regelung weicht daher nicht von der ÖNORM B 2110 ab, weshalb sie jedenfalls gemäß § 99 Abs 2 BVergG 2006 zulässig ist.

205 Die gegenständlichen Festlegungen sind daher weder unkalkulierbar noch wird das Missbrauchsverbot verletzt.

5.13. Preisänderung bei Abweichung von Mengen, Pkt 3.4.4 der WD 314; Pkt 4.3 BVRET (Pkt 10.11 des NPA)

206 Die monierte Bestimmung des Rahmenvertrages lautet (Hervorhebung auch im Original):

In Abänderung zu Punkt 3.4.4. der WD 314 wird festgelegt:
Eine Abweichung von den im Vertrag angegebenen Mengen führt zu keiner Änderung der Preise

207 Die ASt moniert, dass die ÖNORM B 2110 verschärft werde und dass die Nachteilsabgeltung den gesetzlichen Regelungen des § 1168 Abs 1 ABGB widerspreche.

208 Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die ASt die Regelungsinhalte zur Preisänderung mit den Regelungen zur Nachteilsabgeltung vermischt.

209 Die Vergabekontrollbehörden haben sich bereits mehrfach mit der Frage der Zulässigkeit des Ausschlusses der Mengenänderungsklausel der ÖNORM B 2110 bei Rahmenvertragsausschreibungen auseinander gesetzt (vgl VKS Wien 06.06.2012, VKS 3600/12 mwN; 29.11.2012, VKS-97385/12 mwN).

210 Festzuhalten ist, dass die genannte Bestimmung für beide Seiten gilt, sich also zum Vor- oder Nachteil beider Vertragspartner (AG oder Auftragnehmer) auswirken kann. Die Mengenänderungsklausel der ÖNORM B 2110 wurde sogar als nicht geeignete Preisanpassungsmodalität für Rahmenverträge über Bauleistungen (wie gegenständlich) qualifiziert (VKS Wien 30.03.2007, VKS-3664/06 bis VKS -3675/06). Die gegenständliche Vertragsformulierung verstößt laut den Vergabekontrollbehörden auch nicht gegen § 99 Abs 2 BVergG 2006, weil Rahmenverträge über Bauleistungen, was die Verbindlichkeit des Leistungsumfanges anlangt, nur grobe Schätzungen beinhalten können, da eine Angabe der tatsächlich erfolgenden Leistungsabrufe in der Zukunft nicht möglich ist.

211 Demnach ist die gegenständliche Bestimmung sachgerecht. Sie kann auch im Rahmen der Kalkulation durchaus berücksichtigt werden. Der ASt ist es möglich, die benötigte Menge an Material je Position zu kalkulieren. Abgerechnet werden die Leistungen nach tatsächlicher Menge. Insofern gibt es in diesem Zusammenhang kein dem Auftragnehmer überwälztes, besonderes Risiko (VKS Wien 29.11.2012, VKS-97385/12).

212 Die gegenständliche Festlegung wurde deshalb auch vom Verwaltungsgericht Wien (vgl LVwG Wien, 26.01.2017, VGW-123/066/7197/2016-15; 20.12.2016, VGW-123/066/7169/2016-22) für unbedenklich qualifiziert.

5.14. Nachteilsabgeltung, Pkt 3.4.5 WD 314 (Pkt 10.12 des NPA)

213 Die monierte Bestimmung der WD 314 lautet (Kursiv und Hervorhebung auch im Original):

Erwächst dem AN, bei Unterschreitung der Auftragssumme um mehr als 5 %, durch Minderung oder Entfall von Teilen einer Leistung ein Nachteil, der nicht durch neue Einheitspreise oder durch andere Entgelte abgedeckt ist, hat der AG diesen Nachteil abzugelten, nicht aber den im Gesamtzuschlag kalkulierten Gewinn, nicht den entgangenen Gewinn und nicht jenen Nachteil, der daraus entstanden ist, dass der AN nicht andere Aufträge übernehmen konnte.

Dieser Nachteil kann einvernehmlich durch Vergütung des kalkulierten Anteils der Geschäftsgemeinkosten an den entfallenen Leistungen abgegolten werden.

Die Kosten von projektbezogenen erbrachten Vorleistungen, die nicht anderweitig zu verwerten sind, sind jedenfalls (unabhängig von der 5%-Grenze) abzugelten. Die Kalkulation von Angeboten und die Kosten der Beteiligung an einem Vergabeverfahren sind keine Vorleistungen im Sinne dieser Bestimmung.

214 Vorab ist festzuhalten, dass die gegenständliche Festlegung bereits vom Verwaltungsgericht Wien (vgl LVwG Wien, 26.01.2017, VGW-123/066/7197/2016-15; 20.12.2016, VGW-123/066/7169/2016-22) für unbedenklich qualifiziert wurde.

215 Festzuhalten ist auch, dass lediglich der kursiv hervorgehobene Text von der ÖNORM B 2110 abweicht (vgl ÖNORM B 2110 Punkt 7.4.5). Die nicht kursiv hervorgehobenen Textpassagen sind wortident mit der ÖNORM B 2110 und entsprechen daher jedenfalls der Vorgabe des § 99 Abs 2 BVergG 2006 (LVwG Wien 10.11.2014, VGW-123/072/10241/2014). Die kursive Ergänzung in der WD 314 stellt auch keine Änderung der ÖNORM B 2110 dar, sondern trifft nur eine Klarstellung.

216 Die ASt moniert, dass die Regelung grob den werkvertraglichen Regelungen des ABGB unterlaufe, weil der Ersatz des entgangenen Gewinns abbedungen werde sowie jeder Nachteil, der daraus entstanden ist, dass der Auftragnehmer nicht andere Aufträge übernehmen konnte, sowie der Gesamtzuschlag zum kalkulierten Gewinn.

217 Dem ist zu entgegnen, dass die werkvertraglichen Bestimmungen des ABGB dispositiv sind und abbedungen werden dürfen. Die Grenze der Zulässigkeit solcher Abweichungen liegt bei der Sittenwidrigkeit. Sittenwidrig wäre beispielsweise der Missbrauch der Privatautonomie durch Aufdrängen

benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen seitens eines typischerweise überlegenen Vertragspartners. Die Beurteilung, ob die Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm sachlich gerechtfertigt ist, erfordert damit eine umfassende, die Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Interessensabwägung, bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (so OGH 13.03.2014, 5 Ob 205/13b).

- 218 Im Unterschied zu sonstigen Auftragsverhältnissen ist es bei Rahmenverträgen nicht ungewöhnlich, dass das tatsächliche Volumen der Gesamtleistung bei Vertragsabschluss und die einzelnen Zeitpunkte der Abrufe aus dem Vertrag nicht endgültig feststehen müssen, zumal Rahmenverträge typischerweise bei zeitlich und quantitativ nicht genau vorhersehbarem Bedarf zum Einsatz gelangen (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 27; VwGH 21.1.20014, 2012/04/0124; BVwG 27.8.2014, W139 2008219-1). Es liegt in der Natur des Rahmenvertrages, dass die prognostizierten Abnahmemengen auf Schätzungen durch die Erfahrungen der letzten Jahre beruhen und eine exakte Angabe der genauen Mengenabnahmen im Rahmenvertrag nicht möglich ist, weil es zu Leistungsschwankungen kommen kann. Nach Ansicht des VKS Wien (06.06.2012, VKS-4016/12) entspricht es deshalb der gängigen Baupraxis, insbesondere bei Rahmenverträgen, dass ein entgangener Gewinn nicht ersetzt wird. Leistungsschwankungen werden demnach mit der gegenständlichen monierten Regelung abgedeckt.
- 219 Im Übrigen kann die Regelung auch im Zusammenhang mit (dem nicht bekämpften und damit bestandsfesten) Punkt 8.3.1 (Schadenersatz allgemein) der WD 314 gelesen werden, wonach der Ersatz des entgangenen Gewinns ausgeschlossen ist. Der Ausschluss des Ersatzes des entgangenen Gewinns wurde als vergaberechtlich unbedenklich und nicht unverhältnismäßig benachteiligend qualifiziert (vgl LVwG Wien 10.11.2014, VGW-123/072/10241/2014).
- 220 Dasselbe muss für die gegenständliche Regelung gelten, wenn es zu einer Unterschreitung der geschätzte Auftragssumme um mehr als 5% kommt (vgl beispielsweise OGH 18.06.2002, 4 Ob 134/02p; 13.07.2007, 6 Ob 125/07m). In diesem Fall ist dem Auftragnehmer der Nachteil abzugelten. Von diesem Nachteil sind jedoch nicht der entgangene Gewinn und nicht jener Nachteil, der daraus entstanden ist, dass der Auftragnehmer nicht andere Aufträge übernehmen konnte, erfasst. Auch der kalkulierte Gewinn ist nicht ersatzfähig. Richtig ist aber, dass dem Auftragnehmer jedenfalls der Deckungsbeitrag ersetzt wird. Folglich werden die hierfür kalkulierten Kosten ersetzt. Darüber hinaus sieht die ÖNORM B 2110 selbst vor, dass der „Nachteil“ durch Vergütung des kalkulierten Anteils der Geschäftsgemeinkosten an den entfallenen Leistungen abgegolten werden kann.
- 221 In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass jede Kalkulation Unschärfen enthält, die in der Regel höher als 5% sind (Kalkulationsungenauigkeit).
- 222 Die festgelegte 5%-Grenze entspricht jener der ÖNORM B 2110 und ist daher vergaberechtlich unbedenklich. Die Behauptung der ASt, dass dadurch massive Leistungsreduktionen möglich seien, ist nicht

nachvollziehbar, da sie unterstellt, dass die AG unnötig hohe Mengen ausschreibt, was ausdrücklich bestritten wird. Die AG würde im Vorliegenden Umfang nicht ausschreiben, wenn sie nicht die Leistungen benötigen würde.

- 223 Insgesamt ist daher festzuhalten, dass die Festlegung nicht vergaberechtswidrig und auch nicht unkalkulierbar ist, was vom Verwaltungsgericht Wien bereits bestätigt wurde (vgl LVwG Wien, 26.01.2017, VGW-123/066/7197/2016-15; 20.12.2016, VGW-123/066/7169/2016-22).

5.15 Festlegung zu den Anfragen, Pkt 1 der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge (Pkt 10.13 des NPA)

- 224 Pkt 1 der Verfahrensbestimmungen lautet auszugsweise:

Anfragen zu den Ausschreibungsunterlagen sind schriftlich bis 14 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist an den Auftraggeber [...] zu richten.

- 225 Die ASt moniert, dass die Festlegung vergaberechtswidrig sei und dem AG einen willkürlichen Ermessensspielraum einräume.

- 226 Dass die ASt gerade diese Festlegung moniert, ist bemerkenswert, zumal die ASt keine einzige der über 50 gestellten Fragen im Verfahren gestellt hat.

- 227 Die Rechtsansicht, dass die Festlegung gegen § 58 Abs 2 BVergG 2006 verstoße, ist falsch.

- 228 Die ASt verkennt, dass die zitierte gesetzliche Regelung nicht normiert, bis wann Bieter Anfragen stellen dürfen. § 58 BVergG 2006 normiert nur, bis wann Anfragen spätestens zu beantworten sind. Die AG hat nicht festgelegt, dass die Fragen nicht unverzüglich beantwortet werden oder dass die Antwort nicht spätestens 6 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist beantwortet werden. Im Gegenteil: Die AG hat die Fragen jeweils unverzüglich beantwortet und zwar viel früher als sechs Tage vor dem Ende der Angebotsfrist.

- 229 Mit der gegenständlichen Festlegung soll geradezu sichergestellt werden, dass die Bieter die Unterlagen frühzeitig prüfen und Fragen stellen, damit die AG früh die Antworten versenden kann, damit die Bieter alle Antworten noch für die Erstellung der Angebote berücksichtigen können. Das soll auch dem Rechtsschutz der Bieter dienen und gewährleistet die Gleichbehandlung der Bieter. Im Übrigen benötigt auch die AG eine gewisse Zeit, um die Fragen qualifiziert zu beantworten.

- 230 Die Festlegung ist jedenfalls weder vergaberechtswidrig noch für die Bieter benachteiligend.

5.16 Gewichtung der Zuschlagskriterien (Pkt 10.14 der NPA)

- 231 Die Ast moniert, dass die Wahl des Zuschlagskriteriums und deren Gewichtung unzulässig sei.
- 232 Diese Rechtsansicht ist falsch.
- 233 Seit Inkrafttreten der Bundesvergabegesetz-Novelle 2015 (in Kraft getreten 2016) sind öffentliche Auftraggeber gesetzlich verpflichtet neben dem Preis weitere Zuschlagskriterien festzulegen, wenn einer der in § 79 Abs 3 BVergG 2006 taxativ aufgezählten Tatbestände vorliegt; insbesondere gemäß § 79 Abs 3 Z 8 BVergG 2006, wenn es sich um einen Bauauftrag handelt, dessen geschätzter Auftragswert über 1 Mio Euro liegt. Unter einem Bauauftrag sind Bauleistungen, Bauvorhaben und Bauwerke zu subsumieren (§ 4 BVergG 2006). Somit ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller Lose anzusetzen, weshalb auch Kleinlose (mit einem Wert unter 1 Mio Euro) dem verpflichteten Bestangebotsprinzip unterliegen, wenn der Auftragswert aller Lose über 1 Mio Euro liegt.
- 234 Alle zusätzlichen Kriterien neben dem Preis müssen „bewertungsrelevante“ Kriterien sein. Die Besser- oder Schlechtererfüllung des Kriteriums muss einen realistischen Einfluss auf die Bestangebotsermittlung haben können (Fruhmans, Die BVergG-Novelle 2015, ZVB 2016/26, FN 120: Es werde vom AG „die sorgfältig erarbeitete Prognose verlangt [...], dass das vorgesehene zusätzliche Kriterium mit hoher Wahrscheinlichkeit die Bewertung der Angebote beeinflussen wird.“) „Feigenblattkriterien“ sind unzulässig (Das sind Kriterien, bei denen de facto allein der Preis ausschlaggebend ist; Beispiel 98% Preis, 2 % Verlängerung der Gewährleistung, vgl UVS Tirol 05.11.2001, UVS-2001/K11/026-4). Eine bestimmte Mindestgewichtung ist in der BVergG-Novelle 2015 nicht vorgesehen. Es ist im Einzelfall zu beurteilen, ob die Gewichtung Einfluss auf die Bestangebotsermittlung haben kann (Fruhmans, Die BVergG-Novelle 2015, ZVB 2016/26, FN 123, wonach eine Gewichtung von 3 % bei hoch standardisierten oder preislich fixierten Leistungen bei der Bestbieterermittlung relevant sein, im Falle von komplexen Dienstleistungen hingegen irrelevant sein könne).
- 235 Das ehemalige BVA qualifizierte die Gewichtung der Bauzeitverkürzung (als einziges zusätzliches Kriterium) mit 3% nicht als „Scheinkriterium“ „Bei einer Gewichtung des neben dem Preis einzigen Kriteriums mit 3% [liegt kein Scheinkriterium vor], da es angesichts oftmals nur geringer Preisunterschiede durchaus möglich ist, dass ein solches Kriterium im Zuge der Bestbieterermittlung den Ausschlag gibt.“ (BVA 15.09.2001, N-79/01-27). Ähnlich auch der EuGH, wonach der „Auftraggeber nicht nur bei der Auswahl der Zuschlagskriterien frei [ist], sondern auch bei deren Gewichtung, sofern diese eine Gesamtwürdigung der Kriterien ermöglicht, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen“ (EuGH 04.12.2003, C-448/01, EVN und Wienstrom, Rz 39).
- 236 Fruhmans geht ebenso davon aus, dass „eine Gewichtung von 3 % bei hoch standardisierten oder preislich fixierten Leistungen bei der Bestbieterermittlung relevant sein“ (Fruhmans, BVergG-Novelle 2015, ZVB 2016/26, in FN 123) kann.
- 237 Das Landesverwaltungsgericht Tirol (vgl LVwG Tirol 07.01.2016, LVwG-

2015/S1/2310-4) hat zwar zum Zuschlagskriterium bzw. Subkriterium „Verlängerung der Gewährleistung“ die Rechtsansicht vertreten, dass die Festlegung einer Obergrenze der Verlängerungsdauer unzulässig sei. Die Verlängerung der Gewährleistungsfrist als Zuschlagskriterium müsse dergestalt ausgeformt sein, dass eine Besser- oder Schlechtererfüllung möglich sei. Es müsse einem Bieter aufgrund der bereits in der Ausschreibung bekannt gegebenen Zuschlagskriterien möglich sein, sein Angebot so auszuarbeiten, dass er in die Lage versetzt wird, das Angebot so zu unterbreiten, dass es die Bedingungen bestmöglich erfüllt und somit die Möglichkeit besteht, den Zuschlag zu erhalten. Dort war festgelegt, dass für jeden zusätzlichen Monat der Verlängerung der Frist ein Punkt vergeben wird und maximal 30 Punkte (30 Monate) zu erreichen sind. Eine solche Formulierung sei vergaberechtswidrig, weil ein Bieter, der 31 Monate anbietet, nicht besser bewertet werde.

- 238 Diese Rechtsansicht steht in Widerspruch zur bisher ständige Rechtsprechung, wonach bei der Festlegung der einzelnen Zuschlagskriterien dem Auftraggeber grundsätzlich ein weiter Ermessensspielraum zukommt und er jene Aspekte im Rahmen des Zuschlags würdigen kann, die die Auswahl des für ihn günstigsten Angebots widerspiegeln. Demnach ist es „(grundsätzlich Sache des öffentlichen Auftraggebers, die Mindestanforderungen der Leistung, die er beschaffen will, festzulegen. [...] Auch die Entscheidung über die Kriterien für die Zuschlagserteilung bei der Wahl des wirtschaftlich günstigsten Angebotes bleibt dem öffentlichen Auftraggeber überlassen“ (VwGH 09.09.2015, Ra 2014/04/0036).
- 239 Die oben zitierte Entscheidung des LVwG Tirol (07.01.2016, LVwG-2015/S1/2310-4) ist aber auch auf den gegenständlichen Sachverhalt nicht übertragbar, weil dort Leistungsgegenstand der Neubau eines Sozialzentrums war, während gegenständlich wiederkehrende kleinteilige Wartungs- und Instandsetzungsleistungen beschafft werden. Eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist für die gegenständlichen kleinteiligen Wartungs- und Instandsetzungsleistungen über die von der AG festgelegte Obergrenze der Verlängerung hinaus, ist aus technischer Sicht nicht darstellbar und hat für die AG keinen zusätzlichen qualitativen Mehrwert.
- 240 Bei der Festlegung der Verlängerung der Gewährleistungsfrist als Zuschlagskriterium war gegenständlich daher geboten eine Obergrenze festzulegen, weil die Dauer der Verlängerung der Gewährleistungsfrist jedenfalls absolut mit der technischen Lebensdauer begrenzt ist und gegenständlich eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist technisch keinen qualitativen Mehrwert bietet.
- 241 Da dem AG ein Ermessensspielraum zukommt, kann er die Dauer der Verlängerung der Gewährleistungsfrist als Zuschlagskriterium auch so gestalten, dass er eine Obergrenze festlegt, wenn durch die (darüber hinausgehende) Verlängerung kein (weiterer) Mehrwert für den AG zu erwarten ist. Das ist gegenständlich der Fall, weil aufgrund der Kleinteiligkeit der Leistung die Geltendmachung eines Gewährleistungsanspruches über die festgelegte Obergrenze hinaus nicht mehr sinnvoll ist. Darüber hinaus muss die Leistung ohnehin nach einer längeren Nutzungsdauer neu instandgesetzt werden, weshalb auch deshalb

die Festlegung einer Obergrenze geboten ist.

