

TE Lvwg Erkenntnis 2014/11/10 VGW-123/072/10241/2014

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.11.2014

Entscheidungsdatum

10.11.2014

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

L72009 Beschaffung Vergabe Wien

Norm

BVergG 2006 §19

BVergG 2006 §23

BVergG 2006 §24

BVergG 2006 §46

BVergG 2006 §75

BVergG 2006 §78

BVergG 2006 §79

BVergG 2006 §95

BVergG 2006 §99

WVRG 2014 §33

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 23 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 24 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 46 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 46 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 46 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 78 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 78 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVerG 2006 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVerG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVerG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVerG 2006 § 95 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVerG 2006 § 99 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Maga Mandl als Vorsitzende sowie die Richter Dr.in Lettner und Dr. Oppel über den Feststellungsantrag gemäß § 39 Abs. 2 WVRG 2014 der K., vertreten durch Rechtsanwälte, betreffend die Ausschreibung „Rahmenvertrag Fangsanierungsarbeiten“ (Ausschreibungsnummer: ...), der Stadt Wien, W., vertreten durch Rechtsanwälte, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Mag.a Mandl als Vorsitzende sowie die Richter Dr.in Lettner und Dr. Oppel über den Feststellungsantrag gemäß Paragraph 39, Absatz 2, WVRG 2014 der K., vertreten durch Rechtsanwälte, betreffend die Ausschreibung „Rahmenvertrag Fangsanierungsarbeiten“ (Ausschreibungsnummer: ...), der Stadt Wien, W., vertreten durch Rechtsanwälte, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung

zu Recht e r k a n n t:

Die Anträge, festzustellen, dass die Ausschreibung und die erste Berichtigung vom 22.3.2012 rechtswidrig waren, in eventu festzustellen, dass folgende Festlegungen in der Ausschreibung und der ersten Berichtigung vom 22.3.2012 rechtswidrig waren:

MD-BD, Lang-LV, Kurz-LV – Erstellung der Preise:

- I. Zulässigkeit des Preisaufschlags- und Nachlassverfahren, römisch eins. Zulässigkeit des Preisaufschlags- und Nachlassverfahren,
- II. Zulässigkeit von Aufschlägen und Nachlässen auf Obergruppenebene römisch zwei. Zulässigkeit von Aufschlägen und Nachlässen auf Obergruppenebene,
- III. 1.) Punkt 3.3.2 lit f und Verweise in den Punkten 3.4.2 und 3.4.3 – Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit und Excel-Liste römisch drei. 1.) Punkt 3.3.2 Litera f und Verweise in den Punkten 3.4.2 und 3.4.3 – Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit und Excel-Liste
- 2.) Verfahrensbestimmung Punkt 3.3.2 – Zusätzliche Nachweise bei Referenzen
- 3.) WD 307: Punkt 1.1 – Geheimhaltungsverpflichtung
- 4.) WD 307: Punkt 1.3 – Verwendungs- und Verwertungsrechte
- 5.) Vertragsbestimmungen: Punkt 5.4.2 – Preisanpassung
- 6.) Vertragsbestimmungen: Punkt 5.4.3 – Nachverrechnung
- 7.) Vertragsbestimmungen: Punkt 5.6.1 – Subunternehmer
- 8.) Vertragsbestimmungen: Punkt 5.6.2 – Rechnungsprüfung
- 9.) a. WD 314: Abweichungen von der ÖNORM B 2110
- b. WD 314: Punkt 2.2.8.10.6 – Meinungsverschiedenheiten bei Prüfungen
- c. WD 314: Punkt 3.4.2 – Anpassung der Leistungsfrist und des Entgelts
- d. WD 314: Punkt 4.3.7 – Verzug bei Rechnungslegung
- e. WD 314: Punkt 4.4.1.5 – Fälligkeiten
- f. WD 314: Punkt 4.4.1.6 und Punkt 4.4.3 – Zinsen bei Zahlungsverzug
- g. WD 314: Punkt 8.2.3.3 – Geltendmachung von Mängeln
- h. WD 314: Punkt 8.3 – Schadenersatz allgemein

i. WD 314: Punkt 8.7 – Konventionalstrafe bei Lohn- und Sozialdumping

werden abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig. römisch zwei. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG unzulässig.

Rechtsgrundlagen: §§ 1, 2 Abs. 4, 7 Abs. 2 Z 2, 13, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 39 Abs. 2 und 4, 41 Abs. 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) i.V.m. §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1, 4, 12 Abs. 1, 19 Abs. 1, 24 Abs. 1, 75, 78 Abs. 3, 99 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006) Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, 2, Absatz 4, 7, Absatz 2, Ziffer 2, 13, 20, Absatz eins, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, 39, Absatz 2 und 4, 41 Absatz eins, Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, 4, 12, Absatz eins, 19, Absatz eins,, 24 Absatz eins, 75, 78, Absatz 3, 99, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006)

Entscheidungsgründe

Die Stadt Wien – W. (in der Folge: Antragsgegnerin) führte im Jahr 2012 ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Rahmenvertrages für Bauleistungen (Fangsanierungsarbeiten hinsichtlich der Gebäude der Antragsgegnerin in den Bezirken 1 bis 23) durch. Es galt das Billigstbieterprinzip. Die Preisermittlung erfolgte im Preisaufschlags- und Nachlassverfahren. Am 22.3.2012 erfolgte die erste Berichtigung von Vorbemerkungen zum Lang- und Kurzleistungsverzeichnis („Standardisierte Leistungsbeschreibung Haustechnik, Version 9, 2012-02“ wurde auf „Standardisierte Leistungsbeschreibung Hochbau, Version 19, 2012-02“ korrigiert). Aufgrund der Nichtigerklärung der Festlegungen in Position 35.8901Z mit Bescheid des Vergabekontrollsenats der Stadt Wien vom 6.6.2012 wurde mit einer abschließenden Berichtigung die Wortfolge „... E. GmbH“ auf die Wortfolge „einem dazu befugten Rauchfangkehrer“ korrigiert.

Die K. (in der Folge: Antragstellerin) brachte gegen die Ausschreibung und die erste Berichtigung vom 22.3.2012 am 2.4.2012 beim Vergabekontrollsenat Wien (VKS) einen Antrag auf Nichtigerklärung ein. In eventu begehrte sie die Nichtigerklärung diverser Festlegungen in der Ausschreibung. Insbesondere wendete sie sich gegen die Festlegung des Preisaufschlags- und Nachlassverfahrens. Weiters stellte sie einen Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung, dem mit Bescheid des VKS vom 5.4.2012, Zahl VKS-4016/2012, stattgegeben wurde.

Mit Bescheid vom 6.6.2012, VKS-4016/2012, wies der VKS die Anträge, soweit sie sich auf die Nichtigerklärung der Ausschreibung und der ersten Berichtigung sowie der einzelnen Festlegungen, mit Ausnahme des Antrags auf Nichtigerklärung der Wortfolge „E. GmbH“, bezogen, ab. Über den Eventualantrag auf Nichtigerklärung der Festlegungen zum Preisaufschlags- und Nachlassverfahren erging zunächst keine Entscheidung. Die aufgehobene Festlegung wurde in der Folge von der Antragsgegnerin berichtigt (s.o.).

Die Antragstellerin erhob gegen den Bescheid des VKS vom 6.6.2012, VKS-4016/2012, Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof. Hinsichtlich des Eventualantrags auf Nichtigerklärung der Festlegungen über das Preisaufschlag- und -nachlassverfahren, hinsichtlich dessen der VKS von einer Antragsrückziehung ausgegangen war, erhob die Antragstellerin Säumnisbeschwerde.

Der VKS entschied mit Bescheid vom 31.1.2013, Zahl VKS-11485/2012, abweisend über den Eventualantrag. Soweit der Antrag in der mündlichen Verhandlung dahingehend ergänzt wurde, dass auch die Festlegung, wonach die Zuschläge und Nachlässe auf Obergruppenebene anzubieten seien, für nichtig erklärt werden möge, wurde er zurückgewiesen, da der VKS diese Ergänzung als verfristet ansah. Auch dieser Bescheid wurde von der Antragstellerin beim Verwaltungsgerichtshof bekämpft.

Mit Erkenntnis vom 21.1.2014, VwGH Zlen:2012/04/0124, 2013/04/0040, hob der Verwaltungsgerichtshof die o.a. Bescheide des VKS mit der Begründung auf, dass auf das Vorbringen der Antragstellerin zur Zulässigkeit des Preisaufschlags- und Nachlassverfahrens mit Aufschlags- und Nachlassmöglichkeit auf Leistungsgruppenebene einzugehen gewesen wäre, weil sich der genannte Einwand innerhalb des geltend gemachten Beschwerdepunktes bewegt. Der VKS war auf das diesbezügliche Vorbringen der Beschwerdeführerin jedoch nicht eingegangen, da er dieses Vorbringen als verfristet angesehen hatte, weil es erst in der mündlichen Verhandlung erstattet worden war.

Diese Rechtswidrigkeit belastet nach der Rechtsansicht des Verwaltungsgerichtshofes beide angefochtenen Bescheide

mit Rechtswidrigkeit, da sich die Frage der Zulässigkeit des Preisaufschlags- und Nachlassverfahrens mit Aufschlags- bzw. Nachlassmöglichkeit auf Leistungsgruppenebene auf die gesamte Ausschreibung bezieht, und daher mit der Streichung einzelner Festlegungen nicht das Auslangen gefunden werden kann.

Die Antragstellerin gab im gegenständlichen Vergabeverfahren kein Angebot ab. Sie begründet dies damit, dass ihr eine Beteiligung aufgrund der rechtswidrigen Festlegungen unzumutbar gewesen sei. Am 6.2.2013 erfolgte der Zuschlag an eine Mitbieterin. Mit Schriftsatz vom 10.4.2014 stellte die Antragstellerin einen sekundären Feststellungsantrag gemäß § 39 Abs. 2 WVRG 2014. Sie erachtet sich durch die angefochtene Ausschreibung in ihren Rechten auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren, auf gesetzeskonformen Inhalt der Ausschreibungsunterlagen einschließlich der Berichtigungen, auf Unterbleiben des Zuschlags in einem gesetzwidrigen Vergabeverfahren und auf Teilnahme an einem neuerlichen, gesetzeskonformen Vergabeverfahren verletzt. Zum dem ihr entstandenen bzw. drohenden Schaden macht sie im Feststellungsantrag keine gesonderten Ausführungen. Im ursprünglichen Antrag auf Nichtigerklärung verwies sie jedoch auf die Kosten der Vorbereitung des Angebots in der Höhe von ca. € 1.000,--.

Die Antragstellerin gab im gegenständlichen Vergabeverfahren kein Angebot ab. Sie begründet dies damit, dass ihr eine Beteiligung aufgrund der rechtswidrigen Festlegungen unzumutbar gewesen sei. Am 6.2.2013 erfolgte der Zuschlag an eine Mitbieterin. Mit Schriftsatz vom 10.4.2014 stellte die Antragstellerin einen sekundären Feststellungsantrag gemäß Paragraph 39, Absatz 2, WVRG 2014. Sie erachtet sich durch die angefochtene Ausschreibung in ihren Rechten auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren, auf gesetzeskonformen Inhalt der Ausschreibungsunterlagen einschließlich der Berichtigungen, auf Unterbleiben des Zuschlags in einem gesetzwidrigen Vergabeverfahren und auf Teilnahme an einem neuerlichen, gesetzeskonformen Vergabeverfahren verletzt. Zum dem ihr entstandenen bzw. drohenden Schaden macht sie im Feststellungsantrag keine gesonderten Ausführungen. Im ursprünglichen Antrag auf Nichtigerklärung verwies sie jedoch auf die Kosten der Vorbereitung des Angebots in der Höhe von ca. € 1.000,--.

Sie begehrt im Einzelnen, das Verwaltungsgericht Wien möge eine mündliche Verhandlung durchführen, feststellen, dass die Ausschreibung und die erste Berichtigung vom 22.3.2012 rechtswidrig waren, in eventu feststellen, dass folgende Festlegungen in der Ausschreibung und der ersten Berichtigung vom 22.3.2012 rechtswidrig waren:

MD-BD, Lang-LV, Kurz-LV – Erstellung der Preise:

- I. Zulässigkeit des Preisaufschlags- und Nachlassverfahrens, römisch eins. Zulässigkeit des Preisaufschlags- und Nachlassverfahrens,
- II. Zulässigkeit von Aufschlägen und Nachlässen auf Obergruppenebene, römisch zwei. Zulässigkeit von Aufschlägen und Nachlässen auf Obergruppenebene,
- III. 1.) Punkt 3.3.2 lit f und Verweise in den Punkten 3.4.2 und 3.4.3 – Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit und Excel-Liste, römisch drei. 1.) Punkt 3.3.2 Litera f und Verweise in den Punkten 3.4.2 und 3.4.3 – Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit und Excel-Liste
- 2.) Verfahrensbestimmung Punkt 3.3.2 – Zusätzliche Nachweise bei Referenzen
- 3.) WD 307: Punkt 1.1 – Geheimhaltungsverpflichtung
- 4.) WD 307: Punkt 1.3 – Verwendungs- und Verwertungsrechte
- 5.) Vertragsbestimmungen: Punkt 5.4.2 – Preisanpassung
- 6.) Vertragsbestimmungen: Punkt 5.4.3 – Nachverrechnung
- 7.) Vertragsbestimmungen: Punkt 5.6.1 – Subunternehmer
- 8.) Vertragsbestimmungen: Punkt 5.6.2 – Rechnungsprüfung
- 9.) a. WD 314: Abweichungen von der ÖNORM B 2110
- b. WD 314: Punkt 2.2.8.10.6 – Meinungsverschiedenheiten bei Prüfungen
- c. WD 314: Punkt 3.4.2 – Anpassung der Leistungsfrist und des Entgelts
- d. WD 314: Punkt 4.3.7 – Verzug bei Rechnungslegung
- e. WD 314: Punkt 4.4.1.5 – Fälligkeiten

- f. WD 314: Punkt 4.4.1.6 und Punkt 4.4.3 – Zinsen bei Zahlungsverzug
- g. WD 314: Punkt 8.2.3.3 – Geltendmachung von Mängeln
- h. WD 314: Punkt 8.3 – Schadenersatz allgemein
- i. WD 314: Punkt 8.7 – Konventionalstrafe bei Lohn- und Sozialdumping.

Die Antragstellerin begründet diese Anträge, wie folgt:

l) Gemäß § 24 Abs. 1 BVergG 2006 sei grundsätzlich das Preisangebotsverfahren zu wählen. Das Preisaufschlags- und Nachlassverfahren sei nur in begründeten Ausnahmefällen, nämlich bei häufig wiederkehrenden, gleichartigen Leistungen, sofern diese und die Umstände, unter denen diese erbracht werden, hinreichend bekannt sind, zulässig. Ein solcher Ausnahmefall liege gegenständlich jedoch nicht vor, da für die ausgeschriebenen Leistungen das Preisaufschlags- und Nachlassverfahren bisher noch nicht gewählt worden sei. Es sei zwar unbestritten, dass Fangsanierungsarbeiten häufig wiederkehrende, gleichartige Arbeiten seien, zu berücksichtigen sei jedoch, dass der gegenständliche Auftrag die Sanierung von zigtausenden Rauchfängen in verschiedenen Objekten zusammenfasse, während Fangsanierungsarbeiten typischerweise als Teil einer Gesamtsanierung pro Gebäude durchgeführt würden.

römisch eins) Gemäß Paragraph 24, Absatz eins, BVergG 2006 sei grundsätzlich das Preisangebotsverfahren zu wählen. Das Preisaufschlags- und Nachlassverfahren sei nur in begründeten Ausnahmefällen, nämlich bei häufig wiederkehrenden, gleichartigen Leistungen, sofern diese und die Umstände, unter denen diese erbracht werden, hinreichend bekannt sind, zulässig. Ein solcher Ausnahmefall liege gegenständlich jedoch nicht vor, da für die ausgeschriebenen Leistungen das Preisaufschlags- und Nachlassverfahren bisher noch nicht gewählt worden sei. Es sei zwar unbestritten, dass Fangsanierungsarbeiten häufig wiederkehrende, gleichartige Arbeiten seien, zu berücksichtigen sei jedoch, dass der gegenständliche Auftrag die Sanierung von zigtausenden Rauchfängen in verschiedenen Objekten zusammenfasse, während Fangsanierungsarbeiten typischerweise als Teil einer Gesamtsanierung pro Gebäude durchgeführt würden.

Die Antragsgegnerin erwidert darauf, dass die Voraussetzungen, die der Verwaltungsgerichtshof in dem von der Antragstellerin zitierten Erkenntnis vom 23.4.2010, VwGH Zl.: 2008/04/0077, fordere, im gegenständlichen Vergabeverfahren erfüllt seien. Das Preisaufschlags- und Nachlassverfahren sei gemäß § 24 Abs. 1 BVergG 2006 nur „in begründeten Ausnahmefällen“ zulässig. Da das Gesetz keine Regelung darüber enthalte, welche begründeten Ausnahmefälle davon umfasst seien, sei (auch im Einklang mit den Gesetzesmaterialien) bei der Auslegung auf die ÖNORM A 2050 zurückzugreifen. Diese sehe eine Zulässigkeit des Preisaufschlags- und Nachlassverfahrens für „häufig wiederkehrende Leistungen, sofern diese Leistungen und die Umstände, unter denen sie erbracht werden sollen, hinreichend bekannt sind“ vor.

Die Antragsgegnerin erwidert darauf, dass die Voraussetzungen, die der Verwaltungsgerichtshof in dem von der Antragstellerin zitierten Erkenntnis vom 23.4.2010, VwGH Zl.: 2008/04/0077, fordere, im gegenständlichen Vergabeverfahren erfüllt seien. Das Preisaufschlags- und Nachlassverfahren sei gemäß Paragraph 24, Absatz eins, BVergG 2006 nur „in begründeten Ausnahmefällen“ zulässig. Da das Gesetz keine Regelung darüber enthalte, welche begründeten Ausnahmefälle davon umfasst seien, sei (auch im Einklang mit den Gesetzesmaterialien) bei der Auslegung auf die ÖNORM A 2050 zurückzugreifen. Diese sehe eine Zulässigkeit des Preisaufschlags- und Nachlassverfahrens für „häufig wiederkehrende Leistungen, sofern diese Leistungen und die Umstände, unter denen sie erbracht werden sollen, hinreichend bekannt sind“ vor.

Regelmäßig wiederkehrende Instandhaltungs- und Sanierungsmaßnahmen fielen jedenfalls unter diese Definition. Das Preisaufschlags- und Nachlassverfahren sei weiters eine sinnvolle und gerechtfertigte Vorbeugung gegen spekulative Angebote. Die Zulässigkeit setze allerdings voraus, dass die zu erbringenden Leistungen samt den Umständen der Leistungserbringung im Leistungsverzeichnis hinreichend beschrieben seien. Laut Literatur und Judikatur werde dieser Voraussetzung durch eine Erstellung des Leistungsverzeichnisses unter Zugrundelegung einer standardisierten Leistungsbeschreibung entsprochen.

Im vorliegenden Fall sei das Leistungsverzeichnis unter Zugrundelegung der „Standardisierten Leistungsbeschreibung Hochbau“ erstellt worden, wobei der Positionstext für die einzelnen Leistungspositionen weitgehend mit der LB-Hochbau übereinstimme. Nur in geringfügigem Umfang sei in mit „Z“ gekennzeichneten Positionen davon abgewichen worden. Diese Positionen beträfen im Wesentlichen Baustellengemeinkosten, die Regieleistung Material und die Einholung von Rauchfangkehrerbefunden, da diesbezüglich auf die Umstände der Leistungserbringung abgestellt werden müsse.

Das von der Antragstellerin kritisierte Mengengerüst über die zu erwartende Anzahl von Abrufen, das keinen genauen Leistungsumfang vorhersehen ließe, sei insofern irrelevant, als nur der Umfang und die Leistung pro Einzelbaustelle für die Kalkulation relevant sei. Wie oft Einzelbaustellen anfielen, sei nicht kalkulationsrelevant.

Das Mengengerüst sei nichtsdestotrotz sachverständig ermittelt worden. Weiters handle es sich bei ca. 90% der Einzelabrufe um Aufträge mit einem Auftragswert von unter 2.500,-- Euro.

Die Antragsgegnerin habe bereits im Jahr 2002 einen Rahmenvertrag über „Rauchfangausschleif- und Instandsetzungsarbeiten“ und 1999 einen „Rahmenvertrag über Lieferung und Montage von Fangaufsätzen und Metallrauchfängen“ ausgeschrieben, die nunmehr in einem Rahmenvertrag zusammengefasst würden. Es sei jedoch vom Gesetz nicht gefordert, dass die in einem Preisaufschlags- und Nachlassverfahren zu vergebenden Leistungen bereits schon einmal in einem solchen Verfahren ausgeschrieben worden seien.

II) Weiters bringt die Antragstellerin vor, ihr sei dadurch ein unkalkulierbares Risiko entstanden, dass sie nur die Möglichkeit gehabt hätte, auf in Obergruppen zusammengefasste und unterschiedlich zu kalkulierende Leistungen Aufschläge und Nachlässe anzubieten. Der Verwaltungsgerichtshof habe in seiner Judikatur festgehalten, dass durch diese Vorgangsweise der Bieter gehindert werde, seine Kalkulation bei Angebotslegung umzusetzen und dadurch einem unkalkulierbaren Risiko ausgesetzt werde. Zwar müsse der Bieter nicht in die Lage versetzt werden, seine Kalkulation zu 100% umzusetzen, es dürfe ihm aber kein unzumutbares Risiko entstehen, was im gegenständlichen Fall jedoch gegeben sei. römisch zwei) Weiters bringt die Antragstellerin vor, ihr sei dadurch ein unkalkulierbares Risiko entstanden, dass sie nur die Möglichkeit gehabt hätte, auf in Obergruppen zusammengefasste und unterschiedlich zu kalkulierende Leistungen Aufschläge und Nachlässe anzubieten. Der Verwaltungsgerichtshof habe in seiner Judikatur festgehalten, dass durch diese Vorgangsweise der Bieter gehindert werde, seine Kalkulation bei Angebotslegung umzusetzen und dadurch einem unkalkulierbaren Risiko ausgesetzt werde. Zwar müsse der Bieter nicht in die Lage versetzt werden, seine Kalkulation zu 100% umzusetzen, es dürfe ihm aber kein unzumutbares Risiko entstehen, was im gegenständlichen Fall jedoch gegeben sei.

Dieses Vorbringen wurde von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vor dem VKS am 31.1.2013 erstmals in diesem Umfang erstattet. Die Antragstellerin führte dazu in der Verhandlung Folgendes aus:

Es mache einen Unterschied, ob die Leistung von einem in Wien ansässigen Unternehmen oder von einem Unternehmen von außerhalb Wiens erbracht werde. Dazu verweise die Antragstellerin auf Obergruppe 01, in der neben Baustellengemeinkosten die Integration der Mieterkoordination als Position enthalten sei. Bei der Baustelleneinrichtung werde ein auswärtiges Unternehmen üblicherweise höhere Kosten haben, als ein Wiener Unternehmen. Es könne aber bei der Mieterkoordination aufgrund besonderer Erfahrungen geringere Kosten haben. Es werde daher einen höheren Mischsatz ansetzen müssen, als ein Wiener Unternehmen, um in der Position „Baustellengemeinkosten“ einen kostendeckenden Preis zu kalkulieren und sei daher durch die Möglichkeit, einen Aufschlag nur auf Obergruppenebene anbieten zu können, benachteiligt.

III) Hinsichtlich der einzelnen von der Antragstellerin bekämpften Festlegungen führt diese in ihrem sekundären Feststellungsantrag Folgendes aus: römisch drei) Hinsichtlich der einzelnen von der Antragstellerin bekämpften Festlegungen führt diese in ihrem sekundären Feststellungsantrag Folgendes aus:

III. 1.) Punkt 3.3.2 lit f der Verfahrensbestimmungen lege fest, dass der Bieter bei den Referenzprojekten eine Rechnungsnummer anzugeben habe und diese in eine Excel-Liste einzutragen habe. Dies sei im taxativen Katalog des § 75 Abs. 2 BVergG 2006 für die Arten des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit nicht vorgesehen. Der Antragstellerin entstünde weiters durch die Einschränkung des Formats ein zusätzlicher Aufwand, da sie gezwungen sei, die Daten in eine EXCEL-Datei zu übertragen. römisch drei. 1.) Punkt 3.3.2 Litera f, der Verfahrensbestimmungen lege fest, dass der Bieter bei den Referenzprojekten eine Rechnungsnummer anzugeben habe und diese in eine Excel-Liste einzutragen habe. Dies sei im taxativen Katalog des Paragraph 75, Absatz 2, BVergG 2006 für die Arten des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit nicht vorgesehen. Der Antragstellerin entstünde weiters durch die Einschränkung des Formats ein zusätzlicher Aufwand, da sie gezwungen sei, die Daten in eine EXCEL-Datei zu übertragen.

Die Festlegung lautet: „Nach Punkt 3.3.2 - technische Leistungsfähigkeit, hat ein Bieter eine nach angebotenen Losen geordnete, für die Bearbeitung offene und chronologisch geordnete Excel-Liste vorzulegen, die u.a. folgende Angaben zu enthalten hat ... f) Rechnungsnummer.“

In den Punkten 3.4.2 (Arbeitsgemeinschaften) und 3.4.3 (Subunternehmer) wird beim Erfordernis von Referenzen auf die Liste gemäß Punkt 3.3.2 verwiesen.

Die Antragsgegnerin bringt dazu vor, § 75 Abs. 6 Z 1 BVergG 2006 lasse ausdrücklich die Vorlage einer Liste an Referenzen zu. Die Festlegung, was Inhalt dieser Liste zu sein habe, obliege dem Auftraggeber. Die Antragsgegnerin bringt dazu vor, Paragraph 75, Absatz 6, Ziffer eins, BVergG 2006 lasse ausdrücklich die Vorlage einer Liste an Referenzen zu. Die Festlegung, was Inhalt dieser Liste zu sein habe, obliege dem Auftraggeber.

