



# 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

GZ: VGW-123/072/7624/2018-22  
A. Gesellschaft m.b.H.

Wien, 21.8.2018

Geschäftsabteilung: VGW-R

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag.<sup>a</sup> Mandl als Vorsitzende, die Richterin Dr.<sup>in</sup> Lettner und den Richter Dr. Oppel über den Antrag der A. Gesellschaft m.b.H., vertreten Rechtsanwälte, auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsbedingungen betreffend das Vergabeverfahren der Stadt Wien – Wiener Wohnen, vertreten durch Rechtsanwälte, "Rahmenvertrag B. in den Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen, Kennwort: W."

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 B. 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 B. in Objekten der Stadt Wien – Wiener Wohnen. Es handelt sich dabei um einen Bauauftrag aufgeteilt in 36 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. Der Schaden wird im Antrag näher beziffert. Darüber hinaus entgingen 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 die ausgeschriebenen Leistungen laufende Adaptierungs- und Instandsetzungsarbeiten sowie Neuarbeiten kleineren Umfangs umfassten. Es handle sich dabei um unregelmäßig wiederkehrende kleine Baumaßnahmen in der Form von ...arbeiten 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 4. Quartal 2018. Der Vertrag werde auf 2 Jahre abgeschlossen. In den 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 nach dem Preisaufschlags- und Nachlassverfahren zu erstellen.

Die Angebotsfrist ende am 20.6.2018.

Bis dato habe es drei Fragebeantwortungen gegeben. Es seien vier Berichtigungen der Ausschreibung erfolgt. Mit den ersten drei Berichtigungen sei jeweils der Schlusstermin für den Eingang der Angebote verschoben worden. Mit der vierten Berichtigung sei es zu einer inhaltlichen Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen gekommen (Leistungsverzeichnisse, Bezugspreiskalkulation, Formblätter K4, K5 und K7). Nach Ansicht der Antragstellerin sei daher die Nichtigklärung der gesamten Ausschreibung notwendig, zumal in wesentlichen Punkten Berichtigungen im Leistungsverzeichnis und bei der Bezugspreiskalkulation erfolgt seien und neue Leistungspositionen hinzugefügt sowie bestehende gelöscht worden seien.

Diese Berichtigungen hätten zu einer wesentlichen Erhöhung der Angebotssummen in den einzelnen Losen und bei der Gesamtsumme geführt. Weiters sei ein Drittel aller Positionen geändert worden. Es seien 3 Positionen gelöscht worden und 17 neue Positionen hinzugefügt worden.

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.

Schließlich habe eine Überprüfung der Ausschreibungsunterlagen ergeben, dass nicht alle Änderungen, die im Informationsblatt angeführt seien, im Leistungsverzeichnis nachgezogen worden seien. Ebenso seien nicht alle Änderungen im Leistungsverzeichnis im Informationsblatt enthalten. Dies verletze die Verpflichtung der Antragsgegnerin, die vorgenommenen Änderungen als solche zu kennzeichnen.

Die Antragstellerin führt in der Folge aus, durch welche Festlegungen in der Ausschreibung sie sich in ihren Rechten beeinträchtigt fühlt. Das Vorbringen bezieht sich zusammengefasst auf folgende Themenbereiche:

- 10.2.1: Unkalkulierbarer Anfall von Bestellungen und Vorhalt von Personal
- 10.2.2: Unkalkulierbare Anzahl der bewohnten/unbewohnten Wohnungen
- 10.2.3: Bestellvolumen unklar und widersprüchlich
- 10.2.4: Mengenangaben in LV sind unplausibel
- 10.3: Unzulässige Festlegung des Preisaufschlag- und Abschlagsverfahrens
- 10.4: Widerspruch in Ausschreibung betreffend Leistungsübernahme
- 10.5: XML-Schnittstelle
- 10.6: Arbeitskräfteüberlasser als Subunternehmer
- 10.7: Unzulässige Festlegung zur (Nicht-) Bildung einer BIEGE
- 10.8: Unangemessen niedrige Abgeltung bei frustriertem Leistungsversuch
- 10.9: Nachverrechnung
- 10.10: Aufzeichnungspflicht
- 10.11: Unangemessen kurze Vorlaufzeiten
- 10.12: Höhe der Vertragsstrafen ist sittenwidrig
- 10.13: Risiko der Verzögerung bei unvollständigen Unterlagen
- 10.14: Unzulässige Festlegungen zu Preisänderungen bei Mengenänderung
- 10.15: Unzulässige Einschränkung der Nachteilsabgeltung
- 10.16: Unzulässige Festlegung zu den Anfragen
- 10.17: Unsachliche Gewichtung der Zuschlagskriterien

Mit Schriftsatz vom 23.7.2018 schränkte die Antragstellerin ihren Antrag hinsichtlich folgender Punkte ein:

- 10.2.1: Unkalkulierbarer Anfall von Bestellungen und Vorhalt von Personal
- 10.2.2: Unkalkulierbare Anzahl der bewohnten/unbewohnten Wohnungen
- 10.4: Widerspruch in Ausschreibung betreffend Leistungsübernahme
- 10.5: XML-Schnittstelle
- 10.6: Arbeitskräfteüberlasser als Subunternehmer
- 10.11: Unangemessen kurze Vorlaufzeiten
- 10.13: Risiko der Verzögerung bei unvollständigen Unterlagen
- 10.14: Unzulässige Festlegungen zu Preisänderungen bei Mengenänderung
- 10.15: Unzulässige Einschränkung der Nachteilsabgeltung

- 10.16: Unzulässige Festlegung zu den Anfragen
- 10.17: Unsachliche Gewichtung der Zuschlagskriterien

In der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien vom 26.7.2018 zog die Antragstellerin ihr Vorbringen zu folgenden Punkten zurück und schränkte die Anfechtung diesbezüglich weiter ein:

- 10.2.3: Bestellvolumen unklar und widersprüchlich
- 10.2.4: Mengenangaben in LV sind unplausibel
- 10.8: Unangemessen niedrige Abgeltung bei frustriertem Leistungsversuch
- 10.10: Aufzeichnungspflicht

Die Antragstellerin führte zu den von ihr aufrecht erhaltenen Antragspunkten weiters Folgendes aus:

Grafik (Dokument) nicht anonymisier- bzw. pseudonymisierbar

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 19.6.2018, Zahl VGW-123/V/072/7625/2018-3, 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 29.6.2018 dazu, soweit der Nachprüfungsantrag noch aufrecht ist, Stellung, wie folgt:

Grafik (Dokument) nicht anonymisier- bzw. pseudonymisierbar

Mit Schriftsatz vom 23.7.2018 zog die Antragstellerin die o.a. Punkte ihres Nachprüfungsantrags zurück. Sie verwies weiters auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Wien vom 10.7.2018, Zahl VGW-123/072/5153/2018, und führte zusammengefasst aus, dass es im vorliegenden Fall, anders als im bereits entschiedenen Fall, durch die Berichtigungen zur Ergänzung und Änderung von Leistungspositionen gekommen sei. Die Ausschreibung sei daher aufgrund der weitgehenden inhaltlichen Berichtigung zwingend zu widerrufen. Sie hielt ihre Anträge aufrecht.

Mit Schriftsatz vom 24.7.2018 hielt die Antragsgegnerin ihr bisheriges Vorbringen aufrecht und verwies darauf, dass in der o.a. Entscheidung des Verwaltungsgerichts Wien sämtliche bekämpften Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen mit Ausnahme des Verbotes von Bietergemeinschaften als vergaberechtlich unbedenklich qualifiziert worden seien. Da im gegenständlichen Verfahren dieselben Festlegungen bekämpft worden seien, sei der Nachprüfungsantrag hinsichtlich dieser Festlegungen auch im vorliegenden Fall abzuweisen.

Zur Nichtzulassung von Bietergemeinschaften ergänzte die Antragsgegnerin zusammengefasst, dass dieser Festlegung nicht nur die Absicht der Antragsgegnerin, den Wettbewerb zu fördern, sondern auch deren Erfahrungen aus der Vergangenheit zu Grunde gelegen seien. Gerade bei der letzten Ausschreibung ähnlicher Leistungen hätten sich die Bieter in einer Weise zusammengeschlossen, die eine hohe Anzahl von Bieter pro Bietergemeinschaft bewirkt hätte. Die schließlich abgegebenen Angebote hätten sich so ergänzt, dass es zu keinen Überschneidungen in den Losen gekommen sei, aber auch

keine Gebietseinheit ferngeblieben sei. Lediglich drei Unternehmen hätten neben den Bietergemeinschaften Angebote abgegeben.

Diese Vorgangsweise hätte zur Einleitung eines kartellrechtlichen Verfahrens geführt. Dieses sei zwar vom OGH eingestellt worden, weil die Vorwürfe unter der Bagatellgrenze gelegen seien (16 Ok 6/12), die Antragsgegnerin hätte aber in der Folge in ihre Ausschreibungen die Festlegung aufgenommen, dass Bietergemeinschaften nur auf eine bestimmte Anzahl an Mitgliedern oder gar nicht zulässig seien, um ähnliche Vorgangsweisen von Bietern zu verhindern. Hätte der OGH nach der aktuellen Rechtslage entscheiden müssen, so wäre aufgrund einer mittlerweile eingetretenen Gesetzesänderung eine Einstellung des Kartellverfahrens nicht erfolgt.

Den Bietern sei es jedenfalls möglich, sich an der Ausschreibung zu beteiligen, da die Auftragswerte niedriger seien, als beim Rahmenvertrag ... bzw. sich Kleinstunternehmen bei fehlender Eignung eines Subunternehmers bedienen könnten. Die Antragstellerin hätte eine solche Vorgangsweise nicht nötig, da sie die erforderlichen Voraussetzungen ohnedies selbst erfülle. In der Folge führt die Antragsgegnerin aus, dass die Antragstellerin deshalb wegen mangelnden rechtlichen Interesses für die Anfechtung dieser Festlegung nicht antragslegitimiert sei.