5.17. Vollkostenkalkulation (Pkt 10.15 des NPA)

- 242 Die ASt moniert, dass die Anfragebeantwortung der AG (Antwort zu Frage E1) in Widerspruch zur Aussage des Amtssachverständigen im Verfahren ... stehe.
- 243 In diesem Zusammenhang ist die ASt einmal mehr darauf hinzuweisen, dass die Kalkulation des Angebotes den jeweiligen Bietern obliegt und nicht von der AG vorgegeben werden kann. Wie die Bieter ihre Angebote kalkulieren, liegt ausschließlich und alleine in der Sphäre der jeweiligen Bieter.
- 244 Auch die in der Vorgabekalkulation angeführten Geschäftsgemeinkosten kann der AG nicht vorgeben. In der Vorgabekalkulation wurden die Geschäftsgemeinkosten von der AG wie dort ersichtlich angesetzt. Das entbindet die Bieter aber nicht, selbst eine Kalkulation zu erstellen. Wie hoch die Geschäftsgemeinkosten der jeweiligen Bieter sind, muss jeder Bieter für sich selbst ermitteln und hängt vom jeweiligen Unternehmen ab. Die AG kennt die Geschäftsgemeinkosten der Bieter jedenfalls nicht und muss sie auch nicht kennen, weil sie in jedem Unternehmen unterschiedlich sein werden. Sofern die ASt der Ansicht ist, dass die angesetzten Geschäftsgemeinkosten der Vorgabekalkulation zu niedrig seien, ist wiederholt darauf zu verweisen, dass die ASt nicht daran gehindert ist, die Geschäftsgemeinkosten ihres Unternehmens in ihrer eigenen Kalkulation zu berücksichtigen. Danach kann die ASt ihre Kalkulation ins Verhältnis zu den Vorgabepreisen setzen und einen entsprechenden Aufschlag anbieten.
- 245 Welche Ansätze ein Bieter in seiner Kalkulation trifft und ob er eine Teilkostenrechnung anstellt, liegt alleine beim Bieter und hängt auch von seiner Risikogeneigntheit ab. Die Kalkulation der Bieter ist aber immer und ausschließlich Sache der Bieter und wird durch die Vorgabekalkulation auch nicht ersetzt.
- 246 Die AG daraufhin, dass das von der ASt zitierte Verfahren die Bekämpfung der Ausscheidensentscheidung betraf und nicht wie gegenständlich die Ausschreibung. Unabhängig davon ist festzuhalten, dass der Amtssachverständige im dortigen Verfahren die nachstehend auszugsweise Gutachterliche Stellungnahme abgegeben hat:

Die AST verkennt in ihren Beschwerdepunkten, dass sie als Bieter in einem Vergabeverfahren unabhängig von der Art der Preiserstellung ihre eigene Kalkulation auf Basis der Ausschreibungsunterlagen der AG zu verfassen hat. Der Unterschied zum (üblichen) Preisangebotsverfahren liegt darin, dass sie ihre kalkulierten Preise nicht direkt in das Leistungsverzeichnis der AG eintragen kann, sondern jeweils auf Ebene der Leistungsgruppen getrennt in die Preisanteile „Lohn“ und „Sonstiges“ das Verhältnis zwischen den Vorgabepreisen der AG und ihren kalkulierten Preisen berechnen und in Form eines Nachlasses oder Aufschlages anbieten muss. Somit entstehen durch die Ansätze in der Vorgabepreiskalkulation keine Einschränkungen für die Kalkulation wie die AST mehrfach behauptet.

Selbst eine fehlerhafte Vorgabepreiskalkulation, wofür es allerdings keine Anhaltspunkte gibt, kann durch die oben beschriebene Vorgangsweise kompensiert werden. So können beispielsweise bei einem Bieter gegebene höherer oder niedrigere Preisgrundlagen (Mittelohnpreis, Materialpreis, Gerätepreise, Gesamtzuschläge, Subunternehmerangebote, usw.) problemlos im Angebot dargestellt werden. Gleiches gilt für die Mengen- und Leistungsansätze der Detailkalkulation.

[...] Tabellenwerte für Leistungsansätze sind in verschiedenen Branchen üblich und sollen den Kalkulanten eine Hilfestellung sein. Sie ersetzen aber nicht die eigenen Überlegungen der Unternehmen oder deren Erfahrungswerte, die in ihre Kalkulation einbezogen werden.

- 247 Wie mittlerweile bereits mehrfach festgehalten obliegt es den Bietern ihre Angebote zu kalkulieren. Mit der Antwort auf die Frage E1 hat die AG verdeutlicht, dass es dem Bieter obliegt, ob er zu Voll- oder Teilkosten kalkuliert. Die AG darf dem Bieter gar nicht vorgeben, ob der Bieter sein Angebot zu Vollkosten oder zu Teilkosten kalkuliert. Davon unabhängig ist die Bewertung der Preise im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung, wie im oben zitierten Verfahren Eine Vergaberechtswidrigkeit oder Widersprüchlichkeit besteht jedenfalls nicht.

5.18. Umrechnung veränderlicher Preis und Festpreise, Beilage 13:05.1 (Pkt 10.16 des NPA)

- 248 Die ASt moniert, dass nicht eindeutig definiert sei, bei welchen Positionen Festpreise und bei welchen Preisanpassungen erfolgen.
- 249 Diese Behauptung ist falsch. Die ASt verwechselt offenbar die Leistungsgruppen mit den Leistungsteilen.
In diesem Zusammenhang erlaubt sich die AG die ASt auf die ÖNORM A 2063 zu verweisen.
- 250 In den Kurzleistungsverzeichnissen ist zu jeder einzelnen Position angeführt, ob die Position zu Festpreisen oder veränderbaren Preisen erfolgt, indem bei jeder einzelnen Position der Vermerk „LT:01“ oder „LT:02“ angeführt ist. Es genügt daher auf den Vergabeakt, insbesondere die Kurzleistungsverzeichnisse zu verweisen.

6. Anträge

- 251 Aus den genannten Gründen stellt die AG die

ANTRÄGE

Das Verwaltungsgericht Wien möge die Anträge der Antragstellerin im Nachprüfungsantrag vom 19.04.2018 zurück-, in eventu abweisen.

Stadt Wien - Wiener Wohnen"

Die Antragstellerin brachte am 23.5.2018 um 23 Uhr 21 einen ergänzenden Schriftsatz ein. Da ein Durcharbeiten dieses Schriftsatzes und eine Stellungnahme der Antragsgegnerin aufgrund der späten Vorlage nicht mehr möglich war, wurde das darin enthaltene Vorbringen von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung erstattet und von der Antragsgegnerin dort beantwortet. Das Vorbringen der Antragstellerin und das Gegenvorbringen der Antragsgegnerin sind aus dem Verhandlungsprotokoll ersichtlich.

Aufgrund des Nachprüfungsantrags wurde am 24.5.2018 vor dem Verwaltungsgericht Wien eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Die Verhandlung hatte folgenden Verlauf:

„Vorab wird von der Berichterin zur Frage des Interesses der Antragstellerin am Vertragsabschluss festgehalten, dass der Umstand, dass diese bis dato noch keine Aufträge von der Stadt Wien ausgeführt hat bzw. im Vergabeverfahren keine Bieteranfrage gestellt hat, dieses nicht ausschließt. Weiters wird davon ausgegangen, dass die Zitierung des LWG NÖ im Antrag ein Schreibfehler ist.

Auf die Frage aus dem Senat, was sich durch die dritte Berichtigung geändert habe, gibt die Antragsgegnerin bekannt, dass zwei Positionen im Leistungsverzeichnis dazugekommen sind, und zwar wurden in das Muster Massenmeldung die geänderten Positionen aufgenommen und die Ausstattungsrichtlinie wurde aufgrund von Bieteranfragen ... präzisiert. Weiters wurde die Bezugspreiskalkulation entsprechend der Ergebnisse der Bieteranfragen angepasst und es wurden Leistungsansätze geändert.

Auch nach der dritten Berichtigung blieb der Leistungsgegenstand gleich (Reparatur, Störungsbehebung und Instandsetzungsarbeiten ... in Gebäuden der Antragsgegnerin). Es sind dadurch weder Gebäude, auf die sich diese Leistungen beziehen sollen, dazugekommen noch weggefallen.

Die Antragsgegnerin teilt mit, dass der Auftragsgegenstand Reparaturarbeiten ... in Wohnungen und allgemeinen Teilen der Häuser sowie Sanierungsarbeiten ... in Wohnungen, aus denen Mieter ausziehen, umfasst.

Die Antragstellerin hält dem entgegen, dass das Vorbringen der Antragsgegnerin bestritten werde. Im Zuge der dritten Berichtigung sei die Leistungssumme um 12,5 Mio. Euro höher geworden. Es handle sich daher nicht um eine rein formale Berichtigung sondern um eine wesentliche Änderung der Ausschreibung. Verwiesen werde auf die Replik vom 23.5.2018 und die Beilagen. Der Auftragswert habe sich um 19 % erhöht.

Es sei schon richtig, dass sich der Leistungsinhalt nicht verändert habe. Es sei aber darauf hinzuweisen, dass das kleinste Los etwa 40 bis 50 Aufträge pro Monat umfasse. Bei den durch die dritte Berichtigung verursachten Veränderungen wäre es für die Bieter erforderlich, entsprechende umfangreiche Anpassungen der Kalkulation und der Organisation vorzunehmen.

Die Antragsgegnerin gibt zur Frage, wie es zu der von der Antragstellerin angeführten Erhöhung des Auftragswertes durch die dritte Berichtigung kommt, an, dass sich die Mengen nicht geändert hätten. Es seien vielmehr nur die Preise angepasst worden und zwar seien die in der Vorgabekalkulation berücksichtigten Materialpreise erhöht worden, da aufgrund der Bieteranfragen sich ergeben habe, dass diese weniger Nachlässe erhalten würden, als ursprünglich angenommen. Weiters seien Leistungsansätze erhöht worden, indem für die Erbringung der Leistung längere Zeiten in der Vorgabekalkulation angesetzt worden seien als ursprünglich.

Die Antragstellerin entgegnet, dass gerade durch die mit der dritten Berichtigung erfolgten Änderungen der Mengen und Leistungsansätze es zu den oben dargestellten Anpassungen kommen müsse. Die Bieter müssten im gegenständlichen Vergabeverfahren aufgrund der ständigen Änderungen jedes Mal ihre Kalkulation ändern. Die Antragsgegnerin verstoße damit gegen § 78 Abs. 3 BVergG. Es wäre eine neue Leistungsbeschreibung zu erstellen und ein neues Vergabeverfahren durchzuführen gewesen.

Die Antragsgegnerin entgegnet, dass sich die ausgeschriebene Leistung nicht geändert habe. Es wäre daher auch kein neues Leistungsverzeichnis erforderlich gewesen. Im Übrigen sei die Kalkulation der Bieter unabhängig von der Vorgabekalkulation durchzuführen.

Die Antragstellerin entgegnet, dass dieses Vorbringen bestritten werde und realitätsfremd sei.

Die Antragstellerin verweist auf ihr bisheriges schriftliches Vorbringen und führt zum letzten Schriftsatz ergänzend aus, dass das Vorbringen der Antragsgegnerin, wonach die ausgeschriebenen Mengen sich aus den Kurzleistungsverzeichnissen ergeben würden, nicht nachvollziehbar sei. In diesem Schriftsatz sei dargestellt, dass die auf Seite 2 der Kurzleistungsverzeichnisse dargestellten Mengen bei Berücksichtigung der jeweils höchsten möglichen Menge zum höchsten Bestellwert und der Baustellengemeinkosten nicht mit der Lossumme auf der letzten Seite der Kurzleistungsverzeichnisse übereinstimmen würden.

Die Antragsgegnerin entgegnet, dass die von der Antragstellerin vorgenommene Multiplikation der ausgeschriebenen Menge der Baustellengemeinkosten mit dem max. Bestellwert und die Gleichsetzung mit der Summe im Leistungsverzeichnis jedes Loses zwar zulässig aber für die Kalkulation nicht relevant sei. Die

Antragsgegnerin sei dafür verantwortlich, welche Mengen sie ausgeschrieben habe. Sollte es bei Auftragsausführung zur Abweichung kommen, so ist für diese im Vertrag durch entsprechende Vertragsklauseln vorgesorgt. Die Bieter hätten entsprechend der Ausschreibung zu kalkulieren. Die zu kalkulierenden Mengen ergeben sich aus Seite 2 der Kurzleistungsverzeichnisse. Unterschiede zwischen der Ausschreibung und den im Endeffekt zu erbringenden Leistungen seien nicht kalkulationsrelevant.

Die Antragstellerin bringt dazu vor, dass es Widersprüche in der Ausschreibung gebe. Neben den bereits oben angeführten Abweichungen stimmten auch die Summen der Leistungsverzeichnisse nicht mit den Summen im Teilangebotsschlussblatt überein. Die Bieter wüssten daher nicht, von welcher Menge bei der Kalkulation auszugehen sei.

Die Antragstellerin bringt ergänzend vor, dass entsprechend Punkt 5 der Replik vorgebracht werde, dass die Festlegung in der Ausschreibung, wonach überwiegend Kleinaufträge zwischen 1.000,-- und 5.000,-- Euro ausschreibungsgegenständlich seien, nicht zutreffe, zumal sich ergebe, dass wesentlich mehr Aufträge unter 1.000,-- Euro ausgeschrieben seien. Dies stelle einen Widerspruch innerhalb der Ausschreibung dar.

Weiters stimme das Mengengerüst nicht, da auch Objekte im Wohnhausverzeichnis aufgenommen seien, die aktuell gerade generalsaniert würden und bei denen mit Aufträgen entsprechend der gegenständlichen Ausschreibung im Vertragszeitraum daher nicht zu rechnen sei.

Die Antragsgegnerin entgegnet, dass das Teilangebotsschlussblatt nur eine Zusammenfassung der von jedem Bieter angebotenen Lose bzw. Preise pro Los darstellt. Dort werden die Angaben eingetragen, die sich aus dem Ausfüllen des Leistungsverzeichnisses ergeben.

Die Antragstellerin bringt vor, dass die Bieter anhand des Leistungsverzeichnisses anzubieten haben. Dort sind auch allenfalls angebotene Aufschläge und Nachlässe einzutragen. Bei dieser Vorgangsweise wird im Leistungsverzeichnis die Summe der Aufschläge und Nachlässe auf dem letzten Blatt ziffernmäßig ausgewiesen und diese Summe ist in das Teilangebotsschlussblatt zu übertragen.

Auf die Frage aus dem Senat, inwiefern ein Widerspruch zwischen der am Ende der Vorgabekalkulation pro Los im Leistungsverzeichnis ausgewiesenen Summe und der im Teilangebotsschlussblatt eingetragenen Summe besteht, kann anhand des von der Antragstellerin vorgelegten Beispiels keine Antwort gefunden werden, da in diesem Los diese zwei Summen übereinstimmen.

Die Antragsgegnerin bringt weiters vor, dass eine Unkalkulierbarkeit nicht vorliege, wenn, wie von der Antragstellerin vorgebracht, die meisten Aufträge

einen Auftragswert von unter 1.000,-- Euro aufweisen, da die Bieter das Leistungsverzeichnis ihrer Kalkulation zugrunde zu legen haben. Kalkulationsrelevant sei, dass es sich um eine Vielzahl an Kleinaufträgen handle. Die allgemeine Festlegung in den besonderen Vertragsbestimmungen werde durch das Leistungsverzeichnis konkretisiert.

Die Antragstellerin entgegnet, dass dieses Vorbringen der Randziffer 78 der Stellungnahme der Antragsgegnerin widerspreche. Im Übrigen enthielten die Ausschreibungsbestimmungen keine Festlegung dahingehend, dass das Leistungsverzeichnis den besonderen Vertragsbestimmungen zuvor gehe.

Die Antragsgegnerin bringt dazu vor, dass sich dies bereits daraus ergebe, dass spezielle Regelungen den allgemeinen vorgingen.

Auf Frage aus dem Senat, inwiefern die Antragstellerin davon ausgehe, dass die von ihr angefochtenen Festlegungen noch nicht bestandsfest seien, bringt diese vor, dass die Berichtigungen jeweils vor Ablauf der Anfechtungsfrist erfolgt seien und damit eine Bestandsfestigkeit der Ausschreibung bzw. der Berichtigungen nicht eingetreten sei. Diesbezüglich wird auf die Entscheidung des VwGH 2016/04/0023 hingewiesen. Zu den Fragebeantwortungen hält die Antragsgegnerin selbst fest, dass diese nur Klarstellungen darstellten, die zu keiner Änderung der Ausschreibung führten.

Die Antragsgegnerin bringt ergänzend vor, dass es keine Widersprüche zwischen Losleistungsverzeichnissen gebe. Im Übrigen stelle das Verzeichnis der Ausschreibungsunterlagen eine Hierarchie dar. Dort würden die Kurzleistungsverzeichnisse an vierter Stelle, das Teilangebotsschlussblatt an sechster Stelle und die Besonderen Vertragsbestimmungen an neunter Stelle angeführt.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, dass in den Bauten, die aktuell generalsaniert würden, die ausgeschriebenen Leistungen nicht anfallen würden, jedoch trotzdem von der Ausschreibung umfasst seien, werde entgegnet, dass dieses Vorbringen bestritten werde. Die von der Antragstellerin aus der Homepage von Wiener Wohnen herausgelesenen Generalsanierungen bezögen sich nur auf die Außenhaut der Gebäude und umfassten nicht die gegenständlich ausgeschriebenen Arbeiten. Weiters würden bei der Generalsanierung Leerwohnungen und allenfalls trotzdem anfallende Reparaturen nicht mitberücksichtigt.

Auf die Frage der Antragstellerin, was unter dem Begriff „Sockelsanierung“ zu verstehen sei, teilt die Antragsgegnerin mit, dass die unter diesem Begriff durchgeführten Arbeiten unterschiedlich seien. Generell werde aber immer, ..., zwischen wohnungsseitigen und hausseitigen Maßnahmen unterschieden. Die Sockelsanierung betreffe primär die Außenhaut des Gebäudes und allenfalls gemeinsame Teile des Hauses. In diesem Umfang könne es auch zur

Durchführung von ...arbeiten kommen. Nicht umfasst seien jedenfalls allfällige Reparaturarbeiten in Wohnungen und die Instandsetzung von leer werdenden Wohnungen bzw. bereits leerstehende Wohnungen.

Die Antragstellerin ersucht im Protokoll festzuhalten, dass in den Ausschreibungsunterlagen kein Hinweis auf die oben angeführte Sockelsanierung enthalten ist. Hingewiesen wird weiters auf die Ausführungen in der Homepage, wonach die dort angeführte Anzahl von Wohnungen auf den neuesten techn. Stand gebracht werden soll.

Auf Frage aus dem Senat teilt die Antragsgegnerin mit, dass die Ausstattungsrichtlinie, die der Ausschreibung angeschlossen ist, den Bietern vorgeben soll, wie die ausgeschriebenen Arbeiten im Detail durchzuführen sind.

Auf die Frage der Antragstellerin ergänzt die Antragsgegnerin, dass die Ausstattungsrichtlinie den Standard vorgibt, der für die Ausstattung der Wohnungen ... gefordert ist. Die dort dargestellten Vorgaben widerspiegeln sich im Leistungsverzeichnis.

Zum Thema Leistungsfristen bzw. Pönalisierung des verspäteten Arbeitsbeginns verweisen die Parteien auf ihr schriftliches Vorbringen. Die Antragstellerin ergänzt, dass in den Besonderen Vertragsbestimmungen von Kalendertagen die Rede sei (Punkt 6.2.).

Die Antragsgegnerin entgegnet, dass Punkt 2.3. so zu verstehen sei, dass die 24 Stunden bzw. 3 Tage eine Mindestfrist darstellen, die den Bietern zumindest zur Verfügung stehen muss, bevor mit der Leistung begonnen werden muss. Im Übrigen sei in diesem Punkt von Arbeitstagen die Rede.

Die Antragstellerin entgegnet, dass der Unterschied zwischen Arbeitstag und Kalendertag bei der Festlegung der Leistungsfrist und bei der Berechnung der Pönale bei einem nicht erfolgten Leistungsbeginn am Freitag zum Auflaufen eines Pönales über das Wochenende führen könne, obwohl am Wochenende gar nicht gearbeitet werden dürfe. Dies sei in dieser Genauigkeit in den Schriftsätzen nicht vorgebracht worden, dort sei aber dargestellt, inwiefern die Antragstellerin die Gestaltung der Auftragsausführung (kurze Fristen, hohe Pönale) als problematisch erachte. Unter diesen Punkt sei auch das obige Vorbringen zu subsumieren.

Die Antragsgegnerin bringt dazu vor, dass dies aus ihrer Sicht unproblematisch sei, da es den Bietern frei stehe, bei Ausfall eines Monteurs einen anderen hinzuschicken. Wenn der Arbeitsbeginn am Freitag zu erfolgen habe, jedoch nicht durchgeführt werde, fielen auch für das Wochenende die Pönalzahlungen an.

Die Antragstellerin bringt dazu vor, dass dies sittenwidrig sei und verweist auf Punkt 6 der Besonderen Vertragsbestimmungen, wonach die Vertragsstrafen mit dem zustehenden Rechnungsbetrag einer Bestellung begrenzt seien.

Die Antragsgegnerin bringt dazu vor, dass auf das schriftliche Vorbringen verwiesen werde. Es bestehe eine Deckelung der Vertragsstrafen. Im Übrigen wisse der Auftragnehmer mindestens 24 Stunden vor dem Leistungsbeginn, dass er an diesem Tag mit der Leistung zu beginnen habe und könne entsprechende Vorkehrungen treffen. Im Übrigen würden nur solche Aufträge als dringend vergeben, bei denen Gefahr in Verzug bestehe. Diese Fälle würden den Auftragnehmern gesondert vergütet.

Zum Thema der unterschiedlichen Kalkulationsvoraussetzungen für leere und bewohnte Wohnungen verweisen die Parteien auf ihr schriftliches Vorbringen.