Die Antragstellerin weise nicht nach, inwiefern sie durch die Führung dieser Liste in Excel in einem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt sei, zumal sie gemäß Punkt 6.1 der Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge, den sie nicht angefochten habe, über Excel verfügen müsse. Es handle sich dabei weiters um ein handelsübliches und weit verbreitetes Software-Programm.

Teil der Ausschreibungsunterlagen sei eine Muster-Referenzliste gewesen, die als Hilfe für die Bieter dienen sollte, und in deren Felder die geforderten Angaben vom Bieter nur mehr eingetragen werden mussten. Weiters gestatte ein einheitliches Listenformat eine leichtere Prüfbarkeit durch die Antragsgegnerin. Für die Bieter stelle diese Vorgangsweise ebenfalls eine Erleichterung dar, da sie sich die gemäß § 75 Abs. 2 bis 4 BVergG 2006 zulässige sofortige Vorlage von Referenznachweisen ersparten. Teil der Ausschreibungsunterlagen sei eine Muster-Referenzliste gewesen, die als Hilfe für die Bieter dienen sollte, und in deren Felder die geforderten Angaben vom Bieter nur mehr eingetragen werden mussten. Weiters gestatte ein einheitliches Listenformat eine leichtere Prüfbarkeit durch die Antragsgegnerin. Für die Bieter stelle diese Vorgangsweise ebenfalls eine Erleichterung dar, da sie sich die gemäß Paragraph 75, Absatz 2 bis 4 BVergG 2006 zulässige sofortige Vorlage von Referenznachweisen ersparten.

Im Übrigen sei der Referenznachweis laut Ausschreibung auch durch Eintragung im ANKÖ zulässig, sofern diese hinsichtlich Umfang und Aktualität den Festlegungen in der Ausschreibung entspreche.

III. 2.) Die Antragstellerin bringt weiters vor, Punkt 3.3.2 der Verfahrensbestimmungen lege fest, dass die Antragsgegnerin die Bieter gegebenenfalls auffordern werde, weitere Nachweise vorzulegen. Diese Festlegung widerspreche § 46 Abs. 3 BVergG 2006, wonach bereits in der Bekanntmachung anzugeben sei, welche Nachweise vorzulegen oder über Aufforderung nachzureichen seien, § 79 Abs. 2 BVergG 2006, wonach die Eignungsnachweise in die Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen seien, soweit sie nicht bereits in der Bekanntmachung angeführt waren, und § 75 Abs. 1 BVergG 2006, wonach die Antragsgegnerin keine anderen Nachweise verlangen dürfe, als die, die in Abs. 5 bis 7 vorgesehen seien. Die Herausgabe von Einzelrechnungen sei für den Bieter mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden. römisch drei. 2.) Die Antragstellerin bringt weiters vor, Punkt 3.3.2 der Verfahrensbestimmungen lege fest, dass die Antragsgegnerin die Bieter gegebenenfalls auffordern werde, weitere Nachweise vorzulegen. Diese Festlegung widerspreche Paragraph 46, Absatz 3, BVergG 2006, wonach bereits in der Bekanntmachung anzugeben sei, welche Nachweise vorzulegen oder über Aufforderung nachzureichen seien, Paragraph 79, Absatz 2, BVergG 2006, wonach die Eignungsnachweise in die Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen seien, soweit sie nicht bereits in der Bekanntmachung angeführt waren, und Paragraph 75, Absatz eins, BVergG 2006, wonach die Antragsgegnerin keine anderen Nachweise verlangen dürfe, als die, die in Absatz 5 bis 7 vorgesehen seien. Die Herausgabe von Einzelrechnungen sei für den Bieter mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden.

Die Festlegung lautet: „Verfahrensbestimmungen Punkt 3.3.2 - Zusätzliche Nachweise bei Referenzen (letzter Satz): Der Auftraggeber wird die Referenzliste prüfen und den Bieter gegebenenfalls auffordern, zusätzliche Nachweise (z.B. Einzelrechnungen, Auftraggeberbescheinigungen) innerhalb einer - vom Auftraggeber zu bestimmenden Frist - vorzulegen“.

Die Antragsgegnerin entgegnet dazu, dass die Festlegung, dass „zusätzliche Nachweise“ gefordert werden können, durch den Klammerausdruck „(z.B. Einzelrechnungen, Auftraggeberbescheinigungen)“ ohnedies auf das gemäß § 75 Abs. 2 bis 4 BVergG 2006 zulässige Ausmaß eingegrenzt sei. Es sei Pflicht des Auftraggebers, Referenzlisten zumindest stichprobenartig zu hinterfragen und erforderlichenfalls eine verbindliche schriftliche Aufklärung samt Nachweisen zu verlangen. In diesem Zusammenhang seien aber gerade die Nachweise zu verlangen, die der o.a. Klammerausdruck anführe. Die Antragsgegnerin entgegnet dazu, dass die Festlegung, dass „zusätzliche Nachweise“ gefordert werden

können, durch den Klammerausdruck „(z.B. Einzelrechnungen, Auftraggeberbescheinigungen)“ ohnedies auf das gemäß Paragraph 75, Absatz 2 bis 4 BVergG 2006 zulässige Ausmaß eingegrenzt sei. Es sei Pflicht des Auftraggebers, Referenzlisten zumindest stichprobenartig zu hinterfragen und erforderlichenfalls eine verbindliche schriftliche Aufklärung samt Nachweisen zu verlangen. In diesem Zusammenhang seien aber gerade die Nachweise zu verlangen, die der o.a. Klammerausdruck anführe.

Es sei nicht nachvollziehbar, inwiefern die Forderung nach „zusätzlichen Nachweisen“ die Antragstellerin von der Angebotslegung abhalten hätte können, zumal § 75 Abs. 2 BVergG 2006 bestimme, dass Auftraggeberbescheinigungen von vornherein gefordert werden dürften und die Vorlage erst auf Nachfrage eine Erleichterung für die Bieter darstelle. Es sei nicht nachvollziehbar, inwiefern die Forderung nach „zusätzlichen Nachweisen“ die Antragstellerin von der Angebotslegung abhalten hätte können, zumal Paragraph 75, Absatz 2, BVergG 2006 bestimme, dass Auftraggeberbescheinigungen von vornherein gefordert werden dürften und die Vorlage erst auf Nachfrage eine Erleichterung für die Bieter darstelle.

III. 3.) Im Weiteren bekämpft die Antragstellerin Punkt 1.1 der WD 307 und bringt vor, dass diese Festlegung alle Bieter und die von ihnen benannten Subunternehmer zur umfassenden und zeitlich sowie örtlich uneingeschränkten Geheimhaltung der Verfahrensunterlagen, auch gegenüber den Medien verpflichte, andernfalls der Bieter ausgeschieden werden könne. Die Bestimmung sei überschießend und nicht im Einklang mit § 23 Abs. 1 BVergG 2006, da keine Ausnahme dafür bestehe, dass ein Dritter ebenfalls einer Geheimhaltungspflicht unterliege. Weiters sei es unzulässig, den in § 129 BVergG 2006 enthaltenen taxativen Katalog an Ausscheidensgründen auszudehnen. römisch drei. 3.) Im Weiteren bekämpft die Antragstellerin Punkt 1.1 der WD 307 und bringt vor, dass diese Festlegung alle Bieter und die von ihnen benannten Subunternehmer zur umfassenden und zeitlich sowie örtlich uneingeschränkten Geheimhaltung der Verfahrensunterlagen, auch gegenüber den Medien verpflichte, andernfalls der Bieter ausgeschieden werden könne. Die Bestimmung sei überschießend und nicht im Einklang mit Paragraph 23, Absatz eins, BVergG 2006, da keine Ausnahme dafür bestehe, dass ein Dritter ebenfalls einer Geheimhaltungspflicht unterliege. Weiters sei es unzulässig, den in Paragraph 129, BVergG 2006 enthaltenen taxativen Katalog an Ausscheidensgründen auszudehnen.

Die Festlegung lautet: „WD 307, Punkt 1.1 - Verschwiegenheit: Der Bieter sowie alle von ihm benannten Subunternehmer verpflichten sich zur umfassenden und zeitlichen sowie örtlich unbeschränkten Geheimhaltung von Verfahrensunterlagen sowie der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse des Auftraggebers (in der Folge "AG") auch gegenüber verbundenen Unternehmen. Diese Verpflichtung ist uneingeschränkt auch gegenüber den Medien einzuhalten. Zuwiderhandeln berechtigt den AG zum Ausscheiden des betreffenden Bieters aus dem Vergabeverfahren. Der AG wird seinerseits den vertraulichen Charakter aller, die Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben gegenüber Dritten wahren".

Die Antragsgegnerin hält dem entgegen, dass die Antragstellerin den Begriff „Geheimhaltungspflicht“ missinterpretiere. Die WD 307 gelte für alle Vergabeverfahren der Stadt Wien, also auch solche, bei denen nicht öffentlich zugängliche Informationen gegenständlich seien. Im vorliegenden Vergabeverfahren seien sämtliche Verfahrensunterlagen im Internet verfügbar, weshalb die Antragstellerin durch den angefochtenen Punkt der WD nicht beschwert sein könne.

III. 4.) Die Antragstellerin macht weiters geltend, dass Punkt 1.3 der WD 307 bestimme, dass die Antragsgegnerin das Eigentumsrecht an allen im Rahmen des Vergabeverfahrens von Bietern übergebenen Unterlagen erwerbe. Eine Rückstellung an die Bieter erfolge nicht. Dies sei so auszulegen, dass die Antragsgegnerin alle Immaterialgüter an diesen Unterlagen erwerbe und die Bieter von der Einräumung von Nutzungsrechten ausgeschlossen wären. Eine solche Regelung sei im BVergG 2006 nicht vorgesehen. römisch drei. 4.) Die Antragstellerin macht weiters geltend, dass Punkt 1.3 der WD 307 bestimme, dass die Antragsgegnerin das Eigentumsrecht an allen im Rahmen des Vergabeverfahrens von Bietern übergebenen Unterlagen erwerbe. Eine Rückstellung an die Bieter erfolge nicht. Dies sei so auszulegen, dass die Antragsgegnerin alle Immaterialgüter an diesen Unterlagen erwerbe und die Bieter von der Einräumung von Nutzungsrechten ausgeschlossen wären. Eine solche Regelung sei im BVergG 2006 nicht vorgesehen.

Die Festlegung lautet: „WD 307, 1.3 - Verwendungs- und Verwertungsrechte: Der AG erwirbt das Eigentumsrecht an allen im Rahmen des Vergabeverfahrens von Bietern übergebenen Unterlagen. Eine Rückstellung der Unterlagen an die Bieter erfolgt nicht!"

Die Antragsgegnerin entgegnet, diese Bestimmung betreffe lediglich das sachenrechtliche Eigentum an den eingereichten Unterlagen. Für die Stadt Wien wäre es bei der großen Zahl an Vergabeverfahren unmöglich, alle Unterlagen an die Bieter zurückzustellen.

Die Bestimmung widerspreche nicht dem BVerG 2006, das Dokumentationspflichten bzw. eine Aufbewahrungspflicht für die übergebenen Unterlagen vorsehe, sowie normiere, dass diese Unterlagen nach Beendigung des Verfahrens nur auf Antrag zurückzustellen seien. Dieses Antragsrecht werde durch den angefochtenen Punkt der WD 307 nicht berührt.

Selbst wenn man aber mit der Antragstellerin davon ausgehen wollte, dass diese Bestimmung auch Immaterialgüterrechte erfasse, sei eine Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechte der Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren nicht denkbar, weil von den Bietern keine besonderen Ausarbeitungen verlangt würden, die Gegenstand von Immaterialgüterrechten sein könnten. Immaterialgüterrechte an einer Referenzliste oder einem Kurzleistungsverzeichnis gebe es aber nicht.

III. 5.) Zu Punkt 5.4.2 der Vertragsbestimmungen argumentiert die Antragstellerin, diese Festlegung sehe vor, dass Preisanpassungen erst mit dem Umrechnungsstichtag und nur im Ausmaß des Umrechnungsprozentsatzes zulässig seien. Diese Formulierung der Ausschreibung gewährleiste nicht, dass der Umrechnungsstichtag jener sei, auf den das Bundesministerium in seiner Bekanntmachung Bezug nehme. Nach dem Wortlaut bestimme die Auftraggeberin den Umrechnungsprozentsatz „auf Basis...der bekanntgegebenen Indexwerte“. In dieser Gestaltungsfreiheit der Auftraggeberin liege ein unkalkulierbares Risiko für die Bieter, da der Vertrag auf 3 Jahre mit einer optionalen Verlängerung um weitere 3 Jahre abgeschlossen werden soll. römisch drei. 5.) Zu Punkt 5.4.2 der Vertragsbestimmungen argumentiert die Antragstellerin, diese Festlegung sehe vor, dass Preisanpassungen erst mit dem Umrechnungsstichtag und nur im Ausmaß des Umrechnungsprozentsatzes zulässig seien. Diese Formulierung der Ausschreibung gewährleiste nicht, dass der Umrechnungsstichtag jener sei, auf den das Bundesministerium in seiner Bekanntmachung Bezug nehme. Nach dem Wortlaut bestimme die Auftraggeberin den Umrechnungsprozentsatz „auf Basis...der bekanntgegebenen Indexwerte“. In dieser Gestaltungsfreiheit der Auftraggeberin liege ein unkalkulierbares Risiko für die Bieter, da der Vertrag auf 3 Jahre mit einer optionalen Verlängerung um weitere 3 Jahre abgeschlossen werden soll.

Die Festlegung lautet: „Punkt 5.4.2 - Preisanpassungen: Auf Basis der vom Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend (oder der jeweiligen Nachfolgeinstanz) bekannt gegebenen endgültigen Indexwerte der Baukostenveränderungen zum 1. Mai errechnet der Auftraggeber den Umrechnungsprozentsatz. Innerhalb von längstens 4 (vier) Wochen nach der Bekanntgabe wird der Auftraggeber - unabhängig vom Schwellenwert - mitteilen, in welchem Ausmaß (Umrechnungsprozentsatz) sich die Preise ab welchem Datum (Umrechnungsstichtag) verändern. Der Umrechnungsstichtag wird nicht länger als 2 (zwei) Wochen nach der Mitteilung liegen. Die Mitteilung erfolgt durch Verständigung der Auftragnehmer mittels E-Mail oder Telefax“.

Die Antragsgegnerin bringt dazu vor, dass die Auslegung dieser Bestimmung durch die Antragstellerin weder mit dem Wortlaut, noch mit dem objektiven Erklärungswert in Einklang zu bringen sei. Die gewählte Formulierung sei von der Antragsgegnerin unter Beiziehung von Kalkulationssachverständigen und Vergaberechtsexperten gewählt worden, da der Aufwand für die Nachverrechnung der bei der Antragsgegnerin monatlich einlangenden Kleinstabrechnungen enorm sei. Der Administrativaufwand und die Kosten für Antragsgegnerin und Auftragnehmer seien regelmäßig höher, als der Rechnungsbetrag. Vor diesem Hintergrund sei eine Regelung gefunden worden, die Preisanpassungen und Nachverrechnungen für beide Parteien vereinfache, keine Partei benachteilige und für die Bieter kalkulierbar sei.

Keinesfalls stehe es im Ermessen der Antragsgegnerin, den Umrechnungsprozentsatz festzulegen. Dieser errechne sich, wie auch in der Bestimmung festgehalten, aufgrund der vom zuständigen Ministerium bekanntgegebenen Indexwerte der Baukostenveränderung zum 1. Mai ausgehend von der Preisbasis der Ausschreibung anhand der in der vertraglich vereinbarten ÖNORM 2111 vorgegebenen Formel. Dabei würden die Auftragnehmer insofern besser gestellt, als dies nach der aktuellen Fassung dieser ÖNORM der Fall wäre, da eine Preisanpassung auch unter 2% zu einer Indexsteigerung führe.

Eben so wenig könne sich die Antragsgegnerin den Umrechnungsstichtag aussuchen. Gemäß Punkt 5.4.2 der „Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge“ sei der Umrechnungsstichtag jener Stichtag, ab dem zu den geänderten Preisen abgerechnet werden müsse. Damit sollen Nachverrechnungen vermieden werden. Der Umrechnungsstichtag

dürfe nicht willkürlich in die Zukunft verlegt werden, vielmehr werde ausdrücklich angeordnet, dass der Umrechnungsstichtag nicht länger als zwei Wochen nach der entsprechenden Mitteilung an die Auftragnehmer liegen werde. Das sei in Etwa der Zeitraum, der auch von kleineren Unternehmen für die Umstellung benötigt werde.

Diese Vorgangsweise diene der Verwaltungsvereinfachung und mache allfällige von der Antragstellerin befürchtete „Verluste“ mehrfach wett. Weiters seien diese „Verluste“ durchaus kalkulierbar. Bei Überschreiten der Frist würde weiters eine rückwirkende Nachverrechnung erfolgen. Im Übrigen seien in Übereinstimmung mit den Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge im Gegensatz zur ÖNORM B 2111 auch Veränderungen von weniger als 2% vergütungsfähig. Diese Bestimmung sei daher kalkulierbar und erspare den Unternehmern Kosten, es sei daher nicht nachvollziehbar, inwiefern die Antragstellerin durch diese Bestimmung gehindert gewesen sein sollte, ein Angebot zu legen.

III. 6.) Die Antragstellerin macht weiters geltend, dass Nachverrechnungen gemäß Punkt 5.4.3 der Vertragsbestimmungen grundsätzlich nicht zulässig seien. Dies sei schon deshalb gröblich benachteiligend, weil davon auch Fälle erfasst seien, in denen Nachverrechnungen ohne Verschulden des Auftragnehmers erforderlich würden. Die Fallfrist von 12 Wochen widerspreche den allgemeinen Verjährungsbestimmungen. Die Regelung sei gröblich benachteiligend und widerspreche den Grundsätzen des lauterer Wettbewerbs. Ebenso benachteiligend sei die Bagatellgrenze von 200,-- Euro, unterhalb derer überhaupt keine Nachverrechnung gebühre, zumal es sich um viele Einzelaufträge handle, deren Leistungsumfang gering sei und die Bagatellgrenze typischerweise nicht überschreite. Mit dieser Vorgangsweise sei daher ein unkalkulierbares Risiko für die Bieter verbunden. römisch drei. 6.) Die Antragstellerin macht weiters geltend, dass Nachverrechnungen gemäß Punkt 5.4.3 der Vertragsbestimmungen grundsätzlich nicht zulässig seien. Dies sei schon deshalb gröblich benachteiligend, weil davon auch Fälle erfasst seien, in denen Nachverrechnungen ohne Verschulden des Auftragnehmers erforderlich würden. Die Fallfrist von 12 Wochen widerspreche den allgemeinen Verjährungsbestimmungen. Die Regelung sei gröblich benachteiligend und widerspreche den Grundsätzen des lauterer Wettbewerbs. Ebenso benachteiligend sei die Bagatellgrenze von 200,-- Euro, unterhalb derer überhaupt keine Nachverrechnung gebühre, zumal es sich um viele Einzelaufträge handle, deren Leistungsumfang gering sei und die Bagatellgrenze typischerweise nicht überschreite. Mit dieser Vorgangsweise sei daher ein unkalkulierbares Risiko für die Bieter verbunden.

Die Festlegung lautet: „Punkt 5.4.3 - Nachverrechnung: Nachverrechnungen sind unzulässig. Anderes gilt nur dann, wenn zwischen dem 1. Mai und zum Umrechnungsstichtag mehr als 16 (sechzehn) Wochen liegen. In diesem Fall dürfen alle Leistungen, die am 1. Mai bzw. zwischen 1. Mai und Umrechnungsstichtag erbracht worden sind, zu den angemessenen Preisen verrechnet werden.

Die Übermittlung von Nachverrechnungsrechnungen ist nur bis längstens 12 (zwölf) Wochen nach Mitteilung des Umrechnungsprozentsatzes und des Umrechnungsstichtages zulässig. Für die Rechtzeitigkeit kommt es auf den Eingang der ordnungsgemäßen Nachverrechnungsrechnung bei der zuständigen Buchhaltungsabteilung an. Die Nachverrechnung hat für jede Rechnung einzeln zu erfolgen; Sammlerrechnungen sind unzulässig. Für Einzelrechnungsbeträge kleiner als Euro 200,— gebührt keine Nachverrechnung (Bagatellgrenze)".

Die Antragsgegnerin führt dazu aus, dass zur Notwendigkeit der Nachverrechnungsregelung auf die Ausführungen zu den Vorpunkten verwiesen werde. Die Antragstellerin irre, wenn sie Punkt 5.4.3 der Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge auf alle Nachverrechnungen beziehe. Punkt 5.4 regle die Indexierung. In diesem Zusammenhang würden in Punkt 5.4.3 ausschließlich Nachverrechnungen infolge von Preisanpassungen geregelt. Eine Nachverrechnung werde für den Fall ausgeschlossen, dass der Auftragnehmer trotz Bekanntgabe des Umrechnungsprozentsatzes und des Umrechnungsstichtages nach den alten Preisen abrechne. Im Übrigen werde eine leicht handhabbare Regelung für den Zeitraum von 1.5. und dem mitgeteilten Umrechnungsstichtag getroffen.

Die Begrenzung, wonach Nachverrechnungen nur bis 12 Wochen nach Mitteilung des Umrechnungsstichtages und des Umrechnungsprozentsatzes zulässig seien, erkläre sich mit dem enormen administrativen Aufwand, der mit Nachverrechnungen verbunden sei. Die Prüfung, ob die vorgenommene Leistungsabgrenzung zum 1.5. stimme, setze eine zeitliche Nähe zur Leistungserbringung voraus. Im Übrigen würden die Auftragnehmer gegenüber der ÖNORM B 2110 sogar bessergestellt, da nach der ÖNORM Rechnungen spätestens zwei Monate nach der Leistungserbringung vorzulegen seien. Die WD 314 gewähre dafür 12 Wochen.

Die Bagatellgrenze sei eingezogen worden, um für beide Seiten unwirtschaftliche Nachverrechnungen hintanzuhalten.

Als Ausgleich allfälliger wirtschaftlicher Nachteile für die Auftragnehmer seien im Gegensatz zur ÖNORM B 2110 nicht einer, sondern zwei Umrechnungsstichtage und eine Preisanpassung auch bei einer Indexsteigerung von > 1% vorgesehen.

Da diese Regelung die Auftraggeber- und Auftragnehmerinteressen ausgewogen berücksichtige und leicht kalkulierbar sei, sei nicht erkennbar, inwiefern diese Regelung eine Angebotslegung negativ beeinflusse oder verunmögliche.

III. 7.) Die Antragstellerin führt weiters aus, Punkt 5.6.1 der Vertragsbestimmungen lege fest, dass bei einem zulässigen Wechsel von Subunternehmern vom Auftraggeber pauschal 500,-- Euro in Rechnung gestellt würden. Diese Bestimmung habe keine Grundlage im BVerG, sie sei gröblich benachteiligend, weil der Auftraggeberin durch den Subunternehmerwechsel kein vergleichbarer Aufwand entstehe. Sie stelle für die Bieter ein unkalkulierbares Risiko dar und verstoße gegen den Grundsatz des lauterer Wettbewerbs. römisch drei. 7.) Die Antragstellerin führt weiters aus, Punkt 5.6.1 der Vertragsbestimmungen lege fest, dass bei einem zulässigen Wechsel von Subunternehmern vom Auftraggeber pauschal 500,-- Euro in Rechnung gestellt würden. Diese Bestimmung habe keine Grundlage im BVerG, sie sei gröblich benachteiligend, weil der Auftraggeberin durch den Subunternehmerwechsel kein vergleichbarer Aufwand entstehe. Sie stelle für die Bieter ein unkalkulierbares Risiko dar und verstoße gegen den Grundsatz des lauterer Wettbewerbs.

Die Festlegung lautet: „Punkt 5.6.1 - Subunternehmer: Die Zulässigkeit eines Wechsels oder einer Nachnominierung von Subunternehmen richtet sich nach den (Zutreffendes ist angekreuzt) Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen (insbesondere Punkt 2.2.2 der WD 314).

Vor Zustimmung des Auftraggebers hat der Auftragnehmer zu begründen, aus welchem Grund er einen Subunternehmer wechseln bzw. nachnominieren will; gleichzeitig sind die zur Subunternehmerprüfung erforderlichen Nachweise vorzulegen. Der dem Auftraggeber mit der Prüfung eines Subunternehmers entstehende Aufwand wird dem Auftragnehmer mit pauschal Euro 500,— in Rechnung gestellt“.

Die Antragsgegnerin entgegnet, dass weder das BVerG 2006 noch die ÖNORM B 2110 ein Recht des Bieters auf Subunternehmerwechsel enthielten. Vielmehr müssten Bieter ihre Subunternehmer bereits im Angebot nominiert haben. Ein Auftraggeber dürfe somit ein Nachnominieren von Subunternehmern während der Vertragslaufzeit auch gänzlich ausschließen. Die Antragsgegnerin lasse ein solches Nachnominieren unter der Voraussetzung zu, dass ihr die Kosten der zusätzlichen Prüfschritte (Eignung) abgegolten würden. Es stünde jedoch dem Auftragnehmer auch frei, keinen Subunternehmerwechsel vorzunehmen.

Die Höhe der Aufwandsabgeltung von pauschal 500,-- Euro ergebe sich aus den langjährigen Erfahrungswerten der Antragsgegnerin und spiegle den Aufwand durch Einfordern von Nachweisen, Prüfung, Verarbeitung im eigenen System und Weitergabe von Informationen an die Baustellen wider.