Die Antragsgegnerin treffe die Pflicht, in einem offenen Verfahren die Wettbewerbsbedingungen so zu gestalten, dass zumindest fünf, in einem Verhandlungsverfahren zumindest drei Bieter ein Angebot abgeben könnten. Dies sei im vorliegenden Fall aufgrund der Art der ausgeschriebenen Leistungen und der Vielzahl geeigneter Bieter jedenfalls gegeben. Es sei auch darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Vergabeverfahren zahlreiche Bieter, die sich im vorangegangenen Vergabeverfahren zu Bietergemeinschaften zusammengeschlossen hätten, nunmehr einzelne Angebote abgeben müssen.

Ein weiterer Grund für das Verbot von Bietergemeinschaften sei darin gelegen, dass es in einem solchen Fall ein federführendes Unternehmen geben müsste. Aufgrund der Kleinteiligkeit der ausgeschriebenen Leistungen verblieben für dieses federführende Unternehmen gegenständlich jedoch keine Aufgaben über die, die einlangenden Kleinbestellungen auf die Mitglieder der Bietergemeinschaft

aufzuteilen, hinaus. Eine koordinierte Leistungserbringung sei gegenständlich nicht möglich bzw. nicht nötig. Die Erfahrungen aus der Vergangenheit hätten gelehrt, dass trotz Bildung einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft die einzelnen Aufträge nur durch ein Unternehmen und nicht durch die Mitglieder der Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft gemeinschaftlich erbracht worden seien. Alle Vorgänge im Zusammenhang mit der Abwicklung der Aufträge habe daher gegenüber den einzelnen Mitgliedern der Bietergemeinschaft erfolgen müssen, was zu einem erhöhten Arbeitsaufwand geführt habe. Diese Argumente würden belegen, dass im gegenständlichen Fall der Ausschluss von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften vergaberechtlich zulässig sei.

Die Antragsgegnerin brachte weiters vor, dass derzeit mehrere Ausschreibungen beim Verwaltungsgericht Wien angefochten seien. Dadurch werde die Antragsgegnerin gelähmt und die Beschaffung wichtiger Leistungen blockiert. Sollte das Verwaltungsgericht Wien daher, entgegen dem Vorbringen der Antragsgegnerin, zu dem Ergebnis kommen, dass das Verbot von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften vergaberechtswidrig sei, werde ersucht, mitzuteilen, auf wie viele Mitglieder die Bietergemeinschaften nach Ansicht des Gerichtes beschränkt werden dürften.

Im Übrigen würde durch die Streichung dieser Festlegung kein anderer Bieterkreis angesprochen, da immer die Unternehmen angesprochen würden, die im Bereich der gegenständlichen Leistungen tätig seien. Bieter, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen würden, könnten auch derzeit unter Beziehung von Subunternehmern anbieten. Andere Bieter würden auch bei Streichung der Festlegung nicht angesprochen werden. Eine neue Ausschreibung würde daher denselben Bieterkreis ansprechen, weshalb es ausreiche, die Festlegung und nicht die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären. Damit wäre auch sicher gestellt, dass die anderen Festlegungen bestandsfest würden und eine weitere Blockierung durch allenfalls weitere Nachprüfungsanträge vermieden würde.

Verwiesen werde auch auf die Entscheidung des Verwaltungsgericht Wien vom 23.2.2018, Zahl VGW-123/062/15131/2017, wonach die Herabsetzung technischer Anforderungen im Zuge einer Berichtigung keinen Grund für einen Widerruf des Verfahrens biete, wenn die Berichtigung europaweit bekannt



gemacht würde und die Angebotsfrist so verlängert werde, dass potentiell interessierte Bieter noch Angebote einbringen könnten.

Schließlich bringt die Antragsgegnerin noch vor, dass Berichtigungen mit dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag nicht angefochten worden wären. Dazu werde auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 21.1.2015, Zahl VwGH 2012/04/0015 verwiesen, wonach Berichtigungen gesondert anfechtbare Entscheidungen seien, die gegebenenfalls auch gesondert angefochten werden müssten, andernfalls sie bestandsfest würden. Gegenstand der Anfechtung sei daher im vorliegenden Fall nur die Ausschreibung unter Ausklammerung der Berichtigungen. Damit gehe das Vorbringen der Antragstellerin zu den Berichtigungen ins Leere. Die Antragsgegnerin hielt ihre Anträge aufrecht.

Aufgrund des Nachprüfungsantrags wurde am 26.7.2018 vor dem Verwaltungsgericht Wien eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Die Verhandlung hatte folgenden Verlauf:

„Die Antragsgegnerin teilt mit, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Sachverständiger beigezogen wurde.

Die Antragstellerin teilt mit, dass sie im Vergabeverfahren Bieteranfragen gestellt habe.

Die Antragsgegnerin entgegnet, dass keine inhaltlichen Fragen gestellt worden seien. Allfällige Anfragen der Antragstellerin seien im Vergabeakt ersichtlich.

Die Antragsgegnerin teilt mit, dass im Zuge der 4. Berichtigung keine Änderungen des Leistungsgegenstandes erfolgt sei. Es sei zu Anpassungen der Bezugspreiskalkulation in einzelnen Positionen entsprechend den Bieteranfragen gekommen. Weiters habe eine Präzisierung in einzelnen Positionen stattgefunden (z.B. Emissionsmessung), um den Leistungsinhalt dieser Positionen klarer zu machen. Drei Positionen seien entfallen. Es seien auch einige neue Positionen aufgenommen worden. Dabei habe es sich um Standardpositionen innerhalb einer Gruppe gehandelt (z.B. Abflussleitung Kunststoff Durchmesser 110), die in der Systematik gefehlt hätten und auf Grund der Bieteranfragen aufgefallen seien.

Es habe sich jedoch um Leistungen in denselben Gebäuden gehandelt. Auch seien keine inhaltlich neuen Leistungen dazugekommen.

Die Antragstellerin entgegnet, dass dies bestritten werde. Aus dem Infoblatt zur 4. Berichtigung sei ersichtlich, dass z.B. in der Obergruppe (OG) 2 zusätzliche Leistungen dazugekommen seien (...). Auch hätten sich die Mengen in den OG 3 und 4 geändert. Es handle sich hier nicht um geringfügige Änderungen. Dazu werde auf das Infoblatt verwiesen, aus dem hervorgehe, dass die Kalkulationsgrundlagen in 100ten Positionen geändert worden seien. Die Ausschreibung stelle daher keine geeignete Basis für eine Kalkulation durch die Bieter dar.

Die Antragsgegnerin hält dazu fest, dass die von der Antragstellerin angezogenen Positionen in der OG 2 ursprünglich die Demontage, das Ausstemmen, die Verwertung und die Entsorgung ... umfasst hätten. Durch die Berichtigung sei das Entleeren dieser Anlagen vor den oben genannten Arbeiten dazugekommen.

Hinsichtlich des Umfangs der Änderungen der Bezugspreise handle es sich um Änderungen in einem Bereich von unter 1 % des Gesamtauftragswertes pro Los. Dabei sei zu berücksichtigen, dass nur jene Positionen für einen Vergleich herangezogen werden dürften, in denen es tatsächlich zu Leistungsänderungen gekommen sei. Nicht jedoch dürften jene Positionen herangezogen werden, in denen lediglich eine Preisanpassung stattgefunden hätte.

Die Antragstellerin bestreitet dieses Vorbringen.

Die Antragsgegnerin teilt mit, dass die 4. Berichtigung ordnungsgemäß bekannt gemacht wurde. In dieser Bekanntmachung waren die durch die Berichtigung erfolgten Änderungen zusammengefasst enthalten. Weiters war darin ein Link enthalten, der die Bieter zu den geänderten Ausschreibungsunterlagen geführt hat. Über diesen Link war auch das Informationsblatt für die Bieter zugänglich. Mit der 5. Berichtigung wurden auf Grund einer mittlerweile ergangenen Anfrage weitere 3 Positionen, die mit der 4. Berichtigung geändert wurden, den Bietern mitgeteilt. Diese waren ursprünglich zwar in den geänderten Ausschreibungsunterlagen der 4. Berichtigung aber nicht im Informationsblatt enthalten. Damit sei den formalen Voraussetzungen für die Bekanntgabe der 4. Berichtigung Rechnung getragen worden. Weiters sei in einer Anfragebeantwortung vor der 5. Berichtigung klar gestellt worden, welche Änderungen die 4. Berichtigung umfasst hat.

Die Antragstellerin entgegnet, dass die 5. Berichtigung erst nach der Einbringung des Nachprüfungsantrages erfolgt sei. Auf die Frage, welchen Umfang an Leistung bzw. Auftragswert die der Antragstellerin nicht bekannten Änderungen gehabt hätten, werde angegeben, dass es sich nicht um umfangreiche Änderungen in diesen Bereichen gehandelt habe. Die Antragstellerin hätte sich jedoch im Hinblick auf die im Infoblatt ursprünglich nicht angeführten Berichtigungen nicht darauf verlassen können, dass diese Liste vollständig sei

und sie die Angaben der Antragsgegnerin ihrer Kalkulation verlässlich zugrunde legen könne.

Die Antragsgegnerin ergänzt, dass der Text der Anfragebeantwortung über die 4. Berichtigung und der Inhalt der 5. Berichtigung diesbezüglich fast ident seien.

Die Antragstellerin teilt mit, dass das Vorbringen im Nachprüfungsantrag in den Punkten 10.2.3. (Bestellvolumen unklar und widersprüchlich), 10.2.4. (Mengenangaben in den Leistungsverzeichnissen unplausibel) und 10.8. (Unangemessen niedrige Abgeltung bei frustriertem Leistungsversuch) zurückgezogen werde.

Hinsichtlich des Punktes 10.3. des Nachprüfungsantrages (Unzulässige Festlegung des Preisaufschlags- und Nachlassverfahrens) ergänzt die Antragstellerin dass das nachfolgende Vorbringen hinsichtlich einzelner Leistungspositionen unter dem Mantel des Argumentes zu sehen sei, dass die Vorgabekalkulation so beschaffen sein müsse, dass von den Bietern ein plausibler Gesamtpreis angeboten werden könne. Dies sei im vorliegenden Vergabeverfahren nicht der Fall.