Die Antragstellerin verweist zum Thema Widersprüche in den Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich förmliche Übernahme der Leistungen auf ihr schriftliches Vorbringen und ergänzt, dass aus den Ausschreibungsunterlagen nicht hervorgehe, dass eine förmliche Übernahme nur in Ausnahmefällen erfolge, wie die Antragsgegnerin dies entgegnet habe. Auch wenn die Antragsgegnerin die Protokolle für eine solche Übernahme zur Verfügung stelle, verbliebe beim Bieter der Aufwand für einen zusätzlichen Termin. Dieser Aufwand müssen einkalkuliert werden und könne, da die Leistung angekündigt sei, nicht als Regieleistung abgerechnet werden.

Die Antragsgegnerin entgegnet, dass auch in den Fällen, in denen keine förmliche Übernahme stattfindet, bei Abschluss der Leistung ein Aufwand für die Bieter entstehe (Abrechnung, technische Abnahme etc.)

Die Antragstellerin verweist bezüglich des Themas XML-Schnittstelle auf ihr schriftliches Vorbringen und ergänzt, dass für die Bieter nicht erkennbar sei, ob es sich bei der Schnittstelle um eine Standardschnittstelle oder eine spezielle Schnittstelle für Wr. Wohnen handeln werde. Deshalb sei, obwohl die Einführung einer solchen Schnittstelle bei In-Kraft-Treten der entsprechenden gesetzlichen Vorschriften unumgänglich sei, für die Bieter nicht vorhersehbar, welcher Aufwand für sie damit verbunden sei.

Die Antragsgegnerin bringt vor, dass die Antragstellerin dazu keine Frage gestellt habe. Im Übrigen müssten alle Bieter, die mit der Stadt Wien Verträge abschließen wollen, in Zukunft eine entsprechende Schnittstelle einrichten. XML stelle das dafür vorgesehene Datenformat dar.

Die Antragstellerin verweist zum Thema Zulässigkeit des Preisaufschlags- und Nachlassverfahrens auf ihr schriftliches Vorbringen und ergänzt, dass die Antragsgegnerin bemängelt habe, dass ihr Vorbringen zur Fehlerhaftigkeit der Vorgabekalkulation zu allgemein sei. Aus diesem Grund würden nunmehr

Beispiele vorgebracht. Diese Beispiele sind im Schriftsatz vom 23.5.2018 nicht enthalten und werden mit einem Schreiben in der heutigen Verhandlung vorgelegt.

Vorgelegt werden Beilage./1 und Beilage./2.

Hinsichtlich der ...einheiten sei in der Vorgabekalkulation ein zu hoher Preis angesetzt. Zum Beweis dafür werde Beilage./1 und Beilage./2 vorgelegt. Dieser Fehler führe über alle Lose zu einer erforderlichen Wertberichtigung in der Höhe von *,***.***,-- Euro.

Die Antragsgegnerin bringt dazu vor, dass dazu ad hoc kein Vorbringen erstattet werden könne. Das Leistungsverzeichnis sei mithilfe eines externen Sachverständigen erstellt worden, der auch die Kosten für das Material begutachtet hatte.

Die Antragstellerin bringt vor, dass es auch noch zu weiteren Ungereimtheit gekommen sei und legt diesbezüglich vier Auszüge aus den Leistungsverzeichnissen vor. Diese werden zum Akt genommen (Beilage./3).

Beilage./1, .Beilage./2 und Beilage./3 werden der Antragsgegnerin zur Einsicht übergeben.

Die Antragsgegnerin ergänzt, dass die Preise der Bezugspreiskalkulation sachverständig ermittelt worden seien. Hinsichtlich der ...einheit sei im Leistungsverzeichnis festgehalten, dass diese mit der bestehenden Anlage kompatibel sein müsse. Es gebe daher neben der von der Antragstellerin genannten Anlage auch andere wesentlich teure Anlagen, die laut Leistungsverzeichnis verwendet werden müssen. Der Sachverständige habe einen Mittelwert aus dieser Bandbreite angesetzt.

Die Antragstellerin hält dem entgegen, dass, wenn das Vorbringen der Antragsgegnerin zuträfe, die Aufnahme von diversen Varianten in das Leistungsverzeichnis nicht erforderlich wäre.

Die Antragsgegnerin hält dem entgegen, dass die von der Antragstellerin angesprochenen Positionen nichts mit der ...einheit zu tun hätte sondern andere Funktionen enthielten. Sollte dies erforderlich sein, könne die Antragsgegnerin zu jeder Position gesondert Stellung nehmen. Da die dritte Berichtigung nicht angefochten worden sei, werde davon ausgegangen, dass diese bestandsfest geworden ist.

Die Antragstellerin teilt mit, dass sie davon ausgehe, dass diese Erwägungen nicht im Vergabeakt enthalten seien. Es wird daher die Beiziehung eines Sachverständigen aus dem Gebiet ... zum Beweise dafür beantragt, dass die Kostenschätzungen nicht sachverständig durchgeführt worden seien.

Die Antragsgegnerin teilt mit, dass die Kostenschätzung sachverständig durchgeführt worden sei, ergebe sich aus dem Vergabeakt. Die Antragsgegnerin spreche sich gegen die Beiziehung eines Sachverständigen aus.

Zum Thema K3-Blätter verweisen die Parteien auf ihr schriftliches Vorbringen.

Zum Thema Arbeitskräfteüberlasser als Subunternehmer verweisen die Parteien auf ihr schriftliches Vorbringen. Die Antragstellerin bringt ergänzend vor, dass sie nochmals darauf hinweisen möchte, dass die Festlegung wonach Arbeitskräfteüberlasser als Subunternehmer bekannt zu geben seien, rechtswidrig sei. Dazu werde verwiesen auf § 2 Z 33a (BVergG 2006) und die dazu ergangenen Erläuternden Bemerkungen sowie auf die Entscheidungen des BVA vom 04.10.2013, ZI. N/0088-BV/10/2013-40 und die dazu erfolgten Kommentierungen.

Die Antragsgegnerin entgegnet, dass sie nicht behaupte, dass Arbeitskräfteüberlasser Subunternehmer seien, sondern nur in den Ausschreibungsbestimmungen festgelegt habe, dass Arbeitskräfteüberlasser wie Subunternehmer bekannt zu geben seien. Für Arbeitskräfteüberlasser und Subunternehmer würden die gleichen vertraglichen Vereinbarungen gelten. Aus der zitierten Literatur ergebe sich nicht, dass nicht verlangt werden dürfe, dass Arbeitskräfteüberlasser wie Subunternehmer bekannt gegeben werden müssten.

Die Antragstellerin entgegnet, dass zwischen Subunternehmern und Arbeitskräfteüberlassern insofern ein Unterschied bestehe, als Subunternehmer die Eignungskriterien erfüllen müssten. Dies könnten Arbeitskräfteüberlasser jedenfalls nicht. Die Festlegung sei daher diskriminierend.

Zum Thema Ausschluss von Bietergemeinschaften verweisen die Parteien auf ihr schriftliches Vorbringen.

Die Antragstellerin ergänzt, dass nach ihren Recherchen in Wien derzeit 1.100 aufrechte Konzessionen ... bestünden. Es sei daher nicht nachvollziehbar, weshalb das Zulassen von Bietergemeinschaften den Wettbewerb beeinträchtigen soll. Hingewiesen wird darauf, dass in der derzeit laufenden Baumeisterausschreibung diese Bestimmung nicht mehr enthalten sei, obwohl es wesentlich weniger Baumeisterkonzessionen in Wien gebe und die Auftragssumme niedriger sei, als gegenständlich.

Die Antragsgegnerin verweist auf ihre Schriftsätze.

Zum Thema unangemessen niedrige Abgeltung bei frustriertem Leistungsversuch verweisen die Parteien auf ihr schriftliches Vorbringen.

Die Antragstellerin ergänzt, dass dieser Ersatz de facto nur EUR 115,-- betrage, da in den besonderen Vertragsbestimmungen festgelegt sei, dass dieser bis zu EUR 250,-- zu betragen habe. Dazu wird auf Punkt 3.4. der besonderen Vertragsbestimmungen verwiesen.

Die Antragsgegnerin hält nochmals fest, dass der Kostenersatz nicht höher sein könne als das Entgelt für die kleinste mögliche Leistungserbringung.

Zum Thema Nachverrechnung verweisen die Parteien auf ihr schriftliches Vorbringen.

Zum Thema Aufzeichnungspflicht verweisen die Parteien auf ihr schriftliches Vorbringen.

Zum Thema Verzögerung bei unvollständigen Unterlagen verweisen die Parteien auf ihr schriftliches Vorbringen.

Die Antragstellerin weist nochmals daraufhin, dass ihr Verständnis von der angesprochenen Bestimmung 1.4.1 WD 314 von dem der Auftraggeberin abweiche.

Zum Thema der Höhe der Vertragsstrafen verweisen die Parteien auf ihr schriftliches Vorbringen.

Zum Thema unzulässige Festlegung zur Preisänderung bei Abweichung von Mengen verweisen die Parteien auf ihr schriftliches Vorbringen.

Zum Thema unzulässige Einschränkung der Nachteilsabgeltung (ÖNORM) verweisen die Parteien auf ihr schriftliches Vorbringen.

Die Antragstellerin ergänzt, dass es sich bei dieser Festlegung nicht nur um eine Klarstellung zur ÖNORM handle, sondern um eine sachlich nicht gerechtfertigte Einschränkung. Es werde die gesamte Ausschreibung und damit auch Punkt 8.3.1. WD 314 zum Schadenersatz angefochten. Zu den zitierten Entscheidungen werde festgehalten, dass VGW-123/072/10241/2014 keine Aussage zum oben angeführten Thema enthalte. Die übrigen Entscheidungen seien der AST nicht zugänglich, da sie nicht veröffentlicht seien.

Zum Thema unzulässige Festlegungen hinsichtlich Bieteranfragen verweisen die Parteien auf ihr schriftliches Vorbringen.

Zum Thema unsachliche Gewichtung der Zuschlagskriterien verweisen die Parteien auf ihr schriftliches Vorbringen.

Zum Thema Vollkostenkalkulation verweisen die Parteien auf ihr schriftliches Vorbringen.

Das Vorbringen betreffend Umrechnung veränderlicher Preise und Festpreise zu Beilage ./13 05.1 wird von der Antragstellerin nicht aufrecht erhalten.

(...)

Die Antragsgegnerin verweist auf das bisherige Vorbringen und ergänzt, dass die Bestimmung zur Nennung von Arbeitskräfteüberlassern bereits in der WD 307 enthalten sei. Die sachliche Rechtfertigung dieser Bestimmung liege darin, dass die Umgehung der Bestimmungen für Subunternehmer verhindert werden soll (Der Bieter könnte sich diverser Arbeitskräfteüberlasser bedienen, die dann die Kriterien für Subunternehmer nicht zu erfüllen hätten.).

Zum BIEGE-Verbot werde ergänzend vorgebracht, dass die Antragsgegnerin davon ausgegangen sei, dass jeder der 1.100 aktiven ... in Wien mit Ausnahme der Einmann-Unternehmen im Stande sei, die mit zwei Losen begrenzten Aufträge selbstständig abzuarbeiten, ohne eine BIEGE zu bilden. Die Bildung einer BIEGE wäre daher kartellrechtswidrig. Weiters seien die Eignungskriterien, insbesondere die Anforderungen an den Umsatz, so niedrig angesetzt worden, dass diese von allen KMU's mit Ausnahme der Einmann-Unternehmen erfüllt werden könnten.

Auf die von der Antragstellerin vorgelegten Beispiele betreffend die von dieser behaupteten Fehler der Vorgabekalkulation habe in der vorliegenden Verhandlung von der Antragsgegnerin nicht eingegangen werden können. Beantragt werde daher, dass der Antragsgegnerin eine Frist gegeben werde, um zu diesen Beispielen Stellung zu nehmen.

Die Antragstellerin bestreitet dieses Vorbringen und führt aus, dass auf das EuGH-Erkenntnis verwiesen werde, wonach bereits eine potentielle Beeinträchtigung des Wettbewerbes beachtlich sei. Im vorliegenden Vergabeverfahren würden auch in den kleinen Losen 5 – 8 Mitarbeiter benötigt, weshalb sich diese für Bietergemeinschaften geradezu anbieten würden. Eine Kartellrechtswidrigkeit liege nicht vor. Zum Thema Arbeitskräfteüberlasser werde auf das obige Vorbringen verwiesen.“

Aufgrund des vorgelegten Vergabeaktes, der Schriftsätze der Parteien und des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung steht folgender Sachverhalt als erwiesen fest:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages (24 Lose) im Oberschwellenbereich. Die Angebote sind nach dem Preisaufschlags- und Nachlassverfahren zu erstellen.

Mit dem Antrag wird eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006 bekämpft. Die Beibringung der Pauschalgebühren ist nachgewiesen. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Vertragsabschluss und den allenfalls drohenden Schaden bei Nichterlangung des gegenständlichen Auftrages plausibel dargelegt. Der Antrag ist rechtzeitig.

Ausgeschrieben sind ...leistungen. Es handelt sich gegenständlich um einen Rahmenvertrag für die Erbringung von unregelmäßig wiederkehrenden kleinen Baumaßnahmen in den von der Antragsgegnerin verwalteten Wohnhausanlagen laut der in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Wohnhäuserliste an verschiedenen Standorten in ganz Wien. Der Auftrag umfasst einerseits Instandsetzungsarbeiten im Zuge von Wohnungssanierungen (z.B. bei einem Mieterwechsel) und andererseits Störungsbehebungen. Art und Qualität der Leistungen ist durch das Leistungsverzeichnis eindeutig festgelegt, die Leistungen sind an verschiedenen Örtlichkeiten und zu verschiedenen Zeiten in unterschiedlichem Ausmaß zu erbringen. Der Umsatz eines Einzelabrufes bewegt sich laut Punkt 1.1. BVRET zwischen 1.000,-- und 5.000,-- Euro. Der Kalkulation ist eine mittlere Wohnungsgröße von 40 m² bis 60 m² zu Grunde zu legen.

Der Vertrag soll für zwei Jahre abgeschlossen werden. Die Antragsgegnerin hat gemäß Punkt 9 der Besonderen Vertragsbestimmungen für den Rahmenvertrag T. (BVRET) die Möglichkeit, den Rahmenvertrag bei gleichbleibenden Vertragsbestimmungen einseitig um eine beliebige Anzahl von Monaten bis höchstens ein Jahr zu verlängern. Von diesem Recht muss die Antragsgegnerin bis spätestens drei Monate vor Ablauf der Vertragslaufzeit Gebrauch machen. Ein Bieter kann den Zuschlag nur in maximal zwei Losen bekommen, wobei dann, wenn ein Bieter in mehreren Losen Bestbieter ist, auf eine von den Bietern mit ihrem Angebot abzugebende Präferenzreihung zurückzugreifen ist.

Die Ausschreibungsunterlagen bestehen laut dem dem Vergabeakt angeschlossenen Verzeichnis aus folgenden Teilen:

- 1 MD BD-SR 75 Formblatt Angebot mit Beilagen
- 2 Präferenzreihung
- 3 Zuschlagskriterium „Verlängerung der Gewährleistungsfrist“

- 4 Ausschreibung – Kurzleistungsverzeichnisse Los 01 bis Los 24
- 5 Ausschreibung – Langtextleistungsverzeichnis
- 6 Teilangebots- Schlussblatt händisch
- 7 Teilangebots- Schlussblatt elektronisch
- 8 Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge
- 9 Besondere Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge (BVRET)
- 10 Muster Abrechnungsschema
- 11 Bezugspreiskalkulation mit K-Blättern
- 12 Muster Massenmeldung
- 13 Ausfüllhilfe für Massenmeldung
- 14 Wohnhäuserverzeichnis
- 15 Informationsblatt über die Abgabe von Angeboten mit automationsunterstützt erstellten Datenbeständen gemäß ÖNORM A 2063
- 16 Datenbestand gemäß ÖNORM A 2063 für die Lose 01 bis 24
- 17 WD 307 – Allgemeine Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen
- 18 WD 314 – Allgemeine Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen
- 19 Muster eines Garantiebriefes
- 20 Muster Mieterinformation 1
- 21 Muster Mieterinformation 2
- 22 Muster „EXTERNE-CHECKLISTE-Befund ...“
- 23 Muster „EXTERNE-CHECKLISTE-Befund für ... Anlagen in Wohnungen“
- 24 Ausstattungsrichtlinie ...

Die Angebotsfrist endete am 27.4.2018. Die Frist für Anfragen endete am 13.4.2018 (14 Tage vor dem Ende der Angebotsfrist). Die Angebotsfrist wurde laut den unwidersprochenen Angaben der Antragsgegnerin nach Einbringung des Nachprüfungsantrags nochmals verlängert (4. Berichtigung).

Es gab davor insgesamt acht Fragebeantwortungen und drei Berichtigungen der Ausschreibung. Mit den ersten zwei Berichtigungen wurde jeweils die Angebotsfrist erstreckt. Mit der dritten Berichtigung vom 6.4.2018 wurden unbestritten die im Vergabeakt (Ordner 3/6) ersichtlichen und im Informationsblatt zu den Berichtigungen zusammengefassten Änderungen des Leistungsverzeichnisses durchgeführt.

Mit der Unterfertigung des Angebotes anerkennen die Bieter die Geltung der „Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen (WD 307)“ und der „Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen (WD 314)“.

Der Zuschlag ist laut den Ausschreibungsunterlagen nach dem Bestbieterprinzip zu erteilen, wobei der Preis bis zu 95 Punkte und eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf bis zu sechs Jahre bis 5 Punkte bringen kann.

Gemäß Position 01.0302 Z des Langleistungsverzeichnisses werden die Aufwände der Koordination der eigenen Arbeiten in einem bewohnten Mietobjekt mit dem Mieter gesondert vergütet. Laut Punkt 3.3. der BVRET sind die Umstände der Leistungserbringung in vermieteten Objekten mit dem vereinbarten Preis abgegolten.

Gemäß Position 01.0303 Z erfolgt bei einer „Dringlichen Bestellung“ gemäß Punkt 2.3. der BVRET eine Aufzahlung auf die Baustellengemeinkosten gemäß Position 01.0201 bis 01.0206.

In Punkt 1. der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge ist u.a. festgelegt, dass telefonische Anfragen oder Anfragen nach dem ebenfalls in den Verfahrensbestimmungen festgelegten Zeitpunkt (14 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist) zur Sicherstellung der Gleichbehandlung aller Bieter und der gebotenen Transparenz von Vergabeverfahren grundsätzlich nicht beantwortet werden dürfen.

Laut Punkt 6.4 der Verfahrensbestimmungen ist im gegenständlichen Vergabeverfahren die Bildung von Arbeitsgemeinschaften ausgeschlossen.

Laut Punkt 1.1. BVRET handelt es sich beim gegenständlichen Vertrag um einen Rahmenvertrag über bestimmte unregelmäßig wiederkehrende kleine Baumaßnahmen in von der Antragsgegnerin verwalteten Objekten. Die Leistungen beziehen sich auf verschiedene Standorte in ganz Wien. Vertragsgegenstand sind keine umfangreichen Baumaßnahmen, sondern eine

Vielzahl kleiner Maßnahmen, für die die Art und Qualität eindeutig festgelegt sind, die jedoch an verschiedenen Örtlichkeiten und zu verschiedenen Zeiten in unterschiedlichem Ausmaß zu erbringen sind.

Es handelt sich dabei um Leistungen, die in der Regel zu Wohnungssanierungen erforderlich sind. Weiters sind Störungsbehebungen in vermieteten Objekten durchzuführen. In allgemeinen Teilen der Gebäude sowie Außenanlagen können ebenfalls Instandsetzungen erforderlich sein.

Laut Punkt 2.1. BVRET erfolgt die Bestellung der Leistung aus dem Rahmenvertrag mittels Bestellschein per Fax oder E-Mail. Bei „Dringlichen Bestellungen“ sind auch vorab mündliche Bestellungen möglich. Mit der Bestellung werden dem Auftragnehmer die Bestellnummer, die Bestellkennzahl, der Ort der Leistung, Art und Umfang der bestellten Leistung, die Bestellsumme, der Arbeitsbeginn vor Ort, die Leistungsfrist und allenfalls das Erfordernis einer förmlichen Übernahme der Leistung bekannt gegeben. Die Einzelabrufe werden bis zu einer Bestellsumme von 10.000,-- Euro ohne Ust abgerufen.

Laut Punkt 2.2. BVRET erfolgen die Bestellungen durch die Antragsgegnerin jederzeit (in der Regel von Montag bis Freitag, ausgenommen Feiertag, jeweils von 6 Uhr bis 20 Uhr) und müssen vom Auftragnehmer von Montag bis Freitag, ausgenommen Feiertage, jeweils von 7 Uhr bis 18 Uhr entgegengenommen werden. Der Auftragnehmer hat sicherzustellen, dass die Aufträge auch außerhalb dieses Zeitraumes in seinem System ankommen und im definierten Zeitraum entgegengenommen werden.