III. 8.) Die Antragstellerin bringt weiters vor, dass den Auftragnehmern in Punkt 5.6.2 der Vertragsbestimmungen bei einer Fehlverrechnung zu Lasten des Auftraggebers ein Beitrag zu den Kosten der Rechnungsprüfung und Richtigstellung überbunden werde, der das Zweifache des Fehlbetrages, mindestens 15 Euro und höchstens 50% der Rechnungssumme betrage. Diese Regelung sei insofern sittenwidrig, als auch kleine Abweichungen zu einem Abzug von 15 Euro führten. Bei höheren Rechnungsbeträgen stehe die Deckelung mit 50% des Rechnungsbetrages in einem gröblichen Missverhältnis zum Aufwand der Auftraggeberin, weshalb diese Regelung die Unkalkulierbarkeit der angebotenen Leistung bewirke und einen Verstoß gegen den lauterer Wettbewerb darstelle. römisch drei. 8.) Die Antragstellerin bringt weiters vor, dass den Auftragnehmern in Punkt 5.6.2 der Vertragsbestimmungen bei einer Fehlverrechnung zu Lasten des Auftraggebers ein Beitrag zu den Kosten der Rechnungsprüfung und Richtigstellung überbunden werde, der das Zweifache des Fehlbetrages, mindestens 15 Euro und höchstens 50% der Rechnungssumme betrage. Diese Regelung sei insofern sittenwidrig, als auch kleine Abweichungen zu einem Abzug von 15 Euro führten. Bei höheren Rechnungsbeträgen stehe die Deckelung mit 50% des Rechnungsbetrages in einem gröblichen Missverhältnis zum Aufwand der Auftraggeberin, weshalb diese Regelung die Unkalkulierbarkeit der angebotenen Leistung bewirke und einen Verstoß gegen den lauterer Wettbewerb darstelle.

Die Festlegung lautet: „Punkt 5.6.2 - Rechnungsprüfung: Wird eine Fehlverrechnung zu Lasten des Auftraggebers festgestellt, ist der Auftraggeber berechtigt, vom Auftragnehmer einen Beitrag zu den Kosten der Rechnungsprüfung und des mit der Richtigstellung verbundenen Verwaltungsaufwands zu verlangen. Diese Kosten werden pauschal mit dem Zweifachen des Fehlbetrages, zumindest aber Euro 15,—, wenn diese erreicht sind, mit höchstens 50 % des

eingereichten Rechnungsbetrages, bemessen."

Die Antragsgegnerin hält diesem Vorbringen entgegen, dass der Abzug eines Pauschalsatzes bei Fehlverrechnungen zu Lasten der Antragsgegnerin deshalb berechtigt sei, da jeder Auftragnehmer zur sorgfältigen Prüfung seiner Rechnungslegung verpflichtet sei. Eine Fehlverrechnung zu Lasten der Antragsgegnerin stelle eine grobe Nachlässigkeit des Auftragnehmers dar.

Im gegenständlichen Rahmenvertrag handle es sich in über 90% der Fälle um Kleinbeträge mit einem Auftragswert unter 2.500,- Euro. Die Fehlverrechnung verursache jedoch bei der Antragsgegnerin einen erheblichen Aufwand. Häufig träten Fehler auch erst bei einer vertieften Prüfung der Rechnungen zu Tage.

Aufwandsersätze für Fehlverrechnungen könnten jedenfalls nur dann kalkulationsrelevant sein, wenn die Antragstellerin diese bewusst einkalkuliere, diesfalls wäre sie jedoch nicht schützenswert.

III. 9.) a. Die Antragstellerin macht weiters geltend, dass die WD 314 in zahlreichen Bestimmungen zum Nachteil der Auftragnehmer von der ÖNORM B 2110 abweiche. Dies widerspreche § 99 BVergG 2006, wonach den Vertragsbestimmungen grundsätzlich allgemeine Normen wie die zit. ÖNORM zu Grunde zu legen seien und Abweichungen nur bei Vorliegen sachlicher Gründe gerechtfertigt seien. Solche sachlichen Gründe seien bei den vorliegenden Abweichungen nicht erkennbar. Auch seien die Abweichungen qualitativ und quantitativ (mehr als 30 Abweichungen) zu weitgehend, um von Abweichungen von der Leitlinie in einzelnen Punkten sprechen zu können. römisch drei. 9.) a. Die Antragstellerin macht weiters geltend, dass die WD 314 in zahlreichen Bestimmungen zum Nachteil der Auftragnehmer von der ÖNORM B 2110 abweiche. Dies widerspreche Paragraph 99, BVergG 2006, wonach den Vertragsbestimmungen grundsätzlich allgemeine Normen wie die zit. ÖNORM zu Grunde zu legen seien und Abweichungen nur bei Vorliegen sachlicher Gründe gerechtfertigt seien. Solche sachlichen Gründe seien bei den vorliegenden Abweichungen nicht erkennbar. Auch seien die Abweichungen qualitativ und quantitativ (mehr als 30 Abweichungen) zu weitgehend, um von Abweichungen von der Leitlinie in einzelnen Punkten sprechen zu können.

Die WD 314 sei aber auch selbst keine geeignete Leitlinie i.S.d. § 99 Abs. 2 BVergG 2006 da sie vom Auftraggeber selbst gestaltet und nicht von dritter Seite zur Verfügung gestellt worden sei. Es sei daher bei der WD 314 nicht gewährleistet, dass sie einen ausgewogenen standardisierten Vertragsinhalt sicherstelle. Ein Interessenausgleich zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer sei daher nicht gegeben. Die WD 314 sei aber auch selbst keine geeignete Leitlinie i.S.d. Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006, da sie vom Auftraggeber selbst gestaltet und nicht von dritter Seite zur Verfügung gestellt worden sei. Es sei daher bei der WD 314 nicht gewährleistet, dass sie einen ausgewogenen standardisierten Vertragsinhalt sicherstelle. Ein Interessenausgleich zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer sei daher nicht gegeben.

Darauf erwidert die Antragsgegnerin, entgegen der Ansicht der Antragstellerin sei die WD 314 eine geeignete Leitlinie, da sie, wie in der Literatur gefordert, geeignet sei, den in § 99 Abs. 1 BVergG 2006 normierten Anforderungen an einen eindeutigen Leistungsvertrag Rechnung zu tragen. Sie enthalte zu allen in § 99 Abs. 1 BVergG 2006 aufgelisteten verpflichtenden Inhalten des Leistungsvertrages klare Regelungen. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei es nicht erforderlich, dass geeignete Leitlinien qualifiziert konsensual zustande kommen. Darauf erwidert die Antragsgegnerin, entgegen der Ansicht der Antragstellerin sei die WD 314 eine geeignete Leitlinie, da sie, wie in der Literatur gefordert, geeignet sei, den in Paragraph 99, Absatz eins, BVergG 2006 normierten Anforderungen an einen eindeutigen Leistungsvertrag Rechnung zu tragen. Sie enthalte zu allen in Paragraph 99, Absatz eins, BVergG 2006 aufgelisteten verpflichtenden Inhalten des Leistungsvertrages klare Regelungen. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei es nicht erforderlich, dass geeignete Leitlinien qualifiziert konsensual zustande kommen.

Die WD 314 baue auf der ÖNORM B 2110 auf und weiche nur in den aus Transparenzgründen kursiv gekennzeichneten Passagen davon ab. Sie stimme zu mehr als 75% mit der ÖNORM überein. Die Entstehung der WD 314 habe auch einen aufwändigen Abstimmungsprozess innerhalb der Stadt und mit den Interessensvertretungen enthalten. Die WD 314 würden seit 1.1.2012 jedem Bauauftrag der Stadt Wien, ihrer Unternehmungen und ausgegliederten Rechtsträger zu Grunde gelegt und habe auch davor schon mit vergleichbarem Inhalt bestanden.

Wenn man daher davon ausgeht, dass die WD 314 eine geeignete Leitlinie ist, müsse die Stadt Wien sie verwenden. Eine Überprüfungsbefugnis von Vergabekontrollbehörden bestehe nur im Hinblick auf eine allfällige Sittenwidrigkeit. § 19 Abs. 1 BVergG 2006 stelle keinen Prüfmaßstab dar, da diese Bestimmung nur für Vergabeverfahren gelte. Wenn man daher davon ausgeht, dass die WD 314 eine geeignete Leitlinie ist, müsse die Stadt Wien sie verwenden. Eine

Überprüfungsbefugnis von Vergabekontrollbehörden bestehe nur im Hinblick auf eine allfällige Sittenwidrigkeit. Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 stelle keinen Prüfmaßstab dar, da diese Bestimmung nur für Vergabeverfahren gelte.

Selbst wenn man nicht davon ausginge, dass die WD 314 eine geeignete Leitlinie sei, treffe es nicht zu, dass Abweichungen von der ÖNORM B 2110 einer sachlichen Begründung bedürften. Ein Abweichen in einzelnen Punkten sei vielmehr zulässig. Die Antragstellerin habe 11 Abweichungen ursprünglich beim VKS angefochten und 7 Anfechtungspunkte beim Verwaltungsgerichtshof aufrechterhalten.

Die angefochtenen Abweichungen wären nur dann vergaberechtswidrig, wenn sie sittenwidrig wären. Irrelevant sei, ob Abweichungen für den Auftragnehmer nachteilig seien. Eben so wenig müssten sie sachlich gerechtfertigt sein. Bereits in der Regierungsvorlage zu § 99 Abs. 2 BVergG 2006 werde festgehalten, dass die inhaltliche Grenze für die Möglichkeit, von Leitlinien abzuweichen, das Missbrauchsverbot bzw. die Sittenwidrigkeit sei. Dem entspreche auch die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes. Die angefochtenen Abweichungen wären nur dann vergaberechtswidrig, wenn sie sittenwidrig wären. Irrelevant sei, ob Abweichungen für den Auftragnehmer nachteilig seien. Eben so wenig müssten sie sachlich gerechtfertigt sein. Bereits in der Regierungsvorlage zu Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 werde festgehalten, dass die inhaltliche Grenze für die Möglichkeit, von Leitlinien abzuweichen, das Missbrauchsverbot bzw. die Sittenwidrigkeit sei. Dem entspreche auch die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes.

Die angefochtenen Bestimmungen erreichten auch nicht annähernd die Grenze der Sittenwidrigkeit, umso mehr, als die Schwelle bei Geschäften unter Unternehmern sehr hoch anzusetzen sei.

Im Einzelnen bekämpft die Antragstellerin folgende Abweichungen in der WD 314 von der ÖNORM B 2110:

III. 9.) b. Punkt 2.2.8.10.6 der WD 314 sehe vor, dass bei Meinungsverschiedenheiten über Materialien oder Leistungsteile etc. die Versuchs- und Forschungsanstalt der Stadt Wien für materialtechnische Untersuchungen als vereinbart gelte. Das Resultat gelte als anerkannt, die Kosten trage die unterlegene Partei. Diese Zuständigkeitsvereinbarung bleibe auch aufrecht, wenn die Anstalt ihre Akkreditierung verliere. Damit widerspreche diese Bestimmung Punkt 6.2.8.10.6 der ÖNORM B 2110. Diese Bestimmung sei weiters gröblich benachteiligend und verstoße gegen § 19 Abs. 1 BVergG 2006, da diese Anstalt dem Einflussbereich der Auftraggeberin unterliege. römisch drei. 9.) b. Punkt 2.2.8.10.6 der WD 314 sehe vor, dass bei Meinungsverschiedenheiten über Materialien oder Leistungsteile etc. die Versuchs- und Forschungsanstalt der Stadt Wien für materialtechnische Untersuchungen als vereinbart gelte. Das Resultat gelte als anerkannt, die Kosten trage die unterlegene Partei. Diese Zuständigkeitsvereinbarung bleibe auch aufrecht, wenn die Anstalt ihre Akkreditierung verliere. Damit widerspreche diese Bestimmung Punkt 6.2.8.10.6 der ÖNORM B 2110. Diese Bestimmung sei weiters gröblich benachteiligend und verstoße gegen Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006, da diese Anstalt dem Einflussbereich der Auftraggeberin unterliege.

Die Festlegung lautet: „WD 314 Punkt 2.2.8.10.6: Bei Meinungsverschiedenheiten über die Eigenschaften von Materialien oder Leistungsteilen, für die allgemein gültige Prüfverfahren bestehen, oder bei Meinungsverschiedenheiten über die Zuverlässigkeit der bei der Prüfung angewendeten Maschinen und des Prüfverfahrens gilt die Versuchs- und Forschungsanstalt der Stadt Wien für die materialtechnische Untersuchung als vereinbart, soweit deren Einrichtungen für den Prüffall ausreichen. Das Ergebnis solcher Prüfungen gilt als anerkannt. Die Kosten trägt der unterliegende Teil.“

Die Antragsgegnerin hält dieser Argumentation entgegen, dass die Versuchs- und Forschungsanstalt – Labor für Bautechnik der MA 39 unstrittig durch das Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend gemäß Akkreditierungsgesetz und das Österreichische Institut für Bautechnik (OIB) gemäß Wiener Bauprodukte- und Akkreditierungsgesetz bevollmächtigt sei. Die MA 39 sei nach ISO 9001:2008 (Qualitätsmanagementsystem) und ISO 14001:2009 (Umweltmanagementsystem) durch die Quality Austria sowie gemäß ISO 9001:2008 durch die IQ-Net qualifiziert. Sie sei eine anerkannte Prüfstelle für die Bauregelliste des Deutschen Instituts für Bautechnik, für das Europäische Gütezeichen, etc. Die Eignung der Versuchs- und Forschungsanstalt könne somit nicht ernsthaft in Frage gestellt werden. Der Fall, dass die Akkreditierungen und Zertifizierungen wegfielen, sei rein hypothetisch.

Die Zuständigkeit beziehe sich nur auf Fälle, in denen Meinungsverschiedenheiten über die Eigenschaft von Materialien oder Leistungsteilen bestünden, für die allgemein gültige Prüfverfahren bestehen. Die Objektivität der

Prüfung sei bereits durch die vorgegebenen Prüfschritte und die allgemein gültigen Prüfverfahren sichergestellt. Die Mitarbeiter der MA 39 unterlägen bei ihrer Prüftätigkeit keinen Weisungen und unterlägen der strengen Sachverständigenhaftung gemäß §§ 1299f ABGB. Die Zuständigkeit beziehe sich nur auf Fälle, in denen Meinungsverschiedenheiten über die Eigenschaft von Materialien oder Leistungsteilen bestünden, für die allgemein gültige Prüfverfahren bestehen. Die Objektivität der Prüfung sei bereits durch die vorgegebenen Prüfschritte und die allgemein gültigen Prüfverfahren sichergestellt. Die Mitarbeiter der MA 39 unterlägen bei ihrer Prüftätigkeit keinen Weisungen und unterlägen der strengen Sachverständigenhaftung gemäß Paragraphen 1299 f, ABGB.

Das Ergebnis sei für beide Teile bindend. Die Vorgangsweise diene dazu, unnötige Verzögerungen durch einen Gutachterstreit hintanzuhalten. Der Antragstellerin bleibe es unbenommen, in einem nachfolgenden Gerichtsverfahren ein Gegengutachten einzuholen.

III. 9.) c. Zu Punkt 3.4.2 der WD 314 führt die Antragstellerin aus, diese Festlegung sehe bei Überschreitung der vertraglich vereinbarten Leistungsfrist, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten habe, vor, dass nur die zeitgebundenen Gemein- und Gerätekosten der Baustelle für die Zeit der Überschreitung, jedoch nur im tatsächlich geleisteten Umfang und höchstens zum angebotenen Preis je Zeiteinheit vergütet würden. Bei Überschreitungen der vertraglich festgelegten Leistungsfrist, die der Auftragnehmer zu vertreten habe, erfolge keine Vergütung dieser Kosten. römisch drei. 9.) c. Zu Punkt 3.4.2 der WD 314 führt die Antragstellerin aus, diese Festlegung sehe bei Überschreitung der vertraglich vereinbarten Leistungsfrist, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten habe, vor, dass nur die zeitgebundenen Gemein- und Gerätekosten der Baustelle für die Zeit der Überschreitung, jedoch nur im tatsächlich geleisteten Umfang und höchstens zum angebotenen Preis je Zeiteinheit vergütet würden. Bei Überschreitungen der vertraglich festgelegten Leistungsfrist, die der Auftragnehmer zu vertreten habe, erfolge keine Vergütung dieser Kosten.

Diese Bestimmung lasse im Unklaren, welche Kosten (Zahlungen an Dritte oder auch interne Kosten) hier mit zu berücksichtigen seien.

Sie weiche auch von § 1168 ABGB ab, wonach ein Auftragnehmer bei einer vom Auftraggeber zu vertretenden Überschreitung der Leistungsfrist nicht schlechter gestellt werden dürfe, als im Fall des Unterbleibens der Ausführung. Es komme ihm daher auch ein Anspruch auf den Teil des Werklohns zu, der seinem Gewinnaufschlag entspreche. Sie weiche auch von Paragraph 1168, ABGB ab, wonach ein Auftragnehmer bei einer vom Auftraggeber zu vertretenden Überschreitung der Leistungsfrist nicht schlechter gestellt werden dürfe, als im Fall des Unterbleibens der Ausführung. Es komme ihm daher auch ein Anspruch auf den Teil des Werklohns zu, der seinem Gewinnaufschlag entspreche.

Weiters widerspreche diese Bestimmung der ÖNORM B 2110, wobei nicht ersichtlich sei, dass im konkreten Fall eine Abweichung vom allgemeinen Zivilrecht erforderlich bzw. sachlich gerechtfertigt sei. Die Vereinbarung führe zu einer Unkalkulierbarkeit des Angebots, da der Auftragnehmer bei seiner Angebotskalkulation nicht vorhersehen könne, wie oft der Auftraggeber eine Leistungsverzögerung zu vertreten haben werde.

Die Festlegung lautet: „WD 314 Punkt 3.4.2 - Anpassung der Leistungsfrist und des Entgelts (3. Absatz): Bei Überschreitung der vertraglich festgelegten Leistungsfrist, die der AN nicht zu vertreten hat, werden nur die zeitgebundenen Gemein- und Gerätekosten der Baustelle für die Zeit der Überschreitung im Rahmen der vorgelegten Aufgliederung, jedoch nur im tatsächlichen geleisteten Umfang und höchstens zum angebotenen Preis je Zeiteinheit, vergütet. Bei Überschreitung der vertraglich festgelegten Leistungsfrist, die der AN zu vertreten hat, erfolgt keine Vergütung der zeitgebundenen Gemein- und Gerätekosten der Baustelle für die Zeit der Überschreitung“.

Die Antragsgegnerin führt dazu aus, dass die Bedenken der Antragstellerin verfehlt seien, weil der Auftragnehmer ohnedies alle jene Kosten vergütet erhalte, die ihm durch die Verzögerung entstünden. Er erleide keinen Verlust.

Im Übrigen übersehe die Antragstellerin, dass für den gegenständlichen Auftrag, abgesehen von einer Seilwinde, keine besonderen Geräte erforderlich seien, die vorgehalten werden müssten. Sie übersehe weiters, dass es sich bei über 90% der Fälle um Kleinaufträge handle, die an einem Tag abgeschlossen seien und bei denen eine Verzögerung so gut wie ausgeschlossen sei.

Ein Ersatz des entgangenen Gewinns gebühre nach den zivilrechtlichen Vorschriften nur, wenn der Schaden grob fahrlässig oder vorsätzlich herbeigeführt worden sei. Es solle daher etwas zugestanden werden, was zivilrechtlich gar nicht vorgesehen sei. Eine solche Regelung würde weiters zu einer unzumutbaren Belastung der Antragsgegnerin

führen, die nicht mit dem Sparsamkeit- und Wirtschaftlichkeitsgebot der öffentlichen Verwaltung vereinbar sei. Weiters sei nicht nachvollziehbar, inwiefern der Nichtersatz von entgangenem Gewinn bei faktisch gar nicht zu erwartenden Stehzeiten auf einer Kleinstbaustelle der Antragstellerin eine Angebotslegung unmöglich machen sollte.

III. 9.) d. Die Antragstellerin bringt weiters vor, in Punkt 4.3.7 der WD 314 werde in Erweiterung des Punktes 8.3.7 ÖNORM B 2110 ein Mindestpauschale von 1% der Bruttorechnungssumme bei Verzug bei Rechnungslegung vereinbart, sofern die dem Auftraggeber tatsächlich entstandenen Kosten nicht höher seien. Auch hier sei nicht ersichtlich, weshalb eine Abweichung vom Zivilrecht und der ÖNORM erforderlich sei. Es sei gröblich benachteiligend, wenn die Auftragnehmerin der Auftraggeberin einen höheren, als den tatsächlichen Aufwand ersetzen müsse. römisch drei. 9.) d. Die Antragstellerin bringt weiters vor, in Punkt 4.3.7 der WD 314 werde in Erweiterung des Punktes 8.3.7 ÖNORM B 2110 ein Mindestpauschale von 1% der Bruttorechnungssumme bei Verzug bei Rechnungslegung vereinbart, sofern die dem Auftraggeber tatsächlich entstandenen Kosten nicht höher seien. Auch hier sei nicht ersichtlich, weshalb eine Abweichung vom Zivilrecht und der ÖNORM erforderlich sei. Es sei gröblich benachteiligend, wenn die Auftragnehmerin der Auftraggeberin einen höheren, als den tatsächlichen Aufwand ersetzen müsse.

Die Festlegung lautet: „WD 314 Punkt 4.3.7 - Verzug bei Rechnungslegung (letzter Satz): Unterlässt es der AN innerhalb der sich aus 4.3.5.2 ergebenden Frist eine überprüfbare Schluss- oder Teilschlussrechnung vorzulegen und hält er eine ihm gestellte Nachfrist nicht ein, ist der AG berechtigt, selbst eine Abrechnung aufzustellen oder aufstellen zu lassen. Hierfür kann er eine angemessene Vergütung verlangen. Als Vergütung hat der AN die dem AG tatsächlich entstandenen Kosten, mindestens jedoch 1 % der Bruttorechnungssumme (ohne Abzüge, inklusive USt.), zu leisten“.

Die Antragsgegnerin führt dazu aus, die Antragstellerin übersehe Punkt 8.3.7 der ÖNORM B 2110, wonach der Auftraggeber selbst eine Abrechnung erstellen oder erstellen lassen und dafür eine angemessene Vergütung verlangen kann, wenn es der Auftragnehmer unterlässt, innerhalb der festgesetzten Frist eine überprüfbare Schluss- oder Teilschlussrechnung zu legen. Die angefochtene Regelung sei nur eine dazu ergänzende Bestimmung.

Im Hinblick auf die geringen Auftragssummen in 90% der Geschäftsfälle des gegenständlichen Auftrags sei nicht mit hohen Summen dieser Mindestpauschale zu rechnen, sondern würden diese nicht einmal die tatsächlichen Kosten der Antragsgegnerin für die alleine aufgrund der Säumnis der Auftragnehmer erforderliche ersatzweise Rechnungslegung abdecken.

III. 9.) e. Die Antragstellerin macht weiters geltend, Punkt 4.4.1.5 der WD 314 sehe in Ergänzung zu Punkt 8.4.1.5 erster Satz der ÖNORM B 2110 vor, dass der Auftragnehmer bei Rechnungskorrekturen unter 150,-- Euro keine Mitteilung der Auftraggeberin erhalte. Eine solche Mitteilung erhalte der Auftragnehmer nur dann, wenn die Abweichung größer als 1,5% des Rechnungsbetrages sei. Auch diese Abweichung von der ÖNORM sei sachlich nicht gerechtfertigt. Sie sei sittenwidrig, weil sie die Verfolgung der Ansprüche der Auftragnehmerin erschwere. römisch drei. 9.) e. Die Antragstellerin macht weiters geltend, Punkt 4.4.1.5 der WD 314 sehe in Ergänzung zu Punkt 8.4.1.5 erster Satz der ÖNORM B 2110 vor, dass der Auftragnehmer bei Rechnungskorrekturen unter 150,-- Euro keine Mitteilung der Auftraggeberin erhalte. Eine solche Mitteilung erhalte der Auftragnehmer nur dann, wenn die Abweichung größer als 1,5% des Rechnungsbetrages sei. Auch diese Abweichung von der ÖNORM sei sachlich nicht gerechtfertigt. Sie sei sittenwidrig, weil sie die Verfolgung der Ansprüche der Auftragnehmerin erschwere.

Die Festlegung lautet: „WD 314 Punkt 4.4.1.5 - Fälligkeiten (2. Absatz): Weicht eine Zahlung vom Rechnungsbetrag ab, erhält der AN hierüber eine Mitteilung, wenn die Korrektur des in Rechnung gestellten Entgeltes größer als 1,5 % des Rechnungsbetrages ist. Eine Mitteilung über Rechnungskorrekturen unter Euro 150,-- erfolgt nicht“.

Dem hält die Antragsgegnerin entgegen, dass der Auftragnehmer für eine ordnungsgemäße Leistungserbringung und für eine vertragskonforme Abrechnung ausschließlich selbst verantwortlich sei. Bei sorgfältiger Abrechnung komme es nicht zu Fehlverrechnungen, wenn der Auftragnehmer allerdings falsche Rechnungen liefere, sei er nicht schutzwürdig. Sollten trotz sorgfältiger Rechnungslegung Rechnungskorrekturen erforderlich sein, wäre es für den Auftragnehmer wesentlich leichter, diesen selbst nachzugehen, als es dies für die Antragsgegnerin sei, die monatlich tausende Kleinstbetragsrechnungen zu bearbeiten habe, und für die eine Mitteilungspflicht einen erheblichen administrativen Mehraufwand darstelle. Inwiefern eine solche Vorgangsweise Einfluss auf eine Angebotslegung haben soll, sei nicht nachvollziehbar.