Die Antragstellerin verweist auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes zur Zahl 2008/04/0077. Dort seien Anforderungen an die Vorgabekalkulation festgelegt, die gegenständlich nicht eingehalten wurden. Die Vorgabekalkulation sei nicht geeignet um auf dieser Grundlage plausible Angebote zu legen. In der Folge soll dargestellt werden, weshalb Fehler in einzelnen Positionen zwar einen geringen Anteil am Gesamtauftragswert darstellten, dennoch jedoch für die Kalkulation der Bieter relevant seien. Diese müssten nämlich in das Verhältnis zu den einzelnen Leistungsgruppen gesetzt werden auf die Aufschläge bzw. Nachlässe angeboten werden dürften.

Gegenständlich seien 36 Lose ausgeschrieben. Jeder Bieter dürfe zwei Lose zugeschlagen erhalten. Für die Antragstellerin seien insbesondere die ihren Betrieb benachbarten Lose 30, 32 und 35 interessant. Wenn für diese Lose unter den gleichen kalkulatorischen Voraussetzungen ein Angebot kalkuliert werde, so ergeben sich unter Berücksichtigung der Vorgabekalkulation für dieselben Materialien unterschiedliche Preise in den einzelnen Losen, die zu unterschiedlichen Aufschlägen bzw. Nachlässen in den Angeboten für die Lose führen müssten. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb das Material in verschiedenen Losen unterschiedlich teuer sei. Diese Vorgangsweise der Antragsgegnerin sei nicht plausibel. Diese Argumentation treffe auch auf den Lohn zu.

Vorgelegt wird eine Zusammenfassung zu den oben genannten Losen (Beilage ./1). Diese Zusammenfassung wird auch der Antragsgegnerin zur Einsicht übergeben.

Die Antragstellerin wird gefragt, weshalb sie diese Unterlagen und diese Argumentation nicht bereits zuvor im Nachprüfungsverfahren vorgebracht hat. Sie antwortet darauf, dass die Argumentation sehr wohl bereits in ihrem Vorbringen enthalten sei. Gegenständlich handle es sich lediglich um Ergänzungen durch ein weiteres Beispiel. Dies sei der Antragstellerin im Hinblick auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes zu den Elektrikerleistungen als sinnvoll erschienen.

Die Antragsgegnerin fragt, ob die Antragstellerin eine Rückrechnung der Vorgabepreise durchgeführt habe. Dies wird von der Antragstellerin erneint. Die Antragstellerin führt aus, dass hinsichtlich verschiedener Lose bei Rückrechnung ihrer Kalkulation unter Berücksichtigung der von ihr auf Grund ihrer Kalkulation ermittelten Aufschläge und Nachlässe sich unterschiedliche Preise für Material bzw. Lohn ergeben. Sie führt dies darauf zurück, dass die Bieter die Vorgabekalkulation hinsichtlich einzelner Positionen korrigieren könnten (dies sei im Hinblick auf die nach Ansicht der Antragstellerin teilweise fehlerhaften Leistungsansätze auch erforderlich), Aufschläge und Nachlässe jedoch nur auf OG aufgeteilt in Material und Lohn angeboten werden könnten. Aus diesem Grund sei es auch so wichtig, dass die in der Vorgabekalkulation angegebenen Mengen korrekt und verlässlich seien.

Die Antragsgegnerin weist darauf hin, dass in einzelnen Losen unterschiedliche Mengen auftreten könnten. Dies sei insbesondere auf die in jedem Los vorhandenen Gebäude zurückzuführen. Die Vorgabepreise seien selbstverständlich in jedem Los dieselben.

Die Antragstellerin hält abschließend fest, dass, wie die Systematik des Preis- und -abschlagsverfahrens vorsehe, jede Position von den Bietern selbst kalkuliert werde. Die Bieter müssten in den einzelnen Positionen die Preise nach ihren eigenen Bedingungen kalkulieren und gegenüber der Vorgabekalkulation Auf- oder Abschläge vorsehen. Dabei sei die aus der Vorgabekalkulation ersichtliche Menge zugrunde zu legen.

Sodann seien die Preise der OG zu ermitteln und der Vorgabekalkulation gegenüberzustellen. Erst in diesem Bereich könnten Aufschläge bzw. Nachlässe angeboten werden, was hinsichtlich der einzelnen Positionen naturgemäß zu Unschärfen führe. Da der Aufschlag bzw. Nachlass auf sämtliche Positionen einer OG angeboten werden müsse, unabhängig davon wie die Preise in den einzelnen Positionen aussähen, könne es in dem Fall, dass die in der Vorgabekalkulation vorgegebenen Mengen nicht oder nicht zur Gänze abgerufen würden zu unzumutbaren kalkulatorischen Risiken für die Bieter kommen.

Zur Untermauerung dieses Argumentes habe die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag die diversen Unrichtigkeiten der Vorgabekalkulation ausgeführt, auf die in der Folge nicht mehr näher eingegangen werden müsse. Selbst wenn nur einige dieser Unrichtigkeiten zuträfen seien die in der

Vorgabekalkulation dargestellten Mengen so ungenau bzw. unrichtig, dass die Bieter ihre Kalkulation nicht darauf stützen könnten. Dies treffe auch auf die im Nachprüfungsantrag dargestellten nach Ansicht der Antragstellerin fehlerhaften Leistungsansätze zu.

Die Antragstellerin verweist auf ihr Vorbringen .... Diesbezüglich sei aus ihrer Sicht ein Abschlag von 300 – 400 % erforderlich. Dies sei dann kein Problem, wenn es nur um ... ginge, bei Hochrechnung des Abschlages auf die gesamte OG vervielfache sich der Betrag jedoch.

Aus dem Senat wird der Antragstellerin gefragt, ob die von ihm soeben ausgeführte kalkulatorische „Schieflage“ bei wesentlichen Änderungen von vorgesehenem Material tatsächlich mit den vorgebrachten Fehlern in der Vorgabekalkulation zusammenhängt oder bereits immer dann auftritt, wenn in der Vorgabekalkulation vorgesehene Materialkosten von den Materialkosten des jeweiligen Bieters abweichen.

Der Antragstellerin antwortet darauf, dass sich diese kalkulatorische Schieflage aus den Fehlern der Vorgabekalkulation ergeben würde. Durch diese Fehler würden Divergenzen in den Materialkosten zwischen der Vorgabekalkulation und der Kalkulation des Bieters entstehen. Diese könne der Bieter nur durch Zu- und Abschläge auf Leistungsgruppenebene ausgleichen. Wird das betreffende Material in wesentlich geringerem oder wesentlichen höherem Ausmaß gebraucht, dann würde die Kalkulation nicht stimmen.

(...)

Die Antragsgegnerin bestreitet dieses Vorbringen und verweist auf ihre Schriftsätze.

Zum Vorbringen der Antragstellerin dass K7 und K3 Blätter hinsichtlich des Mittellohnes nicht übereinstimmen würden, fasst die Vertreterin der Antragstellerin ihre Argumentation nochmals zusammen und verweist auf ihr schriftliches Vorbringen.

Die Antragsgegnerin bringt dazu vor, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren ein K3-Blatt für den Mittellohnpreis (Kollektivvertrag Eisen- und Metallgewerbe, KV-Gruppen 3 und 6) im Vergabeakt liegt. Dieser Mittellohn wurde für eine Partie aus Arbeitern der KV-Gruppen 3 und 6 kalkuliert. Des Weiteren gibt es jeweils ein K3-Blatt für den Regielohnpreis der KV-Gruppe 3 und 6. Verwiesen wird auf die Anfragebeantwortung, wonach in dem im K7-Blatt ersichtlichen Lohnbeträgen teilweise auch Materialpreise mitberücksichtigt worden seien. Dies sei auf Grund der Begutachtung durch den der Ausschreibung beigezogenen Sachverständigen erfolgt. Auf Grund der diesbezüglichen Bieteranfragen wurde das K5-Blatt erstellt, aus dem die Zusammensetzung ersichtlich ist. Es sei daher auch für den Bieter nachvollziehbar gewesen, welche

Beträge die Antragsgegnerin in ihrer Vorgabekalkulation berücksichtigt habe. Es werde nochmals darauf hingewiesen, dass die Bieter ihre Preise selbst zu kalkulieren haben.

Punkt 10.7. des Nachprüfungsantrages bleibt aufrecht.

Punkt 10.9. des Nachprüfungsantrages (Nachverrechnung) wird aufrechterhalten. Die Antragstellerin bringt dazu ergänzend vor, dass für sie aus dieser von der Antragsgegnerin vorgesehenen Regelung ein Widerspruch hervorgehe. Dies auch dann, wenn die Regelung für die Antragstellerin nicht nachteilig sei.

Punkt 10.10. des Nachprüfungsantrages (Aufzeichnungspflicht) wird zurückgezogen.

Punkt 10.12. des Nachprüfungsantrages (Vertragsstrafen) bleibt aufrecht.

Die Antragstellerin bringt zur Stellungnahme vom 24.07.2018 der Antragsgegnerin vor, dass auf das Urteil des EuGH zur Zahl C376/08 Serantoni verwiesen werde. Dort werde festgehalten, dass ein absolutes Verbot einer Mehrfachbeteiligung rechtswidrig sei. Die Bekämpfung eines potentiell kollusiven Verhaltens der Bieter rechtfertige den Ausschluss nicht und sei überschießend. Es würde nämlich auch die Bieter ausgeschlossen, die rechtschaffen seien und gerne in einer BIEGE anbieten würden.

Im Übrigen würde der Ausschluss der Bietergemeinschaften den Wettbewerb nicht fördern, da die Bieter, die nur im Rahmen einer Bietergemeinschaft anbieten könnten ausgeschlossen würden.