In Punkt 2.3. BVRET ist festgehalten, dass auf dem Bestellschein angegeben wird, wann mit der Leistung zu beginnen ist (Arbeitsbeginn vor Ort) und innerhalb welches Zeitraumes sie erbracht werden muss (Leistungsfrist). Es gibt zwei Dringlichkeitsstufen: „Dringliche Bestellung“ mit vorgegebenem Datum (mit der bestellten Leistung ist am angegebenen Arbeitstag, der zumindest 24 Stunden nach der Bestellung liegt, vor Ort zu beginnen) und „Standardbestellung“ mit vorgegebenem Datum (der Leistungsbeginn vor Ort ist frühestens 3 Arbeitstage nach der Bestellung). Festgehalten ist weiters, dass

Leistungen, die innerhalb einer kürzeren Frist zu erbringen sind, von der Antragsgegnerin selbst bzw. in ihrem Auftrag von Dritten erbracht werden.

Punkt 2.2.2 der WD 314 lautet:

„2.2.2 Leistungserbringung durch Subunternehmer

Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig. Ausgenommen hiervon ist die Weitergabe an verbundene Unternehmen.

Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als in der Ausschreibung keine gegenteiligen Festlegungen getroffen wurden und der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Eignung besitzt.

Der Auftragnehmer hat jene Teile der Leistung, die von Subunternehmern ausgeführt werden sollen, sowie diese ausführenden Subunternehmer dem AG rechtzeitig bekannt zu geben.

Ein Wechsel von Subunternehmern oder die Beauftragung von Subunternehmern, die nicht im Angebot genannt waren, ist eine Vertragsmodifikation und daher nur mit schriftlich einzuholender Zustimmung des Auftraggebers zulässig.

Der Auftragnehmer hat jeden beabsichtigten Wechsel und jeden Einsatz eines neuen Subunternehmers unter Anschluss aller zur Prüfung der Eignung des betreffenden Subunternehmers erforderlichen Nachweise dem AG rechtzeitig bekannt zu geben.

Der Auftragnehmer hat dafür zu sorgen, dass diese Pflicht sämtlichen Unternehmern in der Subunternehmerkette vertraglich überbunden wird.

Werden die erforderlichen Nachweise nicht innerhalb einer vom Auftraggeber zu bestimmenden Frist nachgereicht, kann die Zustimmung ohne weiteren Verbesserungsauftrag versagt werden.

Der Auftraggeber kann ihm bekannt gegebene Subunternehmer aus sachlichen Gründen ablehnen. Dies hat der Auftraggeber dem Auftragnehmer rechtzeitig bekannt zu geben. Sachliche Gründe sind neben dem Nichtvorliegen der Eignung insbesondere jene, die den Auftraggeber zum Rücktritt berechtigen, sowie jene, die in den für den Vertrag relevanten Unterlagen festgelegt sind.

Der Auftraggeber ist berechtigt, die Zustimmung aus sachlichen Gründen nachträglich zu widerrufen, insbesondere wenn die Zustimmung durch Ablauf der Zustimmungsfrist zustande gekommen ist.

Für den dem Auftraggeber mit der Prüfung eines nicht im Angebot bekannt gegeben Subunternehmers entstehende Aufwand wird ein pauschaler Kostenbeitrag von 400,-- Euro vereinbart und bei der Abrechnung vom Nettobetrag in Abzug gebracht.

Der Einsatz eines Subunternehmers ohne Zustimmung berechtigt den Auftraggeber zur Forderung einer Konventionalstrafe gemäß Punkt 8.8.

Bei Heranziehung von Subunternehmern durch den Auftragnehmer wird zwischen dem Auftraggeber und den Subunternehmern kein Werkvertrag begründet. Der Auftragnehmer haftet dem Auftraggeber für die von Subunternehmern ausgeführten Leistungen. Ebenso ist für die Einhaltung sämtlicher Ausführungstermine der Auftragnehmer verantwortlich. Der Auftraggeber erteilt daher Anordnungen ausschließlich dem Auftragnehmer.

Jegliche Streitigkeiten, die sich aus dem Heranziehen von Subunternehmern ergeben, berühren ausschließlich den Auftragnehmer.

Aus der sachlich begründeten Ablehnung von Subunternehmern entsteht für den Auftragnehmer kein Anspruch auf Schadenersatz oder das Recht auf Rücktritt vom Vertrag.

Für Arbeitskräfteüberlasser gelten die gleichen Voraussetzungen und vertraglichen Bestimmungen wie für Subunternehmer. Verbundene Unternehmen, die für die Auftragserfüllung vorgesehen sind, gelten als Subunternehmer.“

Gemäß Punkt 3.2.2. BVRET wird Punkt 2.2.2. der WD 314 betreffend die Bestimmungen zum Subunternehmerwechsel ergänzt. U.a. wird festgelegt, dass der der Antragsgegnerin mit der Prüfung eines Subunternehmers (im Zuge eines Subunternehmerwechsels) entstehende Aufwand dem Auftragnehmer mit pauschal 400,-- Euro zuzüglich Ust in Rechnung gestellt wird.

Gemäß Punkt 3.3. BVRET ist der Auftragnehmer verpflichtet, alle organisatorischen Maßnahmen zu treffen, die ihn in die Lage versetzen, das ganze Jahr über ohne Unterbrechung einen zeitgerechten Arbeitsbeginn und eine fristgerechte Leistungserbringung sicher zu stellen. Die Antragsgegnerin weist in diesem Punkt auch ausdrücklich darauf hin, dass es zu unregelmäßigen Abrufen kommen kann, was eine ungleichmäßige Arbeitsauslastung der Auftragnehmer zur Folge haben kann. Die Leistungsfrist variiert abhängig vom Leistungsvolumen pro Abruf. Auch ist mit einer bauablaufbedingten Unterbrechung der Leistungen

zu rechnen (z.B. Leistungen anderer Gewerke zwischen Rohinstallation und Komplettierung der Leistung).

Stellt der Auftragnehmer fest, dass seine Leistung z.B. aufgrund fehlender Vorleistungen anderer Gewerke nicht möglich oder gefährdet ist, hat er dies unverzüglich und unter Angaben aller relevanten Umstände der Antragsgegnerin bekanntzugeben. Diese legt daraufhin die weitere Vorgangsweise bzw. den neuen Termin für die Leistungserbringung fest.

Laut Punkt 3.4. BVRET wird der dadurch entstandene Aufwand, dass die mit Bestellschein der Antragsgegnerin abgerufenen Leistungen aus Gründen nicht erbracht werden können, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat, durch einmalige Vergütung der Position 01.0201Z (Baustellengemeinkosten bis 250,-- Euro) verrechnet. Dies gilt nur in den Fällen, in denen der Auftragnehmer zum im Bestellschein festgelegten Leistungsbeginn leistungsbereit auf der Baustelle angekommen ist und die Leistungserbringung nicht möglich ist, weil sie sich als nicht mehr erforderlich herausstellt oder wegen fehlender Vorleistungen anderer Auftragnehmer der Antragsgegnerin der vereinbarte Leistungsbeginn nicht eingehalten werden kann. Davon ist der Besteller unverzüglich in Kenntnis zu setzen. Dieser wird die weitere Vorgangsweise vorgeben.

In Punkt 6. des Angebotsformulars MD BD-SR 75 ist festgehalten, dass keine förmliche Übernahme der erbrachten Leistungen erfolgt. In Punkt 2.1 BVRET wird bestimmt, dass bei der Bestellung das allfällige Erfordernis einer förmlichen Übernahme bekanntgegeben wird. In Punkt 8. BVRET wird festgehalten, dass die Gewährleistungsfrist mit dem Einlangen der formal und inhaltlich richtigen Rechnung bei der zuständigen Buchhaltungsabteilung beginnt, wenn keine förmliche Übernahme erfolgt.

Laut Punkt 4.5.3 BVRET verpflichtet sich der Auftragnehmer, auf Verlangen des Auftraggebers ohne gesonderte Vergütung auf eine elektronische Rechnungslegung und Übermittlung der Rechnungen mittels XML-Schnittstelle, die gemäß den sachlich gerechtfertigten Vorgaben des Auftraggebers ausgestaltet sein muss, umzustellen. Punkt 11 des Angebotsformblattes MD BD-SR 75 hält fest, dass die Rechnungslegung nicht elektronisch durchzuführen ist.

Punkt 4.4 BVRET legt u.a. fest, dass betreffend die Nachverrechnung aus dem Titel der Preisumrechnung für Einzelrechnungsbeträge unter 150,-- Euro inkl. Ust keine Nachverrechnung gebührt (Bagatellgrenze).

Gemäß Punkt 5.2 BVRET ist der Auftragnehmer verpflichtet, Aufzeichnungen über alle aus diesem Vertrag abgerufenen Leistungen mittels der der Ausschreibung beigefügten EXCEL-Datei zu führen. Diese Aufzeichnungen haben folgende Informationen zu enthalten:

- a. Positionsnummer
- b. Positionsstichwort
- c. Abgerechnete Menge je Leistungsposition und Bestellnummer unter Angabe der Wirtschaftseinheit

Sie sind dem Auftraggeber elektronisch als Excel-Datei in bearbeiteter Form zu übermitteln. (...) Die Kosten für die Führung und Übermittlung dieser Aufzeichnungen werden nicht gesondert vergütet.

Punkt 2.1.1 WD 314 lautet: „Mit der Ausführung der Leistung darf erst nach der schriftlichen Beauftragung begonnen werden. Die Leistung ist unter Berücksichtigung der erforderlichen Vorbereitungszeit rechtzeitig zu beginnen und so auszuführen, dass sie zum vereinbarten Termin beendet werden kann. Zwischentermine sind nur verbindlich, wenn dies ausdrücklich vereinbart wurde.“

Punkt 1.4.1 WD 314 lautet: „Die für die Ausführung erforderlichen Unterlagen (das sind Pläne, Zeichnungen, Muster, Berechnungen, technische Beschreibungen, behördliche Genehmigungen udgl.), die vertragsgemäß vom AG bereit zu stellen sind, sind dem AN so rechtzeitig zu übergeben, dass dieser sie noch vor Beginn der Ausführung prüfen und die notwendigen Vorbereitungen (Bestellungen, Arbeitsvorbereitungen udgl.) treffen kann.“

Punkt 2.5.3.1 WD 314 lautet: „Soweit nichts anderes festgelegt ist, ist die Vertragsstrafe mit höchstens 5% der ursprünglichen Auftragssumme (des zivilrechtlichen Preises) begrenzt.“

Gemäß Punkt 6.2 BVRET wird für Überschreitungen des in der Bestellung festgelegten Arbeitsbeginns eine Vertragsstrafe in folgender Höhe einbehalten:

Dringliche Bestellung mit vorgegebenem Datum EUR 300,-- pro Kalendertag, wenn nicht am in der Bestellung angegebenen Kalendertag mit der Leistung vor Ort begonnen wurde.

Gemäß Punkt 6 BVRET kommen die Vertragsstrafen gemäß den Punkten 6.1 und 6.5 unabhängig voneinander zur Anwendung. Sie sind aber insgesamt mit dem zustehenden bzw. anweisbaren Rechnungsbetrag einer Bestellung begrenzt. Der Abzug der Vertragsstrafen erfolgt von der die Bestellung betreffenden Rechnung. Die Vertragsstrafen gemäß den Punkten 6.6. bis 6.8. werden je Anlassfall unbegrenzt in Rechnung gestellt.

Punkt 3.4.4 WD 314 lautet: „Bei Über- oder Unterschreitung der im Vertrag angegebenen Menge einer Position mit Einheitspreis um mehr als 20% ist über Verlangen eines Vertragspartners ein neuer Einheitspreis für die tatsächlich ausgeführte Menge unter Berücksichtigung der Mehr-/Minderkosten zu vereinbaren, wenn dies kalkulationsmäßig auf bloße Mengenänderung (unzutreffende Mengenangaben ohne Vorliegen einer Leistungsabweichung) zurückzuführen ist. Dieses Verlangen ist dem Grunde nach ehestens nachweislich geltend zu machen.... Die Ermittlung des neuen Einheitspreises hat gemäß 3.4.2 zu erfolgen.“

Punkt 4.3 BVRET lautet: „In Abänderung zu Punkt 3.4.4 der WD 314 wird festgelegt: Eine Abweichung von den im Vertrag angegebenen Mengen führt zu keiner Änderung der Preise.“

In der ÖNORM B 2110 ist geregelt: „Erwächst dem Auftragnehmer bei Unterschreitung der Auftragssumme um mehr als 5% durch Minderung oder Entfall eine Leistung ein Nachteil, der nicht durch neue Einheitspreise oder durch andere Entgelte abgedeckt ist, hat der Auftraggeber diesen Nachteil abzugelten. Dieser Nachteil kann einvernehmlich durch Vergütung des kalkulierten Anteils der Geschäftsgemeinkosten an den entfallenen Leistungen abgegolten werden. Die Kosten von projektbezogenen erbrachten Vorleistungen, die nicht anderweitig zu verwerten sind, sind jedenfalls (unabhängig von der 5%-Grenze) abzugelten.“

Punkt 3.4.5 WD 314 regelt: Entstehen dem Auftragnehmer „bei Unterschreitung der Auftragssumme um mehr als 5% durch Minderung oder Entfall von Teilen der Leistung ein Nachteil, der nicht durch neue Einheitspreise oder durch andere Entgelte abgedeckt ist, hat der Auftraggeber diesen Nachteil abzugelten, nicht aber den im Gesamtschlag kalkulierten Gewinn, nicht den entgangenen Gewinn und nicht jenen Nachteil, der daraus entstanden ist, dass der Auftragnehmer nicht andere Aufträge übernehmen konnte.“

Am 26.2.2018, 27.2.2018, 2.3.2018 und 9.3.2018 ergingen jeweils Anfragebeantwortungen an die Bieter. Am 16.3.2018 erfolgte die erste Berichtigung der Ausschreibung, mit der das Ende der Angebotsfrist von 28.3.2018 auf 12.4.2018 verschoben wurde. Weitere Änderungen erfolgten mit der ersten Berichtigung nicht. Die Berichtigung wurde am 20.3.2018 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Union ... veröffentlicht.

Am 19.3.2018 und am 21.3.2018 ergingen weitere Fragebeantwortungen. Am 30.3.2018 erfolgte die zweite Berichtigung der Ausschreibung, mit der das Ende der Angebotsfrist von 12.4.2018 auf 27.4.2018 verschoben wurde. Weitere Änderungen erfolgten mit der zweiten Berichtigung nicht. Die Berichtigung wurde am 4.4.2018 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Union ... veröffentlicht.

Am 3.4.2018 erging eine weitere Anfragebeantwortung an die Bieter. Am 6.4.2018 erfolgte die dritte Berichtigung, mit der die Kurzleistungsverzeichnisse aller Lose, das Langleistungsverzeichnis, die Formblätter K7, die Formblätter K4, die Teilangebotsschlussblätter, das Muster Massenmeldung und die Ausstattungsrichtlinie ... geändert wurden. Die Berichtigung wurde am 10.4.2018 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Union ... veröffentlicht.

Mit Schreiben vom 16.4.2018 hat die Antragsgegnerin die 8. Anfragenbeantwortung vorgenommen. In der Antwort auf Frage C5, ob die ausgeschriebenen Positionen tatsächlich erforderlich seien und die ausgeschriebenen Regiestunden nicht zu hoch angesetzt worden seien, hat sie mitgeteilt, dass die ausgeschriebenen Positionen und Mengen dem prognostizierten Bedarf entsprechen und aus den tatsächlichen Abrechnungsmengen der letzten Jahre ermittelt worden seien. Die ausgeschriebenen Leistungen seien den Kalkulationen der Bieter zu Grunde zu legen.

In Fragebeantwortung D7, wo die Kosten für die Sanierung von bewohnten Wohnungen (Möbeltransport, Demontage von Küchen und Wandverbauten usw.) enthalten seien bzw. wer die Mieter informiere, dass sie diese Leistungen zu

erbringen hätten oder dem Auftragnehmer vergüten müssten, führte die Antragsgegnerin aus, dass der Möbeltransport bzw. die Demontage vom Mieter oder einem Dritten zu erbringen seien. Die Mieter würden von der Antragsgegnerin darüber informiert. Daher entstünde kein Vergütungserfordernis für die Demontage von Möbeln.

In Fragebeantwortung E1, ob die K-Blätter zu Vollkosten oder Teilkosten zu kalkulieren seien, legte die Antragsgegnerin dar, dass jeder Bieter seine Preise selbst zu kalkulieren und die Kalkulation durch Kalkulationsformblätter darzustellen habe. Ob zu Vollkosten oder zu Teilkosten kalkuliert werde, entscheide der Unternehmer.

In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes festzuhalten:

Gemäß § 2 Abs. 4 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) entscheidet das Verwaltungsgericht Wien in Nichtigerklärungsverfahren und Feststellungsverfahren durch Senate. Entscheidungen über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen und gesonderte Entscheidungen über den Gebührenersatz in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren sowie Entscheidungen über Zeuginnen- oder Zeugen- und Sachverständigengebühren erfolgen durch Einzelrichterinnen oder Einzelrichter.

Gemäß § 13 Abs. 1 WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern der Antrag nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist.

Gemäß § 16 Abs. 1 WVRG 2014 hat die oder der vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin oder Antragsteller Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 15 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber. Die Antragstellerin oder der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 15 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber, wenn sie oder er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt (§ 21) wird.

Gemäß § 26 Abs. 1 WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung einer Auftraggeberin oder eines Auftraggebers als nichtig zu erklären, wenn

1. die Entscheidung oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung die Antragstellerin oder den Antragsteller in dem geltend gemachten Recht verletzt und
2. für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG 2006 sind im offenen Verfahren folgende Entscheidungen gesondert anfechtbar: die Ausschreibung; sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;

Gemäß § 2 Z 33a BVergG 2006 ist Subunternehmer ein Unternehmer, der Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführt. Die bloße Lieferung von handelsüblichen Waren oder Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, ist keine Subunternehmerleistung.

Gemäß § 3 Abs. 1 BVergG 2006 gilt dieses Bundesgesetz mit Ausnahme seines 3. Teiles für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern (im Folgenden: Auftraggeber), das sind

1. der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände,
2. Einrichtungen, die
 - a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und
 - b) zumindest teilrechtsfähig sind und
 - c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind,
3. Verbände, die aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Z 1 oder 2 bestehen.

Gemäß § 20 Abs. 2 BVergG 2006 können Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften Angebote oder Teilnahmeanträge einreichen, sofern nicht in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen die Teilnahme oder die Bildung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften für unzulässig erklärt wurde. (...)

Gemäß § 24 Abs. 1 BVergG 2006 ist der Preis nach dem Preisangebotsverfahren oder nach dem Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren zu erstellen. Grundsätzlich ist nach dem Preisangebotsverfahren auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen. Das Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren ist nur in zu begründenden Ausnahmefällen zulässig.

Gemäß § 83 BVergG ist die Weitergabe des gesamten Auftrages unzulässig, ausgenommen hiervon sind Kaufverträge sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmen.

(2) Der Bieter hat alle Teile des Auftrages, die er im Wege von Subaufträgen an Subunternehmer zu vergeben beabsichtigt, sowie die jeweils in Frage kommenden Subunternehmer im Angebot bekannt zu geben. (...)

(3) Die Weitergabe des gesamten Auftrages oder von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit besitzt. Die Subunternehmer können ihre erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit nach Maßgabe des § 70 Abs. 2 bis 4 nachweisen.

(...)

(5) Nach Zuschlagserteilung hat der Auftragnehmer jeden beabsichtigten Wechsel eines Subunternehmers oder jede beabsichtigte Hinzuziehung eines nicht im Angebot bekannt gegebenen Subunternehmers dem Auftraggeber schriftlich und unter Anschluss aller zur Prüfung der Eignung des betreffenden Subunternehmers erforderlichen Nachweise mitzuteilen. Der Einsatz dieser Subunternehmer bei der Leistungserbringung darf nur nach vorheriger Zustimmung des Auftraggebers erfolgen. Die Zustimmung des Auftraggebers ist, ebenso wie eine allfällige Ablehnung, unverzüglich mitzuteilen und darf nur aus sachlichen Gründen verweigert werden. Die Zustimmung des Auftraggebers gilt als erteilt, sofern der Auftraggeber den Subunternehmer nicht binnen drei Wochen nach Einlangen der Mitteilung gemäß dem ersten Satz abgelehnt hat. Sind der Mitteilung gemäß dem ersten Satz die erforderlichen Unterlagen nicht vollständig angeschlossen, so hat der Auftraggeber dies dem Auftragnehmer unverzüglich mitzuteilen und ihn zur Vorlage der ausständigen Unterlagen aufzufordern. Diese Aufforderung hemmt den Fortlauf der Frist gemäß dem vierten Satz bis zur vollständigen Vorlage der erforderlichen Unterlagen. Dem Angebot sind die entsprechenden Verpflichtungserklärungen beizulegen.

Im vorliegenden Fall wurde Folgendes erwogen:

Die Antragsgegnerin hat dem gesamten Vorbringen der Antragstellerin entgegengehalten, dass ein Großteil der von dieser angefochtenen Festlegungen bereits bestandsfest sei, weil im Hinblick auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs zur Zahl VwGH 2013/04/0029 die Ausschreibung nach Berichtigungen und Fragebeantwortungen nur insoweit angefochten werden könne, als sich gegenüber der ursprünglichen, nicht angefochtenen Ausschreibung etwas geändert habe. Fragebeantwortungen und Berichtigungen könnten als sonstige Festlegungen angefochten werden. Was bestandsfest war, bleibe bestandsfest.