III. 9.) f. Die Antragstellerin macht weiters geltend, dass dem Auftragnehmer gemäß Punkt 4.4.1.6 der WD 314 im Falle des Zahlungsverzuges durch den Auftraggeber 4% Verzugszinsen zustünden. Für den Fall der Überzahlung der

Schlussrechnung soll der Rückforderungsanspruch des Auftraggebers mit 9% verzinst sein. Diese Bestimmung weiche von Punkt 8.4.3 der ÖNORM B 2210 ab, die einen Zinssatz von 8% über dem Basiszinssatz vorsehe, und sei gröblich benachteiligend. römisch drei. 9.) f. Die Antragstellerin macht weiters geltend, dass dem Auftragnehmer gemäß Punkt 4.4.1.6 der WD 314 im Falle des Zahlungsverzuges durch den Auftraggeber 4% Verzugszinsen zustünden. Für den Fall der Überzahlung der Schlussrechnung soll der Rückforderungsanspruch des Auftraggebers mit 9% verzinst sein. Diese Bestimmung weiche von Punkt 8.4.3 der ÖNORM B 2210 ab, die einen Zinssatz von 8% über dem Basiszinssatz vorsehe, und sei gröblich benachteiligend.

Die Festlegung lautet: „WD 314 Punkt 4.4.1.6 und 4.4.3 - Zahlung: Werden Zahlungen nicht fristgerecht geleistet, gebühren für den offenen Betrag vom Ende der Zahlungsfrist an, sofern nichts anderes vereinbart ist, Zinsen in der Höhe von 4 % p.a....Die Überzahlung der Schlussrechnung ist von ihrem Eintritt an mit 9 % p.a. zu verzinsen“.

Die Antragsgegnerin bringt dazu vor, eine unsachliche Differenzierung bei den Verzugszinssätzen liege insofern nicht vor, als in der angefochtenen Bestimmung lediglich die Überzahlung der Schlussrechnung mit 9% p.a. zu verzinsen sei. Eine solche Überzahlung könne es aber nur geben, wenn der Auftragnehmer einen groben Fehler begangen und zu viel verrechnet habe. In diesem Fall sei der Auftragnehmer nicht schutzwürdig. Im Übrigen orientiere sich der gewählte Prozentsatz ohnedies an den von der Antragstellerin geforderten 8% über dem Basiszinssatz.

Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb es für die Antragstellerin gröblich benachteiligend sein soll, wenn im Falle des Zahlungsverzugs der Auftraggeberin Zinsen von 4% p.a. vorgesehen seien. Die Zinsregelungen des ABGB und des UGB seien nicht zwingendes Recht. Weiters entsprächen die festgesetzten 4% Verzugszinsen dem Standardprozentsatz für alle Nicht-Unternehmergeschäfte.

Gerade im Hinblick auf das derzeitige und auch in näherer Zukunft bestehende Zinsniveau, wodurch die Gefahr, dass sich die Antragsgegnerin einen billigen Kredit sichern wolle, sei die Bestimmung nicht sittenwidrig. Im Übrigen stehe es der Antragstellerin frei, ausstehende Zahlungen gerichtlich durchzusetzen.

III. 9.) g. Die Antragstellerin verweist weiters auf Punkt 8.2.3.3 der WD 314 und bringt vor, diese Festlegung bestimme, dass die Vermutung, dass Mängel bereits bei Übernahme vorhanden gewesen seien, für den gesamten Gewährleistungszeitraum gelten soll. Das widerspreche Punkt 12.2.3.3 der ÖNORM B 2110 und § 924 ABGB, wonach diese Vermutung nur für sechs Monate bestehe. Für diese Erweiterung bestehe keine sachliche Rechtfertigung. römisch drei. 9.) g. Die Antragstellerin verweist weiters auf Punkt 8.2.3.3 der WD 314 und bringt vor, diese Festlegung bestimme, dass die Vermutung, dass Mängel bereits bei Übernahme vorhanden gewesen seien, für den gesamten Gewährleistungszeitraum gelten soll. Das widerspreche Punkt 12.2.3.3 der ÖNORM B 2110 und Paragraph 924, ABGB, wonach diese Vermutung nur für sechs Monate bestehe. Für diese Erweiterung bestehe keine sachliche Rechtfertigung.

Die Festlegung lautet: „WD 314 Punkt 8.2.3.3. regelt: Treten Mängel innerhalb der Gewährleistungsfrist auf, wird vermutet, dass diese Mängel zum Zeitpunkt der Übernahme vorhanden waren. Die Vermutung tritt nicht ein, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist.“

Die Antragsgegnerin führt dazu aus, dass eine solche Regelung im täglichen Geschäftsleben üblich sei und langwierige Beweisprobleme hintanhaltend soll. Sie trete immer dann nicht ein, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels nicht vereinbar sei.

Im vorliegenden Fall erfolge entsprechend Punkt 6 des Angebotsformblattes MD-BD SR 75 keine förmliche Übernahme, da eine solche bei den vielen Kleinstaufträgen unwirtschaftlich wäre. Wäre die Regelung nun auf sechs Monate begrenzt, müsste vor Ablauf dieser Frist eine Zwischenfeststellung des Zustandes des jeweiligen Rauchfanges durchgeführt werden, was ebenso unwirtschaftlich wäre. Weiters träten bei Rauchfängen Mängel regelmäßig erst nach der nächsten Heizperiode zutage, was eine Beweislastverschiebung zu Lasten der Antragsgegnerin unbillig mache.

III. 9.) h. Die Antragstellerin bekämpft weiters Punkt 8.3 der WD 314 und führt aus, diese Festlegung regle, dass der Auftragnehmer unbeschränkt bei jedem Grad des Verschuldens, der Auftraggeber nur bei grobem Verschulden hafte. Dies weiche von Punkt 12.3 der ÖNORM B 2110 ab und bewirke eine gröbliche Benachteiligung des Auftragnehmers, zumal beide Vertragspartner nur Anspruch auf Ersatz des tatsächlichen Schadens und nicht des entgangenen Gewinns hätten. Die Stadt Wien als Nicht-Unternehmerin könne per definitionem keinen Anspruch auf entgangenen Gewinn haben. römisch drei. 9.) h. Die Antragstellerin bekämpft weiters Punkt 8.3 der WD 314 und führt aus, diese Festlegung regle, dass der Auftragnehmer unbeschränkt bei jedem Grad des Verschuldens, der Auftraggeber nur bei grobem

Verschulden hafte. Dies weiche von Punkt 12.3 der ÖNORM B 2110 ab und bewirke eine gröbliche Benachteiligung des Auftragnehmers, zumal beide Vertragspartner nur Anspruch auf Ersatz des tatsächlichen Schadens und nicht des entgangenen Gewinns hätten. Die Stadt Wien als Nicht-Unternehmerin könne per definitionem keinen Anspruch auf entgangenen Gewinn haben.

Der Auftragnehmer hafte bei leichtem Verschulden unbegrenzt, bei grober Fahrlässigkeit aber nur für den tatsächlichen Schaden des Auftraggebers.

Weiters habe der Auftragnehmer Verwaltungskostenzuschläge für Schadensfeststellung und Schadensbegutachtung zu ersetzen und zwar unabhängig vom Grad des Verschuldens. Diese Regelung sei sachlich nicht gerechtfertigt und widerspreche den guten Sitten, sowie § 99 Abs. 2 und § 19 Abs. 1 BVergG 2006. Weiters habe der Auftragnehmer Verwaltungskostenzuschläge für Schadensfeststellung und Schadensbegutachtung zu ersetzen und zwar unabhängig vom Grad des Verschuldens. Diese Regelung sei sachlich nicht gerechtfertigt und widerspreche den guten Sitten, sowie Paragraph 99, Absatz 2 und Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006.

Die Festlegung lautet: „WD 314 Punkt 8.3 - Schadenersatz allgemein: 8.3.1 der AN haftet, sofern im Vertrag nichts Abweichendes festgelegt ist, nach den allgemeinen, zivilrechtlichen Bestimmungen.

Der AG haftet dem AN lediglich für grobes Verschulden.

Im Falle der groben Fahrlässigkeit besteht sowohl für den AG als auch für den AN allerdings nur ein Anspruch auf Ersatz des tatsächlichen Schadens, nicht jedoch des entgangenen Gewinns.

Weiters hat der AN dem AG auch jenen Verwaltungsaufwand zu ersetzen, der dem AG durch die Schadensfeststellung und Schadensbegutachtung, die Verhandlungen mit dem Vertragspartner sowie dessen Überwachung entstanden ist. Um Schwierigkeiten und einen erheblichen Aufwand des AG bei der Feststellung zu vermeiden, wird von den Vertragspartnern folgender pauschalierter Verwaltungskostenzuschlag vereinbart, der vom AN bei jedem Grad des Verschuldens zu ersetzen ist: ...".

Die Antragsgegnerin hält dieser Argumentation entgegen, dass die Antragstellerin übersehe, dass eine Haftung der Antragsgegnerin bei den gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen nicht denkbar sei. Auch eine Bauaufsicht bzw. eine förmliche Übernahme sei nicht vorgesehen. Auch sei der Auftragnehmer bei den gegenständlichen Aufträgen der einzige Professionist auf der Baustelle. Eine schadenersatzrechtliche Haftung als Werkbesteller komme daher nicht einmal theoretisch in Frage.

Im Übrigen könne der Antragstellerin kein Schaden daraus entstehen, dass sie nach den Regeln des ABGB, somit nach dem für jedermann geltenden Recht, hafte, zumal es sich um gefahrgeneigte Tätigkeiten handle, die potentiell gesundheitsgefährdend und feuerpolizeilich relevant seien. Es gelinge der Antragstellerin nicht darzulegen, inwiefern sie durch diese Bestimmung an einer Angebotslegung gehindert sei.

III. 9.) i. Die Antragstellerin bringt weiters vor, in Punkt 8.7 der WD 314 werde eine Konventionalstrafe für die Nichteinhaltung von arbeitsrechtlichen Bestimmungen festgesetzt. Dies widerspreche § 84 Abs. 2 BVergG 2006, wonach der Auftraggeber in der Ausschreibung vorzusehen habe, dass die arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen vom Bieter bei der Angebotserstellung und bei der Auftragsdurchführung eingehalten würden. Eine Vereinbarung eines pauschalierten Schadenersatzes für die Nichteinhaltung sei daher nicht zulässig. Die Bestimmung führe weiters zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Auftraggebers. Sie sei sittenwidrig, weil sie verschuldensunabhängig sei. Der Auftragnehmer, der den kollektivvertraglichen Grundlohn nicht einhalte, zahle de facto doppelt, da die Verletzung dieser Vorschriften auch verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert sei. römisch drei. 9.) i. Die Antragstellerin bringt weiters vor, in Punkt 8.7 der WD 314 werde eine Konventionalstrafe für die Nichteinhaltung von arbeitsrechtlichen Bestimmungen festgesetzt. Dies widerspreche Paragraph 84, Absatz 2, BVergG 2006, wonach der Auftraggeber in der Ausschreibung vorzusehen habe, dass die arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen vom Bieter bei der Angebotserstellung und bei der Auftragsdurchführung eingehalten würden. Eine Vereinbarung eines pauschalierten Schadenersatzes für die Nichteinhaltung sei daher nicht zulässig. Die Bestimmung führe weiters zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Auftraggebers. Sie sei sittenwidrig, weil sie verschuldensunabhängig sei. Der Auftragnehmer, der den kollektivvertraglichen Grundlohn nicht einhalte, zahle de facto doppelt, da die Verletzung dieser Vorschriften auch verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert sei.

Die Festlegung lautet: „WD 314 Punkt 8.7 - Konventionalstrafe bei Lohn- und Sozialdumping: Für den Fall, dass einem

Arbeitnehmer der ihm zustehenden kollektivvertragliche Grundlohn nicht geleistet wird, wird eine Konventionalstrafe vereinbart. Sie beträgt für jeden betroffenen Arbeitnehmer ein Prozent der gesamten Bruttoauftragssumme, mindestens jedoch Euro 2.500,--. Für die gesamte fällige Vertragsstrafe wird ein Höchstbetrag von Euro 250.000,— festgelegt.

Für den Fall, dass sonstige, durch Kollektivvertrag, Betriebsvereinbarung oder Einzelvertrag festgelegte Bestimmungen nicht oder nicht in voller Höhe eingehalten werden, wird eine Konventionalstrafe von Euro 1.000,— für jeden betroffenen Arbeitnehmer vereinbart. Diese Konventionalstrafe kommt unabhängig von anderen Konventionalstrafen zur Anwendung und ist nicht in allenfalls vorgesehene Höchstbeträge einzurechnen."

Die Antragsgegnerin hält dem entgegen, dass gemäß § 84 BVerGG 2006 eine gesetzliche Verpflichtung bestehe, die arbeits- und sozialrechtlichen Regeln zu überbinden. Im Übrigen sei ein Auftragnehmer, der bewusst mit Verstößen gegen diese Bestimmungen kalkuliere, nicht schutzwürdig. Die Antragsgegnerin hält dem entgegen, dass gemäß Paragraph 84, BVerGG 2006 eine gesetzliche Verpflichtung bestehe, die arbeits- und sozialrechtlichen Regeln zu überbinden. Im Übrigen sei ein Auftragnehmer, der bewusst mit Verstößen gegen diese Bestimmungen kalkuliere, nicht schutzwürdig.

Die angefochtene Bestimmung überbinde diese Verpflichtungen auf den Vertragspartner und mache sie zu vertraglichen Leistungspflichten. Zur Sicherstellung ihrer Einhaltung werde die Verletzung mit einer Vertragsstrafe verbunden. Ein solches Pönale sei gemäß § 1336 ABGB ausdrücklich zulässig. Ohne eine solche Vertragsstrafe wäre die Überbindung der arbeits- und sozialrechtlichen Verpflichtungen wohl ein zahnloses Instrumentarium. Die angefochtene Bestimmung überbinde diese Verpflichtungen auf den Vertragspartner und mache sie zu vertraglichen Leistungspflichten. Zur Sicherstellung ihrer Einhaltung werde die Verletzung mit einer Vertragsstrafe verbunden. Ein solches Pönale sei gemäß Paragraph 1336, ABGB ausdrücklich zulässig. Ohne eine solche Vertragsstrafe wäre die Überbindung der arbeits- und sozialrechtlichen Verpflichtungen wohl ein zahnloses Instrumentarium.

Die Höhe der Vertragsstrafe sei keinesfalls unangemessen, da die Verletzung solcher Bestimmungen niemals „kleinste Verstöße“ seien. Im Übrigen gebe es ein richterliches Mäßigungsrecht, das nicht abbedungen werden könne. Aufgrund der Kleinteiligkeit der gegenständlichen Aufträge müsste ein Auftragnehmer 100 Verstöße setzen, um den Höchstbetrag zu erreichen, was einem schweren Fehlverhalten gleichkäme. Im Übrigen reiche es nicht aus, nur die Bezahlung des Grundlohnes sicherzustellen. Lohn- und Sozialdumping soll generell hintangehalten werden.

Der Vorwurf, die Antragsgegnerin wolle sich ungerechtfertigt bereichern, treffe nicht zu, da es alleine in der Hand des Auftragnehmers liege, ob der Pönalfall eintrete oder nicht. Bei Einhaltung der Vorschriften könne die Antragstellerin nicht Gefahr laufen, ein Pönale bezahlen zu müssen. Bei Verletzung der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften und damit auch der vertraglichen Pflichten, sei die Antragstellerin nicht schützenswert.

Auch hier sei nicht nachvollziehbar, inwiefern diese Bestimmung der Antragstellerin die Angebotslegung unmöglich machen soll.

IV. Alle Anfechtungspunkte übergreifend hielt die Antragsgegnerin der Argumentation der Antragstellerin weiters entgegen, dass die Aufhebung der Bescheide des VKS durch den Verwaltungsgerichtshof nicht deshalb erfolgt sei, weil die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten tatsächlich vorlägen, sondern deshalb, weil der VKS in aus der Sicht des Verwaltungsgerichtshofes verfehlter Weise davon ausgegangen sei, dass hinsichtlich der in der mündlichen Verhandlung „nachgeschobenen“ Argumente der Antragstellerin Verfristung eingetreten sei, und daher darüber nicht inhaltlich abgesprochen habe. römisch vier. Alle Anfechtungspunkte übergreifend hielt die Antragsgegnerin der Argumentation der Antragstellerin weiters entgegen, dass die Aufhebung der Bescheide des VKS durch den Verwaltungsgerichtshof nicht deshalb erfolgt sei, weil die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten tatsächlich vorlägen, sondern deshalb, weil der VKS in aus der Sicht des Verwaltungsgerichtshofes verfehlter Weise davon ausgegangen sei, dass hinsichtlich der in der mündlichen Verhandlung „nachgeschobenen“ Argumente der Antragstellerin Verfristung eingetreten sei, und daher darüber nicht inhaltlich abgesprochen habe.

Die Antragsgegnerin erachtet den Verweis im Feststellungsantrag auf das Vorbringen im Vergabekontrollverfahren vor dem VKS als unzulässig, da es sich dabei um ein getrenntes Verfahren vor einer bereits aufgelösten Verwaltungsbehörde gehandelt habe und die dortigen Verfahrensakten sowie der Beschwerdeakt beim Verwaltungsgerichtshof nicht Teil des gegenständlichen Feststellungsaktes vor dem Verwaltungsgericht Wien seien.

Weiters sei die Antragstellerin aufgrund ihrer mangelnden wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit gar nicht in der Lage, die für die gegenständliche Ausschreibung geforderten Eignungskriterien zu erfüllen. Er fehle daher an der Beschwer der Antragstellerin. Diese habe in der Folge kein Angebot gelegt, weshalb die Voraussetzungen für eine Feststellung, dass die Antragstellerin keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, jedenfalls gegeben seien. Fraglich sei auch, ob die Antragstellerin überhaupt ein eigenes Interesse am gegenständlichen Vertragsabschluss gehabt hätte, zumal im Nachprüfungsverfahren nur die Verletzung von subjektiven Rechten des Nachprüfungswerbers und nicht eine allfällige objektive Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens geltend gemacht werden könne.

Sie beantragte daher, neben der Zurück- bzw. Abweisung der Anträge der Antragstellerin, festzustellen, dass die Antragstellerin keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte.

Mit Schriftsatz vom 19.9.2014 fasste die Antragstellerin die von ihr bekämpften Festlegungen nochmals zusammen und verwies jeweils auf ihr Vorbringen in den bisher im Verfahren vor dem VKS, dem Verwaltungsgerichtshof und dem Verwaltungsgericht Wien eingebrachten Schriftsätzen.

Weiters ergänzte sie zur Unzulässigkeit des Preisaufschlags- und Nachlassverfahrens, dass die ausgeschriebene Leistung in den Bereich des Hochbaus falle. Es sei daher der angefochtenen Ausschreibung die standardisierte Leistungsbeschreibung Hochbau des Bundesministeriums für Wirtschaft, Familie und Jugend (Version 019 vom 15.2.2012, LB-HB 019) zu Grunde gelegt worden. Das Leistungsverzeichnis der angefochtenen Ausschreibung weiche durch sog. Z-Positionen in weiten Teilen von dieser standardisierten Leistungsbeschreibung ab. Dies lasse sich insbesondere auf Obergruppenebene aufgrund des Verhältnisses von Standard- zu Z-Positionen feststellen.

Dies zeige, dass – mangels Standardleistungen – in einem beträchtlichen Ausmaß keine häufig wiederkehrenden, gleichartigen Leistungen ausgeschrieben worden seien.

In der mündlichen Verhandlung vom 25.9.2014 wurde Folgendes erörtert:

Zunächst wurde der Verfahrensgegenstand des gegenständlichen Feststellungsverfahrens erörtert und festgehalten, dass dieser nur die beantragten Feststellungen umfasst.

Der Antragstellervertreter trug zum Schriftsatz vom 19.09.2014 vor, dass das Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren nur dann zulässig sei, wenn standardisierte Leistungen ausgeschrieben würden. Die gegenständlich ausgeschrieben Leistungen fielen grundsätzlich unter standardisierte Leistungen für Hochbau, das Leistungsverzeichnis der angefochtenen Ausschreibung enthielte jedoch in weiten Bereichen Z-Positionen, die vom standardisierten Leistungsverzeichnis abwichen. Sie seien für den konkreten Auftrag individuell formuliert und stellten daher keine Standardpositionen dar. Das Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren sei daher nicht zulässig. Da Aufschläge und Nachlässe in der gegenständlichen Ausschreibung ausschließlich auf Obergruppenebene zulässig seien, sei im genannten Schriftsatz eine Aufgliederung hinsichtlich der einzelnen Obergruppen (OG) erfolgt, aus der sich ergebe, dass z.B. in der OG 1, die Baustellengemeinkosten und Mieterkoordination enthalte, 100 % Z-Positionen vorgesehen seien.

Der Antragsgegnervertreter teilte dazu mit, dass die Antragstellerin zwei Fragen vermische. Einerseits gehe es um die Frage, ob häufig wiederkehrende Leistungen vorlägen, andererseits um die Frage, ob ein standardisiertes Leistungsverzeichnis verwendet worden sei. Beide Fragen seien getrennt zu behandeln. Das Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren sei immer bei häufig wiederkehrenden Leistungen zulässig. Dieses Kriterium sei nur am konkreten Bedarf der Auftraggeberin und an der ausgeschriebenen Leistung zu messen. Die Antragstellerin habe selbst in ihrem Antrag eingestanden, dass es sich um häufig wiederkehrende Fangsanierungsarbeiten handle. Dies sei zutreffend, da immer dieselben Leistungen erbracht würden, da die Bausubstanz und die Gebäudetypen immer dieselben seien und immer ein Ausschleifen der Fänge, die dazugehörige Baustelleinrichtung etc. zu erbringen sei.

Dem gegenüber sei das Leistungsverhältnis nach der standardisierten Leistungsbeschreibung für Hochbau erstellt worden, die eine Standardisierung für ein Gros der Leistungen in der Baubranche enthalte. Sie bilde jedoch nicht jede Art der Leistung ab. Gerade im vorliegenden Fall, wo es um Erhaltungen, Instandsetzungen und Reparaturarbeiten im kleinvolumigen Bereich gehe, gäbe es keine typische Leistungsposition für einzelne Leistungen. Es könne bei einer standardisierten Leistungsbeschreibung nicht auf jeden Einzelfall in der Praxis Rücksicht genommen werden.

Nur dort, wo in der standardisierten Leistungsbeschreibung keine Position vorgesehen sei oder nur eine unpassende

Position vorgesehen sei, sei es im Leistungsverzeichnis der gegenständlichen Ausschreibung zu Abweichungen gekommen. Eine solche Abweichung liege z.B. vor, wenn zum Abdecken des Bodens statt Papier Pappe verwendet werde, um den Boden zu schonen. Die Leistungen seien genauso kalkulierbar wie Standardpositionen, da die Umstände auch hier bekannt seien. Die Anzahl der Z-Positionen sei kein Indikator dafür, ob häufig wiederkehrende Leistungen vorlägen.

In der standardisierten Leistungsbeschreibung Hochbau sei z.B. keine Staffelung der Kosten für die Baustelleneinrichtung nach dem Auftragswert vorgesehen, da von einer einzelnen Baustelle ausgegangen werde. Im vorliegenden Fall seien für die Baustelleneinrichtung einzelne Positionen geschaffen worden, die nach der Auftragssumme differenzierten, damit die Kalkulation für die Bieter erleichtert würde.

Der Antragstellervertreter entgegnete, dass die standardisierte Leistungsbeschreibung für Hochbau eben nicht von gleichzeitigen Arbeiten am Objekt ausgehe. Es handle sich daher nicht um wiederkehrende Leistungen. Nach Kenntnis der Antragstellerin stelle die gegenständliche Ausschreibung die erste Ausschreibung von Fangsanierungsarbeiten dieser Form dar. Es komme nicht darauf an, ob W. diese Leistungen bereits ein oder zweimal in dieser Form ausgeschrieben hätte, sondern ob diese Leistungen standardmäßig mit diesem Leistungsverzeichnis ausgeschrieben würden. Die standardisierte Leistungsbeschreibung für Hochbauarbeiten enthalte sehr wohl Standardpositionen für Fangsanierungsarbeiten.

Der Antragsgegnervertreter verwies auf seine Argumentation zum Thema „mehrfache Ausschreibung von Fangsanierungsarbeiten in dieser Form“ in seinen Schriftsätzen. Er führte weiters aus, dass für das gegenständliche Leistungsverzeichnis sehr wohl die vorhandenen Standardpositionen der standardisierten Leistungsbeschreibung Hochbau verwendet worden seien. Wie bereits oben gesagt, sei nur in den Positionen abgewichen worden, wo keine oder keine passenden Positionen vorgesehen seien.

Auf Frage aus dem Senat teilte der Privatsachverständige der Antragsgegnerin für Kalkulation mit, dass aufgrund der feuerpolizeilichen Vorschriften die Fänge der Gemeindebauten in Wien jährlich durch Rauchfangkehrer zu befeuchten seien. Wenn dabei Risse gefunden würden, erfolge eine Beauftragung der in der gegenständlichen Ausschreibung enthaltenen Leistungen. Die beauftragte Firma verschaffe sich über den Dachboden des jeweiligen Hauses Zugang zum Dach und stelle dort ein Gerüst auf, um Arbeiten am Fangkopf vornehmen zu können. Die Abdichtung der Risse erfolge durch Mörtel, der in die Fugen gedrückt werde. Die Arbeiten seien bei allen gemauerten Fängen insoweit stets gleich, als zunächst eine Kugel in den Fang herabgelassen, sodann der Spezialmörtel eingebracht und anschließend die Kugel mit einer Kurbel wieder hinaufgezogen werde, wodurch der Spezialmörtel in die Risse gedrückt werde. Weiters seien manchmal Arbeiten in den Wohnungen (z.B. der Tausch von fehlerhaften Putztürchen) erforderlich. Selten sei das Ausräumen von verstopften Fängen erforderlich.

Bei den betroffenen Fängen handle es sich nur um gemauerte Fänge, die sich von der Bausubstanz her in den verschiedenen betroffenen Gebäuden, die aus dem Zeitraum ca. 1920 bis 2003 stammten, nicht wesentlich unterschieden. In neueren Häusern seien Blechfänge eingebaut, diese seien jedoch von der gegenständlichen Ausschreibung nicht umfasst. Dieselben Leistungen seien aufgrund der feuerpolizeilichen Vorschriften auch in anderen Gebäuden in Wien zu erbringen, wobei sich die Fänge gleicher Errichtungsperioden nicht wesentlich voneinander unterschieden.