Zum Argument der Antragsgegnerin, dass gegenständlich nur Kleinstaufträge ausgeschrieben seien, die auch von Kleinstunternehmern erfüllt werden könnten, verweist die Antragstellerin auf die Auftragswerte pro Los. Nach Schätzung der Antragstellerin müssten Unternehmer 10 Mitarbeiter pro Los für die Erfüllung der ausgeschriebenen Leistung abstellen. Alle Unternehmen, die diese Mitarbeiter nicht hätten, wären somit vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, wenn sie keine Bietergemeinschaft bilden dürften.

Hinsichtlich einer potentiellen abschreckenden Wirkung durch die Gestaltung der Ausschreibung werde auf die Ausführungen RPA 2014/204, Heft 4 (BVwG 08.04.2014, W139 2000/175-1/44E) verwiesen.

Der Hinweis der Antragsgegnerin darauf, dass in der Vergangenheit in der Mehrheit Bietergemeinschaften angeboten hätten, stelle ein Zeichen dafür dar, dass die in der Ausschreibung aufgestellten Bedingungen insbesondere im Hinblick auf die erforderliche Personalbereitstellung und die Einhaltung der dort

festgelegten Fristen nur durch Bietergemeinschaften erfüllt werden könnten. Die Zulassung von Bietergemeinschaften sei daher erforderlich.

Zu den kartellrechtlichen Bedenken der Antragsgegnerin werde auf die Materialien § 2 Kartellgesetz, verwiesen, wonach die Bildung von Bietergemeinschaften dann zulässig sein, wenn die Gründe dafür objektiv nachvollziehbar seien. Daraus ergebe sich, dass die Bildung einer Bietergemeinschaft wettbewerbserschließend und nicht wettbewerbsbeschränkend sei.

Die Antragsgegnerin hält dem entgegen, dass die Antragstellerin durch die angefochtene Bestimmung nicht beschwert sei, da sie 25 Mitarbeiter habe und damit selbst nach ihrem eigenen Vorbringen den gegenständlichen Auftrag jedenfalls erfüllen könne. Im Übrigen sei auch die Beiziehung von Subunternehmern möglich.

Ebenso treffe das Argument, die Bieter würden sich im Hinblick auf die Auftragssumme in eine Abhängigkeit zur Antragsgegnerin begeben, nicht zu. Diesbezüglich werde auf die europarechtlichen und österreichischen Rechtsvorschriften verwiesen, wonach das Verhältnis zwischen Unternehmensumsatz und Auftragswert auf 2:1 reduziert worden sei.

Schließlich sei die Entscheidung des EuGH zur Zahl C376/08 nicht einschlägig, da die Antragsgegnerin im vorliegenden Fall keine Prävention von kollusiven Verhalten bewirken hätte wollen, sondern den Bietermarkt verantwortungsvoll formen müsse. Dies insbesondere im Hinblick auf die in der letzten Stellungnahme der Antragsgegnerin angeführten Beispiele aus der Vergangenheit. Aus diesen Beispielen ergebe sich, dass eine Ausschreibung ohne Einschränkungen größten Schwierigkeiten begegnet sei.

Die Antragsgegnerin sei verpflichtet ihre Ausschreibung so zu gestalten, dass zumindest 5 Bieter am Markt anbieten könnten. Diese Zahl werde im vorliegenden Fall wesentlich überschritten.

Die Antragstellerin entgegnet, dass sich ein Unternehmer, der seine 10 Mitarbeiter ausschließlich für die Erbringungen des gegenständlichen Auftrages einsetzen würde, sich in eine Abhängigkeit zu diesem Auftraggeber begeben würde, die unternehmerisch unklug sein würde. Weiters werde darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin zwar 25 Mitarbeiter habe. Bei dem obigen Vorbringen, wonach für die Erbringung der Leistungen 10 Mitarbeiter erforderlich seien, sei auf Monteure abgestellt worden. Nicht davon umfasst seien Innendienstmitarbeiter. Im Übrigen erbringe die Antragstellerin sowohl ... als auch ...leistungen, sodass sie für die Erbringung des gegenständlichen Auftrages nicht alle Mitarbeiter zur Verfügung stehen würde.

Aus Frage aus dem Senat teilt der Antragstellerin mit, dass er über 6 Facharbeiter für ...arbeiten verfüge.

Die Antragsgegnerin ergänzt, dass gegenständlich kein absolutes Verbot einer Mehrfachbeteiligung vorliege und verweist dazu auf die Zulässigkeit von bzw. Mehrfachbeteiligung als Subunternehmer. Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass für die Erbringung der gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen nicht ausschließlich Facharbeiter erforderlich sind.

Die Antragstellerin gibt bekannt, dass sie derzeit über 7 Hilfsarbeiter und jeweils einen Lehrling für ...- und ...arbeiten verfüge.

Die Antragsgegnerin führt ergänzend aus, dass es bei der Frage, ob ein Ausschluss von Bietergemeinschaften zulässig sei, nicht nur auf die Anzahl der potentiellen Bieter ankomme. Vielmehr müsse eine sachliche Rechtfertigung dieses Ausschlusses vorliegen. Diese sei im vorliegenden Fall durch die Vorgeschichte, die im letzten Schriftsatz der Antragsgegnerin dargestellt ist, gegeben. Bei Einzelfallbetrachtung sei im vorliegenden Fall daher jedenfalls der Ausschluss von Bietergemeinschaften gerechtfertigt.“

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 (36 Lose) im Oberschwellenbereich. Die Angebote sind nach dem Preisaufschlags- und Nachlassverfahren zu erstellen. Die Ausschreibungsunterlagen wurden unter Beiziehung eines einschlägigen Sachverständigen erstellt.

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 (z.B. nach Schäden). 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. BVR zwischen 1.000,-- und 5.000,-- Euro. Der Kalkulation ist eine mittlere Wohnungsgröße von 40 m<sup>2</sup> bis 60 m<sup>2</sup> zu Grunde zu legen. Höchster möglicher Auftragswert ist 15.000,-- Euro (Punkt 2.1. BVR).

Der Vertrag soll für zwei Jahre abgeschlossen werden. Die Antragsgegnerin hat gemäß Punkt 9 der Besonderen Vertragsbestimmungen für den Rahmenvertrag B. (BVR) 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 (BVR)
- 10 Muster Abrechnungsschema
- 11 Bezugspreiskalkulation mit K-Blättern (K3MLP, K3RFA, K3RANmZA, K4, K7)
- 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
- 21 Ausstattungsrichtlinie ...

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.

Laut Punkt 1.1. BVR 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 Gebrechensbehebungen in vermieteten Objekten (z.B. nach Schäden) durchzuführen. In allgemeinen Teilen der Gebäude sowie Außenanlagen können ebenfalls Instandsetzungen erforderlich sein.

In Punkt 3.1 der Verfahrensbestimmungen stellt die Antragsgegnerin dar, welche Grundlagen sie ihrer Bezugspreiskalkulation zu Grunde gelegt hat. In Punkt 3.2

hält sie fest, wie die Angebote im Verhältnis zur Bezugspreiskalkulation zu erstellen sind.

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

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 BVR 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 BVR 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.

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

Die Angebotsfrist wurde aufgrund des Nachprüfungsantrages mit der fünften Berichtigung bis 22.8.2018 verlängert.

Es gab im gegenständlichen Vergabeverfahren bis zum Nachprüfungsantrag drei Anfragebeantwortungen und vier Berichtigungen. Mit den ersten drei Berichtigungen wurde jeweils die Angebotsfrist erstreckt. Mit der vierten Berichtigung wurden die Kurzleistungsverzeichnisse aller Lose, das Langleistungsverzeichnis, die Formblätter K7, die Formblätter K4, die

Teilangebotsschlussblätter und das Muster Massemeldung geändert und das Formblatt K5 angeschlossen. Die Berichtigung wurde am 31.5.2018 im Supplement des Amtsblattes der europäischen Union zu GZ ... veröffentlicht. Der Umfang der Berichtigung geht aus dem in Ordner 4/6 des Vergabeaktes ersichtlichen Informationsblatt und aus den geänderten Leistungsverzeichnissen hervor.

In der Bekanntmachung der vierten Berichtigung waren die durch diese Berichtigung erfolgten Änderungen zusammengefasst enthalten. Weiters war darin ein Link enthalten, der die Bieter zu den geänderten Ausschreibungsunterlagen geführt hat. Über diesen Link war auch das Informationsblatt für die Bieter zugänglich. Mit der fünften Berichtigung wurden weitere 3 Positionen, die mit der vierten Berichtigung geändert wurden, den Bietern mitgeteilt. Diese waren ursprünglich zwar in den geänderten Ausschreibungsunterlagen der vierten Berichtigung aber nicht im Informationsblatt enthalten. Den potentiellen Bietern waren die berichtigten Ausschreibungsunterlagen bereits vor der fünften Berichtigung über den Link zugänglich.

Die erste Anfragebeantwortung erfolgte am 22.3.2018, die zweite Anfragebeantwortung erfolgte am 11.4.2018, die dritte Fragebeantwortung erfolgte am 8.6.2018. Die Angebotsfrist wurde mit der ersten Berichtigung auf 2.5.2018 (9 Uhr), mit der zweiten Berichtigung auf 6.6.2018 (9 Uhr) und mit der dritten Berichtigung auf 20.6.2018 (9 Uhr) verlängert. Aufgrund des Nachprüfungsverfahrens wurde die Angebotsfrist mit der fünften Berichtigung schließlich auf 22.8.2018 verlängert.

Die Antragstellerin hat laut dem Vergabeakt (Ordner 7/7 Bieteranfragen) keine Bieteranfragen zu den von ihr im Nachprüfungsverfahren relevierten Punkten gestellt.

In der Fragebeantwortung zu A1 (dritte Fragebeantwortung) hält die Antragsgegnerin fest, dass das Preisauflage- und Nachlassverfahren gewählt wurde, um spekulative Einheitspreise zu vermeiden. Daher seien Aufschläge und Nachlässe nur auf Ebene der Leistungsgruppen und auf den Gesamtpreis zulässig.