Dem ist entgegen zu halten, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis zur Zahl VwGH 2016/04/0023 ausgesprochen hat, dass sich die durch eine Berichtigung vor Eintritt der Bestandskraft der Ausschreibung verlängerte

Angebotsfrist auf die Anfechtungsfrist auswirkt. Nach diesem Erkenntnis besteht dann, wenn die Angebotsfrist zu einem Zeitpunkt verlängert wird, zu dem die Ausschreibung bzw. eine vorangegangene Berichtigung selbst noch nicht bestandfest war, kein Anlass, von der Grundregel abzuweichen, dass die Anfechtungsfrist für die Ausschreibung an den Ablauf der Angebotsfrist anknüpfen soll (und dem Bieter somit für die Überprüfung der Ausschreibungsunterlagen auf allfällige Probleme hin bis zu - im Regelfall - sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist Zeit bleiben soll). Im vorliegenden Fall wurde unbestritten in der ersten, zweiten und dritten Berichtigung jeweils die Angebotsfrist verlängert, bevor die Anfechtungsfrist abgelaufen war. Die Anfechtung der von der Antragstellerin angeführten Festlegungen ist daher nicht verspätet.

Zur Frage des Interesses der Antragstellerin am Vertragsabschluss, obwohl diese nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin bis dato noch keine Aufträge von der Stadt Wien ausgeführt hat bzw. im Vergabeverfahren keine Bieteranfrage gestellt hat, ist festzuhalten, dass vom Vorliegen eines solchen Interesses und damit der Antragslegitimation auszugehen ist. Auch Bieter, die sich erstmals an einem Vergabeverfahren der Stadt Wien beteiligen wollen, steht die Möglichkeit einer Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen offen. Auch wenn das BVergG 2006 den Bieter die Verpflichtung auferlegt, der Auftraggeberin mitzuteilen, wenn aus ihrer Sicht eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen erforderlich ist, und dies im Hinblick auf eine effiziente Gestaltung des Vergabeverfahrens auch sinnvoll erscheint, so schließt das Unterlassen einer solchen Mitteilung einen Nachprüfungsantrag nicht aus.

Vom Senat wurde weiters davon ausgegangen, dass die von der Antragsgegnerin gerügte Zitierung des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich im Antrag ein Schreibfehler ist, zumal der Nachprüfungsantrag korrekt an das Verwaltungsgericht Wien gesendet wurde.

Wenn die Antragstellerin Abweichungen der WD 314 von der ÖNORM B 2110 bzw. der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Bestimmungen von der WD 314 geltend macht, ist dazu ganz allgemein auf die Judikatur des Verwaltungsgerichts Wien (VGW-123/072/10241/2014, u.a.) zu

verweisen. § 99 Abs. 1 BVergG 2006 normiert, dass die Vertragsbestimmungen, soweit sie sich nicht schon aus der Leistungsbeschreibung ergeben, eindeutig und so umfassend festzulegen sind, dass ein eindeutiger Leistungsvertrag zustande kommen kann. Abs. 2 besagt, dass geeignete Leitlinien, wie ÖNORMEN oder standardisierte Leistungsbeschreibungen heranzuziehen sind, wenn solche existieren. Der Auftraggeber kann in einzelnen Punkten davon abweichen. Die Gründe für diese Abweichungen sind vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekanntzugeben.

Die WD 314 - Allgemeine Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen stützt sich, wie in der Vorbemerkung zum Ausdruck gebracht, weitgehend auf die ÖNORM B 2110. Wo sie von dieser abweicht, ist dies durch Kursivsetzung gekennzeichnet, Auslassungen sind durch Setzung einer eckigen Klammer mit Auslassungspunkten ersichtlich gemacht. Soweit die WD 314 nicht von der genannten ÖNORM abweicht, entspricht sie jedenfalls der Vorgabe in § 99 Abs. 2 BVergG 2006, die die Anwendung von geeigneten Leitlinien unter beispielhafter Aufzählung der ÖNORMEN vorschreibt. Soweit in der WD 314 oder anderen Vertragsbestimmungen von der ÖNORM B 2110 abgewichen wird, ist dies zulässig, wenn die quantitative Grenze eingehalten wird, die der Gesetzgeber in § 99 Abs. 2 BVergG 2006 damit umschreibt, dass der Auftraggeber „in einzelnen Punkten“ von der ÖNORM abweichen darf. Sie darf somit durch die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen nicht völlig ausgehöhlt werden. Eine solche Aushöhlung wurde von der Antragstellerin gegenständlich nicht behauptet, da sie in ihrem Vorbringen nur wenige Bestimmungen der WD 314 bzw. der Vertragsbestimmungen als im Widerspruch zu der ÖNORM B 2110 stehend und damit als problematisch ansieht.

Aber auch, wenn man den Gesamtumfang der durch kursive Schreibweise kenntlich gemachten Abweichungen der WD 314 betrachtet, ist eine Aushöhlung der ÖNORM nicht erkennbar, zumal ein Großteil der Bestimmungen der WD 314 mit der ÖNORM B 2110 übereinstimmen.

Zur inhaltlichen Grenze der Abweichungen von geeigneten Leitlinien hat der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 9.3.2007, G 174/06, festgehalten, dass das Gesetz dem öffentlichen Auftraggeber eine weite, nur

durch das Missbrauchsverbot beschränkte Möglichkeit eröffnet, die Ausschreibung abweichend von Leitlinien an die Besonderheiten des einzelnen Auftrages anzupassen. Eine sachliche Rechtfertigung der Abweichungen ist somit nicht erforderlich.

Ob die inhaltliche Grenze durch die von der Antragstellerin angefochtenen abweichenden Vertragsbestimmungen überschritten wird, ist im Einzelfall zu prüfen, wobei die vergaberechtlichen Grundsätze als Prüfmaßstab heranzuziehen sind.

Die Antragstellerin hat in ihrem Nachprüfungsantrag weiters vorgebracht, dass mit der 3. Berichtigung so umfangreiche Änderungen der Ausschreibung vorgenommen worden seien, dass ein Widerruf der Ausschreibung und eine Neuausschreibung geboten wären, zumal sich insbesondere die Angebotssummen in den einzelnen Losen und die Gesamtsumme exorbitant erhöht habe. Sie stellt diese Erhöhung in ihrem Vorbringen näher dar.

Neben dem Vorbringen der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz und in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien geht auch aus dem Vergabeakt nachvollziehbar hervor, dass durch die dritte Berichtigung aufgrund von Bieteranfragen die Bezugspreiskalkulation angepasst und Leistungsansätze geändert wurden. Die Preise wurden unter Berücksichtigung der für die Bieter höher als ursprünglich angenommenen Materialpreise (geringere Nachlässe) und einer längeren Frist für die Leistungserbringung geändert.

Der Leistungsgegenstand blieb jedoch gleich und umfasste weiterhin unregelmäßig wiederkehrende kleine Baumaßnahmen ... (Reparatur, Störungsbehebung und Instandsetzungsarbeiten in Wohnungen bzw. allgemeinen Teilen von Gebäuden der Antragsgegnerin). Es sind dadurch weder Gebäude, auf die sich diese Leistungen beziehen sollen, dazugekommen noch weggefallen. Die Mengen haben sich unbestritten nicht geändert. Die dritte Berichtigung wurde, wie aus dem Vergabeakt ersichtlich, ordnungsgemäß veröffentlicht und stand den Bietern damit als Grundlage für ihre Angebotsausarbeitung zur Verfügung.

Im Hinblick darauf, dass es durch die dritte Berichtigung nicht zu einer Änderung des Leistungsgegenstandes bzw. des Leistungsumfanges gekommen ist, sondern nur die Preise in der Bezugspreiskalkulation entsprechend der für die Bieter zur Verfügung stehenden Nachlässe beim Materialpreis und unter Berücksichtigung angemessener Leistungsfristen erhöht wurden, ist nicht erkennbar, aus welchen Gründen ein Widerruf und eine Neuausschreibung der verfahrensgegenständlichen Leistungen erforderlich wäre. Es erscheint nicht nachvollziehbar, dass die festgestellten Änderungen der Ausschreibung durch die dritte Berichtigung zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten bzw. dadurch andere Bieter angesprochen worden wären. Schließlich ist im Hinblick auf die von der Antragstellerin genannten Änderungen der Angebotssummen zu berücksichtigen, dass nach dem Formular für die dem Angebot beizulegende Präferenzreihung jedem Bieter maximal zwei Lose zugesprochen werden können, weshalb schon aus diesem Grund die gegenständliche Änderung der Gesamtangebotssumme nicht zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung führen kann.

Den diesbezüglichen Bedenken der Antragstellerin war daher nicht zu folgen.

Die Antragstellerin hat weiters vorgebracht, dass die Ausschreibungsunterlagen für das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren für die Bieter aus diversen, unten näher ausgeführten Gründen unkalkulierbare wirtschaftliche Risiken enthielten. So sei insbesondere die Kombination aus unklaren Vorgaben über die Menge und den Umfang der zu vergebenden Einzelaufträge sowie über den Zeitpunkt der Auftragserteilung in Verbindung mit unangemessen kurzen Leistungsfristen und hohen Pönalen im Falle einer verspäteten oder unterbliebenen Leistung für die Bieter problematisch.

Im Einzelnen hat die Antragstellerin zunächst behauptet, dass ein Mengengerüst, mit wie vielen Aufträgen in welcher Zeit zu rechnen sei, fehle. Es sei auch nicht bekannt, ob Bestellungen täglich, wöchentlich oder in gesammelter Form monatlich erfolgen würden. Dies verhindere, dass die Bieter das vorzuhaltende Personal korrekt einschätzen und ihrer Kalkulation zu Grunde legen könnten. Es gebe weiters keine Information, in welchem Verhältnis

Komplett- und Teilinstandhaltungen beauftragt würden bzw. von welcher durchschnittlichen Wohnungsgröße auszugehen sei.

Für die Beurteilung dieses Vorbringens ist zunächst die Art der mit dem verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren zu beschaffenden Leistungen zu berücksichtigen. Es handelt sich dabei, wie in Punkt 1.1. BVRET festgehalten, um kleine Baumaßnahmen, deren Art und Qualität insbesondere in der den Ausschreibungsunterlagen angeschlossenen Ausstattungsrichtlinie eindeutig festgelegt ist. Die Ausstattungsrichtlinie enthält detaillierte Vorgaben über die Ausstattung der jeweiligen Räume in unterschiedlichen Objekten ... (...) unter Bezugnahme auf die Leistungsverzeichnisse und die Durchführung der ...arbeiten und begleitende Arbeiten. Die dort dargestellten Vorgaben widerspiegeln sich im Leistungsverzeichnis. Das Leistungsvolumen ist mit (durchschnittlich) 1.000,-- Euro bis 5.000,-- Euro und einer Obergrenze von 10.000,-- Euro umschrieben. Die Antragsgegnerin hat in Punkt 1.1. der BVRET weiters die durchschnittliche Wohnungsgröße mit 40 m² bis 60 m² eingegrenzt.

Es handelt sich somit bei den ausgeschriebenen Leistungen nicht um Neuinstallationen, die mit einem hohen Planungsaufwand verbunden sind, oder Arbeiten, deren Leistungsinhalt für die Bieter schwer vorherzusehen und uneinheitlich ist, sondern um Routine...arbeiten mit einer großen Zahl an Einzelaufträgen mit relativ geringem Auftragswert pro Einzelauftrag. Dem trägt die auf S. 2 der Leistungsverzeichnisse vorgesehene Staffelung der Baustellengemeinkosten nach dem jeweiligen Auftragswert Rechnung, die den Bietern Informationen über die Menge der zu erwartenden Leistungen mit dem jeweils verschiedenen Leistungsvolumen gibt.

Die Ausschreibung wurde, wie in Fragebeantwortung C4 festgehalten, mit der standardisierten Leistungsbeschreibung ... erstellt, von der dort abgewichen wurde, wo diese nicht anwendbar ist bzw. keine geeigneten Positionen enthält.

Die Ausschreibungsunterlagen enthalten weiters ein Wohnhäuserverzeichnis, das die vom gegenständlichen Vergabeverfahren betroffenen Gebäude bzw. Wohnhausanlagen aufzählt und dem jeweiligen Los zuordnet.

Es ist daher davon auszugehen, dass einem einschlägigen Professionisten die ausgeschriebenen ...arbeiten, die aufgrund der gesetzlichen und von den gesetzlichen Bestimmungen als verbindlich erklärten Vorschriften bei allen Wohnhäusern in Wien regelmäßig durchzuführen sind, und die sich allenfalls aufgrund der räumlichen Gegebenheiten der Gebäude geringfügig voneinander unterscheiden, bekannt sind. In welchem Umfang Leistungen konkret zu erbringen sein werden, ist für die Bieter aufgrund von Punkt 1.1. der BVRET, der Leistungsverzeichnisse, des Wohnhäuserverzeichnis und der Ausstattungsrichtlinie abschätzbar.

Dabei ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass die ausgeschriebenen Leistungen im Wesentlichen Arbeiten zur Störungsbehebung und Wohnungssanierung nach Leerwerden von Wohnungen umfassen. Das bedeutet, dass die Antragsgegnerin diese Arbeiten zeitlich nicht vorab planen kann, da ihr selbst nicht bekannt ist, wann genau Störungen auftreten werden bzw. Wohnungen leer werden. Sie ist bei der Einschätzung der Menge an zu erteilenden Aufträgen auf ihre Erfahrungen aus den vergangenen Jahren angewiesen, die sie den Leistungsverzeichnissen laut Punkt 1.1. der BVRET auch zu Grunde gelegt hat. Dabei kann es sich jedoch immer nur um eine Schätzung handeln, da die tatsächlichen Zahlen für die Jahre, in denen die Leistungen zu erbringen sein werden, der Antragsgegnerin erst im Nachhinein bekannt sein werden. Ebenso unbekannt ist der Antragsgegnerin, wann genau Leistungen aus dem Rahmenvertrag abgerufen werden müssen, da es in der Natur der Sache liegt, dass Reparaturen und Instandsetzungen von leer werdenden Wohnungen unregelmäßig auftreten, worauf die Antragsgegnerin in der Ausschreibung mehrfach hingewiesen hat.

Die Tatsache, dass die Antragsgegnerin in die Ausschreibung keine Informationen darüber aufgenommen hat, wie viele der Wohnungen, in denen die ausschreibungsgegenständlichen ...arbeiten durchzuführen sind, bewohnt bzw. nicht bewohnt sind, ist insofern unproblematisch, als der Möbeltransport und die Demontage vom Mieter oder einem Dritten zu erbringen ist (siehe Fragebeantwortung D7). Für die Koordination der Arbeiten in vermieteten Objekten ist eine eigene Leistungsposition vorgesehen (01.0302 Z). Wenn aus Gründen, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat, die Leistung nicht

möglich ist (z.B. weil der Mieter die Wohnung nicht zugänglich macht oder notwendige Vorarbeiten nicht rechtzeitig fertiggestellt werden), steht dem Auftragnehmer gemäß Punkt 3.4. der BVRET die dort angeführte Vergütung zu. Die Antragsgegnerin hat damit, soweit im Vorhinein möglich, dafür vorgesorgt, dass allfällige Zusatzleistungen abgegolten werden. Ob eine Wohnung bewohnt oder nicht bewohnt ist, kann für die Kalkulation der Auftragnehmer daher keinen wesentlichen Unterschied machen.

Aus den oben dargestellten Erwägungen ergibt sich, dass die Antragsgegnerin den ausgeschriebenen Leistungsumfang so genau, wie es ihr zum Ausschreibungszeitpunkt möglich war, umschrieben hat und dass es den Bietern aufgrund dieser Angaben in den Ausschreibungsunterlagen möglich ist, festzustellen, in welchem Umfang die ausgeschriebenen Leistungen von ihnen anzubieten und im Zuschlagsfall zu erbringen sind. Die Angaben in den Ausschreibungsunterlagen über den Leistungsinhalt sind somit für die Kalkulation ausreichend.

Die Antragstellerin moniert weiters, dass die Leistungsfristen für die ausgeschriebenen Leistungen bzw. die Frist, innerhalb derer mit den Arbeiten begonnen werden müsse, zu kurz bemessen seien und erst mit der Bestellung bekanntgegeben würden. Im Zusammenhang mit der Unregelmäßigkeit der Abrufe sei für die Bieter daher nicht vorher zu sehen, welche Ressourcen für die Leistungserbringung vorgehalten werden müssten.

Die BVRET regeln, dass der Leistungsabruf mittels Bestellschein zu erfolgen hat (Punkt 2.1.) und auf dem Bestellschein anzugeben ist, wann mit der Leistung zu beginnen ist und innerhalb welches Zeitraumes sie zu erbringen ist (Punkt 3.2.). Dabei sind zwei Dringlichkeitsstufen vorgesehen: bei dringlichen Bestellungen ist mit der bestellten Leistung am angegebenen Arbeitstag, der zumindest 24 Stunden nach der Bestellung liegt, vor Ort zu beginnen. Bei Standardbestellungen ist am angegebenen Arbeitstag, der frühestens 3 Arbeitstage nach der Bestellung liegen darf, mit der bestellten Leistung zu beginnen. Kurzfristiger zu erbringende Leistungen erfolgen durch die Antragsgegnerin bzw. durch von dieser gesondert zu beauftragende Dritte.

Die Bekanntgabe des Zeitpunktes, zu dem mit den Arbeiten begonnen werden muss, das ist mit der Bestellung, begegnet insofern keinen Bedenken, als die Antragsgegnerin erst bei Auftreten der Störung bzw. bei Leerwerden der Wohnung weiß, welche Arbeiten durchzuführen sind und welche Dringlichkeit gegeben ist. Nur bei dringlichen Arbeiten ist frühestens 24 Stunden nach der Bestellung zu beginnen. Eine solche Vorkehrung für dringliche Arbeiten erscheint im vorliegenden Fall erforderlich, da von Mängeln ... ein hohes Gefährdungspotential ausgeht. Dem Eintritt von Sach- und Personenschäden wird dadurch entgegengetreten, dass ein zeitgerechter Arbeitsbeginn angesetzt wird. Aus diesem Grund enthalten die BVRET in Punkt 3.3. auch eine Festlegung, wonach der Auftragnehmer verpflichtet ist, alle organisatorischen Maßnahmen für eine durchgehende Leistungsbereitschaft zu treffen. Im Übrigen kann jeder Bieter den Zuschlag nur für maximal zwei Lose erhalten, womit der mögliche Personaleinsatz für die Auftragserbringung wesentlich besser abschätzbar ist, als wenn mehr Lose an einen Bieter vergeben würden. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Beginnfristen Mindestfristen sind, die die Antragsgegnerin bei Auftragserteilung jedenfalls einzuhalten hat. Es ist daher durchaus denkbar, dass dort, wo keine sachlichen Gründe für einen Leistungsbeginn nach Ablauf der Mindestfrist vorliegen, mit der Bestellung längere Fristen angegeben werden.

Die in Punkt 6.2. der BVRET vorgesehene Pönalisierung bei Nichteinhaltung des vorgesehenen Arbeitsbeginns für dringliche Arbeiten lässt sich ebenfalls darauf zurückführen, dass sichergestellt werden soll, dass diese Arbeiten zur Hintanhaltung der Gefährdung von Personen und zur Vermeidung weitergehender Schäden innerhalb der festgelegten 24 Stunden begonnen werden.

Es handelt sich gegenständlich um kleinere Routinearbeiten, die keine lange Planungs- und Vorbereitungsphase und keinen hohen Personaleinsatz erfordern. Einem fachkundigen Professionisten ist daher zuzumuten, dass er den erforderlichen Personaleinsatz abschätzen und dafür Vorsorge treffen kann, dass im Auftragsfall ausreichend Personal zur Verfügung steht. Im Übrigen werden die dringlichen Arbeiten durch die im Leistungsverzeichnis unter Position 01.0303 Z vorgesehene Aufzahlung gesondert vergütet.

Es erscheint daher nicht nachvollziehbar, inwiefern diese Bestimmungen eine Unkalkulierbarkeit der ausgeschriebenen Leistungen nach sich ziehen sollen, zumal die Antragsgegnerin Vorsorge für den Fall getroffen hat, dass Leistungen noch kurzfristiger begonnen werden müssen, indem sie festgelegt hat, dass solche Leistungen von der Antragsgegnerin bzw. Dritten zu erbringen sind und damit nicht von der gegenständlichen Ausschreibung umfasst sind.

Es ist auch nicht erkennbar, inwiefern der Umstand, dass Punkt 2.3. der BVRET hinsichtlich des Arbeitsbeginnes von Arbeitstagen spricht, die in Punkt 6.2. und 6.3. der BVRET festgesetzten Vertragsstrafen jedoch pro Kalendertag zu bezahlen sind, zu einer Unkalkulierbarkeit führen soll, zumal der Arbeitsbeginn nur an Arbeitstagen erfolgen kann, eine Fristversäumnis durch verspäteten Beginn oder Überschreitung der Leistungsfrist jedoch auch Kalendertage betreffen kann, die keine Arbeitstage sind. Diese Bestimmung gilt für alle Auftragnehmer und kann bei der Kalkulation berücksichtigt werden.