Diese Informationen habe sich der Sachverständige im Zuge der Vorbereitung der Kalkulation und der Ausschreibungsunterlagen verschafft.

Es handle sich bei den ausgeschriebenem Arbeiten um Reparatur- und Instandsetzungsarbeiten, die nicht im Vorhinein nach ihrer genauen Anzahl vorhergesehen werden könnten. Sie werden jedoch von der Antragsgegnerin anhand der Erfahrungswerte aus den der Ausschreibung vorangegangenen letzten drei Jahren geschätzt. Es handle sich dabei um ca. 700 bis 1000 Aufträge pro Jahr, die Auftragssumme pro Auftrag betrage durchschnittlich € 1.500,--. Der exakte Einsatzort bestimme sich erst, wenn der Rauchfangkehrer einen Mangel in einem bestimmten Fang befunde.

Der informierte Vertreter der Antragsgegnerin bestätigte diese Darstellung.

Auf Befragen durch den Antragstellervertreter gab der Privatsachverständige der Antragsgegnerin bekannt, dass der Großteil der ausgeschriebenem Aufträge im Bereich bis € 2.500,-- Auftragswert angesiedelt sei.

Die Basiskalkulation sei auf der Grundlage der Erfahrungswerte über die Art und Anzahl der in den Vorjahren

angefallenen Arbeiten und unter Berücksichtigung der Umstände der Leistungserbringung für die ausgeschriebenen Arbeiten erstellt worden. Die Basiskalkulation (die Detailkalkulationsblätter) seien der Ausschreibung beigelegt gewesen und daher für die Bieter einsehbar gewesen.

Die voraussichtliche Anzahl an Baustelleneinrichtungen sei aus dem Leistungsverzeichnis OG 01 ersichtlich.

Über Frage aus dem Senat teilte der Privatsachverständige der Antragsgegnerin mit, dass unter dem Begriff „Mieterkoordination“ zu verstehen sei, dass für Arbeiten, die in bewohnten Wohnungen durchzuführen seien, eine Terminvereinbarung mit den Mietern zu treffen sei. Diese erfolge zunächst telefonisch. Wenn der Mieter telefonisch nicht zu erreichen sei, erfolge eine postalische Kontaktaufnahme.

Auf Frage des Antragstellervertreeters gab die Antragsgegnerin bekannt, dass die Mieter, die telefonisch und postalisch nicht erreichbar seien, vom Auftragnehmer an W. zu melden seien. Es sei nicht unzulässig, eine persönliche Kontaktaufnahme vor Ort zu versuchen, eine solche sei jedoch im ausgeschriebenen Leistungsumfang nicht enthalten.

Die Antragsgegnerin verwies zu den näheren Umständen der Leistungserbringung auf das Wohnhäuserverzeichnis, das der Ausschreibung angeschlossen war. Daraus gehe für alle betroffenen Wohnhausanlagen hervor, wie viele Stiegen, wie viele Stockwerke, etc. vorhanden seien.

Der Antragstellervertreter stellte den Antrag auf Einholung eines Gutachtens eines Bausachverständigen zum Beweis, dass die Umstände der Leistungserbringung im vorliegenden Fall für die Bieter nicht kalkulierbar seien und zwar unter Berücksichtigung des vom Verwaltungsgerichtshof bestimmten Maßstabes.

Der Antragsgegnervreter sprach sich gegen den Beweisantrag aus und brachte vor, dass die Leistungen kalkulierbar seien. Dies ergebe sich aus der Bezugspreiskalkulation, aus dem Umstand, dass im vorigen Vergabeverfahren mehrere Angebote gelegt worden seien, eine Bestpreisermittlung möglich gewesen sei, der Zuschlagsempfänger bereits seit 1 ½ Jahren die ausgeschriebenen Leistungen vollbringe und in OG 0 die Umstände der Leistungserbringung ausdrücklich festgelegt seien.

Zu den einzelnen angefochtenen Festlegungen in der Ausschreibung wurde Folgendes erörtert:

Auf Frage aus dem Senat zu Punkt 2.2.8.10.6 der WD 314 teilte die Antragsgegnerin mit, dass die Regelung im zweiten Satzteil betreffend Meinungsverschiedenheiten über die Zuverlässigkeit der bei der Prüfung angewendeten Maschinen und des Prüfverfahrens für Fälle vorgesehen sei, in denen es kein allgemein gültiges Prüfverfahren gebe. Im gegenständlichen Verfahren sei diese Bestimmung jedoch nahezu obsolet, da die einzige Fragestellung die Verwendung eines Spezialmörtels für die Abdichtung von Rissen in den Fängen darstellen könnte. Der zu verwendende Mörtel sei seinen erforderlichen Eigenschaften nach im Leistungsverzeichnis vorgegeben. Der Mörtel muss der Ausschreibung nach der ÖNORM B 8271 entsprechen. Es sei daher nicht erkennbar, inwiefern diesbezüglich eine Befassung einer Prüfstelle erforderlich sein könnte, da die Erfüllung dieser Voraussetzung im jeweiligen Typenblatt ausgewiesen sei. Als Bedingung für die Gleichwertigkeit des Spezialmörtels sei in Position 357700B bedungen, dass eine positive Prüfung nach ÖNORM B 8271 vorliegen müsse. Es sei unbestritten, dass kein bestimmtes Produkt vorgeschrieben sei.

Auf Frage aus dem Senat teilt die Antragsgegnerin mit, dass Punkt 3.4.2 der WD 314 so zu verstehen sei, dass die Leistung zwar erbracht werde, dies aber verspätet, und geregelt werden soll, welche Aufwendungen dem Auftragnehmer über das vereinbarte Entgelt für die Leistung hinaus zustehe. Die Auftragsdauer betrage durchschnittlich einige Stunden. Auch Verzögerungen bewegten sich erfahrungsgemäß im Stundenbereich.

Zum Thema Baustelleneinrichtung gab die Antragsgegnerin bekannt, dass das erforderliche Material mit einem Fahrzeug angeliefert werde und vor Ort abgeladen werden soll. Nach Abschluss des Auftrages werde dieses wieder entfernt. Es komme nicht zu Baustelleneinrichtungen, die die Sperre von öffentlichem Straßengrund bzw. Einzäunungen über mehrere Tage erforderten.

Auf Befragen aus dem Senat teilte die Antragsgegnerin mit, dass die Antragstellerin nicht um Bekanntgabe der Gründe für die Abweichungen der WD 314 in einzelnen Punkten von der ÖNORM angefragt habe. Auf Fragen des Antragstellervertreeters teilte die Antragsgegnerin mit, dass diese Begründung im Wesentlichen den Ausführungen der Antragsgegnerin in ihren Schriftsätzen zu den angefochtenen Festlegungen entspreche.

In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes festzuhalten:

Wird ein Erkenntnis oder Beschluss des Verwaltungsgerichtes Wien vom Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof aufgehoben und wurde vor der Entscheidung des Verfassungs- oder des Verwaltungsgerichtshofes der Zuschlag rechtswirksam erteilt oder das Verfahren zur Vergabe von Aufträgen rechtswirksam widerrufen, so ist das Verwaltungsgericht Wien gemäß § 39 Abs. 2 WVRG 2014 zuständig, auf Antrag jener Unternehmerin oder jenes Unternehmers, die oder der den Antrag gemäß § 20 gestellt hat, unter Zugrundelegung der Rechtsanschauung des Verfassungs- oder des Verwaltungsgerichtshofes festzustellen, ob die angefochtene Entscheidung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers rechtswidrig war. Ein Antrag auf Feststellung ist spätestens sechs Monate ab Zustellung des Erkenntnisses des Verfassungs- oder des Verwaltungsgerichtshofes zulässig. Unabhängig davon kann ein Antrag auf Feststellung gemäß § 33 gestellt werden. Nach der rechtswirksamen Zuschlagserteilung oder der rechtswirksamen Widerrufserklärung der Ausschreibung nach Angebotsöffnung ist das Verwaltungsgericht Wien gemäß Abs. 3 leg. cit. in Feststellungsverfahren nach den Abs. 1 bis 3 ferner zuständig, auf Antrag der Auftraggeberin oder des Auftraggebers oder der allfälligen Zuschlagsempfängerin oder des allfälligen Zuschlagsempfängers festzustellen, ob die antragstellende Bieterin oder der antragstellende Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 2006 und der hierzu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte.

Wird ein Erkenntnis oder Beschluss des Verwaltungsgerichtes Wien vom Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof aufgehoben und wurde vor der Entscheidung des Verfassungs- oder des Verwaltungsgerichtshofes der Zuschlag rechtswirksam erteilt oder das Verfahren zur Vergabe von Aufträgen rechtswirksam widerrufen, so ist das Verwaltungsgericht Wien gemäß Paragraph 39, Absatz 2, WVRG 2014 zuständig, auf Antrag jener Unternehmerin oder jenes Unternehmers, die oder der den Antrag gemäß Paragraph 20, gestellt hat, unter Zugrundelegung der Rechtsanschauung des Verfassungs- oder des Verwaltungsgerichtshofes festzustellen, ob die angefochtene Entscheidung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers rechtswidrig war. Ein Antrag auf Feststellung ist spätestens sechs Monate ab Zustellung des Erkenntnisses des Verfassungs- oder des Verwaltungsgerichtshofes zulässig. Unabhängig davon kann ein Antrag auf Feststellung gemäß Paragraph 33, gestellt werden. Nach der rechtswirksamen Zuschlagserteilung oder der rechtswirksamen Widerrufserklärung der Ausschreibung nach Angebotsöffnung ist das Verwaltungsgericht Wien gemäß Absatz 3, leg. cit. in Feststellungsverfahren nach den Absatz eins bis 3 ferner zuständig, auf Antrag der Auftraggeberin oder des Auftraggebers oder der allfälligen Zuschlagsempfängerin oder des allfälligen Zuschlagsempfängers festzustellen, ob die antragstellende Bieterin oder der antragstellende Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 2006 und der hierzu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte.

§ 19 Abs. 1 BVergG 2006 normiert, dass Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen ist. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 normiert, dass Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen ist. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 23 Abs. 1 BVergG 2006 haben Auftraggeber, Bewerber und Bieter den vertraulichen Charakter aller den Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu wahren.

Gemäß Paragraph 23, Absatz eins, BVergG 2006 haben Auftraggeber, Bewerber und Bieter den vertraulichen Charakter aller den Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu wahren.

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

Gemäß Paragraph 24, Absatz eins, BVergG 2006 ist der Preis nach dem Preisangebotsverfahren oder nach dem Preisauflags- und Preisnachlassverfahren zu erstellen. Grundsätzlich ist nach dem Preisangebotsverfahren auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen. Das Preisauflags- und Preisnachlassverfahren ist nur in zu begründenden Ausnahmefällen zulässig.

§ 46 Abs. 3 BVergG 2006 bestimmt, dass der Auftraggeber in der Bekanntmachung anzugeben hat, welcher Nachweis

oder welche Nachweise für die Befugnis (§ 71), für die berufliche Zuverlässigkeit (§ 72), für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (§ 74) und die technische Leistungsfähigkeit (§ 75) vorzulegen oder auf Aufforderung durch den Auftraggeber nachzureichen sind. Paragraph 46, Absatz 3, BVergG 2006 bestimmt, dass der Auftraggeber in der Bekanntmachung anzugeben hat, welcher Nachweis oder welche Nachweise für die Befugnis (Paragraph 71,), für die berufliche Zuverlässigkeit (Paragraph 72,), für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (Paragraph 74,) und die technische Leistungsfähigkeit (Paragraph 75,) vorzulegen oder auf Aufforderung durch den Auftraggeber nachzureichen sind.

§ 75 Abs. 1 BVergG 2006 bestimmt, dass der Auftraggeber als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs. 1 Z 4 je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen kann. Andere als die in den Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen. Paragraph 75, Absatz eins, BVergG 2006 bestimmt, dass der Auftraggeber als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer 4, je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Absatz 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen kann. Andere als die in den Absatz 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen.

Gemäß Abs. 6 können als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Bauaufträgen verlangt werden: Gemäß Absatz 6, können als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Bauaufträgen verlangt werden:

1. eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen;
2. Angaben über die technischen Fachkräfte oder die technischen Stellen, unabhängig davon, ob diese dem Unternehmen angeschlossen sind oder nicht, und zwar insbesondere über diejenigen, die mit der Qualitätskontrolle beauftragt sind oder über die der Unternehmer bei der Ausführung des Bauvorhabens verfügen wird;
3. Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmers und der Führungskräfte des Unternehmers, insbesondere der für die Ausführung der Arbeiten verantwortlichen Personen;
4. bei Bauleistungen, deren Art ein entsprechendes Verlangen des Auftraggebers rechtfertigt, die Angabe der Umweltmanagementmaßnahmen, die der Unternehmer bei der Ausführung des Auftrages gegebenenfalls anwenden will;
5. eine Erklärung, aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, welche Baugeräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung des Auftrages verfügen wird;
6. eine Erklärung, aus der das jährliche Mittel der vom Unternehmer in den letzten drei Jahren Beschäftigten und die Anzahl seiner Führungskräfte in den letzten drei Jahren ersichtlich sind;
7. die Bescheinigung, dass der Unternehmer die für die Erbringung der Bauleistung erforderliche berufliche Befähigung, Fachkunde und Erfahrung besitzt.

Die Ausschreibungsunterlagen sind gemäß § 78 Abs. 3 BVergG 2006 so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und – sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung gemäß § 95 Abs. 3 erfolgt - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. Die Ausschreibungsunterlagen sind gemäß Paragraph 78, Absatz 3, BVergG 2006 so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und – sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung gemäß Paragraph 95, Absatz 3, erfolgt - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können.

Gemäß § 79 Abs. 2 BVergG 2006 sind in die Ausschreibungsunterlagen die als erforderlich erachteten oder die auf Aufforderung durch den Auftraggeber nachzureichenden Nachweise gemäß den §§ 71, 72, 74 und 75 aufzunehmen, soweit sie nicht bereits in der Bekanntmachung angeführt waren. Gemäß Paragraph 79, Absatz 2, BVergG 2006 sind in die Ausschreibungsunterlagen die als erforderlich erachteten oder die auf Aufforderung durch den Auftraggeber nachzureichenden Nachweise gemäß den Paragraphen 71, 72, 74 und 75 aufzunehmen, soweit sie nicht bereits in der Bekanntmachung angeführt waren.

§ 99 Abs. 1 und 2 BVergG 2006 normieren, dass die Vertragsbestimmungen, soweit sie sich nicht schon aus der Beschreibung der Leistung ergeben, eindeutig und so umfassend festzulegen sind, dass ein eindeutiger

Leistungsvertrag zustande kommen kann. Für folgende Angaben sind erforderlichenfalls eigene Bestimmungen im Leistungsvertrag festzulegen: Paragraph 99, Absatz eins und 2 BVergG 2006 normieren, dass die Vertragsbestimmungen, soweit sie sich nicht schon aus der Beschreibung der Leistung ergeben, eindeutig und so umfassend festzulegen sind, dass ein eindeutiger Leistungsvertrag zustande kommen kann. Für folgende Angaben sind erforderlichenfalls eigene Bestimmungen im Leistungsvertrag festzulegen:

(...)

Der Auftraggeber kann weitere Festlegungen für den Leistungsvertrag treffen. Bestehen für die Vertragsbestimmungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, so sind diese heranzuziehen. Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen. Die Gründe für die abweichenden Festlegungen sind vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben.

Aufgrund der vorgelegten Vergabeakten, der Schriftsätze der Parteien, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden, und der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 25.9.2014 werden folgende weitere entscheidungsrelevante Feststellungen getroffen:

Bei der Antragsgegnerin Stadt Wien – W. handelt es sich unbestritten um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006, welche das gegenständliche Vergabeverfahren betreffend die Vergabe eines Rahmenvertrages für Fangsanierungsarbeiten hinsichtlich aller von der Antragsgegnerin verwalteten Häuser in Wien als offenes Verfahren und Bauauftrag im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip im Preisauflags- und Nachlassverfahren führte. Allfällige Preisaufläge bzw. Nachlässe waren ausschließlich auf Obergruppenebene anzubieten. Bei der Antragsgegnerin Stadt Wien – W. handelt es sich unbestritten um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006, welche das gegenständliche Vergabeverfahren betreffend die Vergabe eines Rahmenvertrages für Fangsanierungsarbeiten hinsichtlich aller von der Antragsgegnerin verwalteten Häuser in Wien als offenes Verfahren und Bauauftrag im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip im Preisauflags- und Nachlassverfahren führte. Allfällige Preisaufläge bzw. Nachlässe waren ausschließlich auf Obergruppenebene anzubieten.

Dem Vergabeverfahren lagen laut Ausschreibungsunterlagen die Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen (WD 307), die Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen (WD 314) mit den darin kursiv gekennzeichneten Abweichungen von der ÖNORM B 2110 und die Verfahrensbestimmungen sowie die Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge zugrunde.

Am 6.2.2013 erfolgte hinsichtlich des verfahrensgegenständlichen Auftrags die Zuschlagserteilung. Die Antragstellerin hat kein Angebot gelegt. Das o.a. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshof zu den Zahlen 2012/04/0124 und 2013/04/0040 erging am 21.1.2014. Der verfahrensgegenständliche Antrag auf Feststellung gemäß § 39 Abs. 2 WVRG 2014 wurde am 10.4.2014 eingebracht und ist daher rechtzeitig. Am 6.2.2013 erfolgte hinsichtlich des verfahrensgegenständlichen Auftrags die Zuschlagserteilung. Die Antragstellerin hat kein Angebot gelegt. Das o.a. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshof zu den Zahlen 2012/04/0124 und 2013/04/0040 erging am 21.1.2014. Der verfahrensgegenständliche Antrag auf Feststellung gemäß Paragraph 39, Absatz 2, WVRG 2014 wurde am 10.4.2014 eingebracht und ist daher rechtzeitig.

Zu den einzelnen Anfechtungspunkten wurde Folgendes erwogen:

Zu I.: Zu römisch eins.:

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.

Die Antragstellerin hat in diesem Zusammenhang in ihrem letzten Schriftsatz und in der mündlichen Verhandlung eingewendet, dass für die gegenständlichen Leistungen das standardisierte Leistungsverzeichnis für Hochbau heranzuziehen gewesen und von der Antragsgegnerin bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses auch verwendet worden sei. Allerdings enthielte das von der Antragsgegnerin ihrer Ausschreibung zu Grunde gelegte Leistungsverzeichnis eine hohe Anzahl an Z-Positionen, die von den Positionen des standardisierten Leistungsverzeichnisses abwichen. Sie seien für den konkreten Auftrag gesondert formuliert worden und stellten daher keine Standardpositionen dar. Das Preisaufschlags- und Nachlassverfahren sei daher für die angefochtene Ausschreibung nicht zulässig gewesen.

Dieser Argumentation ist mit der Antragsgegnerin entgegenzuhalten, dass zwischen der Frage, ob bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses ein standardisiertes Leistungsverzeichnis herangezogen wurde, und der Frage, ob häufig wiederkehrenden, gleichartigen Leistungen ausgeschrieben wurden, wobei diese Leistungen und die Umstände, unter denen sie erbracht werden sollten, hinreichend bekannt sind, unterschieden werden muss.

Die Antragsgegnerin hat in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar dargelegt, dass sie nur dort von der standardisierten Leistungsbeschreibung Hochbau abweichende Z-Positionen verwendet hat, wo diese keine oder keine für die ausgeschriebenen Leistungen passenden Positionen enthält. Sie hat zutreffend darauf hingewiesen, dass einer standardisierten Leistungsbeschreibung ein Großteil der im Hochbaubereich auszuführenden Leistungen zu Grunde lägen, diese aber nicht Rücksicht auf alle in der Praxis auftretenden Arbeiten nehmen könne.

Im vorliegenden Fall handelt es sich um Fangsanierungsarbeiten mit einer großen Zahl an Einzelaufträgen mit relativ geringem Auftragswert pro Einzelauftrag. Daraus ergibt sich z.B. die im Leistungsverzeichnis vorgesehene Staffelung der Baustellengemeinkosten nach dem jeweiligen Auftragswert, die den Bietern die Kalkulation erleichtern soll. Eine solche Staffelung ist in der standardisierten Leistungsbeschreibung Hochbau nicht vorgesehen, da diese von einer einheitlichen Baustelle ausgeht.

Die Antragsgegnerin hat in der mündlichen Verhandlung im Einklang mit dem Leistungsverzeichnis weiters glaubhaft dargestellt, dass aufgrund der feuerpolizeilichen Vorschriften die Fänge der Gemeindebauten in Wien jährlich durch Rauchfangkehrer zu befunden sind. Wenn dabei Risse gefunden werden, erfolgt eine Beauftragung der in der gegenständlichen Ausschreibung enthaltenen Leistungen. Die beauftragte Firma verschafft sich über den Dachboden des jeweiligen Hauses Zugang zum Dach und stellt dort ein Gerüst auf, um Arbeiten am Fangkopf vornehmen zu können. Die Abdichtung der Risse erfolge durch Mörtel, der in die Fugen gedrückt wird. Die Arbeiten sind bei allen gemauerten Fängen insoweit stets gleich, als zunächst eine Kugel in den Fang herabgelassen, sodann der Spezialmörtel eingebracht und anschließend die Kugel mit einer Kurbel wieder hinaufgezogen wird, wodurch der Spezialmörtel in die Risse gedrückt wird. Bei diesen Arbeiten handelt es sich um den Großteil der von der Ausschreibung umfassten Leistungen. Weiters sind manchmal Arbeiten in den Wohnungen (z.B. der Tausch von fehlerhaften Putztürchen) erforderlich. Selten ist das Ausräumen von verstopften Fängen erforderlich.

Bei den betroffenen Fängen handelt es sich nur um gemauerte Fänge, die aus dem Zeitraum ca. 1920 bis 2003 stammen. In neueren Häusern sind Blechfänge eingebaut, diese sind jedoch von der gegenständlichen Ausschreibung nicht umfasst. Dieselben Leistungen sind aufgrund der feuerpolizeilichen Vorschriften auch in anderen, von der gegenständlichen Ausschreibung nicht erfassten Gebäuden in Wien zu erbringen, wobei sich die Fänge gleicher Errichtungsperioden nicht wesentlich voneinander unterscheiden.

Es handelt sich bei den ausgeschriebenen Arbeiten um Reparatur- und Instandsetzungsarbeiten, die nicht im Vorhinein nach ihrer genauen Anzahl vorhergesehen werden können. Es fallen ca. 700 bis 1000 Aufträge pro Jahr an, die Auftragssumme pro Auftrag beträgt durchschnittlich € 1.500. Der Großteil der ausgeschriebenen Aufträge umfasst einen Auftragswert bis € 2.500,- pro Einzelauftrag.

Dieser Darstellung der vom gegenständlichen Vergabeverfahren umfassten Leistungen durch die Antragsgegnerin, die im Einklang mit dem in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Leistungsverzeichnis stehen, hielt die Antragstellerin keine stichhaltigen Argumente entgegen.

Die Ausschreibungsunterlagen enthalten weiters ein Wohnhäuserverzeichnis, das für jedes vom gegenständlichen Vergabeverfahren betroffene Wohnhaus nähere Angaben zur Lage, Baujahr, Anzahl der Stiegen und Wohnungen, Vorhandensein eines Aufzugs, von Grünflächen, von Siedlungshäusern, etc. enthält. Aufgrund dieses Verzeichnisses konnten sich die Bieter ein Bild über die Rahmenbedingungen machen, unter denen die Aufträge an den einzelnen Wohnhäusern zu erbringen sind.

Es ist daher davon auszugehen, dass einem einschlägigen Professionisten die ausgeschriebenen Fangsanierungsarbeiten, die aufgrund der feuerpolizeilichen Vorschriften bei allen Wohnhäusern in Wien regelmäßig durchzuführen sind, und die sich allenfalls aufgrund der räumlichen Gegebenheiten und des Errichtungszeitpunktes des Gebäudes geringfügig voneinander unterscheiden, bekannt sind. Welche Leistungen konkret zu erbringen sein würden, war für die Bieter aufgrund des Leistungsverzeichnisses, das von der Antragsgegnerin auf der Grundlage der Erfahrungen der letzten Jahre unter Beiziehung eines externen Sachverständigen erstellt wurde, und des Wohnhäuserverzeichnisses erkennbar.

Der Argumentation der Antragstellerin, wonach das Preisaufschlags- und Nachlassverfahren unzulässig sei, weil für die ausgeschriebenen Leistungen das Preisaufschlags- und Nachlassverfahren bisher noch nicht gewählt worden sei, ist nicht zu folgen, da § 24 Abs. 1 BVergG 2006 auf eine wiederholte Ausschreibung von Leistungen im Preisaufschlags- und Nachlassverfahren nicht abstellt. Der Argumentation der Antragstellerin, wonach das Preisaufschlags- und Nachlassverfahren unzulässig sei, weil für die ausgeschriebenen Leistungen das Preisaufschlags- und Nachlassverfahren bisher noch nicht gewählt worden sei, ist nicht zu folgen, da Paragraph 24, Absatz eins, BVergG 2006 auf eine wiederholte Ausschreibung von Leistungen im Preisaufschlags- und Nachlassverfahren nicht abstellt.

Ebensowenig war das Argument der Antragstellerin zielführend, dass der gegenständliche Auftrag die Sanierung von zigtausenden Rauchfängen in verschiedenen Objekten zusammenfasse, während Fangsanierungsarbeiten typischerweise als Teil einer Gesamtsanierung pro Gebäude durchgeführt würden, da gerade die Zusammenfassung einer großen Anzahl routinemäßig anfallender Kleinaufträge für das Vorliegen von wiederkehrenden, gleichartigen Leistungen spricht.