Gemäß Punkt 6.17 „Nachlässe und Aufschläge“ der ÖNORM A 2063:2015 dürfen Aufschläge und Nachlässe nur auf Gruppen (LG, ULG, OG,...) bzw. auf den Gesamtpreis angeboten werden.

In der Fragebeantwortung A2 hat die Antragsgegnerin festgehalten, dass die Bildung von Arbeitsgemeinschaften untersagt wurde, um einen größtmöglichen Wettbewerb sicher zu stellen.

Laut Fragebeantwortung D6 wird keine Vertragsstrafe fällig, wenn ein verspäteter Leistungsbeginn nicht in die Sphäre des Auftragnehmers fällt.

Laut Fragebeantwortung D7 hat der Auftragnehmer die Auftraggeberin unmittelbar nach der Bestellung darauf hinzuweisen, wenn er die Leistungsfrist als nicht angemessen ansieht und um Festlegung einer neuen Leistungsfrist zu ersuchen.

Unter Punkt E der Fragebeantwortung werden aufgrund von Bieteranfragen diverse Erklärungen für die konkrete Ausgestaltung der Bezugspreiskalkulation der Antragsgegnerin abgegeben. So wird z.B. in Fragebeantwortung E5 Folgendes festgehalten: „In dieser Position (OG 02 Position 02.0501F Z) wurden die Demontearbeiten mit dem Mittelohn Abbruch und die Montearbeiten mit dem Mittelohn Partie verrechnet. Der Mittelohn Partie ist in Form einer zusammengesetzten Kostenkomponente ermittelt. In dieser sind auch anteilige Material- und Gerätekosten, deren Reparaturlohn im Anteil Lohn berechnet wird, enthalten (siehe K5-Blatt bei 4. Berichtigung)“.

In Fragebeantwortung E7 wurde ... zusammengefasst Folgendes festgehalten: Auf Angestellte ist der Mittelohnpreis nicht anwendbar (Leistungsansatz ergibt sich aus Gehalt und durchschnittlichen Monatsarbeitsstunden eines Angestellten (ÖNORM A 2063).

In Fragebeantwortung E13 wurde zu den unterschiedlichen Werten für die Regielohnpreise Folgendes festgehalten: „Gemäß ÖNORM B 2061 handelt es sich bei den der Ausschreibung beigelegten K3-Blättern „FA“ und „HA“ um die Regielohnpreisermittlung für die jeweiligen Lohngruppen (im Gegensatz zum K3-Blatt Mittelohnpreis)“.

In Fragebeantwortung E43 wird festgehalten, dass der ÖNORM B 2061 gemäß die Formstücke anteilig in der Position und Verbindungsstücke im K3-Blatt kalkuliert wurden.

In der Fragebeantwortung E45 wird festgehalten, dass in dieser Position ... enthalten ist. Dieser wurde in der Detailkalkulation mit P. bezeichnet.

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 § 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.

Im vorliegenden Fall wurde Folgendes erwogen:

Die Antragsgegnerin hat dem gesamten Vorbringen der Antragstellerin zunächst entgegengehalten, dass ein Großteil der von dieser angefochtenen Festlegungen bereits bestandsfest sei, weil keine Anfragebeantwortungen bzw. Berichtigungen angefochten worden seien. Die ursprüngliche Angebotsfrist habe am 11.4.2018 geendet, weshalb weiters sämtliche Festlegungen, die nicht bis sieben Tage vor dem Ablauf dieser Angebotsfrist, somit bis 3.4.2018, angefochten worden seien, bestandsfest geworden seien.

Dazu ist festzuhalten, dass die Antragstellerin ihrem Antrag nach die Ausschreibung „zur Gänze“ angefochten hat. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis zur Zahl VwGH 2016/04/0023 ausgesprochen, 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. Auch die vierte Berichtigung erfolgte vor dem Ablauf der Angebotsfrist. Die Bedenken der Antragsgegnerin, dass das o.a. Erkenntnis nur auf Fälle anzuwenden wäre, in denen dem Nachprüfungsverfahren ein Schlichtungsverfahren vorangegangen ist, teilt das Gericht nicht. Durch die rechtzeitige Verlängerung der Angebotsfrist blieb der Antragstellerin die Möglichkeit, die Ausschreibungsunterlagen bis sieben Tage vor Ende dieser Angebotsfrist anzufechten, erhalten. Die angefochtenen Festlegungen sind daher nicht bestandfest.

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 Bietern 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.

Die Antragsgegnerin führt weiters aus, dass die Antragstellerin durch die Festlegung eines Verbotes von Bietergemeinschaften nicht in ihren subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt sein könne, weil sie ohnedies über eine ausreichende Anzahl von Mitarbeitern verfüge, um die Aufträge ohne Bildung



einer Bietergemeinschaft ausführen zu können bzw. weil sie sich eines Subunternehmers bedienen könne. Daraus schließt sie, dass die Antragstellerin keine Antragslegitimation für die Bekämpfung dieser Festlegung habe.

Das Fehlen einer Antragslegitimation aus den von der Antragsgegnerin angeführten Gründen würde voraussetzen, dass die Antragstellerin durch die angefochtene Festlegung keinesfalls an der Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren gehindert sein kann. Dies trifft gegenständlich schon deshalb nicht zu, weil auch für Unternehmer mit mehr als den für die Leistungserbringung unbedingt erforderlichen Mitarbeitern aus anderen betrieblichen Gründen (z.B. größeres Personalpool bei dringenden Aufträgen) die Notwendigkeit der Bildung einer Bietergemeinschaft bestehen kann. Ob ein Unternehmen für die Leistungserbringung einen Subunternehmer heranziehen oder eine Bietergemeinschaft bilden möchte, muss im Rahmen der Vorgaben der Ausschreibung der eigenen unternehmerischen Entscheidung vorbehalten bleiben.

Zusammengefasst ist daher festzuhalten, dass der Antragstellerin die Antragslegitimation für den gegenständlichen Nachprüfungsantrag nicht fehlt.

Die Antragstellerin hat in ihrem Nachprüfungsantrag vorgebracht, dass mit der 4. Berichtigung so umfangreiche Änderungen der Ausschreibung vorgenommen worden seien, dass ein Widerruf der Ausschreibung und eine Neuausschreibung geboten wären. Die Änderungen hätten bewirkt, dass ein anderer Bieterkreis angesprochen worden wäre.

Die Antragsgegnerin hat dem in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien entgegen gehalten, dass durch die vierte Berichtigung Anpassungen der Bezugspreiskalkulation in einzelnen Positionen entsprechend den Bieteranfragen erfolgt seien. Weiters habe eine Präzisierung in einzelnen Positionen stattgefunden (...), um den Leistungsinhalt dieser Positionen klarer zu machen. Drei Positionen seien entfallen. Es seien auch einige neue Positionen aufgenommen worden. Dabei habe es sich um Standardpositionen innerhalb einer Gruppe gehandelt, die in der Systematik gefehlt hätten und auf Grund der Bieteranfragen aufgefallen seien.

Zu dem von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung beispielhaft angeführten Beispiel, wonach in der Obergruppe 2 als zusätzliche Leistung das Entleeren von sanitären Einrichtungen dazugekommen sei, hat die Antragsgegnerin nachvollziehbar erklärt, dass die von der Antragstellerin angezogenen Positionen in der OG 2 ursprünglich die Demontage, das Ausstemmen, die Verwertung und die Entsorgung ... umfasst hätten. Durch die Berichtigung sei das Entleeren dieser Anlagen vor den oben genannten Arbeiten dazugekommen. Dies stellte eine sinnvolle Ergänzung, jedoch keine Abänderung der ursprünglich ausgeschriebenen Arbeiten in dieser OG dar.

Aus dem Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin sowie aus dem Vergabeakt geht hervor, dass mit der vierten Berichtigung eine Reihe weiterer Änderungen vorgenommen wurden, die im Wesentlichen die Anpassung der Bezugspreiskalkulation an die Rahmenbedingungen der Bieter sowie die Präzisierung von Positionen (wie auch im o.a. Fall) bzw. den Entfall und die Aufnahme neuer Positionen im Rahmen der ursprünglich ausgeschriebenen Leistungen aufgrund der Bieteranfragen umfasst haben. Es erscheint sinnvoll, dass bei einer Ausschreibung in den Fällen, in denen Bieter im Vergabeverfahren zu Recht z.B. die Nichtberücksichtigung ihrer wirtschaftlichen Rahmenbedingungen bei der Bezugspreiskalkulation oder das Fehlen einzelner Leistungsschritte bei der Ausführung der bereits ausgeschriebenen Leistungen im Leistungsverzeichnis an die Antragsgegnerin herantragen, eine Anpassung der Ausschreibung erfolgt.

Der Leistungsgegenstand blieb jedoch gleich und umfasste weiterhin unregelmäßig wiederkehrende kleine Baumaßnahmen ... (Instandsetzungsarbeiten bzw. Gebrechensbehebungen in Wohnungen bzw. allgemeinen Teilen von Gebäuden der Antragsgegnerin). Die Änderungen haben einen Wert von unter 1 Prozent des Gesamtauftragswertes pro Los umfasst. Es sind dadurch weder Gebäude, auf die sich diese Leistungen beziehen sollen, dazugekommen noch weggefallen. Dass es dadurch im konkreten Fall zu einer Änderung des Leistungsumfanges oder des Leistungsinhalts in einem solchen Umfang gekommen wäre, dass nunmehr ein anderer Bieterkreis angesprochen würde, hat das Beweisverfahren nicht ergeben. Die Antragsgegnerin war daher nicht verpflichtet, die Ausschreibung zu widerrufen und eine Neuausschreibung vorzunehmen.