Die Antragstellerin bemängelt weiters, dass in den Ausschreibungsunterlagen widersprüchliche Angaben zur Leistungsübernahme durch die Antragsgegnerin enthalten seien. Während im Formblatt Angebot BD-SR 75 festgehalten sei, dass keine förmliche Übernahme erfolge, bestimme Punkt 2.1. der BVRET, dass ein allfälliges Erfordernis einer förmlichen Übernahme der Leistung mit der Bestellung bekannt gegeben würde. In Punkt 8. der BVRET werde bestimmt, dass die Gewährleistungsfrist mit dem Einlangen der formal und inhaltlich richtigen Rechnung bei der zuständigen Buchhaltungsabteilung beginne, wenn keine förmliche Übernahme erfolge. Dies sei insofern problematisch, als eine förmliche Übernahme für die Bieter einen zusätzlichen Aufwand durch mehr Zeitaufwand bedeuteten, der aufgrund der o.a. Widersprüche nicht kalkuliert werden könne.

Da die BVRET zum Angebot die speziellere Regelung darstellt, ist das Verständnis der Antragsgegnerin, wonach grundsätzlich keine förmliche Übernahme der Leistungen erfolge, in Einzelfällen jedoch mit der Bestellung das Erfordernis einer solchen förmlichen Übernahme festgelegt werden könne, nachvollziehbar. Im Hinblick auf die Art der ausgeschriebenen Leistung (viele kleine Routinearbeiten ...) ist nicht damit zu rechnen, dass solche Ausnahmen in einem für die

Kalkulation der Angebote relevanten Umfang auftreten werden. Ein Widerspruch des Angebotsformblattes zu Punkt 8. der BVRET kann nicht erblickt werden, da dort nur festgehalten wird, wann die Gewährleistungsfrist beginnt, wenn keine förmliche Übernahme erfolgt. Eine Aussage darüber, ob eine förmliche Übernahme zu erfolgen hat oder nicht, enthält diese Bestimmung nicht.

Zu den Bedenken der Antragstellerin hinsichtlich der Kalkulierbarkeit der in Punkt 4.5.3. der BVRET geforderten XML-Schnittstelle ist festzuhalten, dass die elektronische Rechnungslegung mit der Novellierung der Vergaberechtsvorschriften zu Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU verpflichtend wird. Eine Berücksichtigung dieser Vorgabe in der gegenständlichen Ausschreibung, die einen Leistungszeitraum von zumindest zwei Jahren umfasst und daher voraussichtlich auch nach Inkrafttreten der o.a. Bestimmungen in Geltung stehen wird, ist daher erforderlich, wenn auch über nähere technische Details derzeit noch nicht entschieden wurde. Für Bieter, die mit der Stadt Wien Verträge abschließen wollen, wird die Einrichtung einer entsprechenden Schnittstelle unumgänglich sein. XML stelle das dafür vorgesehene Datenformat dar. Die Antragsgegnerin hat in der o.a. Festlegung vorgesehen, dass die Schnittstelle „gemäß den sachlich gerechtfertigten Vorgaben des Auftraggebers“ ausgestaltet sein muss, und damit so genau wie derzeit möglich die Anforderungen an die Voraussetzungen einer elektronischen Rechnungslegung berücksichtigt. Die Formulierung „sachlich gerechtfertigte Vorgaben“ schließt Anforderungen an die Auftragnehmer aus, die ihre Grundlage nicht in der technisch oder anderweitig notwendigen Ausgestaltung haben.

Ein Widerspruch zu Punkt 11 des Angebotsformblatts MD-BD-SR 75 ist nicht erkennbar, da diese Bestimmung die elektronische Abrechnung und nicht die Rechnungslegung betrifft.

Die Antragstellerin bringt in ihrem Antrag weiters vor, dass die Festlegung des Preisauflags- und Nachlassverfahrens im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren unzulässig sei. Dieses sei nur in Ausnahmefällen zulässig. Sie bezweifelt nicht, dass der von der Antragsgegnerin in Fragebeantwortung A3 bekanntgegebene Grund für die Festlegung dieses Verfahrens, nämlich die Verhinderung von Spekulationen auf Einheitspreisbasis, grundsätzlich geeignet

ist, dieses zu rechtfertigen. Sie bezweifelt jedoch, dass die ausgeschriebenen Leistungen und sonstige Spezifikationen hinreichend konkret festgelegt sind. Weiters bringt sie vor, dass die Vorgabekalkulation mangelhaft sei.

Zur Frage der Zulässigkeit des Preisauflags- und Nachlassverfahrens ist zunächst das o.a. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 21.1.2014, VwGH Zlen.: 2012/04/0124, 2013/04/0040, zu berücksichtigen. Der Verwaltungsgerichtshof verweist darin auf sein Erkenntnis vom 22.4.2010, ZI. 2008/04/0077, in dem er festgehalten hat, dass das Preisauflags- und Nachlassverfahren immer nur ausnahmsweise zulässig war. Unter Geltung des BVergG 1997 und der ÖNORM A 2050 in der Fassung vom 1. Jänner 1993 war dieser Ausnahmefall ausdrücklich geregelt. Das Preisauflags- und Nachlassverfahren durfte nur bei häufig wiederkehrenden, gleichartigen Leistungen angewendet werden, sofern diese Leistungen und die Umstände, unter denen sie erbracht werden sollten, hinreichend bekannt sind. Seither besteht lediglich eine Einschränkung auf „begründete Ausnahmefälle“. Da kein Anhaltspunkt dafür besteht, dass der Gesetzgeber mit dieser Änderung dem Gesetz einen gänzlich anderen Sinn geben wollte, sind unter „begründeten Ausnahmefällen“ nur solche zu verstehen, die mit dem bisher einzig zulässigen Ausnahmefall (häufig wiederkehrende, gleichartige Leistungen, hinreichende Bekanntheit derselben und der Umstände, unter denen sie erbracht werden sollen) vergleichbar sind.

Im vorliegenden Fall handelt es sich, wie bereits oben ausgeführt, um unregelmäßig wiederkehrende kleine Baumaßnahmen Zur Art der ausgeschriebenen Leistungen wird auf das oben zum Vorbringen der Antragstellerin, es fehle ein Mengengerüst, aus dem die Bieter den Umfang der ausgeschriebenen Leistungen ablesen könnten, Gesagte verwiesen.

Dem Vorbringen der Antragstellerin, notwendige Kalkulationsgrundlagen würden fehlen, konnte daher nicht gefolgt werden. Die Vorgabe des Verwaltungsgerichtshofs, das Preisauflags- und Nachlassverfahren dürfe nur bei häufig wiederkehrenden, gleichartigen Leistungen angewendet werden, sofern diese Leistungen und die Umstände, unter denen sie erbracht werden sollten, hinreichend bekannt sind, ist im vorliegenden Fall erfüllt.

In seinem Erkenntnis vom 22.4.2010, Zahl 2008/04/0077, hat der Verwaltungsgerichtshof weiters festgehalten, dass dann, wenn dem Bieter nur die Möglichkeit eingeräumt wird, auf zusammengefasste und unterschiedlich zu kalkulierende Leistungen Aufschläge bzw. Nachlässe anzubieten, insbesondere bei Rahmenverträgen mit nicht genau vorhersehbarem Leistungsumfang - für Bieter, deren Kalkulation von der Vorgabekalkulation in einzelnen Punkten stark differiert, bzw. bei Verwendung unrichtiger Lohn- oder Materialansätze in einzelnen Positionen der Vorgabekalkulation der Bieter daran gehindert sein kann, seine eigene Kalkulation bei Angebotslegung umzusetzen, und dies dadurch zu einem unkalkulierbaren Risiko führen kann. Dies bedeutet allerdings nicht, dass (die Zulässigkeit des Preisaufschlags- und -nachlassverfahrens vorausgesetzt) die Leistungsgruppen nur so zusammengefasst werden dürfen, dass jedem Bieter die hundertprozentige Umsetzung seiner Kalkulation ermöglicht wird. Die Zusammenfassung heterogener Leistungen darf nur nicht so weit gehen, dass bei einer objektiven Gegebenheiten Rechnung tragenden Durchschnittsbetrachtung das daraus für den Bieter bei der Kalkulation erwachsende Risiko unzumutbar ist.

Die Antragstellerin hat kein Vorbringen dahingehend erstattet, dass die Zusammenfassung der Leistungen, auf die im vorliegenden Vergabeverfahren Aufschläge und Nachlässe angeboten werden dürfen, zu einem unzumutbaren Risiko der Bieter bei der Kalkulation führen würde.

Sie hat jedoch diverse Mängel der Bezugspreiskalkulation eingewendet, die ihrer Argumentation nach den Bietern die Möglichkeit nähmen, diese Bezugspreiskalkulation in ein angemessenes Verhältnis zu ihrer eigenen Kalkulation zu setzen und dementsprechende Aufschläge oder Nachlässe anzubieten.

Zunächst hat die Antragstellerin vorgebracht, dass die Ausschreibung mit der dritten Berichtigung in einem Umfang geändert worden sei, der auf eine gravierende Mangelhaftigkeit hinweise. Es sei daher zu befürchten, dass weitere, noch unentdeckte Mängel in der Vorgabekalkulation enthalten seien, die ein unzumutbares Risiko für die Bieter darstellen würden.

Zum Umfang der dritten Berichtigung wird auf das oben zum Vorbringen der Antragstellerin, die Ausschreibung wäre zu widerrufen gewesen, hingewiesen. Dort wurde bereits festgehalten, dass es sich bei der Berichtigung nicht um das „Ausbessern“ von Fehlern, sondern um Anpassungen der Bezugspreiskalkulation aufgrund von Bieteranfragen und die entsprechende Änderung von Leistungsansätzen gehandelt hat. Aus dem Vergabeakt ist nicht nachvollziehbar, dass die Bezugspreiskalkulation ursprünglich völlig fehlerhaft gewesen wäre. Vielmehr wurde durch die dritte Berichtigung hinsichtlich der Bezugspreiskalkulation Einwänden von Bietern Rechnung getragen.

Die Antragstellerin wendet weiters ein, dass die K3-Blätter der Bezugspreiskalkulation in sich nicht schlüssig seien. Nach den Erfahrungen der Antragstellerin sei die Berechnung des Bruttomittellohnes nicht richtig erfolgt. Dies betreffe die Darstellung der Berechnung Regielohn im K3-Blatt für Facharbeiter ... und Arbeitnehmer ohne Zweckausbildung sowie die Ermittlung des Bruttomittellohnes im K3-Blatt aus der gemeinsamen Berechnung von Facharbeiter und Arbeitnehmer ohne Zweckausbildung.

Eine nähere Begründung, weshalb die von der Antragsgegnerin gewählten Ansätze fehlerhaft sein sollen, erfolgte nicht. Die Antragsgegnerin verwies diesbezüglich auf ihre Erfahrung und die mit Unterstützung eines externen Sachverständigen erfolgte Kalkulation. Das Vorbringen der Antragstellerin konnte keine Zweifel an der Vertretbarkeit der in den K3-Blättern ausgewiesenen Mittellöhnen hervorrufen, weshalb ihrem diesbezüglichen Vorbringen nicht zu folgen war.

In der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin sodann eine Unterlage (Beilage./1) vorgelegt, aus der in vier Fällen hervorgehen soll, dass die Bezugspreiskalkulation fehlerhaft sei. Hinsichtlich der ...einheiten wurde dort vorgebracht, dass der dafür angesetzte Preis zu hoch sei. Die Antragsgegnerin hat entgegnet, dass die Antragstellerin die Vorgabe, wonach diese ...einheiten mit der bestehenden Anlage kompatibel sein müssten, nicht berücksichtigt habe. Es dürfe daher nicht von den billigsten oder durchschnittlich teuren Anlagen ausgegangen werden. Vielmehr müsse eine Bandbreite von Preisen, die sich je

nach den jeweiligen Anforderungen richten, berücksichtigt werden. Die diesbezüglich anzusetzenden Preise seien der Bezugspreiskalkulation zu Grunde gelegt worden.

Dazu ist festzuhalten, dass Abweichungen hinsichtlich des Preises in einzelnen Positionen zwischen der Bezugspreiskalkulation und der Kalkulation der einzelnen Bieter nicht auf eine umfassende Fehlerhaftigkeit der Bezugspreiskalkulation schließen lassen. Die Bieter haben ihrer Kalkulation ohnedies ihren Preis zu Grunde zu legen. Im von der Antragstellerin näher ausgeführten Fall hat die Erklärung der Antragsgegnerin, wonach die Antragstellerin die o.a. Vorgaben nicht berücksichtigt habe, den Preisunterschied zwischen der entsprechenden Position in der Bezugspreiskalkulation und den Ausführungen der Antragstellerin weitgehend erklärt.

Im Übrigen hätte die Antragstellerin Unklarheiten über die der Bezugspreiskalkulation zu Grunde liegenden Mengen oder Qualitätsanforderungen bereits im Vergabeverfahren im Wege einer Bieteranfrage ausräumen können. Eine solche Anfrage hat sie nicht gestellt.

Die Antragstellerin hat in ihrem letzten, am Tag vor der mündlichen Verhandlung vorgelegten, Schriftsatz weiters ausgeführt, dass die auf Seite 2 der Kurzleistungsverzeichnisse dargestellten Mengen bei Berücksichtigung der jeweils höchsten möglichen Menge zum höchsten Bestellwert und der Baustellengemeinkosten nicht mit der Lossumme auf der letzten Seite der Kurzleistungsverzeichnisse übereinstimmen würden. Neben den bereits oben angeführten Abweichungen stimmten auch die Summen der Leistungsverzeichnisse nicht mit den Summen im Teilangebotsschlussblatt überein.

Ein Vergleich der am Ende der Kurzleistungsverzeichnisse zu jedem Los angeführten Lossummen (Summe LV) mit den im Teilangebotsschlussblatt zu jedem Los angeführten Summen ergab, dass diese Beträge übereinstimmen. Auch in dem von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung beispielsweise heraus gegriffenen Los konnte die Argumentation der Antragstellerin nicht untermauert werden, da die Summen übereingestimmt

haben. Wie die Antragstellerin aufgrund der von ihr in ihrem Schriftsatz dargestellten Berechnungen auf die von ihr behaupteten Widersprüche gestoßen ist, hat sie nicht nachvollziehbar dargetan.

Wenn die Antragstellerin auf einen angeblichen Widerspruch zwischen Punkt 2.1. (korrekt wohl: 1.1.) der BVRET, wonach Kleinaufträge zwischen 1.000,-- und 5.000,-- Euro ausschreibungsgegenständlich seien, und den Leistungsverzeichnissen hinweist, aus denen sich ergebe, dass wesentlich mehr Aufträge unter 1.000,-- Euro ausgeschrieben seien, ist dem entgegen zu halten, dass die Bieter entsprechend den Leistungsverzeichnissen anzubieten haben. Die Festlegung in Punkt 1.1. der BVRET dient nur der Orientierung der Bieter. Daraus ergibt sich, dass gegenständlich Kleinaufträge ausgeschrieben seien. Diese Festlegung wird durch die Leistungsverzeichnisse, die der Kalkulation der Bieter zu Grunde zu legen seien, konkretisiert.

Dem Vorbringen der Antragstellerin, dass laut Homepage der Antragsgegnerin und einer Pressemeldung die Generalsanierung von vom gegenständlichen Rahmenvertrag umfassten Objekten geplant sei und dies möglicherweise einen Einfluss auf den Umfang der vom Rahmenvertrag umfassten Aufträge habe, war nicht zu folgen. Das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin ist sehr allgemein gehalten, zumal sich aus den diesem Vorbringen zu Grunde liegenden Unterlagen keine exakten Details der Generalsanierungen ergeben. Es handelt sich dabei offenbar weitgehend um Vermutungen der Antragstellerin. Das Vorbringen der Antragsgegnerin, wonach die geplanten Sockelsanierungen bestimmter Wohnhausanlagen völlig andere Maßnahmen umfassen würden, als die gegenständlich ausgeschriebenen (die Sockelsanierung bezieht sich demnach weitgehend auf die Außenhaut und allgemeine Teile der Gebäude, die gegenständlichen Maßnahmen betreffen vor allem Wohnungen) erscheint plausibel. Auch ist eine Sockelsanierung regelmäßig eine länger geplante Maßnahme und umfasst nicht aktuell erforderliche Störungsbehebungen.

Abschließend ist festzuhalten, dass die Antragsgegnerin ihre Bezugspreiskalkulation unter Zugrundelegung der Erfahrungen aus den letzten Jahren und unter Beiziehung eines externen Sachverständigen erstellt hat. Die Antragstellerin wendet ein, dass das beigezogene Sachverständigenbüro, die

B. GmbH, laut ihrer Homepage vornehmlich im Industriebau tätig sei und dieser Homepage besondere Erfahrungen im sozialen Wohnbau nicht zu entnehmen seien.

Aus der Homepage der B. GmbH geht hervor, dass u.a. die Planung ... Anlagen zu ihren Kernkompetenzen gehört. Weiters war sie an der Ausschreibung für eine Therme, eine Schule und zwei Hotels beteiligt. Es ist nicht ersichtlich, dass die ... Anlagen in Wohnhäusern derart spezielle Anforderungen hätten, dass ein Sachverständiger mit den o.a. Erfahrungen für die Beratung der Auftraggeberin bei der Erstellung der Bezugspreiskalkulation ... nicht die entsprechende Eignung aufwiese. Der Sachverstand der B. GmbH floss daher in die Bezugspreiskalkulation ein.

Die Antragsgegnerin hat ihre Bezugspreiskalkulation somit unter Beiziehung eines geeigneten externen Sachverständigen erstellt. Die von der Antragstellerin angesprochenen angeblichen Mängel der Bezugspreiskalkulation konnten dem Gericht nicht plausibel gemacht werden. Für die von der Antragstellerin beantragte Bestellung eines Sachverständigen aus dem Gebiet ... zum Beweise dafür, dass die Kostenschätzungen nicht sachverständig durchgeführt worden seien, bestand daher keine ausreichende Grundlage.

Die Antragstellerin führt in ihrem Nachprüfungsantrag selbst aus, dass nicht jede kleine Unstimmigkeit der Vorgabekalkulation maßgeblich sei, diese aber in ihren Kalkulationsansätzen stimmig, wirtschaftlich plausibel und nachvollziehbar sein muss. Ihr diesbezügliches Vorbringen war, wie oben darstellt, nicht geeignet, Mängel der Bezugspreiskalkulation in einem Umfang aufzuzeigen, die für die Bieter die Übernahme unkalkulierbarer Risiken bedeutet hätten. Dem diesbezüglichen Vorbringen der Antragstellerin war daher nicht zu folgen.

Es handelt sich daher bei den ausgeschriebenen Leistungen um häufig wiederkehrende, gleichartige Leistungen, wobei diese Leistungen und die Umstände, unter denen sie erbracht werden sollten, hinreichend bekannt sind. Damit sind die Vorgaben des Verwaltungsgerichtshofes für die Subsumption der ausgeschriebenen Leistungen unter den in § 24 Abs. 1 letzter Satz BVergG 2006 genannten Begriff des „begründeten Ausnahmefalles“ gegeben, das

Preisauflags- und Nachlassverfahren wurde von der Antragsgegnerin in der gegenständlichen Ausschreibung zu Recht gewählt.

Die Antragstellerin hat weiters vorgebracht, dass die Bestimmung in der WD 314 Punkt 2.2.2, wonach für Arbeitskräfteüberlasser die gleichen Voraussetzungen und vertraglichen Bestimmungen wie für Subunternehmer gelten und für den dem Auftraggeber mit der Prüfung eines nicht im Angebot bekannt gegeben Subunternehmers entstehende Aufwand ein pauschaler Kostenbeitrag von 400,-- Euro vereinbart und bei der Abrechnung vom Nettobetrag in Abzug gebracht wird, sittenwidrig und unkalkulierbar sei.

Die Antragstellerin bekämpft insbesondere die nach ihrer Darstellung damit verbundene de facto Verpflichtung der Bieter, die im Auftragsfall in Anspruch genommenen Personaldienstleister bereits mit dem Angebot bekannt zu geben, sowie die Festlegung, wonach ein späterer Wechsel dieser Personaldienstleister eine Kostenbeitrag von 400,-- Euro nach sich zieht. Weiters erblickt sie in dieser Regelung die Gefahr, dass der Wettbewerb beeinträchtigt wird, weil in Wien nicht für alle potentiellen Bieter ausreichend Personaldienstleister auf dem Markt verfügbar sind bzw. diese selbst als ... tätig seien.