Es handelt sich daher bei den ausgeschriebenen Leistungen um häufig wiederkehrende, gleichartige Leistungen, wobei diese Leistungen und die Umstände, unter denen sie erbracht werden sollten, hinreichend bekannt sind. Damit sind die Vorgaben des Verwaltungsgerichtshofes für die Subsumption der ausgeschriebenen Leistungen unter den in § 24 Abs. 1 letzter Satz BVergG 2006 genannten Begriff des „begründeten Ausnahmefalles“ gegeben, das Preisaufschlags- und Nachlassverfahren wurde von der Antragsgegnerin in der gegenständlichen Ausschreibung zu Recht verwendet. Es handelt sich daher bei den ausgeschriebenen Leistungen um häufig wiederkehrende, gleichartige Leistungen, wobei diese Leistungen und die Umstände, unter denen sie erbracht werden sollten, hinreichend bekannt sind. Damit sind die Vorgaben des Verwaltungsgerichtshofes für die Subsumption der ausgeschriebenen Leistungen unter den in Paragraph 24, Absatz eins, letzter Satz BVergG 2006 genannten Begriff des „begründeten Ausnahmefalles“ gegeben, das Preisaufschlags- und Nachlassverfahren wurde von der Antragsgegnerin in der gegenständlichen Ausschreibung zu Recht verwendet.

Zu II.: Die Antragstellerin hat weiters vorgebracht, dass ihr dadurch ein unkalkulierbares Risiko entstanden sei, dass sie nur die Möglichkeit gehabt hätte, auf in Obergruppen zusammengefasste und unterschiedlich zu kalkulierende Leistungen Aufschläge und Nachlässe anzubieten. Zu römisch zwei.: Die Antragstellerin hat weiters vorgebracht, dass ihr dadurch ein unkalkulierbares Risiko entstanden sei, dass sie nur die Möglichkeit gehabt hätte, auf in Obergruppen zusammengefasste und unterschiedlich zu kalkulierende Leistungen Aufschläge und Nachlässe anzubieten.

Zu diesem Themenbereich hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 21.1.2014, VwGH Zlen.: 2012/04/0124, 2013/04/0040 ebenfalls auf sein Vorerkenntnis verwiesen, in dem er ausgeführt hat, dass ein Bieter, dessen Kalkulation von der Vorgabekalkulation in einzelnen Punkten stark differiert, bzw. bei Verwendung unrichtiger Lohn- oder Materialansätze in einzelnen Punkten der Vorgabekalkulation, wenn ihm nur die Möglichkeit eingeräumt wird, auf zusammengefasste und unterschiedlich zu kalkulierende Leistungen Aufschläge bzw. Nachlässe anzubieten, daran gehindert sein kann, seine eigene Kalkulation bei Angebotslegung umzusetzen, was u.U. zu einem unkalkulierbaren Risiko führt. Dies bedeutet nach der Rechtsansicht des Verwaltungsgerichtshofes aber 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 erwachsende Risiko unzumutbar ist.

In der gegenständlichen Ausschreibung sind in Obergruppe 01 die Positionen „Baustellengemeinkosten“ und „Mieterkoordination“ zusammengefasst.

Die Antragstellerin hat dazu ausgeführt, dass es einen Unterschied mache, ob die Leistungen von einem in Wien ansässigen Unternehmen oder von einem Unternehmen von außerhalb Wiens erbracht würden. Dazu verweise die Antragstellerin auf OG 01, in der neben Baustellengemeinkosten die Integration der Mieterkoordination als Position enthalten sei. Bei der Baustelleneinrichtung werde ein auswärtiges Unternehmen üblicherweise höhere Kosten haben, als ein Wiener Unternehmen. Es könne aber bei der Mieterkoordination aufgrund besonderer Erfahrungen geringere Kosten haben. Es werde daher einen höheren Mischsatz ansetzen müssen als ein Wiener Unternehmen, um in der Position Baustellengemeinkosten einen kostendeckenden Preis zu kalkulieren und sei daher durch die Möglichkeit, einen Aufschlag nur auf Obergruppenebene anbieten zu können, benachteiligt.

Dazu ist festzuhalten, dass für die Bieter aus den nach Auftragswert aufgegliederten Positionen für die Baustelleneinrichtung in Obergruppe 01 und aus der Musterkalkulation der Antragsgegnerin ersichtlich war, mit welcher Anzahl an Baustellen sie in etwa zu rechnen haben würden. Wie von der Antragsgegnerin glaubhaft dargestellt, handelt es sich im gegenständlichen Fall regelmäßig um Kleinbaustellen, die keine aufwändigen und langfristigen Baustelleneinrichtungen erfordern.

Es ist der Antragstellerin darin zuzustimmen, dass Unternehmer, die nicht in Wien ansässig sind und hier nicht über eine Lagermöglichkeit verfügen, für die Baustellengemeinkosten möglicherweise höhere Kosten haben werden als Wiener Unternehmen. Dies war diesen Unternehmern jedoch bekannt. Die Kosten sind, wie oben dargestellt, auch für Unternehmer von außerhalb Wiens kalkulierbar. Ob diese Kosten vom Auftragswert abgedeckt sind und der Unternehmer trotz der eventuell höheren Kosten für die Baustelleneinrichtung ein Angebot legen möchte, unterliegt seiner unternehmerischen Entscheidung.

Die mündliche Verhandlung ergab, dass unter dem Begriff „Mieterkoordination“ Terminvereinbarungen mit Mietern für Arbeiten, die in bewohnten Wohnungen durchzuführen sind, zu verstehen ist. Dies erfolgt zunächst telefonisch, wenn der Mieter telefonisch nicht zu erreichen ist, wird er per Post kontaktiert. Eine persönliche Kontaktaufnahme vor Ort ist nicht unzulässig, sie ist im ausgeschriebenen Leistungsumfang auch nicht enthalten. Es ist im Hinblick auf diesen Leistungsumfang nicht nachvollziehbar, weshalb ein auswärtiger Unternehmer diese Position alleine deshalb anders kalkulieren muss, weil er nicht in Wien ansässig ist.

Die Zusammenfassung der Positionen Baustellengemeinkosten und Mieterkoordination in Obergruppe 01 erfolgte offenbar deshalb, weil beide Positionen nicht den in den nachfolgenden Obergruppen enthaltenen Leistungen zugeordnet werden können. Beide Leistungen waren für die Bieter kalkulierbar. Es war für sie auch abschätzbar, welche Aufschläge oder Nachlässe sie gegenüber der Musterkalkulation hinsichtlich der Obergruppe 01 anbieten konnten.

Argumente dafür, dass auch in anderen Obergruppen eine im Hinblick auf die Aufschläge und Nachlässe unzulässige Zusammenfassung heterogener Leistungen erfolgt sei, hat die Antragstellerin nicht vorgebracht.

Ganz allgemein ist darauf hinzuweisen, dass der Bieter immer dann ein unzumutbares Risiko bei der Kalkulation seines Angebots zu tragen hat, wenn entweder das Leistungsverzeichnis der Musterkalkulation nicht korrekt erstellt wurde und der Bieter daher nicht weiß, welche Leistungen er de facto zu erbringen haben wird, oder wenn das Mengengerüst grob unzutreffend ist und der Kalkulation des Bieters somit falsche Mengenangaben zu Grunde liegen, die sich erst bei Leistungserbringung als unzutreffend erweisen.

Im vorliegenden Vergabeverfahren hat die Antragsgegnerin das Leistungsverzeichnis und die Musterkalkulation aufgrund ihrer Erfahrungen als Verwalterin der betroffenen Wohnhäuser aus den Vorjahren und unter Beiziehung eines Kalkulationssachverständigen erstellt. Die Musterkalkulation (die Detailkalkulationsblätter) stand den Bietern im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung, was ihnen einen Einblick in die von der Antragsgegnerin ihrer Basiskalkulation zu Grunde gelegten Voraussetzungen ermöglichte.

Grundsätzlich haben die Bieter ihr Angebot selbst zu kalkulieren, diese Kalkulation in Relation zur Basiskalkulation der Auftraggeberin zu bringen und daraus die Aufschläge und Nachlässe zu errechnen, die sie auf die einzelnen Obergruppe anbieten können.

Den Bietern wurden daher im Rahmen der angefochtenen Ausschreibung generell und durch die Zusammenfassung der Positionen „Baustellengemeinkosten“ und „Mieterkoordination“ in Obergruppe 01 keine unzumutbaren Risiken bei der Kalkulation ihrer Angebote übertragen.

Zu III. 1.): Die Antragstellerin bekämpft in ihrem sekundären Feststellungsantrag weiters einzelne Festlegungen in der Ausschreibung. Zu Punkt 3.3.2 lit f der Verfahrensbestimmungen rügt sie das Erfordernis der Angabe einer Rechnungsnummer bei den Referenzprojekten und betrachtet die Forderung nach einer Excel-Liste als unzumutbaren Aufwand für die Bieter. Zu römisch drei. 1.): Die Antragstellerin bekämpft in ihrem sekundären Feststellungsantrag weiters einzelne Festlegungen in der Ausschreibung. Zu Punkt 3.3.2 Litera f, der Verfahrensbestimmungen rügt sie das Erfordernis der Angabe einer Rechnungsnummer bei den Referenzprojekten und betrachtet die Forderung nach einer Excel-Liste als unzumutbaren Aufwand für die Bieter.

Dazu ist festzuhalten, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren das Vorhandensein des Tabellenkalkulationsprogrammes Excel beim Bieter vorausgesetzt wird, wie sich z.B. auch aus dem von der Antragstellerin nicht angefochtenen Punkt 6.1. „Aufzeichnungspflicht“ der der Ausschreibung zu Grunde liegenden Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge ergibt. Es handelt sich dabei um ein handelsübliches Softwareprogramm. Die Übertragung der in der Ausschreibung genannten Daten in eine Excel-Liste ist den Bietern somit nicht unzumutbar.

Wie von der Antragsgegnerin nachvollziehbar dargestellt, dient die Verwendung dieses Programmes der Erleichterung der Erstellung der Angebote durch die Bieter und der Bearbeitung der abgegebenen Angebote durch die Antragsgegnerin. Inwiefern darin eine Vergaberechtswidrigkeit im Sinne einer Verletzung des Diskriminierungsverbots, des freien Wettbewerbs oder der Gleichbehandlung aller Bieter liegen soll bzw. inwiefern diese Festlegung eine Angebotslegung ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken durch die Bieter verhindern soll, ist nicht erkennbar.

Ebensowenig ist der Verweis der Antragstellerin auf die in § 75 BVergG 2006 festgelegten Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit nachvollziehbar, da die bekämpfte Festlegung keinen (zusätzlichen) inhaltlichen Nachweis verlangt, sondern lediglich die Bekanntgabe der Rechnungsnummer von als Referenz angeführten Aufträgen, was offenbar der leichteren Nachvollziehbarkeit und Überprüfbarkeit der angeführten Referenzen durch die Antragsgegnerin dienen soll. Auch darin kann keine Vergaberechtswidrigkeit erblickt werden. Ebenso wenig ist der Verweis der Antragstellerin auf die in Paragraph 75, BVergG 2006 festgelegten Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit nachvollziehbar, da die bekämpfte Festlegung keinen (zusätzlichen) inhaltlichen Nachweis verlangt, sondern lediglich die Bekanntgabe der Rechnungsnummer von als Referenz angeführten Aufträgen, was offenbar der leichteren Nachvollziehbarkeit und Überprüfbarkeit der angeführten Referenzen durch die Antragsgegnerin dienen soll. Auch darin kann keine Vergaberechtswidrigkeit erblickt werden.

Zu III. 2.): Zum Vorbringen der Antragstellerin, Punkt 3.3.2 der Verfahrensbestimmungen widerspreche § 46 Abs. 3 BVergG 2006, § 79 Abs. 2 BVergG 2006 und § 75 Abs. 1 BVergG 2006, sowie zum Vorbringen, die Herausgabe von Einzelrechnungen sei für den Bieter mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden, ist Folgendes festzuhalten: Zu römisch drei. 2.): Zum Vorbringen der Antragstellerin, Punkt 3.3.2 der Verfahrensbestimmungen widerspreche Paragraph 46, Absatz 3, BVergG 2006, Paragraph 79, Absatz 2, BVergG 2006 und Paragraph 75, Absatz eins, BVergG 2006, sowie zum Vorbringen, die Herausgabe von Einzelrechnungen sei für den Bieter mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden, ist Folgendes festzuhalten:

In der angefochtenen Festlegung wird geregelt, dass die Bieter eine Referenzliste in Form einer Excel-Liste vorzulegen haben, die den dort näher umschriebenen Inhalt aufweisen muss. Dabei ist die von der Antragsgegnerin im Rahmen der Ausschreibung zur Verfügung gestellte Musterreferenzliste zu verwenden. Diesbezüglich hält sich die Festlegung jedenfalls im Rahmen des § 75 Abs. 6 Z 1 BVergG 2006. Ergänzend wird festgelegt, dass die Antragsgegnerin die Referenzliste prüfen wird (wozu sie vergaberechtlich verpflichtet ist) und den Bieter gegebenenfalls auffordern wird, zusätzliche Nachweise (z.B. Einzelrechnungen, Auftraggeberbescheinigungen) vorzulegen. In der angefochtenen Festlegung wird geregelt, dass die Bieter eine Referenzliste in Form einer Excel-Liste vorzulegen haben, die den dort näher umschriebenen Inhalt aufweisen muss. Dabei ist die von der Antragsgegnerin im Rahmen der Ausschreibung zur Verfügung gestellte Musterreferenzliste zu verwenden. Diesbezüglich hält sich die Festlegung jedenfalls im Rahmen

des Paragraph 75, Absatz 6, Ziffer eins, BVerG 2006. Ergänzend wird festgelegt, dass die Antragsgegnerin die Referenzliste prüfen wird (wozu sie vergaberechtlich verpflichtet ist) und den Bieter gegebenenfalls auffordern wird, zusätzliche Nachweise (z.B. Einzelrechnungen, Auftraggeberbescheinigungen) vorzulegen.

Diese Bestimmung ist eindeutig so zu verstehen, dass die Antragsgegnerin, sollte sich im Rahmen der Überprüfung der Referenzliste das Erfordernis ergeben, die im Klammerausdruck angeführten oder vergleichbaren Nachweise nachfordern wird. Dass davon auch Nachweise umfasst sein sollen, die über die in § 75 BVerG 2006 festgehaltenen Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit für Bauleistungen hinausgehen, findet in der Festlegung und im textlichen Zusammenhang keine Basis. Diese Bestimmung ist eindeutig so zu verstehen, dass die Antragsgegnerin, sollte sich im Rahmen der Überprüfung der Referenzliste das Erfordernis ergeben, die im Klammerausdruck angeführten oder vergleichbaren Nachweise nachfordern wird. Dass davon auch Nachweise umfasst sein sollen, die über die in Paragraph 75, BVerG 2006 festgehaltenen Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit für Bauleistungen hinausgehen, findet in der Festlegung und im textlichen Zusammenhang keine Basis.

Wie die Antragsgegnerin zutreffend vorgebracht hat, ist weiters darauf hinzuweisen, dass im Formular „Liste der für die Eignungsprüfung erforderlichen Nachweise“ die Möglichkeit des Nachweises der Leistungsfähigkeit durch den Nachweis der Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten, sofern diesem die vom Auftraggeber geforderten Unterlagen vorliegen und vom Auftraggeber unmittelbar abgerufen werden können, ausdrücklich festgehalten wird.

Zur Frage, weshalb die Vorlage von Einzelrechnungen im Falle einer Nachfrage der Antragsgegnerin für die Antragstellerin mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden sein soll, hat die Antragstellerin kein überzeugendes Vorbringen erstattet. Angesichts der Tatsache, dass es der Antragsgegnerin jedoch im Hinblick auf § 129 Abs. 1 Z 3 BVerG 2006 möglich sein muss, die von den Bietern in der Referenzliste angeführten Referenzen nachzuprüfen, erscheint die Vorlage von Einzelrechnungen jedoch zweckmäßig und angemessen. Zur Frage, weshalb die Vorlage von Einzelrechnungen im Falle einer Nachfrage der Antragsgegnerin für die Antragstellerin mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden sein soll, hat die Antragstellerin kein überzeugendes Vorbringen erstattet. Angesichts der Tatsache, dass es der Antragsgegnerin jedoch im Hinblick auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVerG 2006 möglich sein muss, die von den Bietern in der Referenzliste angeführten Referenzen nachzuprüfen, erscheint die Vorlage von Einzelrechnungen jedoch zweckmäßig und angemessen.

Ein Verstoß dieser Festlegung gegen § 75 Abs. 1, § 46 Abs. 3 und § 79 Abs. 2 BVerG 2006 kann darin insbesondere im Hinblick darauf, dass keine Verpflichtung zur Vorlage von über die gesetzlich vorgesehenen Nachweise hinaus gehenden Unterlagen festgelegt wird, nicht erblickt werden. Ein Verstoß dieser Festlegung gegen Paragraph 75, Absatz eins,, Paragraph 46, Absatz 3 und Paragraph 79, Absatz 2, BVerG 2006 kann darin insbesondere im Hinblick darauf, dass keine Verpflichtung zur Vorlage von über die gesetzlich vorgesehenen Nachweise hinaus gehenden Unterlagen festgelegt wird, nicht erblickt werden.

Eine Verletzung des Diskriminierungsverbots, des freien Wettbewerbs oder der Gleichbehandlung aller Bieter bzw. die Verhinderung einer Angebotslegung durch die Bieter ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ist nicht erkennbar. Auch diese Festlegung verstößt somit nicht gegen vergaberechtliche Grundsätze.

Zu III. 3.): Gegen die Festlegungen zur Verschwiegenheit in Punkt 1.1 der WD 307 bringt die Antragstellerin vor, dass diese Festlegung überzogen sei und nicht im Einklang mit § 23 Abs. 1 BVerG 2006 stehe, da keine Ausnahme dafür bestehe, dass ein Dritter ebenfalls einer Geheimhaltungspflicht unterliege. Weiters sei es unzulässig, den in § 129 BVerG 2006 enthaltenen taxativen Katalog an Ausscheidensgründen auszudehnen. Zu römisch drei. 3.): Gegen die Festlegungen zur Verschwiegenheit in Punkt 1.1 der WD 307 bringt die Antragstellerin vor, dass diese Festlegung überzogen sei und nicht im Einklang mit Paragraph 23, Absatz eins, BVerG 2006 stehe, da keine Ausnahme dafür bestehe, dass ein Dritter ebenfalls einer Geheimhaltungspflicht unterliege. Weiters sei es unzulässig, den in Paragraph 129, BVerG 2006 enthaltenen taxativen Katalog an Ausscheidensgründen auszudehnen.

Zu dieser Argumentation ist festzuhalten, dass sich die in Punkt 1.1. der WD 307 festgelegte Verschwiegenheitspflicht wohl nur auf geheime Informationen beziehen kann, nicht aber auf Ausschreibungsunterlagen, die ohnedies jedem interessierten Bieter zugänglich sind. Inwieweit im gegenständlichen Vergabeverfahren solche geheimen Informationen betroffen sind, die über die in § 23 Abs.1 BVerG 2006 ohnedies als vertraulich erklärten Unterlagen hinausgehen, hat die Antragstellerin nicht ausgeführt. Zu dieser Argumentation ist festzuhalten, dass sich die in Punkt

1.1. der WD 307 festgelegte Verschwiegenheitspflicht wohl nur auf geheime Informationen beziehen kann, nicht aber auf Ausschreibungsunterlagen, die ohnedies jedem interessierten Bieter zugänglich sind. Inwieweit im gegenständlichen Vergabeverfahren solche geheimen Informationen betroffen sind, die über die in Paragraph 23, Absatz eins, BVergG 2006 ohnedies als vertraulich erklärten Unterlagen hinausgehen, hat die Antragstellerin nicht ausgeführt.

Das gegenständliche Vergabeverfahren bezieht sich auf Fangsanierungsarbeiten. Konkrete Aspekte, welche Informationen im Zusammenhang mit Verfahrensunterlagen sowie Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der Antragsgegnerin einer Geheimhaltung unterliegen sollten, sind im Hinblick auf die ausgeschriebenen Leistungen nicht vorstellbar. Dass diese Festlegung trotzdem in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommen wurde beruht darauf, dass die WD 307 von der Antragsgegnerin regelmäßig den von ihr durchgeführten Vergabeverfahren zu Grunde gelegt wird und sich diese auf unterschiedlichste Leistungen, somit auch solche, für die eine Verschwiegenheitspflicht schlagend werden kann, beziehen.

Obwohl der Antragstellerin grundsätzlich darin zuzustimmen ist, dass die Schaffung von über die in § 129 Abs. 1 BVergG 2006 geschaffenen Ausscheidensgründe hinausgehenden Ausscheidensgründe in den Ausschreibungsunterlagen unzulässig ist, ist es ihr nicht gelungen, nachzuweisen, dass diese angefochtene Festlegung im konkret vorliegenden Vergabeverfahren zu einer Verletzung des Diskriminierungsverbots, des freien Wettbewerbs oder der Gleichbehandlung aller Bieter führen bzw. eine Angebotslegung durch die Bieter ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken verhindern würde. Eine Verletzung vergaberechtlicher Grundsätze durch die angefochtene Festlegung liegt somit für das gegenständliche Verfahren nicht vor. Obwohl der Antragstellerin grundsätzlich darin zuzustimmen ist, dass die Schaffung von über die in Paragraph 129, Absatz eins, BVergG 2006 geschaffenen Ausscheidensgründe hinausgehenden Ausscheidensgründe in den Ausschreibungsunterlagen unzulässig ist, ist es ihr nicht gelungen, nachzuweisen, dass diese angefochtene Festlegung im konkret vorliegenden Vergabeverfahren zu einer Verletzung des Diskriminierungsverbots, des freien Wettbewerbs oder der Gleichbehandlung aller Bieter führen bzw. eine Angebotslegung durch die Bieter ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken verhindern würde. Eine Verletzung vergaberechtlicher Grundsätze durch die angefochtene Festlegung liegt somit für das gegenständliche Verfahren nicht vor.

Zu III.4.): Zum Vorbringen der Antragstellerin, dass gemäß Punkt 1.3 der WD 307 ohne entsprechende Ermächtigung im BVergG 2006 die Antragsgegnerin das Eigentumsrecht an allen im Rahmen des Vergabeverfahrens von Bieter übergebenen Unterlagen erwerbe, eine Rückstellung an die Bieter nicht erfolge und die Antragsgegnerin damit alle Immaterialgüter an diesen Unterlagen erwerbe, was die Bieter von der Einräumung von Nutzungsrechten ausschließe, ist Folgendes festzuhalten: Zu römisch drei.4.): Zum Vorbringen der Antragstellerin, dass gemäß Punkt 1.3 der WD 307 ohne entsprechende Ermächtigung im BVergG 2006 die Antragsgegnerin das Eigentumsrecht an allen im Rahmen des Vergabeverfahrens von Bieter übergebenen Unterlagen erwerbe, eine Rückstellung an die Bieter nicht erfolge und die Antragsgegnerin damit alle Immaterialgüter an diesen Unterlagen erwerbe, was die Bieter von der Einräumung von Nutzungsrechten ausschließe, ist Folgendes festzuhalten:

Auch wenn die Überschrift des Punktes 1.3. der WD 307 „Verwendungs- und Verwertungsrechte“ lautet, spricht die angefochtene Festlegung ausdrücklich vom Erwerb des Eigentumsrechts an den im Rahmen des Vergabeverfahrens von den Bieter übergebenen Unterlagen. Die Antragstellerin stellt dazu fest, dass damit auch der Übergang an Immaterialgüterrechten gemeint sei, begründet dies jedoch nicht. Dieser Auffassung ist im Hinblick auf den eindeutigen Wortlaut der Festlegung nicht zu folgen. Im Übrigen führt die Antragstellerin nicht aus, welche Immaterialgüter im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren (Fangsanierungsarbeiten) auf die Antragsgegnerin übergehen sollten.

Den Hintergrund dieser Bestimmung bildet die Tatsache, dass die Antragsgegnerin Auftraggeberin in einer Vielzahl von Vergabeverfahren ist und das Retournieren aller Angebote einen Aufwand bedeuten würde, der vom Interesse der Bieter an einer Rückmittlung ihrer Angebotsunterlagen regelmäßig nicht aufgewogen wird. Die Festlegung erscheint angemessen und zweckmäßig. Sie steht einer ausnahmsweisen Rückmittlung von Unterlagen (z.B. von unersetzbaren Originalunterlagen) an die Bieter über deren Antrag nicht entgegen. Die Festlegung gilt für alle Bieter in gleicher Weise.

Inwiefern die angefochtene Festlegung im konkret vorliegenden Vergabeverfahren zu einer Verletzung des Diskriminierungsverbots, des freien Wettbewerbs oder der Gleichbehandlung aller Bieter führen bzw. eine

Angebotslegung durch die Bieter ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken verhindern soll, ist aufgrund der von der Antragstellerin vorgebrachten Argumente nicht nachvollziehbar. Eine Verletzung vergaberechtlicher Grundsätze durch die angefochtene Festlegung liegt somit nicht vor.

Zu III.5.): Zu Punkt 5.4.2 der Vertragsbestimmungen argumentiert die Antragstellerin, diese Festlegung lege zum Thema Preisanpassung eine unzulässige Gestaltungsfreiheit der Auftraggeberin fest, die insbesondere im Hinblick auf die lange Vertragsdauer ein unkalkulierbares Risiko für die Bieter darstelle. Zu römisch drei.5.): Zu Punkt 5.4.2 der Vertragsbestimmungen argumentiert die Antragstellerin, diese Festlegung lege zum Thema Preisanpassung eine unzulässige Gestaltungsfreiheit der Auftraggeberin fest, die insbesondere im Hinblick auf die lange Vertragsdauer ein unkalkulierbares Risiko für die Bieter darstelle.