Die vierte Berichtigung wurde ordnungsgemäß kundgemacht. Die geänderten Ausschreibungsunterlagen wurden den potentiellen Bietern zugänglich gemacht. Im Infoblatt über den genauen Umfang der Änderungen fehlten zunächst einige Positionen, diese wurden jedoch in der Folge ergänzt. Dazu führte die Antragstellerin selbst in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien aus, dass es sich dabei nicht um umfangreiche Änderungen gehandelt habe. Sie habe sich jedoch im Hinblick auf die im Infoblatt ursprünglich nicht angeführten Berichtigungen nicht darauf verlassen können, dass diese Liste vollständig sei und sie die Angaben der Antragsgegnerin ihrer Kalkulation verlässlich zugrunde legen könne. Eine Unkalkulierbarkeit ergibt sich aus diesem Vorbringen im Hinblick auf die geringe Anzahl der korrigierten, aber zunächst nicht ins Infoblatt aufgenommenen Positionen nicht. Den diesbezüglichen Bedenken der Antragstellerin war daher nicht zu folgen.

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. Die Antragstellerin bezweifelt, dass die ausgeschriebenen Leistungen und sonstigen Spezifikationen hinreichend konkret festgelegt sind. Weiters bringt sie vor, dass die Bezugspreiskalkulation mangelhaft sei, und untermauert ihre Argumentation durch mehrere Beispiele.

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, Zl. 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.

Ausgeschrieben sind gegenständlich ...-leistungen. Es handelt sich um unregelmäßig wiederkehrende kleine 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. BVR zwischen 1.000,-- und 5.000,-- Euro. Der Kalkulation ist eine mittlere Wohnungsgröße von 40 m<sup>2</sup> bis 60 m<sup>2</sup> zu Grunde zu legen. Höchster möglicher Auftragswert ist 15.000,-- Euro (Punkt 2.1. BVR). Es geht somit um Routinearbeiten mit einer großen Zahl an Einzelaufträgen und relativ geringem Auftragswert pro Einzelauftrag. Die im o.a. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs festgehaltenen Voraussetzungen für einen begründeten Ausnahmefall, nämlich, dass es sich um häufig wiederkehrende, gleichartige Leistungen, hinreichende Bekanntheit derselben und der Umstände, unter denen sie erbracht werden sollen, handelt, sind damit gegeben.

Die Antragstellerin moniert jedoch, dass im vorliegenden Vergabeverfahren die Bezugspreiskalkulation der Antragsgegnerin viele Fragen zu wesentlichen Kalkulationsgrundlagen offen lasse und als Grundlage für die Kalkulation der Bieter nicht geeignet sei. Die Zulässigkeit des Preisaufschlag- und Nachlassverfahrens setze voraus, dass die rechtlichen und wirtschaftlichen Spezifikationen hinreichend konkret festgelegt seien und die Vorgabekalkulation in ihren Kalkulationsansätzen so stimmig, das heißt wirtschaftlich plausibel und nachvollziehbar, sein müsse, dass sie einer vertieften Angebotsprüfung standhalte, wofür allenfalls die Beiziehung eines Sachverständigen erforderlich sei. Bei Verwendung unrichtiger Lohn- oder Materialansätze in einzelnen Positionen sei der Bieter gehindert, seine eigene Kalkulation bei Angebotslegung

umzusetzen, was zu einem unkalkulierbaren Risiko führe. Die unzähligen Fehler in der Vorgabekalkulation der Antragsgegnerin würden bewirken, dass diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall nicht erfüllt seien.

Im vorliegenden Fall hat die Antragsgegnerin ihre Vorgabekalkulation unbestritten unter Beiziehung eines Sachverständigen erstellt. Sie hat sich bezüglich der Mengen auf Ihre Erfahrungen aus den Vorjahren gestützt, da eine exakte Angabe von Aufträgen im Hinblick darauf, dass es sich hier um Reparatur- und Instandsetzungsarbeiten handelt und die Antragsgegnerin im Vorhinein nicht wissen kann, wie viele Wohnungen im Leistungszeitraum zurückgegeben werden bzw. wie viele Schadensfälle auftreten werden, nicht möglich ist. Dazu hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 22.04.2010, Zahl 2008/04/0077, festgehalten, dass es insbesondere bei Rahmenverträgen über künftige Reparaturleistungen unvermeidlich erscheint, dass bei Erbringung der Reparaturleistungen auch Arbeiten anfallen, die bei der Ausschreibung noch nicht bedacht und daher nicht ausgeschrieben werden. Vergaberechtlich unzulässig wäre dies nur, wenn Leistungen, die im engen Zusammenhang mit den ausgeschriebenen Leistungen stehen, nicht ausgeschrieben werden, um dadurch vergaberechtliche Bestimmungen zu umgehen. Dass der Vorgabekalkulation im vorliegenden Fall unrichtige Mengen in einem Umfang zu Grunde liegen würden, die über die aufgrund der Art der ausgeschriebenen Leistungen unvermeidbaren Unschärfen hinausgehen würden, hat das Beweisverfahren nicht ergeben. Auch eine Absicht der Antragsgegnerin, vergaberechtliche Bestimmungen zu umgehen, war nicht erkennbar.

Der Verwaltungsgerichtshof hat im zitierten Erkenntnis weiters festgehalten, dass die Vorgabekalkulation des Auftraggebers beim Preisauflags- und Nachlassverfahren Grundlage für die Zusammensetzung des Gesamtpreises ist. Die Vorgabekalkulation muss also so beschaffen sein, dass durch die in der Ausschreibung vorgesehenen Preisaufläge und Nachlässe ein plausibler Gesamtpreis angeboten werden kann. Da § 129 Abs. 1 Z. 3 BVergG 2006 ausdrücklich auf das Ergebnis einer vertieften Angebotsprüfung verweist, liegt eine unplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises im Sinn dieser Bestimmung aber nicht bereits bei jeder - untergeordneten - Unstimmigkeit vor, sondern nur bei einer solchen, die den Auftraggeber gemäß § 125 Abs. 3 BVergG 2006 zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet.

Die Antragstellerin versucht nun, durch die von ihr in ihrem Vorbringen angeführten Beispiele nachzuweisen, dass die Vorgabekalkulation der Antragsgegnerin in vielen, wenn auch, wie sie in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, im Hinblick auf den Gesamtauftragswert betragsmäßig geringen Punkten so mangelhaft ist, dass sie nicht als Grundlage für die anzubietenden Preise dienen kann. Die Antragstellerin hat diese Punkte und die ihrer Ansicht nach jeweils vorhandenen Mängel in ihrem Nachprüfungsantrag dargestellt und auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien noch weitere Ausführungen gemacht. Die Antragsgegnerin hat in ihren Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung zu jedem Punkt Stellung genommen und dargelegt, weshalb die Positionen so ausgestaltet wurden, wie sie aus dem Leistungsverzeichnis ersichtlich sind. In der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin zu diesen Ausführungen festgehalten, dass darauf nicht mehr näher eingegangen werden müsse. Die Antragstellerin habe mit den von ihr beispielhaft angeführten Mängeln nur die Problematik aufzeigen wollen, die sich aus den nach Ansicht der Antragstellerin vorhandenen Mängeln in vielen Positionen, die zu hohen Aufschlägen und Nachlässen bei der Angeboten in diesen Positionen führen müssten, und der Einschränkung von Aufschlägen und Nachlässen lediglich auf Leistungsgruppen und den Gesamtpreis, ergebe. Die Bieter müssten die Aufschläge und Nachlässe, die in einzelnen Positionen erforderlich seien, aufgrund dieser Regelung über die gesamte jeweilige Leistungsgruppe geben. Erforderliche Korrekturen auf Positionsebene würden sich daher auf Leistungsgruppenebene gravierend auswirken. Die Antragstellerin bemängelte im vorliegenden Nachprüfungsverfahren auch Positionen, hinsichtlich derer aufgrund von Anfragen anderer Bieter im Vergabeverfahren bereits Fragebeantwortungen erfolgt sind (z.B. E45). Die von der Antragstellerin aufgeworfenen Unstimmigkeiten bezogen sich im Wesentlichen auf einzelne Positionen und wurden von der Antragsgegnerin nachvollziehbar aufgeklärt.

Beispielsweise sei das Vorbringen der Antragstellerin herausgegriffen, wonach das K3-Blatt Mittellohn und das K7-Blatt nicht übereinstimmten, da bei der Berechnung des Einheitspreises der Mittellohn herangezogen werden müsse. Dies sei im vorliegenden Fall nicht nachvollziehbar.

Die Antragsgegnerin hat dazu in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien ausgeführt, dass ein K3-Blatt für den Mittellohnpreis

(Kollektivvertrag ..., KV-Gruppen 3 und 6) im Vergabeakt liege. Dieser Mittellohn sei für eine Partie aus Arbeitern der KV-Gruppen 3 und 6 kalkuliert worden. Des Weiteren gebe es jeweils ein K3-Blatt für den Regielohnpreis der KV-Gruppe 3 und 6. Verwiesen werde auf die Anfragebeantwortung (z.B. E21), wonach in dem im K7-Blatt ersichtlichen Lohnbeträgen teilweise auch Materialpreise mitberücksichtigt worden seien. Dies sei auf Grund der Begutachtung durch den der Ausschreibung beigezogenen Sachverständigen erfolgt. Auf Grund der diesbezüglichen Bieteranfragen sei das K5-Blatt erstellt und der vierten Berichtigung angeschlossen worden, aus dem die Zusammensetzung ersichtlich ist. Die Lohnansätze seien daher für die Bieter nachvollziehbar gewesen.

Die Antragstellerin hat u.a. auch in Position 03340103 des K7-Blattes bemängelt, dass man keine P. für diese Position benötige. Ein solcher ... sei im Langleistungsverzeichnis auch nicht ersichtlich. Der Preis für den tatsächlich benötigten ... liege weit unter dem angesetzten Preis. Auch stimme die Stückanzahl ... nicht überein.

Die Antragsgegnerin hat dem entgegengehalten, dass diesbezüglich eine Fragebeantwortung erfolgt sei (E45), in der mitgeteilt worden sei, dass in dieser Position der ... als P. bezeichnet worden sei. Der herangezogene Preis sei marktüblich und entspreche den Erfahrungswerten der Antragsgegnerin. Der Grund, weshalb die Stückzahlen nicht übereinstimmten, liege darin, dass ... bestellt werden müssten, da bei neuen ... bereits integriert sei.