Der Antragstellerin ist soweit zuzustimmen, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des § 2 Abs. 33a BVergG 2006 näher definiert hat, welche vom Bieter für die Auftragsausführung beigezogenen Unternehmer ex lege als Subunternehmer zu qualifizieren sind, und damit die Vorschriften für Subunternehmer gemäß § 83 BVergG 2006 einzuhalten haben, und welche lediglich Hilfsunternehmer sind. Nach den Materialien zu dieser Bestimmung sind Arbeitskräfteüberlasser keine Subunternehmer.

Diese genannte gesetzliche Regelung schließt jedoch nicht aus, dass der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen festlegt, dass für das betroffene Vergabeverfahren für Arbeitskräfteüberlasser dieselben Regeln gelten, wie für Subunternehmer, wenn dies den vergaberechtlichen Grundsätzen nicht widerspricht. Auch wenn die als Leiharbeiter beschäftigten Arbeitnehmer für die Dauer der Auftragserfüllung in das Unternehmen der Auftragnehmerin eingegliedert werden und der Kontrolle der Auftragnehmerin unterstehen, ist

diese Festlegung doch geeignet, zur Sicherstellung der Einhaltung von die Auftraggeberin treffenden gesetzlichen Verpflichtungen (arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen, AuslBG) durch die Auftragnehmerin beizutragen.

Wenn die Antragsgegnerin die o.a. Festlegung in die Ausschreibung aufnimmt, ist sie aber auch selbst daran gebunden und muss im Rahmen der Angebotsprüfung auch die Erfüllung der aufgrund der o.a. Festlegung auch für die Arbeitskräfteüberlasser geltenden Vorgaben für Subunternehmer prüfen. Dass damit ein Aufwand verbunden ist, der sich durch einen vom Bieter erst nach Angebotsabgabe bekanntgegebenen Wechsel oder eine zusätzliche Bekanntgabe von Arbeitskräfteüberlassern wiederholt, ist offensichtlich. Der nachträgliche Wechsel eines Arbeitskräfteüberlassers wird in der Regel im Interesse des Bieters liegen, der diesen nachnominiert, und fällt damit in seine Sphäre, weshalb der Aufwandsersatz an die Antragsgegnerin berechtigt ist. Zur Höhe des Aufwandsersatzes hat die Antragstellerin kein fundiertes Vorbringen erstattet. Sie ist im Übrigen für alle Auftragnehmer gleich.

Die Festlegung ist im Hinblick darauf, dass jeder Bieter bei Angebotsabgabe vor Ablauf der Angebotsfrist die technische Leistungsfähigkeit für den angestrebten Auftrag und damit auch die Sicherstellung der erforderlichen Personalausstattung aufweisen muss, für die Bieter nicht unbillig. Es ist davon auszugehen, dass jeder Bieter bei Angebotsabgabe weiß, woher er das bei Auftragserteilung erforderliche Personal beziehen wird, ein Wechsel des Arbeitskräfteüberlassers nach Angebotsabgabe stellt daher einen Ausnahmefall dar.

Den Bedenken der Antragstellerin hinsichtlich einer Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs durch das Zugreifen mehrerer Bieter auf die in Wien vorhandenen Arbeitskräfteüberlasser war nicht zu folgen, zumal die Antragstellerin diese Bedenken nicht näher untermauert hat.

Die bekämpfte Festlegung bewirkt auch keine Unkalkulierbarkeit der angebotenen Leistung, da den Bietern der ausgeschriebene Leistungsumfang, wie oben ausgeführt, ausreichend bekannt ist, und es ihnen obliegt, sicherzustellen, dass sie im Auftragsfall über das erforderliche Personal verfügen. Dabei steht es ihnen frei, dafür eigenes Personal einzusetzen oder Personal

anzumieten; in jedem Fall können sie den Personalaufwand entsprechend einkalkulieren. Der Kostenbeitrag von 400,-- Euro wird im Übrigen nur dann schlagend, wenn es zu einem Wechsel des im Angebot bekannt gegebenen Arbeitskräfteüberlassers oder einer Bekanntgabe eines zusätzlichen Arbeitskräfteüberlassers nach Angebotsabgabe kommt, was weitgehend in der Ingerenz der Bieter liegt. Eine Verletzung vergaberechtlicher Grundsätze durch die angefochtene Festlegung ist somit nicht erkennbar.

Die Antragstellerin bemängelt weiters die Festlegung in Punkt 6.4. der Verfahrensbestimmungen für den Rahmenvertrag T., wonach die Bildung von Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaften nicht zulässig ist. Dies widerspreche § 20 Abs. 2 BVergG 2006, da dafür kein sachlicher Grund vorliege. Weiters würde dadurch kleineren Unternehmen die Möglichkeit genommen, erfolgreich für die ausgeschriebenen Leistungen anzubieten. Eine Beschränkung des Wettbewerbs durch die Bildung von Bieter- oder Arbeitsgemeinschaften sei im Hinblick auf die Vielzahl der in Wien aktiven ...unternehmen nicht zu befürchten.

Die Antragsgegnerin hat dazu festgehalten, dass diese Festlegung, neben der Aufteilung in 24 Lose und der Losbeschränkung, das Ziel anstrebe, möglichst vielen Unternehmen die Möglichkeit zu geben, sich am gegenständlichen Vergabeverfahren zu beteiligen und daraus Aufträge zu erhalten. Die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens stelle sicher, dass sich auch kleine Unternehmen beteiligen könnten. Im Übrigen stünde die Bildung von Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaften im Spannungsverhältnis zum Kartellrecht, wenn die Bildung einer solchen Gemeinschaft zur Legung eines erfolgsversprechenden Angebotes nicht erforderlich sei, den Bietermarkt beschränke sowie die Kriterien des § 2 KartG und Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht erfülle (BVA N/0037-BVA/13/2010-108).

Die von der Antragsgegnerin zum festgelegten Verbot von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften abgegebene Erklärung wäre im Hinblick auf die Förderung des Wettbewerbs vor allem dann nachvollziehbar, wenn der Bietermarkt aus wenigen Unternehmen mit großer Marktmacht bestünde. In diesem Fall bedeutet der Zusammenschluss von einzelnen Unternehmen zu einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft, dass die Anzahl an potentiellen Bietern weiter reduziert

wird, obwohl auch die einzelnen Mitglieder des Zusammenschlusses alleine die Voraussetzungen für die Legung eines erfolgsversprechenden Angebotes und für die Auftragsausführung hätten. Auf diesen Fall bezieht sich die von der Antragsgegnerin zitierte Entscheidung des BVA. Dort wird u.a. festgehalten, dass für den Auftraggeber nachteilige, gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden iSd § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 dann vorliegen, wenn bei der Vergabe von Aufträgen nicht eine möglichst große Zahl von Bewerbern gegeneinander in Konkurrenz gebracht wird, um ein günstiges Angebot zu erzielen, sondern auf einem vermachteten oder durch Absprachen geregelten Anbietermarkt, auf dem die Angebote nicht unabhängig voneinander erstellt werden, es zu Wettbewerbsverzerrungen und wettbewerbsbeschränkendem Bieterverhalten kommt.

Im verfahrensgegenständlichen Fall besteht der Bietermarkt jedoch aus einer Vielzahl kleiner Unternehmen. Es ist nicht auszuschließen, dass solche Unternehmen nur dann ein erfolgsversprechendes Angebot legen und den Auftrag erfolgreich ausführen können, wenn sie sich in Bieter- oder Arbeitsgemeinschaften zusammenschließen, obwohl bereits die Gestaltung der Ausschreibung mit der Aufteilung in 24 Lose und der Losbeschränkung die Beteiligung von KMUs erheblich erleichtert. Eine Beschränkung des Wettbewerbs durch Bieter- und Arbeitsgemeinschaften, wie oben dargestellt, ist bei der vorliegenden Konstellation jedenfalls nicht zu befürchten.

Die von der Antragsgegnerin dafür vorgebrachte Erklärung, dass in Punkt 6.4. der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge die Bildung von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften für nicht zulässig erklärt werden, stellt aus den o.a. Erwägungen keinen sachlichen Grund im Sinne des § 20 Abs. 2 BVergB 2006 dar. Andere Gründe, aus denen das Verbot von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften sachlich gerechtfertigt wäre, hat die Antragsgegnerin nicht vorgebracht.

Diese Festlegung ist daher nach Ansicht des erkennenden Senates vergaberechtswidrig.

Die Antragstellerin wendet weiters ein, dass die in Punkt 3.4 BVRET festgesetzte Aufwandsabgeltung bei Leistungsentfall durch einmalige Vergütung der

Position 01.0201Z (Baustellengemeinkosten bis 250,-- Euro), wenn die mit Bestellschein der Auftraggeberin abgerufenen Leistungen aus Gründen, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat, nicht erbracht werden können, nicht annähernd den Kosten entsprechen, die dem Auftragnehmer durch Anfahrt, Stehzeiten und notwendige Umplanung der Montageeinteilung entstehen. Diese Festlegung sei im Zusammenhang mit der Möglichkeit der Antragsgegnerin, unbeschränkt Bestellungen in Auftrag geben zu können, den kurzen Fristen für den Leistungsbeginn und die hohen Pönale bei Verzögerungen für die Bieter extrem benachteiligend.

Die Festlegung umfasst ihrer Formulierung nach Fälle, in denen der Auftragnehmer zu dem im Bestellschein angegebenen Leistungsbeginn leistungsbereit auf der Baustelle angekommen ist und die Leistung aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, nicht erbringen kann (z.B. der Mieter ist nicht anwesend, Vorarbeiten sind nicht abgeschlossen). Es kann sich dabei im Hinblick auf die gesondert vergüteten Leistungen der Mieterkoordination und die Verpflichtung der Auftraggeberin, die Arbeiten unterschiedlicher Gewerke zeitlich zu koordinieren, nur um Ausnahmefälle handeln. Wenn man weiters berücksichtigt, dass leistungsgegenständlich Kleinaufträge sind, die weder eine umfangreiche Planung noch einen hohen Personal- oder Materialeinsatz mit sich bringen, erscheint die festgesetzte Aufwandsabgeltung selbst unter Berücksichtigung der Leistungsfristen und der festgelegten Pönale für die Bieter nicht so nachteilig, dass von Missbrauch gesprochen werden kann. Auch eine Unkalkulierbarkeit liegt diesbezüglich nicht vor. Dem Vorbringen der Antragstellerin war daher nicht zu folgen.

Die Antragstellerin bringt weiters vor, dass die Festlegung in Punkt 4.4. der BVRET, wonach der Schwellenwert von 2% gemäß ÖNORM B 2210 nicht zur Anwendung kommt und für Einzelbeträge unter 150,-- Euro (...) keine Nachverrechnung gebührt, benachteiligend, rechtswidrig und für nichtig zu erklären sei.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die Auftragnehmer Leistungen, die ab dem Umrechnungsstichtag erfolgen, grundsätzlich zu den angepassten Preisen zu verrechnen haben, wodurch es zu keiner Nachverrechnung kommt. Im Hinblick

darauf, dass Nachverrechnungen zu einem großen administrativen Aufwand bei der Antragsgegnerin führen und die im Zuge einer Nachverrechnung erzielbaren Beträge ab einer gewissen Grenze in einem Missverhältnis zum Aufwand stehen, erscheint die Einführung einer Bagatellgrenze für eine möglichst arbeitssparende Vorgangsweise zweckmäßig. Die Festlegung ist für alle Bieter gleich. Bei den verfahrensgegenständlichen Aufträgen geht es um Kleinaufträge mit betragsmäßig niedrigen Rechnungssummen.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin ist auch der Aufwand dafür, die Rechnungen, für die die Bagatellgrenze zur Anwendung kommt, und die, auf die dies nicht zutrifft, auseinander zu sortieren, gerade im Hinblick darauf, dass die dafür erforderlichen Daten in der Regel elektronisch vorhanden sein werden, für den einzelnen Auftragnehmer eher zumutbar, als die Bearbeitung von Bagatellbeträgen aus allen Aufträgen durch die Antragsgegnerin.

Im Übrigen hat es der EuGH in seinem Erkenntnis vom 1.3.2018, C-9/17, Tirkkonen, für zulässig erachtet, dem Bieter den Ersatz der mit einem Verbesserungsverfahren verbundenen Kosten aufzuerlegen, sofern der Kostenersatz nicht unverhältnismäßig ist. Der Ausschluss der Nachverrechnung von Kleinbeträgen steht im Einklang mit diesem Erkenntnis des EuGH.

Inwiefern die Festlegung, dass die Bestimmung der ÖNORM B 2111, wonach eine Preisumrechnung erst ab einem Veränderungsprozentsatz von 2% erfolgt, ausgeschlossen wird, relevant nachteilig für die Bieter ist, hat die Antragstellerin nicht fundiert begründet.

Es ist daher nicht erkennbar, inwiefern diese Festlegung missbräuchlich wäre, vergaberechtliche Grundsätze verletzen würden oder dadurch eine Unkalkulierbarkeit vorläge.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass Leistung laut der Festlegung in Punkt 5.2. der BVRET, wonach die aus diesem Vertrag abgerufenen Leistungen in einer EXCEL-Datei aufzuzeichnen und der Antragsgegnerin elektronisch zu übermitteln seien, gesondert vergütet werden müsste, ist diesem Vorbringen entgegenzuhalten, dass nicht erkennbar ist, worin der erhebliche Aufwand bestehen soll. Es ist davon auszugehen, dass die einzutragenden Daten beim

Auftragnehmer elektronisch vorhanden sind, zumal auch dieser in seinem eigenen Interesse darüber Aufzeichnungen führen wird. Wieso eine händische Eintragung in die Liste erforderlich sein soll, erscheint nicht nachvollziehbar, zumal die Daten elektronisch übermittelt werden müssen (Punkt 5.2. BVRET). Eine missbräuchliche Festlegung bzw. Unkalkulierbarkeit liegt jedenfalls dadurch nicht vor.

Die Antragstellerin wendet sich weiters gegen die Festlegungen in Punkt 2.1.1 WD 314 i.V.m. Punkt 2.3. der BVRET und bringt dazu vor, dass die vorgesehenen Fristen für die Leistungsbeginn dem Auftragnehmer nicht genügend Zeit für die Arbeitsvorbereitung gebe (Arbeit anhand Unterlagen planen, Montagepartie organisieren, Termin mit Mieter absprechen, Material beschaffen, Techniker muss vor Ort Gegebenheiten anschauen, fehlende Unterlagen von Antragsgegnerin einfordern).

Im Hinblick auf Punkt 4.2 der BVRET sei eine gewissenhafte Prüfung notwendig, da eine Überschreitung der Auftragssumme von mehr als 20% der Auftraggeberin bei sonstigem Anspruchsverlust unverzüglich bekannt zu geben sei. Dies gelte auch, wenn der Arbeitsumfang von der Auftraggeberin nicht korrekt bekannt gegeben worden sei.

Dazu ist neuerlich auf die Art der dem verfahrensgegenständlichen Auftrag zu Grunde liegenden Leistungen hinzuweisen. Es handelt sich dabei um eine Vielzahl kleiner Routinearbeiten, für die Art und Qualität eindeutig festgelegt sind. Es ist daher nicht mit umfangreichen Planungs- und Vorbereitungsarbeiten zu rechnen. Bei dringlichen Arbeiten ist weiters das Gefährdungspotential ... zu berücksichtigen, das eine rasche Behebung ... erforderlich macht.

Die Bekanntgabe an die Auftraggeberin hat „unverzüglich“, somit ohne schuldhaftes Zögern, zu erfolgen, was auch eine Mitteilung nach Arbeitsbeginn nicht ausschließt, wenn die Überschreitung erst zu diesem Zeitpunkt bekannt wird. Außerdem enthält Punkt 4.2. der BVRET eine Bestimmung, wonach bei Bestellsummen unter 2.000,-- Euro die Meldepflicht entfällt. Da es sich gegenständlich um Kleinaufträge handelt, deren Auftragswert in der Regel unter

5.000,-- Euro liegt, reduzieren sich durch diese Grenze die Fälle, in denen den Auftragnehmer eine Meldepflicht trifft, ohnedies.

Sollte die Auftraggeberin Bestandteile der Leistung zu beauftragen vergessen haben, sind diese nicht Leistungsgegenstand, weil sie nicht ins Leistungsverzeichnis aufgenommen wurden. Zum Fall, dass der Auftragnehmer seine Leistung nicht erbringen kann, weil Vorleistungen fehlen, ist auf die Punkte 3.3. und 3.4. der BVRET zu verweisen.

Der Argumentation der Antragstellerin, dass die Vorlaufzeiten unangemessen kurz wären, kann daher nicht gefolgt werden. Es liegt somit kein erkennbarer Grund für eine Nichtigerklärung dieser Festlegung vor.

Die Antragstellerin bekämpft weiters die Festlegung in Punkt 1.4.1 WD 314, wonach die für die Ausführung erforderlichen Unterlagen (das sind Pläne, Zeichnungen, Muster, Berechnungen, technische Beschreibungen, behördliche Genehmigungen udgl.), die vertragsgemäß vom Auftraggeber bereit zu stellen sind, dem Auftragnehmer so rechtzeitig zu übergeben sind, dass dieser sie noch vor Beginn der Ausführung prüfen und die notwendigen Vorbereitungen (Bestellungen, Arbeitsvorbereitungen udgl.) treffen kann.

Hinzu komme, dass der Auftragnehmer von der Auftraggeberin fehlende Unterlagen anfordern müsse. Erfolge diese Anforderung nicht rechtzeitig, müsse sich der Auftragnehmer die Verzögerung zurechnen lassen. Dies zwingt die Auftragnehmer, die Gegebenheiten vor Ort in Augenschein zu nehmen, wofür jedoch bei dringlichen Arbeiten nur 24 Stunden zur Verfügung stünden.

Dadurch werde die Verantwortung für die Beistellung der erforderlichen Unterlagen zu Unrecht auf die Auftragnehmer verschoben, die Festlegung sei für nichtig zu erklären.

Dazu ist festzuhalten, dass die Antragstellerin in ihrem Antrag Punkt 1.4.1. WD 314 nicht vollständig zitiert. Während der erste Absatz nämlich die o.a. Regelung enthält, die sicherstellen soll, dass die Auftragnehmer die für die Erbringung der Leistung erforderlichen Unterlagen, die von der Auftraggeberin

beizustellen sind, rechtzeitig zur Verfügung haben, und dies liegt schließlich im Interesse der Auftragnehmer selbst, bezieht sich der zweite Absatz auf Unterlagen, die vertragsgemäß weder vom Auftraggeber noch vom Auftragnehmer beizustellen sind. Diese müssen vom Auftragnehmer rechtzeitig angefordert werden. Eine nicht rechtzeitige Anforderung führt dazu, dass sich der Auftragnehmer die Verzögerung zurechnen lassen muss.

Eine Verschiebung der Verpflichtung der Auftraggeberin zur Bereitstellung der von ihr vertragsgemäß zur Verfügung zu stellenden Unterlagen erfolgt somit nicht. Da das Erfordernis für zusätzliche, weder von der Auftraggeberin noch von der Auftragnehmerin beizustellender Unterlagen zunächst der Auftragnehmerin bekannt sein wird, ist eine rechtzeitige Anforderung dieser Unterlagen durch die Auftragnehmerin nicht nur zumutbar, sondern auch unumgänglich.

Die von der Antragstellerin behauptete Rechtswidrigkeit dieser Festlegung konnte daher nicht festgestellt werden.

Die Antragstellerin bringt weiters vor, dass die Höhe der Vertragsstrafen sittenwidrig sei. In Punkt 2.5.3.1 WD 314 werde eine Obergrenze von 5% der ursprünglichen Auftragssumme festgelegt. Dem widerspreche Punkt 6.2. der BVRET, wo festgelegt sei, dass bei verspätetem Beginn der Arbeiten an einer dringlichen Bestellung 300,-- Euro pro Kalendertag als Pönale anfalle. Das bedeute, dass auch bei Aufträgen mit einem niedrigeren Auftragswert keine Deckelung der Vertragsstrafe für verspäteten Beginn vorgesehen sei.

Es ist der Antragsgegnerin zuzustimmen, wenn sie in ihrer Stellungnahme darauf hinweist, dass ein Widerspruch zwischen den genannten Festlegungen nicht vorliegt und auch keine Abänderung vorgenommen wird, weil sich Punkt 2.5.3.1 WD 314 auf den Gesamtauftragspreis bezieht, Punkt 6. der BVRET jedoch den Rechnungsbetrag für eine Bestellung betrifft. In Punkt 6., 1. Absatz, ist festgehalten, dass die weiter unten festgelegten Vertragsstrafen unabhängig voneinander zur Anwendung kommen, aber insgesamt mit dem zustehenden bzw. anweisbaren Rechnungsbetrag einer Bestellung begrenzt sind.

Die Argumentation der Antragstellerin ist daher nicht nachvollziehbar, wenn man den Wortlaut des gesamten Punktes 6. der BVRET liest.