Dieser Argumentation ist entgegenzuhalten, dass die angefochtene Festlegung eine im Hinblick auf die Kleinteiligkeit und den geringen Auftragswert der vom gegenständlichen Vergabeverfahren umfassten Aufträge zweckmäßige Vorgangsweise für die Preisanpassungen und Nachverrechnungen im Zusammenhang mit der Indexierung aufgrund der Baukostenveränderungen zum 1. Mai enthält. Die von der Antragstellerin gerügte überschießende Gestaltungsfreiheit der Antragsgegnerin lässt sich weder aus dem Wortlaut, noch aus dem objektiven Erklärungswert der angefochtenen Festlegung ableiten.

Vielmehr wird darin die Gestaltungsfreiheit der Antragsgegnerin reglementiert, indem der Umrechnungsprozentsatz an die vom (damals) Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend bekanntgegebenen Indexwerte der Baukostenveränderungen gekoppelt wird. Auch der Umrechnungsstichtag wird eingegrenzt, indem festgelegt wird, dass die Mitteilung über den Umrechnungsprozentsatz innerhalb von maximal vier Wochen nach der o.a. Bekanntgabe zu erfolgen hat und der Umrechnungsstichtag spätestens zwei Wochen nach der Mitteilung liegen soll. Diese Regelung gilt für alle Auftragnehmer in gleicher Weise.

Der Antragstellerin gelingt es nicht, plausible Argumente dafür vorzubringen, dass die angefochtene Festlegung im konkret vorliegenden Vergabeverfahren zu einer Verletzung des Diskriminierungsverbots, des freien Wettbewerbs oder der Gleichbehandlung aller Bieter führen bzw. eine Angebotslegung durch die Bieter ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken verhindern soll. Eine Verletzung vergaberechtlicher Grundsätze durch die angefochtene Festlegung liegt somit auch hinsichtlich dieser Festlegung nicht vor.

Zu III.6.): Zum Vorbringen der Antragstellerin, wonach Nachverrechnungen gemäß Punkt 5.4.3 der Vertragsbestimmungen grundsätzlich nicht zulässig seien, wobei Fälle nicht berücksichtigt würden, in denen Nachverrechnungen ohne Verschulden des Auftragnehmers erforderlich würden, die Fallfrist von 12 Wochen den allgemeinen Verjährungsbestimmungen widerspreche und die Bagatellgrenze von 200,-- Euro gröblich benachteiligend sei, ist Folgendes festzuhalten: Zu römisch drei.6.): Zum Vorbringen der Antragstellerin, wonach Nachverrechnungen gemäß Punkt 5.4.3 der Vertragsbestimmungen grundsätzlich nicht zulässig seien, wobei Fälle nicht berücksichtigt würden, in denen Nachverrechnungen ohne Verschulden des Auftragnehmers erforderlich würden, die Fallfrist von 12 Wochen den allgemeinen Verjährungsbestimmungen widerspreche und die Bagatellgrenze von 200,-- Euro gröblich benachteiligend sei, ist Folgendes festzuhalten:

Aus der systematischen Einordnung dieser Festlegung ist eindeutig erkennbar, dass sie sich nur auf Nachverrechnungen im Zusammenhang mit der unter Punkt 5.4. der Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge geregelten Indexierung und dadurch verursachte Preisanpassungen bezieht. Die Argumentation der Antragsgegnerin, wonach die Nachverrechnungen zu einem enormen administrativen Aufwand bei der Antragsgegnerin führe, und im Interesse der Überprüfbarkeit eine zeitliche Nähe der Geltendmachung zur Leistungserbringung erforderlich sei, woraus sich die zwölfwöchige Frist ergebe, ist nachvollziehbar. Die übrigen Festlegungen sollen eine möglichst arbeitssparende Vorgangsweise für Bieter und Antragsgegnerin festlegen. Die Bagatellgrenze von € 200,-- erscheint im Hinblick darauf, dass die im Zuge einer Nachverrechnung erzielbaren Beträge ab einer gewissen Grenze in einem Missverhältnis zum Aufwand stehen, angemessen.

Insbesondere im Hinblick auf die im gegenständlichen Fall regelmäßig betragsmäßig niedrigen Rechnungssummen ist es der Antragstellerin somit nicht gelungen, nachvollziehbar darzulegen, inwiefern die angefochtene Festlegung zu einer Verletzung des Diskriminierungsverbots, des freien Wettbewerbs oder der Gleichbehandlung aller Bieter führen bzw. eine Angebotslegung durch die Bieter ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken führen soll. Eine Verletzung vergaberechtlicher Grundsätze durch die angefochtene Festlegung liegt somit nicht vor.

Zu III.7.): Zu Punkt 5.6.1 der Vertragsbestimmungen bringt die Antragstellerin vor, dass die Festlegung, wonach bei einem zulässigen Wechsel von Subunternehmern dem Auftraggeber pauschal 500,-- Euro in Rechnung gestellt würden, keine Grundlage im BVergG 2006 habe. Dies sei gröblich benachteiligend, weil der Auftraggeberin durch den Subunternehmerwechsel kein vergleichbarer Aufwand entstehe. Sie stelle für die Bieter ein unkalkulierbares Risiko dar und verstoße gegen den Grundsatz des lautereren Wettbewerbs. Zu römisch drei.7.): Zu Punkt 5.6.1 der Vertragsbestimmungen bringt die Antragstellerin vor, dass die Festlegung, wonach bei einem zulässigen Wechsel von Subunternehmern dem Auftraggeber pauschal 500,-- Euro in Rechnung gestellt würden, keine Grundlage im BVergG 2006 habe. Dies sei gröblich benachteiligend, weil der Auftraggeberin durch den Subunternehmerwechsel kein vergleichbarer Aufwand entstehe. Sie stelle für die Bieter ein unkalkulierbares Risiko dar und verstoße gegen den Grundsatz des lautereren Wettbewerbs.

In diesem Punkt ist der Argumentation der Antragsgegnerin darin zu folgen, dass die vergaberechtlichen Vorschriften kein Recht des Bieters auf Subunternehmerwechsel enthalten. Grundsätzlich müssen Bieter ihre Subunternehmer bereits im Angebot nominiert haben. In der gegenständlichen Ausschreibung wird das Nachnominieren unter der Voraussetzung zugelassen, dass der Antragsgegnerin die Kosten der zusätzlichen Prüfschritte (Eignung) abgegolten werden. Die Höhe des Aufwandsersatzes von 500,-- Euro beruht auf den Erfahrungswerten der Antragsgegnerin und spiegelt den Aufwand durch Einfordern von Nachweisen, Prüfung, Verarbeitung im eigenen System und Weitergabe von Informationen an die Baustellen wider.

Die Antragsgegnerin ist berechtigt und verpflichtet, den nachgenannten Subunternehmer auf seine Eignung zu prüfen, was mit Kosten verbunden ist. Der nachträgliche Wechsel eines Subunternehmers wird in der Regel im Interesse des Bieters liegen, der den Subunternehmer nachnominiert, und fällt damit in seine Sphäre, weshalb der Aufwandsersatz an die Antragsgegnerin berechtigt ist. Zur festgesetzten Höhe des Aufwandsersatzes hat die Antragstellerin kein fundiertes Vorbringen dahingehend erstattet, weshalb diese unbillig sei. Sie ist im Übrigen für alle Auftragnehmer gleich.

Weshalb die angefochtene Festlegung im konkret vorliegenden Vergabeverfahren zu einer Verletzung des Diskriminierungsverbots, des freien Wettbewerbs oder der Gleichbehandlung aller Bieter führen bzw. eine Angebotslegung durch die Bieter ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken verhindern soll, bleibt im Lichte der Argumentation der Antragstellerin unklar. Es steht dem Auftragnehmer jedenfalls frei, keinen Subunternehmerwechsel vorzunehmen.

Eine Verletzung vergaberechtlicher Grundsätze durch die angefochtene Festlegung ist somit nicht erkennbar.

Zu III. 8.): Zu Punkt 5.6.2 der Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge wendet die Antragstellerin ein, die darin enthaltene Regelung eines Kostenbeitrags zu den Kosten der Rechnungsprüfung und Richtigstellung durch die Bieter bei einer Fehlverrechnung zu Lasten des Auftraggebers sei unzulässig. Zu römisch drei. 8.): Zu Punkt 5.6.2 der Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge wendet die Antragstellerin ein, die darin enthaltene Regelung eines Kostenbeitrags zu den Kosten der Rechnungsprüfung und Richtigstellung durch die Bieter bei einer Fehlverrechnung zu Lasten des Auftraggebers sei unzulässig.

Dazu ist festzuhalten, dass die Auftragnehmer zu einer gewissenhaften und sorgfältigen Rechnungslegung verpflichtet sind. Fehlverrechnungen zu Lasten der Antragsgegnerin sind stets auf ein Fehlverhalten des jeweiligen Auftragnehmers zurückzuführen. Wenn sich die Antragsgegnerin zu einer Nachprüfung der Rechnungen veranlasst sieht, bewirkt dies gerade im Hinblick auf die im gegenständlichen Vergabeverfahren typischen geringen Rechnungssummen einen im Einzelfall relativ hohen Aufwand, der jedoch bei fehlerhafter Rechnungslegung durch die Auftragnehmer im Interesse einer insgesamt richtigen Abrechnung unverzichtbar ist. Es erscheint gerechtfertigt, dafür den in dieser Festlegung geregelten Kostenbeitrag des jeweiligen Auftragnehmers vorzusehen. Da die Rechnungsbeträge, wie in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien festgestellt, durchschnittlich € 1.500 betragen und zum Großteil nicht über € 2.500 hinausgehen, erscheint die Befürchtung der Antragstellerin, es könne bei höheren Rechnungsbeträgen zu unangemessen hohen Kostenbeiträgen kommen, nicht nachvollziehbar.

Die Festlegung ist für alle Bieter gleichlautend in den Ausschreibungsunterlagen festgehalten, weshalb eine Verletzung des Diskriminierungsverbots, des freien Wettbewerbs oder der Gleichbehandlung aller Bieter ausscheidet. Inwiefern diese Festlegung zu einer Unkalkulierbarkeit des Angebots durch die Bieter führen soll, ist nicht nachvollziehbar, da redliche Bieter bei der Kalkulation ihrer Angebote wohl von einer korrekten Rechnungslegung ausgehen werden. Im

Übrigen wird die angefochtene Festlegung nur bei einer unrichtigen Rechnungslegung schlagend und kann von den Auftragnehmern durch eine sorgfältige Abrechnung hintangehalten werden. Eine Verletzung vergaberechtlicher Grundsätze durch die angefochtene Festlegung ist somit nicht erkennbar.

Zu III. 9.) a: Die Antragstellerin macht weiters geltend, dass die WD 314 in zahlreichen Bestimmungen zum Nachteil der Auftragnehmer von der ÖNORM B 2110 abweiche. Dies widerspreche § 99 BVergG 2006. Die WD 314 sei aber auch selbst keine geeignete Leitlinie i.S.d. § 99 Abs. 2 BVergG 2006. Zu römisch drei. 9.) a: Die Antragstellerin macht weiters geltend, dass die WD 314 in zahlreichen Bestimmungen zum Nachteil der Auftragnehmer von der ÖNORM B 2110 abweiche. Dies widerspreche Paragraph 99, BVergG 2006. Die WD 314 sei aber auch selbst keine geeignete Leitlinie i.S.d. Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006.

§ 99 Abs. 1 BVergG 2006 normiert, dass die Vertragsbestimmungen, soweit sie sich nicht schon aus der Leistungsbeschreibung ergeben, eindeutig und so umfassend festzulegen sind, dass ein eindeutiger Leistungsvertrag zustande kommen kann. Die Bestimmung zählt in der Folge jene Angaben auf, für die erforderlichenfalls eigene Bestimmungen im Leistungsvertrag festzulegen sind. In Abs. 2 wird u.a. geregelt, dass geeignete Leitlinien, wie ÖNORMEN oder standardisierte Leistungsbeschreibungen heranzuziehen sind, wenn solche existieren. Der Auftraggeber kann in einzelnen Punkten davon abweichen. Die Gründe für diese Abweichungen sind vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekanntzugeben. Paragraph 99, Absatz eins, BVergG 2006 normiert, dass die Vertragsbestimmungen, soweit sie sich nicht schon aus der Leistungsbeschreibung ergeben, eindeutig und so umfassend festzulegen sind, dass ein eindeutiger Leistungsvertrag zustande kommen kann. Die Bestimmung zählt in der Folge jene Angaben auf, für die erforderlichenfalls eigene Bestimmungen im Leistungsvertrag festzulegen sind. In Absatz 2, wird u.a. geregelt, dass geeignete Leitlinien, wie ÖNORMEN oder standardisierte Leistungsbeschreibungen heranzuziehen sind, wenn solche existieren. Der Auftraggeber kann in einzelnen Punkten davon abweichen. Die Gründe für diese Abweichungen sind vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekanntzugeben.

Zur Frage, ob die WD 314 - Allgemeine Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen selbst eine „geeignete Leitlinie“ darstellt, da § 99 Abs. 2 BVergG 2006 ÖNORMEN und standardisierte Leistungsbeschreibungen nur beispielhaft anführt, sind folgende Überlegungen anzustellen: Zur Frage, ob die WD 314 - Allgemeine Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen selbst eine „geeignete Leitlinie“ darstellt, da Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 ÖNORMEN und standardisierte Leistungsbeschreibungen nur beispielhaft anführt, sind folgende Überlegungen anzustellen:

Die der gegenständlichen Ausschreibung zu Grunde liegende WD 314 – Allgemeine Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen stützt sich, wie in der Vorbemerkung zum Ausdruck gebracht, weitgehend auf die ÖNORM B 2110. Wo sie von dieser abweicht, ist dies durch Kursivsetzung gekennzeichnet, Auslassungen sind durch Setzung einer eckigen Klammer mit Auslassungspunkten ersichtlich gemacht. Soweit die WD 314 nicht von der genannten ÖNORM abweicht, entspricht sie jedenfalls der Vorgabe in § 99 Abs. 2 BVergG 2006, die die Anwendung von geeigneten Leitlinien unter beispielhafter Aufzählung der ÖNORMEN vorschreibt. Die der gegenständlichen Ausschreibung zu Grunde liegende WD 314 – Allgemeine Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen stützt sich, wie in der Vorbemerkung zum Ausdruck gebracht, weitgehend auf die ÖNORM B 2110. Wo sie von dieser abweicht, ist dies durch Kursivsetzung gekennzeichnet, Auslassungen sind durch Setzung einer eckigen Klammer mit Auslassungspunkten ersichtlich gemacht. Soweit die WD 314 nicht von der genannten ÖNORM abweicht, entspricht sie jedenfalls der Vorgabe in Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006, die die Anwendung von geeigneten Leitlinien unter beispielhafter Aufzählung der ÖNORMEN vorschreibt.

Abweichungen wären dann zulässig, wenn die WD 314 selbst eine geeignete Leitlinie im Sinne des § 99 Abs. 2 BVergG 2006 darstellt, oder wenn dies zwar nicht der Fall ist, die Abweichungen aber nur einzelne Punkte betreffen und die inhaltliche Grenze des Missbrauchsverbots bzw. der Sittenwidrigkeit nicht überschritten wird. Abweichungen wären dann zulässig, wenn die WD 314 selbst eine geeignete Leitlinie im Sinne des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 darstellt, oder wenn dies zwar nicht der Fall ist, die Abweichungen aber nur einzelne Punkte betreffen und die inhaltliche Grenze des Missbrauchsverbots bzw. der Sittenwidrigkeit nicht überschritten wird.

Während bei der Ausarbeitung technischer Leitlinien im Sinne des § 97 Abs. 2 BVergG 2006 diese Leitlinien dann als geeignet anzusehen sind, wenn sie zu einer eindeutigen Standardisierung der Leistungsmerkmale führen, ist für

geeignete Leitlinien im Sinne des § 99 Abs. 2 BVergG 2006, abgesehen von der Branchenüblichkeit, die ausgewogene Berücksichtigung der Interessen beider zukünftiger Vertragspartner vorauszusetzen, wie sie in den vom Gesetzgeber als Beispiel angeführten ÖNORMEN aufgrund des Entstehungsprozesses gewährleistet ist. Da die WD 314, wenn auch unter freiwilliger Anhörung diverser Interessengruppen, von der Stadt Wien selbst ausgearbeitet wird, ist in diesem Fall ein solcher Interessenausgleich nicht sichergestellt. Während bei der Ausarbeitung technischer Leitlinien im Sinne des Paragraph 97, Absatz 2, BVergG 2006 diese Leitlinien dann als geeignet anzusehen sind, wenn sie zu einer eindeutigen Standardisierung der Leistungsmerkmale führen, ist für geeignete Leitlinien im Sinne des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006, abgesehen von der Branchenüblichkeit, die ausgewogene Berücksichtigung der Interessen beider zukünftiger Vertragspartner vorauszusetzen, wie sie in den vom Gesetzgeber als Beispiel angeführten ÖNORMEN aufgrund des Entstehungsprozesses gewährleistet ist. Da die WD 314, wenn auch unter freiwilliger Anhörung diverser Interessengruppen, von der Stadt Wien selbst ausgearbeitet wird, ist in diesem Fall ein solcher Interessenausgleich nicht sichergestellt.

Selbst wenn man aber davon ausgeht, dass die WD 314 selbst keine geeignete Leitlinie darstellt, ist ein Abgehen von den Festlegungen in der ÖNORM B 2110 nicht gänzlich ausgeschlossen. Dabei muss einerseits eine quantitative Grenze eingehalten werden, die der Gesetzgeber in § 99 Abs. 2 BVergG 2006 damit umschreibt, dass der Auftraggeber „in einzelnen Punkten“ von der ÖNORM abweichen darf. Sie darf somit durch die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen nicht völlig ausgehöhlt werden. Selbst wenn man aber davon ausgeht, dass die WD 314 selbst keine geeignete Leitlinie darstellt, ist ein Abgehen von den Festlegungen in der ÖNORM B 2110 nicht gänzlich ausgeschlossen. Dabei muss einerseits eine quantitative Grenze eingehalten werden, die der Gesetzgeber in Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 damit umschreibt, dass der Auftraggeber „in einzelnen Punkten“ von der ÖNORM abweichen darf. Sie darf somit durch die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen nicht völlig ausgehöhlt werden.

Von Letzterem kann aber im vorliegenden Fall nicht gesprochen werden, da die Antragstellerin mit dem gegenständlichen sekundären Feststellungsantrag lediglich sieben Festlegungen der WD 314 als unzulässigerweise von den entsprechenden Bestimmungen der ÖNORM B 2110 abweichend angefochten hat. Weitere, allenfalls ebenfalls von der ÖNORM abweichende Festlegungen betrachtet die Antragstellerin offenbar als unproblematisch. Aber auch, wenn man den Gesamtumfang der durch kursive Schreibweise kenntlich gemachten Abweichungen betrachtet, ist eine Aushöhlung der ÖNORM nicht erkennbar, zumal ein Großteil der Bestimmungen der WD 314 mit der ÖNORM B 2110 übereinstimmen.

Zur inhaltlichen Grenze der Abweichungen von geeigneten Leitlinien hat der Verfassungsgerichtshof in seinem zu § 97 BVergG 2006 ergangenen, aber in diesem Punkt auf § 99 Abs. 2 BVergG 2006 übertragbaren Erkenntnis vom 9.3.2007, G 174/06, festgehalten, dass das Gesetz dem öffentlichen Auftraggeber eine weite, nur durch das Missbrauchsverbot beschränkte Möglichkeit eröffnet, die Ausschreibung abweichend von Leitlinien an die Besonderheiten des einzelnen Auftrages anzupassen. Eine sachliche Rechtfertigung der Abweichungen ist somit nicht erforderlich. Zur inhaltlichen Grenze der Abweichungen von geeigneten Leitlinien hat der Verfassungsgerichtshof in seinem zu Paragraph 97, BVergG 2006 ergangenen, aber in diesem Punkt auf Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 übertragbaren Erkenntnis vom 9.3.2007, G 174/06, festgehalten, dass das Gesetz dem öffentlichen Auftraggeber eine weite, nur durch das Missbrauchsverbot beschränkte Möglichkeit eröffnet, die Ausschreibung abweichend von Leitlinien an die Besonderheiten des einzelnen Auftrages anzupassen. Eine sachliche Rechtfertigung der Abweichungen ist somit nicht erforderlich.

Die Erläuternden Bemerkungen zu § 99 Abs. 2 BVergG 2006 lautenDie Erläuternden Bemerkungen zu Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 lauten:

„Gemäß Abs. 2 sind, soweit der Auftraggeber diese für erforderlich erachtet, für weitere Festlegungen betreffend den Leistungsvertrag geeignete Leitlinien (wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen) heranzuziehen. Im Gegensatz zur bisherigen Regelung des BVergG 2002 kann jedoch der Auftraggeber in einzelnen Punkten von diesen Leitlinien abweichende Festlegungen treffen, ohne dass dies sachlich zu rechtfertigen wäre. Weicht der Auftraggeber von Leitlinien ab (den Unternehmen ist mitzuteilen welche Leitlinien relevant sind), so hat er diese Abweichungen in den Ausschreibungsunterlagen offen zu legen. Die inhaltliche Grenze hinsichtlich der Möglichkeit von diesen Leitlinien abzuweichen, bildet das Missbrauchsverbot.“ „Gemäß Absatz 2, sind, soweit der Auftraggeber diese für erforderlich erachtet, für weitere Festlegungen betreffend den Leistungsvertrag geeignete Leitlinien (wie ÖNORMen

oder standardisierte Leistungsbeschreibungen) heranzuziehen. Im Gegensatz zur bisherigen Regelung des BVergG 2002 kann jedoch der Auftraggeber in einzelnen Punkten von diesen Leitlinien abweichende Festlegungen treffen, ohne dass dies sachlich zu rechtfertigen wäre. Weicht der Auftraggeber von Leitlinien ab (den Unternehmen ist mitzuteilen welche Leitlinien relevant sind), so hat er diese Abweichungen in den Ausschreibungsunterlagen offen zu legen. Die inhaltliche Grenze hinsichtlich der Möglichkeit von diesen Leitlinien abzuweichen, bildet das Missbrauchsverbot.“

Die Antragsgegnerin hat die Abweichungen in der WD 314 von der ÖNORM B 2110 durch Kursivsetzung bzw. eckige Klammer mit Auslassungspunkten gekennzeichnet. Sie hat die Gründe für die Abweichungen festgehalten. Eine diesbezügliche Nachfrage der Antragstellerin erfolgte jedoch nicht.

Ob die inhaltliche Grenze durch die von der Antragstellerin angefochtenen abweichenden Vertragsbestimmungen überschritten wird, ist in der Folge im Einzelfall zu prüfen, wobei auch die vergaberechtlichen Grundsätze als Prüfmaßstab heranzuziehen sind. Im Einzelnen bekämpft die Antragstellerin folgende Abweichungen in der WD 314 von der ÖNORM B 2110:

Zu III. 9.) b: Punkt 2.2.8.10.6 der WD 314 sehe vor, dass bei Meinungsverschiedenheiten über Materialien oder Leistungsteile etc. die Versuchs- und Forschungsanstalt der Stadt Wien für materialtechnische Untersuchungen als vereinbart gelte. Diese Bestimmung widerspreche der ÖNORM B 2110, sei weiters gröblich benachteiligend und verstoße gegen § 19 Abs. 1 BVergG 2006, da diese Anstalt dem Einflussbereich der Auftraggeberin unterliege. Zu römisch drei. 9.) b: Punkt 2.2.8.10.6 der WD 314 sehe vor, dass bei Meinungsverschiedenheiten über Materialien oder Leistungsteile etc. die Versuchs- und Forschungsanstalt der Stadt Wien für materialtechnische Untersuchungen als vereinbart gelte. Diese Bestimmung widerspreche der ÖNORM B 2110, sei weiters gröblich benachteiligend und verstoße gegen Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006, da diese Anstalt dem Einflussbereich der Auftraggeberin unterliege.

In diesem Punkt ist auf die von der Antragsgegnerin in ihrem Vorbringen angeführten Akkreditierungen und Zertifizierungen der Versuchs- und Forschungsanstalt der Stadt Wien hinzuweisen, deren Wegfall einen eher hypothetischen Fall darstellt. Die Mitarbeiter werden als Sachverständige tätig, bei Ausübung ihrer Tätigkeit sind sie unabhängig und weisungsfrei und unterliegen der strengen Haftung eines Sachverständigen nach § 1299 ABGB. In diesem Punkt ist auf die von der Antragsgegnerin in ihrem Vorbringen angeführten Akkreditierungen und Zertifizierungen der Versuchs- und Forschungsanstalt der Stadt Wien hinzuweisen, deren Wegfall einen eher hypothetischen Fall darstellt. Die Mitarbeiter werden als Sachverständige tätig, bei Ausübung ihrer Tätigkeit sind sie unabhängig und weisungsfrei und unterliegen der strengen Haftung eines Sachverständigen nach Paragraph 1299, ABGB.

Soweit sich die Festlegung auf die Eigenschaften von Materialien oder Leistungsteilen bezieht, für die allgemein gültige Prüfverfahren bestehen, ist sie unproblematisch, da die Anwendung dieser Prüfverfahren einen objektiven Maßstab für die Prüfung darstellt, der ein sachliches Ergebnis gewährleistet. Aber auch, soweit sich die Festlegung auf Meinungsverschiedenheiten über die Zuverlässigkeit der bei der Prüfung angewendeten Maschinen und des Prüfverfahrens bezieht, ist keine Vergaberechtswidrigkeit bzw. Sittenwidrigkeit erkennbar, da das Ermittlungsverfahren ergeben hat, dass im gegenständlichen Fall keine Materialien bzw. Gerätschaften zur Verwendung kommen, die zu einer Meinungsverschiedenheit im Sinne der angefochtenen Festlegung führen könnten. Das einzige spezielle Material stellt ein Spezialmörtel für die Abdichtung von Rissen in den Fängen dar. Der zu verwendete Mörtel ist jedoch seinen erforderlichen Eigenschaften nach im Leistungsverzeichnis vorgegeben und muss der Ausschreibung nach der ÖNORM B 8271 entsprechen.