Es entspricht der Lebenserfahrung, dass sich die Bezugspreiskalkulation von der Kalkulation der einzelnen Bieter aufgrund der unterschiedlichen betrieblichen Voraussetzungen unterscheidet. Dies kann von den Bietern durch Aufschläge und Nachlässe berücksichtigt werden und führt per se nicht zu einer unplausiblen Zusammensetzung des von der Antragsgegnerin vorgesehenen Gesamtpreises.

Es fällt auf, dass die Antragstellerin die Unklarheiten über Details der Bezugspreiskalkulation, die sie im Nachprüfungsverfahren bemängelt, im Vergabeverfahren nicht releviert hat. So haben viele Bieter Bieteranfragen zu Unklarheiten oder Widersprüchen in den Ausschreibungsunterlagen gestellt. Die Antragsgegnerin hatte damit die Möglichkeit, Irrtümer auszubessern, Unklarheiten auszuräumen bzw. einzelne Positionen nach zu schärfen und hat

diese Möglichkeit im Rahmen der Fragebeantwortungen und der vierten Berichtigung auch genützt. Wenn für die Antragstellerin daher in vielen Punkten Unklarheiten verblieben, so ist dies nicht zuletzt auch darauf zurückzuführen, dass sie im Vergabeverfahren zu den von ihr im Nachprüfungsverfahren relevanten Punkten keine Anfragen an die Antragsgegnerin gestellt hat.

Das Nachprüfungsverfahren hat nicht ergeben, dass die von der Antragstellerin angesprochenen Unklarheiten in der Bezugspreiskalkulation tatsächlich vorlägen, bzw. dass weitere allfällige Mängel ein Ausmaß erreichen würden, das Bedenken gegen die Heranziehung dieser Bezugspreiskalkulation für die Angebotserstellung durch die Bieter rechtfertigen würde. Wo die Antragstellerin detailliert die von ihr behaupteten Fehler ausgeführt hat, ist ihr die Antragsgegnerin nachvollziehbar entgegen getreten. Die Antragstellerin hat diese Ausführungen nicht entkräftet. Ein näheres Eingehen auf die übrigen von der Antragstellerin angesprochenen Positionen kann daher entfallen.

Der Verwaltungsgerichtshof hielt im o.a. Erkenntnis weiters fest, dass in dem Fall, dass dem Bieter nur die Möglichkeit eingeräumt wird, auf zusammengefasste und unterschiedlich zu kalkulierende Leistungen Aufschläge bzw. Nachlässe anzubieten, diese Vorgangsweise - 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 kann, seine eigene Kalkulation bei Angebotslegung umzusetzen, und dadurch zu einem unkalkulierbaren Risiko führen kann. Dies bedeutet allerdings nicht, dass 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.

Dass bei der Bildung der Leistungsgruppen im vorliegenden Fall heterogene Leistungen so zusammengefasst worden wären, dass für die Bieter daraus ein unzumutbares Risiko bei der Kalkulation erwachsen würde, hat die Antragstellerin nicht vorgebracht. Die Antragsgegnerin hat in ihrer



Fragebeantwortung (A1) zum Ausdruck gebracht, dass sie Aufschläge und Nachlässe nur auf der Ebene der Leistungsgruppen und des Gesamtpreises zulasse, um spekulative Einzelpreise zu verhindern.

Keinesfalls muss der Bieter aufgrund seiner Kalkulation auftretende hohe Aufschläge oder Nachlässe in einzelnen Positionen unmittelbar auf die jeweilige Leistungsgruppe anbieten; es wird sich bei den auf die jeweilige Leistungsgruppe angebotenen Aufschlägen und Nachlässen vielmehr um einen Durchschnitt aus den in dieser Leistungsgruppe pro Position auftretenden Aufschlägen und Nachlässen handeln. Die Umrechnung der unterschiedlichen aus seiner Kalkulation hervorgehenden Aufschläge und Nachlässe auf die verschiedenen in einer Leistungsgruppe zusammengefassten Positionen in den Aufschlag oder Nachlass, den der Bieter auf die jeweilige Leistungsgruppe anbieten möchte, ist beim vorliegenden Angebotsverfahren systemimmanent und unterliegt seiner unternehmerischen Beurteilung und Kalkulationsfreiheit.

Eine Unzulässigkeit des Preisaufschlags- und Nachlassverfahrens hat das Nachprüfungsverfahren somit nicht ergeben.

Die Antragstellerin bemängelt weiters die Festlegung in Punkt 6.4. der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge, 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 zunächst festgehalten, dass diese Festlegung, neben der Aufteilung in 36 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. Im verfahrensgegenständlichen Fall besteht der Bietermarkt jedoch aus einer Vielzahl kleiner Unternehmen. Es ist gegenständlich, auch im Hinblick auf die kurzen Leistungsfristen, 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 36 Lose und der Losbeschränkung die Beteiligung von KMUs erheblich erleichtert.

Erst in ihrer Stellungnahme vom 24.7.2018 hat die Antragsgegnerin ihr Vorbringen zur Zulässigkeit des Verbotes der Arbeits- und Bietergemeinschaften ergänzt. Sie hat vorgebracht, dass diese Festlegung auch deshalb getroffen worden sei, um die wettbewerbswidrige Vorgangsweise der Bieter im Vorverfahren zu verhindern. Diese hätten sich nämlich pro Gebietseinheit zu Bietergemeinschaften mit jeweils einer hohen Anzahl von Mitgliedern zusammengeschlossen. Diese Bietergemeinschaften hätten sodann so angeboten, dass sich die Angebote hinsichtlich der einzelnen Gebietseinheiten nicht überschneiden hätten, aber auch keine Gebietseinheit ferngeblieben sei. Neben den Bietergemeinschaften hätten nur drei weitere Bieter angeboten. Dieses Verhalten hätte in der Folge zu den von der Antragsgegnerin näher dargestellten kartellrechtlichen Folgen geführt.

Ein solches Verhalten von Bietern, das zweifelsohne wettbewerbsbeschränkend sei, solle durch das Verbot der Bietergemeinschaften hintangehalten werden.

Sollten einzelne interessierte Bieter die Voraussetzungen für eine Angebotslegung alleine nicht erfüllen, stünde ihnen die Beiziehung von Subunternehmern offen. Die gegenständliche Gestaltung der Ausschreibung stelle sicher, dass sich auch Kleinstunternehmen erfolgreich daran beteiligen könnten.

Den von der Antragsgegnerin vorgetragenen Bedenken, dass das uneingeschränkte Zulassen von Bietergemeinschaften Absprachen zwischen den Bietern ermöglichen würde, die eine Wettbewerbsbeschränkung zur Folge hätten, erscheint nachvollziehbar. Dem steht jedoch die Tatsache gegenüber, dass neben kartellrechtlich bedenklichen Ausgestaltungen von Bietergemeinschaften, die den Wettbewerb beschränken, im vorliegenden Fall aufgrund der großen Anzahl von einschlägigen Unternehmen und der Ausschreibung von Kleinaufträgen auch die Bildung von Bietergemeinschaften denkbar ist, die durch den Zusammenschluss von Unternehmen, die aus unbedenklichen Gründen erst gemeinsam ein erfolgversprechendes Angebot legen können, und deren Zusammenschluss den Wettbewerb daher stärkt. Die Vermutung, dass sich eine Anzahl von Bietern nicht rechtskonform verhalten wird, rechtfertigt daher nicht den völligen Ausschluss von Bietergemeinschaften. Allerdings erscheint vor dem Hintergrund der von der Antragsgegnerin geschilderten Vorgeschichte die Beschränkung von Bietergemeinschaften in einem Umfang, der durch den Zweck einer solchen Festlegung sachlich gerechtfertigt ist, durchaus zulässig.

Die Beiziehung von Subunternehmern kann keine Ersatz für die Zulässigkeit von Bietergemeinschaften sei, da es der unternehmerischen Entscheidung der Bieter überlassen bleiben muss, ob sie sich erforderlichenfalls zu einer Bietergemeinschaft zusammenschließen oder sich eines Subunternehmers bedienen wollen.

Wenn die Antragsgegnerin weiters vorbringt, dass die übliche Auftragserbringung durch eine Bietergemeinschaft (Koordination der von den einzelnen Mitgliedern übernommenen Teile der Leistung durch ein federführendes Unternehmen, das auch Ansprechpartner für die Antragsgegnerin ist) ihrer Erfahrung nach im vorliegenden Fall nicht stattfinden werde, da jedes Unternehmen jeweils ganze Kleinaufträge selbst erbringe und auch selbst Rechnung lege, was zu einem erhöhten Aufwand für die Antragsgegnerin führe, so rechtfertigt auch dies nicht

den völligen Ausschluss von Bietergemeinschaften. Aufgrund der gegenständlich ausgeschriebenen Kleinaufträge ist es naheliegend, dass die einzelnen Aufträge zur Gänze von einem Mitglied der Bietergemeinschaft ausgeführt und nicht zwischen mehreren Bietern aufgeteilt werden. Trotzdem ist die Koordination der Leistungen der Mitglieder durch ein federführendes Unternehmen möglich. Zur gewünschten Ausgestaltung kann die Antragsgegnerin Festlegungen in der Ausschreibung treffen. Diese werden dann sachlich gerechtfertigt sein, wenn sie im Rahmen der vergaberechtlichen Grundsätze die Auftragsausführung erleichtern und den Aufwand bei Auftragnehmern und Auftraggeberin in einem angemessenen Rahmen halten.