Die Festlegung einer Vertragsstrafe für den verspäteten Leistungsbeginn ist vergaberechtlich unbedenklich. Es liegt darin weder eine Unkalkulierbarkeit des Angebots noch eine Ungleichbehandlung der Bieter. Die Antragsgegnerin hat ein gravierendes Interesse daran, dass mit den dringlichen Leistungen fristgerecht begonnen wird, zumal Störungen ..., wie oben bereits mehrfach festgehalten, ein Gefährdungspotential für Personen und Sachen in sich bergen und daher Maßnahmen zur Sicherstellung einer raschen Störungsbehebung berechtigt sind.

Die Höhe der Vertragsstrafe in Punkt 6.2. der BVRET erreicht im Hinblick auf die gegenständlich relativ niedrigen Einzelbestellwerte und auf die o.a. Begrenzung kein Ausmaß, das als unverhältnismäßig hoch anzusehen wäre. Abschließend ist in diesem Zusammenhang noch auf das richterliche Mäßigungsrecht des § 1336 ABGB hinzuweisen.

Zu den in den Punkten 6.6. und 6.8. geregelten Vertragsstrafen, auf die die Begrenzung der Höhe der Vertragsstrafe mit dem Rechnungsbetrag der Bestellung nicht zutrifft, hat die Antragstellerin kein näheres Vorbringen erstatet. Diese Punkte betreffen jedoch ein Fehlverhalten der Auftragnehmer (unberechtigtes Abstellen von Fahrzeugen in der Wohnhausanlage, nicht gemeldete Subunternehmer), das bei ordnungsgemäßer Sorgfalt vermieden werden kann. Der Auftragnehmer hat es damit in der Hand, diese Vertragsstrafen nicht schlagend werden zu lassen.

Eine Vergaberechtswidrigkeit der festgesetzten Vertragsstrafen ist aus den o.a. Gründen nicht zu erkennen.

Das Antragsvorbringen bezieht sich weiters auf Punkt 4.3 BVRET, der in Abänderung zu Punkt 3.4.4 WD 314 bestimmt, dass eine Abweichung von den im Vertrag angegebenen Mengen zu keiner Änderung der Preise führt. Die Antragstellerin bezieht sich auf Judikatur des Verwaltungsgericht Wien, wonach ein Ausschluss der Nachteilsabgeltung (Abgeltung des wirtschaftlichen Nachteils des Auftragnehmers bei Abbestellung) für nichtig zu erklären ist, weil vor dem Hintergrund der Nichtfestlegung einer Mindestabnahmemenge in Zusammenhalt mit dem Ausschluss der Mengenänderungsklausel eine Deckelung

des wirtschaftlichen Risikos des Auftragnehmers nach unten geboten ist. Sowohl Punkt 3.4.4 WD 314 (Mengenänderung ohne Leistungsänderung), als auch Punkt 3.4.5 (Nachteilsabgeltung bei Unterschreitung der Auftragssumme) seien notwendig, da auch bei Schwankung einzelner Leistungspositionen nach oben oder unten um mehr als 20% der Gesamtumsatz um nicht mehr als 5% abweichen kann.

Diese Bedenken sind im Zusammenhang mit der nächsten von der Antragstellerin angefochtenen Festlegung in Punkt 3.4.5 WD 314 zu betrachten. Dort wird festgehalten, dass die Auftraggeberin Nachteile abzugelten hat, wenn dem Auftragnehmer bei Unterschreitung der Auftragssumme um mehr als 5% durch Minderung oder Entfall von Teilen der Leistung ein Nachteil entsteht, der nicht durch neue Einheitspreise oder durch andere Entgelte abgedeckt ist. Diese Nachteilsabgeltung bezieht sich aber (in Abweichung von der entsprechenden Bestimmung der ÖNORM B 2110) nicht auf den im Gesamtschlag kalkulierten Gewinn, auf den entgangenen Gewinn und jenen Nachteil, der daraus entstanden ist, dass der Auftragnehmer nicht andere Aufträge übernehmen konnte.

Punkt 3.4.5. WD 314 bestimmt weiters, dass die Kosten von projektbezogenen erbrachten Vorleistungen, die nicht anderweitig zu verwerten sind, jedenfalls (unabhängig von der 5%-Grenze) abzugelten sind, wobei die Kalkulation von Angeboten und die Kosten der Beteiligung an einem Vergabeverfahren keine Vorleistungen im Sinne dieser Bestimmung sind.

Bei der Beurteilung der von der Antragstellerin vorgebrachten Bedenken ist, wie von der Antragsgegnerin eingewendet, zwischen dem Ausschluss einer Preisanpassung bei Mengenänderungen und der Regelung der Nachteilsabgeltung zu unterscheiden. Die Nachteilsabgeltung wird in der gegenständlichen Ausschreibung nicht ausgeschlossen.

Bereits der Vergabekontrollsenat Wien hat einen Ausschluss der Mengenänderungsklausel als vergaberechtlich unbedenklich angesehen, da diese Bestimmung für beide Seiten gilt, also sich auch zum Nachteil der Auftraggeberin auswirken kann. Weiters kann die sogenannte Mengenänderungsklausel der ÖNORM B 2110 nach dieser Judikatur nicht als

geeignete Preisanpassungsmodalität für Rahmenverträge über Bauleistungen qualifiziert werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Rahmenverträge über Bauleistungen, was die Verbindlichkeit des Leistungsumfanges anlangt, nur grobe Schätzungen beinhalten können, da eine Angabe der tatsächlich erfolgenden Leistungsabrufe in der Zukunft nicht möglich ist. Der Vergabekontrollsenat Wien hielt daher die angefochtene Bestimmung für sachgerecht, die im Rahmen der Kalkulation eines Angebotes auch durchaus entsprechend berücksichtigt werden kann. Er wies auch darauf hin, dass die Leistungen nach tatsächlich erbrachten Mengen abgerechnet werden. Insofern sah er in diesem Zusammenhang kein dem Auftragnehmer überwältztes, besonderes Risiko.

Der entscheidende Senat sieht diese Erwägungen als zutreffend an. Es besteht daher keine Ursache dafür, von dieser Judikatur, die zu hinsichtlich des entscheidungsrelevanten Sachverhalts gleich gelagerten Rahmenverträgen ergangen ist, abzuweichen.

Anders müsste die Beurteilung dann lauten, wenn die Nachteilsabgeltung, wie von der Antragstellerin vorgebracht, völlig ausgeschlossen wäre, da in diesem Fall vor dem Hintergrund der Nichtfestlegung einer Mindestabnahmemenge in Zusammenhalt mit dem Ausschluss der Mengenänderungsklausel eine Deckelung des wirtschaftlichen Risikos der Auftragnehmer nach unten in Form der Nachteilsabgeltung geboten wäre.

In der vorliegend zu beurteilenden Ausschreibung wurde die Nachteilsabgeltung jedoch nicht ausgeschlossen. Es erfolgte lediglich eine Einschränkung gegenüber der ÖNORM B 2110 dahingehend, dass sich die Nachteilsabgeltung nicht auf den im Gesamtzuschlag kalkulierten Gewinn, auf den entgangenen Gewinn und jenen Nachteil, der daraus entstanden ist, dass der Auftragnehmer nicht andere Aufträge übernehmen konnte, bezieht. Ausdrücklich festgehalten ist jedoch, dass die Kosten von projektbezogenen erbrachten Vorleistungen, die nicht anderweitig zu verwerten sind, jedenfalls (unabhängig von der 5%-Grenze) abzugelten sind.

Diese Einschränkung erscheint im Hinblick auf die Art der ausgeschriebenen Leistungen vergaberechtlich unbedenklich, da es sich gegenständlich um viele kleine Einzelabrufe mit geringem Rechnungsbetrag handelt. Der Entfall einer Einzelleistung kann daher zu keiner übermäßigen Belastung der Auftragnehmer führen. Der Entfall des Gesamtauftrages ist hingegen äußerst unwahrscheinlich, zumal insbesondere die Reparaturarbeiten ... nicht im Belieben der Auftraggeberin liegen. Die Bestimmung stellt jedenfalls sicher, dass die Auftragnehmer bei ganzem oder teilweisem Leistungsentfall die von ihnen für diese Leistung kalkulierten Personal- und Materialkosten sowie tatsächlich bereits angefallene Kosten von projektbezogen erbrachten Vorarbeiten im festgelegten Umfang angemessen abgegolten erhalten.

An dieser Einschätzung kann auch das Vorbringen der Antragstellerin, dass es zu einer erheblichen Mengenänderung kommen könne, ohne dass der Gesamtumsatz relevant betroffen sei, und damit die Voraussetzungen für die Nachteilsabgeltung eintreten, nichts ändern. Zutreffend ist, dass von den Auftragnehmern für die Erbringung der aus dem Rahmenvertrag abgerufenen Einzelleistungen über den Vertragszeitraum eine gewisse Flexibilität gefordert ist. Eine exakte Vorhersehbarkeit der zu erbringenden Leistungen ist im Hinblick darauf, dass gegenständlich ein Rahmenvertrag ausgeschrieben ist, der im Wesentlichen Störungsbehebungen und Instandsetzungen nach dem Leerwerden von Wohnungen ... umfasst, ausgeschlossen.

Die von der Antragstellerin behaupteten Gründe für eine Nichtigklärung der o.a. Festlegungen liegen somit nicht vor.

Die Antragstellerin ficht weiters Punkt 1 Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge an, wonach Anfragen zu den Ausschreibungsunterlagen schriftlich per E-Mail oder Fax bis 14 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist an die Auftraggeberin zu richten sind und telefonische Anfragen oder Anfragen zu späterem Zeitpunkt grundsätzlich nicht beantwortet werden.

Die Antragstellerin bringt dazu vor, dass der Begriff „grundsätzlich“ der Antragsgegnerin einen Ermessensspielraum eröffnet, da die Beantwortung einzelner willkürlich ausgewählter Fragen möglich bleibt. Im Übrigen sei unklar,

weshalb eine Fragebeantwortung außerhalb der Frist zu Ungleichbehandlung bzw. Intransparenz führen würde. Die Festlegung widerspreche jedenfalls § 58 Abs. 2 BVergG 2006, wonach Auskünfte zu den Ausschreibungsunterlagen unverzüglich, jedenfalls aber spätestens 6 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist zu erteilen sind, wenn das Ersuchen zeitgerecht gestellt wurde. Laut der Gesetzesmaterialien ist das Ersuchen dann zeitgerecht, wenn es so rechtzeitig ist, dass die zusätzlichen Auskünfte sechs Tage vor Ablauf der Angebotsfrist erteilt werden können.

§ 58 Abs. 2 BVergG 2006 soll sicherstellen, dass Bieteranfragen vom Auftraggeber rechtzeitig vor Ablauf der Angebotsfrist beantwortet werden. Dadurch werden Missverständnisse über die Ausschreibungsunterlagen im Zuge der Angebotslegung möglichst ausgeschlossen, was auch im Interesse der Bieter liegt. Die angefochtene Festlegung soll sicherstellen, dass die Auftraggeberin die Bieteranfragen so rechtzeitig erhält, dass sie ihrer in § 58 Abs. 2 BVergG 2006 normierten Verpflichtung auch nachkommen kann.

Der Ausdruck „grundsätzlich nicht“ wird hier offenbar nicht im juristischen Sinn (ein Grundsatz, der auch Ausnahmen zulässt), sondern im umgangssprachlichen Sinn von „keinesfalls“ verwendet. Die Befürchtung der Antragstellerin, die Antragsgegnerin werde von der Regel, dass Anfragen schriftlich bis 14 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist zu stellen sind, in vergaberechtswidriger Weise abweichen, erscheint somit nicht gerechtfertigt.

Selbst wenn man aber davon ausgeht, dass die Antragsgegnerin hier Ausnahmemöglichkeiten zulassen wollte, ist diese Festlegung unbedenklich, soweit eine spätere Beantwortung oder Nichtbeantwortung nach sachlichen Kriterien erfolgt und keine Bieterungleichbehandlung vorliegt. Es gibt keinen Grund, der Antragsgegnerin eine andere Vorgangsweise zu unterstellen.

Weshalb diese Festlegung vergaberechtswidrig und damit für nichtig zu erklären wäre, ist daher für den Senat nicht erkennbar.

Die Antragstellerin bringt in ihrem Nachprüfungsantrag weiters vor, dass die Gewichtung der Zuschlagskriterien (Preis 95%, Verlängerung der

Gewährleistungsfrist 5%) unzulässig sei, da die Gewährleistung keinen realistischen Einfluss auf die Bestbieterermittlung habe. Bei Anwendung des Bestbieterprinzips dürfe der Preis nicht das alleine ausschlaggebende Kriterium sein. Diese Festlegung sei daher diskriminierend, da den Bietern die Möglichkeit zur Legung eines besseren Angebots genommen wird.

Die Antragsgegnerin verweist in ihrer Stellungnahme auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, wonach es grundsätzlich Sache des öffentlichen Auftraggebers ist, die Mindestanforderungen der Leistung, die er beschaffen will, festzulegen. Auch die Entscheidung über die Kriterien für die Zuschlagserteilung bei der Wahl des wirtschaftlich günstigsten Angebotes bleibt dem öffentlichen Auftraggeber überlassen (VwGH 9.9.2015, Ra 2014/04/0036). Sie räumt jedoch ein, dass es sich bei den neben dem Preis gewählten Zuschlagskriterien um solche handeln müsse, die einen realistischen Einfluss auf die Bestbieterermittlung haben können; „Feigenblattkriterien“ seien unzulässig.

Im vorliegenden Fall ist das Bestbieterprinzip aufgrund des Auftragswertes aller Lose verpflichtend. Es handelt es sich bei den ausgeschriebenen Leistungen jedoch um eine Vielzahl kleiner Baumaßnahmen, für die, wie oben dargelegt, Art und Qualität der Leistung eindeutig festgelegt sind. Es ist daher durchaus realistisch, dass die Angebote keine solchen Preisunterschiede aufweisen werden, dass ein Einfluss der mit maximal 5% bewerteten Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf die Bestbieterermittlung ausgeschlossen werden kann.

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat in den Schriftsätzen zitierten Erkenntnis zur Zahl LVWG-2015/S1/2310-4 zu einer Ausschreibung, in der für die Verlängerung der Gewährleistungsfrist als Zuschlagskriterium eine Obergrenze von 30 Monaten (und damit den entsprechenden Punkten) vorgesehen war, ausgesprochen, dass diese Formulierung vergaberechtswidrig und bieterdiskriminierend sei, weil es dem Bieter aufgrund der Begrenzung der Gewährleistungsverlängerung auf 30 Monate nicht möglich sei, bei diesem Subkriterium ein Bestangebot zu unterbreiten. Das habe sich im zugrunde liegenden Vergabeverfahren auch unter Beweis gestellt, weil – wie nicht anders zu erwarten gewesen sei – von allen fünf Bietern einheitlich eine

Gewährleistungsverlängerung um 30 Monate angeboten worden sei und somit in diesem Punkt alle Angebote gleich bewertet wurden.

Dazu ist festzuhalten, dass in dem dem o.a. Erkenntnis zu Grunde liegenden Vergabeverfahren ein Neubau ausgeschrieben war. Das gegenständlich zu beurteilende Vergabeverfahren betrifft hingegen eine Vielzahl routinemäßig vorzunehmender kleinteiliger Wartungs- und Instandsetzungsarbeiten im Bereich Während daher bei einem Neubau die Sinnhaftigkeit einer weiteren Verlängerung der Gewährleistungsfrist durchaus denkbar erscheint, ist der Antragsgegnerin zu folgen, wenn sie ausführt, dass im vorliegenden Fall eine Fristverlängerung über die festgelegte Obergrenze hinaus nicht mehr sinnvoll wäre und keinen Mehrwert für die Antragsgegnerin mehr bieten würde, da die vertragsgegenständlichen ...anlagen nach einer bestimmten Nutzungsdauer ohnedies neu instandgesetzt werden müssten.

Andererseits ist auch bei der Festsetzung einer Obergrenze für die Verlängerung der Gewährleistungsfrist nicht ausgeschlossen, dass die Bieter bei ihrer Angebotsgestaltung unter Berücksichtigung ihrer jeweiligen innerbetrieblichen Gegebenheiten diese Obergrenze nicht ausnützen und es daher diesbezüglich zu einer unterschiedlichen Punktevergabe kommt. Der Einschätzung, dass die Festlegung einer Obergrenze automatisch dazu führt, dass alle Bieter die Gewährleistungsfrist bis zu dieser Obergrenze verlängern und dieses Zuschlagskriterium damit keinen Einfluss auf die Bestbieterermittlung mehr haben kann, erscheint daher nicht zwingend.

Im vorliegenden Fall ergibt sich daher aus der von der Antragsgegnerin gewählten Gewichtung der Zuschlagskriterien keine Vergaberechtswidrigkeit der Ausschreibung.

Die Antragstellerin wendet weiters ein, dass die Antragsgegnerin auf die Bieteranfrage E1, ob die K-Blätter zu Vollkosten oder Teilkosten zu kalkulieren seien, geantwortet habe, dass jeder Bieter selbst zu kalkulieren und die Kalkulation in K-Blättern darzustellen habe; ob er mit Vollkosten oder Teilkosten kalkuliere, entscheide der Unternehmer.

Damit widerspreche die Antragsgegnerin der im Erkenntnis ... festgehaltenen, auf ein im Verfahren eingeholtes Sachverständigengutachten gestützte Aussage, wonach wegen Kleinteiligkeit der Einzelabrufe grundsätzlich von einer je Einzelabruf zu erzielenden Vollkostendeckung auszugehen sei. Wenn jeder Einzelabruf kostendeckend kalkuliert werde, sei davon auszugehen, dass auch die Summe aller Einzelabrufe kostendeckend sei.

Diesem Vorbringen ist entgegen zu halten, dass der Sachverständige in demselben Gutachten festgehalten hat, dass jeder Bieter unabhängig von der Vorgabekalkulation der Auftraggeberin seine eigene Kalkulation zu erstellen und dort die ihm erforderlich erscheinenden Mengen- und Leistungsansätze zu wählen hat.

Die Bezugspreiskalkulation der Antragsgegnerin stellt lediglich einen Vergleichswert für die Ermittlung allfälliger Aufschläge und Nachlässe dar. Sogar durch Fehler in Vorgabekalkulation kann daher keine Unkalkulierbarkeit der Angebote entstehen. Es kann sich daraus für die Bieter allenfalls ein unkalkulierbares Risiko bei der Ermittlung der Aufschläge und Nachlässe ergeben.

Ob die Kalkulation der Angebote plausibel ist, kann erst nach Vorlage der Angebote geprüft werden. Die Auftraggeberin hat jedenfalls nicht die Aufgabe, den Bietern über die Ausschreibungsunterlagen hinaus vorzuschreiben, wie sie ihre Angebote zu kalkulieren haben, was die Antragsgegnerin in der o.a. Anfragebeantwortung zutreffend zum Ausdruck gebracht hat. Eine Vergaberechtswidrigkeit ergibt sich aus dieser Antwort nicht.

Das Vorbringen der Antragstellerin, dass in der Ausschreibung nicht eindeutig definiert sei, bei welcher Position Festpreise zur Anwendung kommen und bei welchen eine Preisanpassung erfolge, hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien ausdrücklich nicht aufrecht erhalten.

Da der entscheidungswesentliche Sachverhalt aufgrund der Schriftsätze, des Vergabeaktes und des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung vor dem

Verwaltungsgericht Wien, in der das Vorbringen aus dem Schriftsatz der Antragstellerin vom 23.5.2018 erörtert wurde, ausreichend ermittelt ist, war die von der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung beantragte Stellungnahmefrist nicht zu gewähren.

Dem Antrag der Antragstellerin auf Beiziehung eines Sachverständigen aus dem Gebiet ... zum Beweise dafür, dass die Kostenschätzungen nicht sachverständig durchgeführt worden seien, wurde im Hinblick darauf nicht stattgegeben, dass sich aus dem Ermittlungsverfahren eindeutig ergeben hat, dass die Antragsgegnerin die Ausschreibung mit geeigneter sachverständiger Hilfe erarbeitet hat. Insbesondere wurde die Erstellung der Leistungsverzeichnisse sachverständig begleitet. Das Vorbringen der Antragstellerin hat keinen ausreichenden Hinweis darauf ergeben, dass für die Beurteilung der darauf gestützten Vorgabekalkulation die Bestellung eines Sachverständigen aus dem Gebiet ... erforderlich wäre.

Hinsichtlich Punkt 6.4. der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge war dem Vorbringen der Antragstellerin aus den o.a. Erwägungen zu folgen. Da diese Bestimmung für alle Lose Geltung hat und die Ausschreibung nach Entfall dieser Bestimmung einen anderen Bieterkreis anspricht (es können sich dann auch Bieter beteiligen, die nur im Rahmen einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft ein erfolgsversprechendes Angebot abgeben können), war die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären. Die übrigen von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten der von ihr angeführten Festlegungen bzw. der Ausschreibung, soweit sie dazu ein inhaltliches Vorbringen erstattet hat, lagen nicht vor.

Da die Antragstellerin obsiegt hat, sind ihr die Pauschalgebühren von der Antragsgegnerin gemäß § 16 Abs. 1 WVRG 2014 in dem im Spruch ersichtlichen Umfang zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer

Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

B e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Mag.^a Mandl