Es ist der Antragstellerin somit nicht gelungen, nachzuweisen, dass die in diesem Punkt angefochtene Festlegung im konkreten Fall gegen § 19 Abs. 1 BVergG 2006 oder einen anderen vergaberechtlichen Grundsatz verstößt bzw. dem Missbrauchsverbot zuwiderläuft. Es ist der Antragstellerin somit nicht gelungen, nachzuweisen, dass die in diesem Punkt angefochtene Festlegung im konkreten Fall gegen Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 oder einen anderen vergaberechtlichen Grundsatz verstößt bzw. dem Missbrauchsverbot zuwiderläuft.

Zu III. 9.) c: Zu Punkt 3.4.2 der WD 314 führt die Antragstellerin aus, diese Festlegung sehe in unzulässigem Widerspruch zu § 1168 ABGB und zur ÖNORM B 2110 bei Überschreitung der vertraglich vereinbarten Leistungsfrist, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten habe, vor, dass nur die zeitgebundenen Gemein- und Gerätekosten der

Baustelle für die Zeit der Überschreitung, jedoch nur im tatsächlich geleisteten Umfang und höchstens zum angebotenen Preis je Zeiteinheit vergütet würde. Bei Überschreitungen der vertraglich festgelegten Leistungsfrist, die der Auftragnehmer zu vertreten habe, erfolge keine Vergütung dieser Kosten. Zu römisch drei. 9.) c: Zu Punkt 3.4.2 der WD 314 führt die Antragstellerin aus, diese Festlegung sehe in unzulässigem Widerspruch zu Paragraph 1168, ABGB und zur ÖNORM B 2110 bei Überschreitung der vertraglich vereinbarten Leistungsfrist, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten habe, vor, dass nur die zeitgebundenen Gemein- und Gerätekosten der Baustelle für die Zeit der Überschreitung, jedoch nur im tatsächlich geleisteten Umfang und höchstens zum angebotenen Preis je Zeiteinheit vergütet würde. Bei Überschreitungen der vertraglich festgelegten Leistungsfrist, die der Auftragnehmer zu vertreten habe, erfolge keine Vergütung dieser Kosten.

Nach der Aussage der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien regelt diese Festlegung den Fall, dass die Leistung zwar erbracht wurde, dies aber verspätet, und festgelegt werden soll, welche Aufwendungen dem Auftragnehmer über das vereinbarte Entgelt für die Leistung hinaus zusteht. Bei den von der gegenständlichen Ausschreibung umfassten Aufträgen handelt es sich nach der glaubwürdigen und im Wesentlichen unwidersprochen gebliebenen Darstellung der Antragsgegnerin regelmäßig um Kleinaufträge, für die keine Verwendung von technischen Geräten notwendig ist, abgesehen von einer Seilwinde zur Beförderung von Material zum Rauchfang. Die Auftragsdauer beträgt durchschnittlich einige Stunden. Auch Verzögerungen bewegen sich erfahrungsgemäß im Stundenbereich.

Die Regelung des Entgelts für Überschreitungen der vertraglich vereinbarten Leistungsfrist, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat, soll offenbar eine Einschränkung der Vergütung auf die zeitgebundenen Gemein- und Gerätekosten der Baustelle sicherstellen und klarstellen, dass einmalige Kosten der Baustelle davon nicht umfasst sein können, da diese unabhängig von der Dauer der Leistungserbringung anfallen und ihre Höhe von Verzögerungen nicht beeinflusst wird.

Die Festlegung stellt sicher, dass die Auftragnehmer bei Überschreitung der Leistungsfrist alle jene Kosten vergütet erhalten, die durch von ihnen nicht zu vertretende Verzögerungen entstanden sind. An ein Unterbleiben der Leistung im Sinne des § 1168 ABGB wurde dabei nach der unwidersprochenen Aussage der Antragsgegnerin nicht gedacht. Die Festlegung stellt sicher, dass die Auftragnehmer bei Überschreitung der Leistungsfrist alle jene Kosten vergütet erhalten, die durch von ihnen nicht zu vertretende Verzögerungen entstanden sind. An ein Unterbleiben der Leistung im Sinne des Paragraph 1168, ABGB wurde dabei nach der unwidersprochenen Aussage der Antragsgegnerin nicht gedacht.

In der angefochtenen Festlegung ist daher keine Vergaberechtswidrigkeit und kein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot zu erblicken.

Zu III. 9.) d: Die Antragstellerin wendet sich weiters gegen die Festlegung einer Mindestpauschale von 1% der Bruttorechnungssumme bei Verzug bei Rechnungslegung in Punkt 4.3.7 der WD 314. Zu römisch drei. 9.) d: Die Antragstellerin wendet sich weiters gegen die Festlegung einer Mindestpauschale von 1% der Bruttorechnungssumme bei Verzug bei Rechnungslegung in Punkt 4.3.7 der WD 314.

In diesem Punkt ist mit der Antragsgegnerin auf Punkt 8.3.8. der ÖNORM B 2110 zu verweisen, wonach der Auftraggeber berechtigt ist, selbst eine Abrechnung aufzustellen oder aufstellen zu lassen, wenn es der Auftragnehmer unterlässt, fristgerecht eine überprüfbare Schluss- oder Teilschlussrechnung zu legen und eine ihm gestellte Nachfrist nicht einhält. Dafür kann der Auftraggeber eine angemessene Vergütung verlangen, die in der gegenständlichen Festlegung mit 1% der Bruttorechnungssumme festgesetzt wird.

Im Hinblick auf die gegenständlichen Durchschnittsrechnungssummen von ca. 1.500,-- € besteht nicht die Gefahr, dass dieser Betrag die tatsächlich entstandenen Kosten unzumutbar übersteigt. Im Übrigen gehört es zu den Pflichten der Auftragnehmer, gewissenhaft und rechtzeitig Rechnung zu legen. Wenn ein Auftragnehmer dieser Verpflichtung trotz Aufforderung durch den Auftraggeber unter Setzung einer Nachfrist nicht nachkommt und der Auftraggeber selbst die Abrechnung vornehmen muss, erscheint die Verpflichtung des Auftragnehmers zur Leistung der tatsächlich entstandenen Kosten, mindestens jedoch von 1% der Bruttorechnungssumme gerechtfertigt und angemessen. Eine Vergaberechtswidrigkeit oder ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot ist daraus nicht abzuleiten, zumal es der Auftragnehmer in seiner Macht hat, die Zahlung dieses Betrages durch ordnungsgemäße und fristgerechte

Rechnungslegung zu verhindern. Es ist auch nicht erkennbar, inwiefern sich daraus eine Unkalkulierbarkeit der Angebote ergeben soll, da ein redlicher Bieter bei der Erstellung seines Angebotes wohl von einer fristgerechten Rechnungslegung ausgehen wird.

Zu III. 9.) e: Die Antragstellerin macht weiters geltend, Punkt 4.4.1.5 der WD 314 sehe in Ergänzung zu Punkt 8.4.1.5 erster Satz der ÖNORM B 2110 vor, dass der Auftragnehmer bei Rechnungskorrekturen unter 150,-- Euro keine Mitteilung der Auftraggeberin erhalte. Zu römisch drei. 9.) e: Die Antragstellerin macht weiters geltend, Punkt 4.4.1.5 der WD 314 sehe in Ergänzung zu Punkt 8.4.1.5 erster Satz der ÖNORM B 2110 vor, dass der Auftragnehmer bei Rechnungskorrekturen unter 150,-- Euro keine Mitteilung der Auftraggeberin erhalte.

Im Hinblick auf die große Anzahl an Rechnungen, die von der Antragsgegnerin zu bearbeiten sind und auf die Kleinteiligkeit der verfahrensgegenständlichen Einzelaufträge erscheint die Argumentation der Antragsgegnerin, dass diese Bestimmung der Hintanhaltung eines übermäßigen Aufwandes in der Folge von Rechnungskorrekturen dienen soll, nachvollziehbar. Es ist eher dem Auftragnehmer zumutbar, den korrekten Zahlungseingang zu prüfen. Einem sorgfältigen Unternehmer muss somit auffallen, wenn eine Rechnung nicht in der geltend gemachten Höhe beglichen wird. Es liegt dann im Ermessen des Auftragnehmers, diese Korrektur zu akzeptieren oder den Ursachen für die Korrektur bei der Auftraggeberin nachzugehen.

Aus dieser Festlegung ist weder eine Vergaberechtswidrigkeit, noch ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot ersichtlich, zumal es in der Sphäre des Auftragnehmers liegt, korrekte Abrechnungen vorzunehmen und es ihm im Falle einer geringfügigen Rechnungskorrektur zumutbar ist, dem Vorgang selbst nachzugehen.

Zu III. 9.) f: Die Antragstellerin bekämpft weiters die Verzinsungsregelungen in Punkt 4.4.1.6 bzw. 4.4.3. der WD 314. Zu römisch drei. 9.) f: Die Antragstellerin bekämpft weiters die Verzinsungsregelungen in Punkt 4.4.1.6 bzw. 4.4.3. der WD 314.

Dazu ist festzuhalten, dass 4% gemäß § 1000 ABGB den gesetzlichen Verzugszinssatz für Verbrauchergeschäfte darstellt. Eine entsprechende Vereinbarung auch für Geschäfte zwischen Unternehmern erscheint nicht unzulässig. Eine Überzahlung der Schlussrechnung setzt eine unkorrekte Abrechnung durch den Auftragnehmer voraus. Die Verzinsung einer solchen Überzahlung der Schlussrechnung mit 9% stellt daher im Hinblick auf die Verpflichtung der Auftragnehmer zur genauen und korrekten Erstellung der Schlussrechnung keine unzulässige Begünstigung der Auftraggeberin dar, zumal das Ausmaß von 9% ohnedies in etwa dem zum Zeitpunkt der Ausschreibung in der ÖNORM B 2110 festgelegten und von der Antragstellerin eingemahnten Ausmaß von 8% über dem zum Ausschreibungszeitpunkt geltenden Basiszinssatz (0,38 %) entsprach. Dazu ist festzuhalten, dass 4% gemäß Paragraph 1000, ABGB den gesetzlichen Verzugszinssatz für Verbrauchergeschäfte darstellt. Eine entsprechende Vereinbarung auch für Geschäfte zwischen Unternehmern erscheint nicht unzulässig. Eine Überzahlung der Schlussrechnung setzt eine unkorrekte Abrechnung durch den Auftragnehmer voraus. Die Verzinsung einer solchen Überzahlung der Schlussrechnung mit 9% stellt daher im Hinblick auf die Verpflichtung der Auftragnehmer zur genauen und korrekten Erstellung der Schlussrechnung keine unzulässige Begünstigung der Auftraggeberin dar, zumal das Ausmaß von 9% ohnedies in etwa dem zum Zeitpunkt der Ausschreibung in der ÖNORM B 2110 festgelegten und von der Antragstellerin eingemahnten Ausmaß von 8% über dem zum Ausschreibungszeitpunkt geltenden Basiszinssatz (0,38 %) entsprach.

Die angefochtene Festlegung widerspricht somit weder den Grundsätzen des Vergaberechts noch dem Missbrauchsverbot.

Zu III. 9.) g: Die Antragstellerin wendet sich weiters gegen Punkt 8.2.3.3 der WD 314, in dem geregelt wird, dass die Vermutung, dass Mängel bereits bei Übernahme vorhanden gewesen seien, für den gesamten Gewährleistungszeitraum gelten soll. Zu römisch drei. 9.) g: Die Antragstellerin wendet sich weiters gegen Punkt 8.2.3.3 der WD 314, in dem geregelt wird, dass die Vermutung, dass Mängel bereits bei Übernahme vorhanden gewesen seien, für den gesamten Gewährleistungszeitraum gelten soll.

In diesem Punkt ist die Besonderheit der im gegenständlich zu vergebenden Auftrag enthaltenen Leistungen zu berücksichtigen. Es handelt sich dabei um eine Vielzahl von relativ kleinen Aufträgen zur Fangsanierung mit einem durchschnittlichen Auftragswert von € 1.500,--. Eine förmliche Übernahme der abgeschlossenen Leistungen ist in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehen, da dies einen unverhältnismäßigen Aufwand für die Antragsgegnerin darstellen würde.

Bei einer Festsetzung der Frist, für die die o.a. Vermutung gelten soll, mit 6 Monaten, somit vor Ablauf der Gewährleistungsfrist, würde jedoch, wie die Antragsgegnerin nachvollziehbar vorbringt, gerade eine solche Zwischenfeststellung erforderlich werden, da zur Vermeidung einer Fristversäumnis bei der Geltendmachung von Mängeln in jedem Einzelfall festgestellt werden müsste, ob Mängel vorliegen, für die Gewährleistungsansprüche bestehen. Eine solche Regelung würde im vorliegenden Fall im Hinblick auf die Kleinteiligkeit der Aufträge einen unwirtschaftlichen Aufwand für die Antragsgegnerin nach sich ziehen.

Zum Schutz der Auftragnehmer ist jedoch festgelegt, dass die Vermutung nicht gelten soll, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist. Wenn daher Mängel auftreten, die eindeutig erst nach dem Abschluss des Auftrags durch vom Auftragnehmer nicht zu vertretende Faktoren, wie z.B. Sturmschäden, etc., entstanden sind, greift die Vermutung nicht. Im Übrigen ist die Vermutung widerlegbar, wenn eine entsprechende Beweislage gegeben ist.

Aus dieser Festlegung ist somit keine Vergaberechtswidrigkeit zu erkennen. Auch ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot liegt nicht vor. Eine sachliche Rechtfertigung, wie von der Antragstellerin gefordert, ist, wie oben dargestellt, nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes nicht erforderlich.

Zu III. 9.) h: Die Antragstellerin bekämpft weiters die in Punkt 8.3 der WD 314 festgelegten Schadenersatzregelung. Diese Festlegung normiert für den Auftragnehmer eine Haftung nach den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen, somit in Abweichung zur ÖNORM B 2110 auch im Falle der leichten Fahrlässigkeit. Für die Auftraggeberin wird eine Haftung nur bei grobem Verschulden vorgesehen. Zu römisch drei. 9.) h: Die Antragstellerin bekämpft weiters die in Punkt 8.3 der WD 314 festgelegten Schadenersatzregelung. Diese Festlegung normiert für den Auftragnehmer eine Haftung nach den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen, somit in Abweichung zur ÖNORM B 2110 auch im Falle der leichten Fahrlässigkeit. Für die Auftraggeberin wird eine Haftung nur bei grobem Verschulden vorgesehen.

Bei den ausschreibungsgegenständlichen Leistungen handelt es sich in weiten Bereichen um Bauarbeiten, die nicht zuletzt auch im Hinblick auf ihre Bedeutung für den Brandschutz mit besonderer Sorgfalt auszuführen sind. Die Festlegung einer Haftung der Auftragnehmer nach den zivilrechtlichen Vorschriften stellt daher keine unverhältnismäßige Benachteiligung dar.

Die Haftung der Auftraggeberin wird bei dem in der ÖNORM geregelten Verschuldensgrad belassen. In welchen Fällen bei den vom gegenständlichen Vergabeverfahren umfassten Aufträgen ein Schadenersatz durch die Auftraggeberin schlagend werden könnte, hat die Antragstellerin nicht dargestellt. Die Festlegung, wonach bei grober Fahrlässigkeit für den Auftragnehmer und die Auftraggeberin nur ein Anspruch auf Ersatz des tatsächlichen Schadens, nicht aber des entgangenen Gewinns bestehen soll, kann die Antragstellerin im Hinblick darauf, dass diese Bestimmung für Auftraggeber und Auftragnehmer in gleicher Weise gilt, nicht unverhältnismäßig benachteiligen.

Der Verwaltungsaufwand im Zusammenhang mit der Schadensregulierung ist vom Auftragnehmer unabhängig vom Grad seines Verschuldens, nicht aber unabhängig vom Verschulden, zu ersetzen. Ein Ersatz kommt somit nur dann in Frage, wenn der Auftragnehmer ein Verschulden am Schadenseintritt trifft.

Auch die zu diesem Punkt angefochtenen Festlegungen stellen daher keine Vergaberechtswidrigkeit im Sinne eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot oder die Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter dar. Sie widersprechen weiters nicht dem Missbrauchsverbot. Eine sachliche Rechtfertigung, wie von der Antragstellerin gefordert, ist, wie oben dargestellt, nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes nicht erforderlich.

Zu III.9.) i: Soweit sich die Antragstellerin gegen Punkt 8.7 der WD 314 wendet, in dem eine Konventionalstrafe für die Nichteinhaltung von arbeitsrechtlichen Bestimmungen festgesetzt wird, ist auf § 84 Abs. 2 BVergG 2006 zu verweisen. Nach dieser Bestimmung ist der Auftraggeber verpflichtet, in der Ausschreibung vorzusehen, dass die Bieter bei Angebotserstellung und Auftragsausführung die arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen einhalten. Zu römisch drei.9.) i: Soweit sich die Antragstellerin gegen Punkt 8.7 der WD 314 wendet, in dem eine Konventionalstrafe für die Nichteinhaltung von arbeitsrechtlichen Bestimmungen festgesetzt wird, ist auf Paragraph 84, Absatz 2, BVergG 2006 zu verweisen. Nach dieser Bestimmung ist der Auftraggeber verpflichtet, in der Ausschreibung vorzusehen, dass die Bieter bei Angebotserstellung und Auftragsausführung die arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen einhalten.

Nach § 1336 AGBG ist die Vereinbarung von Konventionalstrafen ausdrücklich zulässig. Dass der Gesetzgeber der Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften ein besonderes Gewicht beimisst, ergibt sich schon aus § 68

Abs. 1 Z 5 BVergG 2006, der Verstöße gegen das Arbeits- und Sozialrecht als schwere Verfehlungen qualifiziert und bei nachweislichem Vorliegen solcher Verfehlungen des Bieters dessen Ausschluss vom Vergabeverfahren vorsieht. Die Vereinbarung einer Konventionalstrafe für den Fall des Zuwiderhandelns ist geeignet, die Einhaltung der Festlegungen hinsichtlich der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften in der Ausschreibung durch die Auftragnehmer zu gewährleisten. Unabhängig davon wird ein Arbeitgeber bei Verletzung von arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften allenfalls verwaltungsstrafrechtlich haftbar, was aber mit der vergaberechtlichen Regelung in keinem Zusammenhang steht. Nach Paragraph 1336, AGBG ist die Vereinbarung von Konventionalstrafen ausdrücklich zulässig. Dass der Gesetzgeber der Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften ein besonderes Gewicht beimisst, ergibt sich schon aus Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006, der Verstöße gegen das Arbeits- und Sozialrecht als schwere Verfehlungen qualifiziert und bei nachweislichem Vorliegen solcher Verfehlungen des Bieters dessen Ausschluss vom Vergabeverfahren vorsieht. Die Vereinbarung einer Konventionalstrafe für den Fall des Zuwiderhandelns ist geeignet, die Einhaltung der Festlegungen hinsichtlich der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften in der Ausschreibung durch die Auftragnehmer zu gewährleisten. Unabhängig davon wird ein Arbeitgeber bei Verletzung von arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften allenfalls verwaltungsstrafrechtlich haftbar, was aber mit der vergaberechtlichen Regelung in keinem Zusammenhang steht.

Die Höhe der Konventionalstrafe hängt laut der angefochtenen Festlegung von der Auftragssumme bzw. von der Anzahl der Arbeitnehmer ab, hinsichtlich derer die arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften nicht eingehalten wurden. Eine Obergrenze ist festgesetzt, die aber bezüglich der gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen nur bei massiven Verstößen der Auftragnehmer gegen arbeits- und sozialrechtliche Vorschriften erreicht werden könnte.

Ein Verstoß dieser Festlegung gegen vergaberechtliche Grundsätze oder gegen das Missbrauchsverbot ist daher insbesondere im Hinblick darauf, dass es in der Hand der Auftragnehmer liegt, die ohnedies verbindlichen arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften einzuhalten, nicht erkennbar.

Zu IV):Zu römisch vier):

Das Verwaltungsgericht Wien ist der Rechtsansicht der Antragsgegnerin, dass im gegenständlichen Feststellungsverfahren ein Verweis auf das Vorbringen im Verfahren vor dem VKS Wien unzulässig sei, nicht gefolgt. Beim VKS Wien war hinsichtlich der gegenständlichen Ausschreibung ursprünglich ein Nichtigerklärungsverfahren anhängig. Die Bescheide des VKS Wien, mit denen über diesen Nachprüfungsantrag abgesprochen wurde, wurden vom Verwaltungsgerichtshof behoben. Nachdem der Zuschlag mittlerweile erteilt worden war, stellte die Antragstellerin in der Folge einen sekundären Feststellungsantrag. Die Entscheidung über diesen Feststellungsantrag befasst sich daher inhaltlich mit dem Vorbringen im bereits vor dem VKS Wien geltend gemachten Nichtigerklärungsantrag, dessen erledigende Bescheide vom Verwaltungsgerichtshof behoben wurden. Im Übrigen hat die Antragstellerin ihr Begehren ohnedies auch im sekundären Feststellungsantrag vom 10.4.2014 formuliert und zusammenfassend begründet.

Zum Vorbringen der Antragsgegnerin, der Antragstellerin fehle die Beschwerde, weil sie aufgrund ihrer mangelnden wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit gar nicht in der Lage sei, die für die gegenständliche Ausschreibung geforderten Eignungskriterien zu erfüllen, ist festzuhalten, dass eine abschließende Prüfung der Eignung der Antragstellerin im gegenständlichen Verfahrensstadium (vor Legung eines Angebots) kaum möglich erscheint. Aus der Sicht der Antragstellerin war ihr die Legung eines Angebots aufgrund der von ihr behaupteten Mängel der Ausschreibung nicht möglich, weshalb sie diese in den verfahrensgegenständlichen Punkten angefochten hat. Sie hat in ihrem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung auch ein Vorbringen zu ihrem Interesse am Vertragsabschluss erstattet. Da auch der Verwaltungsgerichtshof im vorangegangenen höchstgerichtlichen Verfahren offenbar keine Bedenken hinsichtlich der Beschwer der Antragstellerin hatte, erfolgte auch im gegenständlichen Verfahren eine inhaltliche Prüfung und Erledigung des von der Antragstellerin gestellten Feststellungsantrages.

Über den Antrag der Antragsgegnerin gemäß § 39 Abs. 4 WVRG 2014, festzustellen, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, wäre nur dann abzusprechen gewesen, wenn den Feststellungsanträgen der Antragstellerin stattgegeben worden wäre, da dieser Antrag der Antragsgegnerin, ähnlich einem Eventualantrag, akzessorisch ist (VwGH vom 27.6.2007, Zl.: 2006/04/0106).Über den Antrag der Antragsgegnerin gemäß Paragraph 39, Absatz 4, WVRG 2014, festzustellen, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des

Zuschlags gehabt hätte, wäre nur dann abzusprechen gewesen, wenn den Feststellungsanträgen der Antragstellerin stattgegeben worden wäre, da dieser Antrag der Antragsgegnerin, ähnlich einem Eventualantrag, akzessorisch ist (VwGH vom 27.6.2007, Zl.: 2006/04/0106).

Dem Antrag der Antragstellerin auf Einholung eines Gutachtens eines Bausachverständigen war nicht zu folgen, da dieser allenfalls eine bautechnische Stellungnahme zu den verfahrensgegenständlichen Leistungen im Zusammenhang mit der Instandsetzung von Rauchfängen abgeben hätte können (zu diesem Punkt wurden aus der Sicht des Senats allerdings bereits ausreichende Feststellungen getroffen). Zum beantragten Beweisthema „dass die Umstände der Leistungserbringung im vorliegenden Fall für die Bieter nicht kalkulierbar seien und zwar unter Berücksichtigung des vom Verwaltungsgerichtshof bestimmten Maßstabes“ hätte dieser jedoch keine auf seine bautechnischen Fachkenntnisse gestützte Aussage treffen können.

Ein Vorbringen, weshalb die gegenständliche Ausschreibung bzw. die erste Berichtigung vom 22.3.2012 aus über die o.a. Anfechtungsgründe hinausgehenden Argumenten rechtswidrig sein sollten, hat die Antragstellerin nicht erstattet.

Aus den oben dargestellten Erwägungen waren die im Spruch näher ausgeführten Anträge und Eventualanträge der Antragstellerin abzuweisen.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 21.1.2014, VwGH Zl.: 2012/04/0124-8 und 2013/04/0040-6, bereits seine Rechtsansicht in den Fragen der Zulässigkeit des Preisaufschlags- und Nachlassverfahrens bzw. der Kalkulierbarkeit von Aufschlägen und Nachlässen auf Obergruppenebene zum Ausdruck gebracht. Das gegenständliche Erkenntnis ist unter Berücksichtigung dieser Rechtsansicht ergangen. Hinsichtlich der übrigen im gegenständlichen Erkenntnis angesprochenen Rechtsthemen weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. 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. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 21.1.2014, VwGH Zl.: 2012/04/0124-8 und 2013/04/0040-6, bereits seine Rechtsansicht in den Fragen der Zulässigkeit des Preisaufschlags- und Nachlassverfahrens bzw. der Kalkulierbarkeit von Aufschlägen und Nachlässen auf Obergruppenebene zum Ausdruck gebracht. Das gegenständliche Erkenntnis ist unter Berücksichtigung dieser Rechtsansicht ergangen. Hinsichtlich der übrigen im gegenständlichen Erkenntnis angesprochenen Rechtsthemen weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. 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.

Schlagworte

Preisaufschlags- und Nachlassverfahren; standardisierte Leistungsbeschreibung; unkalkulierbares Risiko; unzumutbarer Aufwand für den Bieter; Verschwiegenheitspflicht

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2014:VGW.123.072.10241.2014

Zuletzt aktualisiert am

16.12.2014

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>