Wenn sich die Antragsgegnerin auf § 19 Abs. 1 BVergG 2006 bezieht, wonach sie die Wettbewerbsbestimmungen so gestalten muss, dass eine bestimmte Mindestanzahl an Bietern am Vergabeverfahren teilnehmen kann, die gegenständlich jedenfalls überschritten werde, so ist darauf hinzuweisen, dass sich die Anzahl der möglichen Bieter u.a. nach der ausgeschriebenen Leistung richtet. Im vorliegenden Fall handelt es sich um Kleinaufträge von geringer Komplexität, weshalb viele Unternehmen als potentielle Bieter in Frage kommen. Auch in diesem Fall ist jedoch eine Einschränkung des Wettbewerbs durch den Ausschluss von Bietern, die sich am Vergabeverfahren beteiligen wollen, möglich.

Die von der Antragsgegnerin vorgebrachten Erklärungen, weshalb in Punkt 6.4. der Verfahrensbestimmungen 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.

Diese Festlegung ist daher nach Ansicht des erkennenden Senates vergaberechtswidrig.

Die Antragsgegnerin brachte in der o.a. Stellungnahme weiters vor, dass eine Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung ihrer Ansicht nach nicht gerechtfertigt wäre. Einerseits würde die Antragsgegnerin durch die Anfechtungen der Antragstellerin gelähmt, es würde die Bestellung dringend notwendiger Leistungen blockiert. Andererseits würde kein anderer Bieterkreis angesprochen, wenn die Bildung von Bietergemeinschaften zugelassen würde. Es würden weiterhin jene Unternehmen angesprochen, die im Bereich der

gegenständlichen Leistungen tätig seien. Bereits jetzt könnten Unternehmen, die die Mindestanforderungen nicht erfüllten, ein erfolgreiches Angebot abgeben, indem sie sich eines Subunternehmers bedienen würden. Die Antragsgegnerin betonte weiters, dass für die gegenständlichen Leistungen gar keine Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaften erforderlich seien. Es reiche daher die Nichtigklärung der vom Gericht allenfalls als vergaberechtswidrig erachteten Festlegung aus.

Verwiesen werde weiters auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 23.2.2018, Zahl VGW-123/062/15131/2017, wonach die Herabsetzung von technischen Anforderungen im Zuge einer Berichtigung der Ausschreibungsbestimmungen keinen zwingenden Widerrufsgrund darstellte, sofern die Berichtigung europaweit bekannt gemacht und die Angebotsfrist entsprechend verlängert werde, sodass allen potentiell interessierten Bietern die Möglichkeit eröffnet werde, ein Angebot einzubringen.

Der Argumentation der Antragsgegnerin, wonach für die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen die Bildung von Bietergemeinschaften überhaupt nicht erforderlich sei, kann nicht gefolgt werden. Wie bereits weiter oben ausgeführt, ist es auch bei den gegenständlich ausgeschriebenen Kleinaufträgen und der Losbeschränkung denkbar, dass Unternehmen aufgrund ihrer betrieblichen Gegebenheiten nur gemeinsam mit einem anderen Bieter ein erfolgversprechendes Angebot legen können. Weiters muss es der unternehmerischen Entscheidung der Bieter überlassen bleiben, ob sie erforderlichenfalls eine Bietergemeinschaft eingehen oder sich eines Subunternehmers bedienen wollen.

Der Entfall des absoluten Verbotes von Bietergemeinschaften kann bewirken, dass sich Unternehmen, die alleine nicht erfolgreich anbieten können, sich nunmehr am Vergabeverfahren beteiligen können, indem sie sich zu Bietergemeinschaften zusammenschließen. Es wird daher durch den Entfall dieser Festlegung ein anderer Bieterkreis angesprochen, auch wenn sich dieser wiederum aus dem Kreis der befugten ... rekrutieren wird.

Das Vorbringen der Antragsgegnerin, das Gericht möge für den Fall, dass es entgegen der Argumentation der Antragsgegnerin das Verbot von Bietergemeinschaften als vergaberechtswidrig erachte, nur die entsprechende

Festlegung, nicht aber die gesamte Ausschreibung für nichtig erklären, widerspricht ihren Ausführungen, wonach das Verbot von Bietergemeinschaften zur Vermeidung der von der Antragsgegnerin geschilderten Vorgangsweise der Bieter in der Vergangenheit erforderlich sei, die zu einer auch kartellrechtlich bedenklichen Wettbewerbsbeschränkung geführt habe.

Würde das Gericht nämlich nur die Festlegung streichen, mit der die Bildung von Bietergemeinschaften untersagt wird, bliebe die übrige Ausschreibung bestehen, da das Gericht zwar eine Festlegung streichen, sie aber nicht abändern kann. Die Bildung von Bietergemeinschaften wäre dann uneingeschränkt möglich, womit genau die Situation geschaffen wäre, die die Antragsgegnerin ihrem Vorbringen nach aufgrund ihrer Erfahrungen aus der Vergangenheit verhindern möchte. Eine Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung gibt der Antragsgegnerin hingegen die Möglichkeit, sachlich gerechtfertigte Beschränkungen von Bietergemeinschaften in die Neuausschreibung aufzunehmen. Eine solche Vorgangsweise steht auch im Einklang mit Art. 19 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU, wonach Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern, einschließlich vorübergehender Zusammenschlüsse, an Vergabeverfahren teilnehmen können.

In dem von der Antragsgegnerin zitierten Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien wurde über eine Zuschlagsentscheidung und eine Ausscheidensentscheidung abgesprochen. Die Frage, ob das gesamte Vergabeverfahren zu widerrufen gewesen wäre, wurde darin für den dort vorliegenden Fall einer Herabsetzung von Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit beantwortet. Es wurde jedenfalls auch festgehalten, dass eine Herabsetzung der technischen Anforderungen, die dazu führen kann, dass andere Bieter sich am Vergabeverfahren beteiligen können, nur dann durch Berichtigung erfolgen kann und keinen Widerruf des Verfahrens erfordert, wenn die Berichtigung europaweit bekanntgemacht und die Angebotsfrist so ausreichend verlängert wird, dass Bieter, die nunmehr ein Angebot legen könnten, dafür genügend Zeit haben. Aufgrund des unterschiedlichen Sachverhalts ist dieses Erkenntnis auf den gegenständlichen Fall nur sehr bedingt übertragbar und es bleibt fraglich, ob für die Antragsgegnerin mit einer solchen Vorgangsweise eine wesentliche Zeitersparnis gegenüber einer Neuausschreibung verbunden wäre.

Zur Frage der Blockierung der angefochtenen Vergabeverfahren ist darauf hinzuweisen, dass die Antragsgegnerin in ihrem Zeitplan die Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens mitberücksichtigen muss. Im Übrigen ist durch die kurzen Entscheidungsfristen des Gerichtes im Vergaberecht sichergestellt, dass die Antragsgegnerin nach Klärung der strittigen Rechtsfragen ohne unnötige Verzögerung den Beschaffungsvorgang fortsetzen kann.

Wenn die Antragsgegnerin ersucht, das Gericht möge in seine Entscheidung Angaben darüber aufnehmen, auf wie viele Mitglieder eine Bietergemeinschaft zulässigerweise eingeschränkt werden dürfe, so ist dem entgegen zu halten, dass die Ausgestaltung einer allfälligen Beschränkung von Bietergemeinschaften Sache der Antragsgegnerin ist. Eine diesbezügliche „Vorabentscheidung“ oder konkrete Festlegung bestimmter Anforderungen durch das Gericht kann daher nicht erfolgen.

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

Wie bereits im Vorerkenntnis des Verwaltungsgericht Wien zum Rahmenvertrag T. vom 10.7.2018, Zahl VGW-123/072/5153/2018-22, dargelegt, haben die Auftragnehmer Leistungen, die ab dem Umrechnungsstichtag erfolgen, grundsätzlich zu den angepassten Preisen zu verrechnen, 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.

Eine Vergaberechtswidrigkeit lässt sich daher in dieser Festlegung nicht erkennen.

In der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin im Übrigen ergänzt, dass für sie aus dieser von der Antragsgegnerin vorgesehenen Regelung ein Widerspruch hervorgehe. Dies auch dann, wenn die Regelung für die Antragstellerin nicht nachteilig sei. Wenn sich die Antragstellerin durch diese Festlegung aber nicht als in ihren Rechten beeinträchtigt erachtet, kommt ihr diesbezüglich keine Antragslegitimation zu.

Die Antragstellerin hielt weiters ihr Vorbringen aufrecht, wonach die Höhe der Vertragsstrafen sittenwidrig sei. In Punkt 6 BVR werde festgelegt, dass die Vertragsstrafen gemäß Punkt 6.1 bis 6.5. unabhängig voneinander zur Anwendung kämen. Sie seien aber insgesamt mit dem zustehenden bzw. anweisbaren Rechnungsbetrag einer Bestellung begrenzt. Ein Pönale, das bis zum Bestellwert gehe, sei sittenwidrig.

Werde die Arbeit an einem dringenden Auftrag nicht binnen 24 Stunden begonnen, drohe eine Vertragsstrafe von 300,-- Euro pro Kalendertag, unabhängig vom Bestellwert. Werde ein Monteur am Freitag krank und könne die Leistung erst am Montag erbracht werden, fielen 900,-- Euro Pönale an. Erstatte er die Fertigstellungsmeldung nicht rechtzeitig, kämen 200,-- Euro dazu. Das umfasse bei einem Bestellwert von 1.000,-- Euro die gesamte Vergütung des Auftrages.

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 Gebrechen ... ein Gefährdungspotential für Personen und Sachen in sich bergen und daher Maßnahmen zur Sicherstellung einer raschen Störungsbehebung berechtigt sind. Im Übrigen ist es einem Auftragnehmer



zumutbar, Ersatz für die Erkrankung eines Monteurs vorzusehen bzw. die rechtzeitige Erstattung der Fertigstellungsmeldung durch organisatorische Maßnahmen sicherzustellen. Hinzuweisen ist auch darauf, dass es sich gegenständlich um Kleinaufträge handelt, deren Bestellwert im Durchschnitt zwischen 1.000,-- Euro und 5.000,-- Euro liegt, weshalb der mögliche absolute Betrag einer allfälligen Vertragsstrafe angemessen erscheint.

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.<sup>a</sup> Mandl