

TE Vwgh Erkenntnis 2010/4/22 2008/04/0077

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.04.2010

Index

E3L E06302000;
E3L E06303000;
L72009 Beschaffung Vergabe Wien;
001 Verwaltungsrecht allgemein;
10/07 Verwaltungsgerichtshof;
40/01 Verwaltungsverfahren;
95/05 Normen Zeitzählung;
97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

31989L0665 Rechtsmittel-RL Art2 Abs1 litb;
AVG §58 Abs2;
AVG §60;
BVergG 1997 §25 impl;
BVergG 2002 §60 Abs2 impl;
BVergG 2006 §108 Abs1 Z9;
BVergG 2006 §125 Abs3;
BVergG 2006 §129 Abs1 Z3;
BVergG 2006 §24 Abs1;
BVergG 2006 §325;
BVergG 2006 §70 Abs1 Z3;
BVergG 2006 §70 Abs1;
BVergG 2006 §70 Abs2;
BVergG 2006 §79 Abs3;
BVergG 2006 §96 Abs1;
BVergG 2006 §97 Abs2;
BVergG 2006 §97;
BVergG 2006 §99 Abs1 Z1;
BVergG 2006 §99 Abs1 Z2;
LVergRG Wr 2007 §26 Abs2;
ÖNORM A 2050 Pkt 4.9.1.;
VwGG §42 Abs2 Z3 litc;

VwRallg:

1. AVG § 58 heute
2. AVG § 58 gültig ab 01.02.1991
1. AVG § 60 heute
2. AVG § 60 gültig ab 01.02.1991
1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 24 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 96 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 97 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 97 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 99 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 99 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. VwGG § 42 heute
2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008

5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990

6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Marzi, über die Beschwerde der D Gesellschaft m.b.H. in Wien, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte in 1010 Wien, Bartensteingasse 2, gegen den Bescheid des Vergabekontrollsenates Wien vom 13. März 2008, Zl. VKS - 21/08, betreffend Nachprüfung einer Ausschreibung (mitbeteiligte Partei: Stadt Wien - Wiener Wohnen, Direktion Technik in Wien, vertreten durch Schwartz und Huber-Medek Rechtsanwälte OEG in 1010 Wien, Stubenring 2), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird in seinem Spruchpunkt 1. und in seinem Spruchpunkt 2., soweit damit das Mehrbegehren der Beschwerdeführerin abgewiesen wurde, wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Das Land Wien hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.286,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1. Mit Bescheid vom 13. März 2008 hat der Vergabekontrollsenat Wien den Antrag der Beschwerdeführerin auf Nichtigerklärung der (gesamten) Ausschreibung der mitbeteiligten Partei betreffend die Vergabe eines Rahmenvertrages zur Durchführung von Schwarzdeckerarbeiten in städtischen Wohnhausanlagen in allen Wiener Gemeindebezirken abgewiesen (Spruchpunkt 1.). Weiters hat die belangte Behörde über Antrag der Beschwerdeführerin drei bestimmt genannte Festlegungen in dieser Ausschreibung für nichtig erklärt und das Mehrbegehren auf Nichtigerklärung weiterer Festlegungen abgewiesen (Spruchpunkt 2.), die einstweilige Verfügung vom 10. Jänner 2008 mit sofortiger Wirkung aufgehoben (Spruchpunkt 3.) und die Mitbeteiligte zum Ersatz der Pauschalgebühren verpflichtet (Spruchpunkt 4.).

Zur Begründung führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, es handle sich um ein Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen in Form von Rahmenverträgen im Oberschwellenbereich betreffend laufende Adaptierungs- und Instandsetzungsarbeiten kleineren Umfangs in den von der Mitbeteiligten verwalteten Wohnhausanlagen. Die Ausschreibung sei gebietsweise in neun Lose gegliedert. Nach Einleitung des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens habe die Mitbeteiligte die Ausschreibung am 9. Jänner 2008 und am 20. Februar 2008 berichtigt. Dabei sei das Ende der Angebotsfrist neu mit 29. April 2008 festgelegt worden. Die Rahmenverträge sollten für die Dauer von drei Jahren mit einer optionalen Verlängerung um weitere drei Jahre abgeschlossen werden. Der geschätzte Auftragswert betrage unter Berücksichtigung der Option EUR 6,976.000,-- exklusive Umsatzsteuer. Der Auftrag solle nach dem Preisaufschlags- und -nachlassverfahren vergeben werden. Aufschläge und Nachlässe könnten jeweils auf die Preisanteile Lohn und Sonstiges jeder Leistungsgruppe angeboten werden. Darüber hinaus sei es möglich, für jedes Los zusätzliche Aufschläge und Nachlässe zu gewähren sowie weitere Aufschläge und Nachlässe in Abhängigkeit zur Höhe der einzelnen Rechnungssummen. Als Zuschlagskriterium sei der niedrigste Preis festgelegt worden. Die Zuschlagsfrist betrage sieben Monate.

Aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich Folgendes: Die Detailkalkulation für jede Position für den von der Auftraggeberin vorgegebenen Preis (im Folgenden: Vorgabekalkulation bzw. Vorgabepreis), auf den Aufschläge bzw. Nachlässe anzubieten seien, liege der Ausschreibung bei. Die Mitbeteiligte sei bei ihrer sachverständig erstellten Detailkalkulation von folgenden

Grundlagen ausgegangen:

"Der Anteil 'Lohn' setzt sich aus den Mittellohnkosten zusammen und wurde mit dem Gesamtzuschlag auf Lohn/Gehalt gemäß Zeile T des K3-Blattes in Höhe von 25 % beaufschlagt.

Der Anteil 'Sonstiges' wurde wie folgt ermittelt: Die Positionen wurden auf Grund von offiziellen Preislisten der Erzeuger, des Großhandels oder anderer Lieferanten ermittelt (Preisbasis 01.09.2007).

Die Listenpreise der Großhändler wurden je nach Warengruppe mit einem Nachlass in Höhe bis 45 % versehen. Daraus

ergibt sich die Spalte 4 'Preis ab Lieferer' im K4-Blatt. Zu diesem Wert wurden dann noch die anteiligen Fracht- bzw. Manipulationskosten an die Baustelle oder gegebenenfalls zum eigenen Lagerplatz hinzugefügt. Diese Summe wurde dann mit dem Gesamtzuschlag auf Material gemäß Zeile T des K3-Blattes in Höhe von 25 % beaufschlagt. Somit ergibt sich dann der Materialpreis pro Einheit.

Die Gerätepreise wurden auf Grund der Miet- bzw. Neupreiskosten unter Berücksichtigung der Nutzungsdauer und Abschreibung ermittelt und in den Positionen im K7-Blatt dargestellt.

Preisermittlung-Detaillkalkulation (K7): In der Reihenfolge der Positionen des Leistungsverzeichnisses wurde die Kostenentwicklung der Einheitspreise aufgegliedert.

In der Detailkalkulation wird aus dem Mittellohnpreis und den sachverständigen Erfahrungswerten der ermittelten Leistungsansätze der Preisanteil 'Lohn' errechnet. Bei dem angegebenen Zeitansatz für die Erbringung der jeweiligen Leistung ist nur die notwendige Arbeitszeit für diese konkrete Leistungserbringung (in min./je Einheit) bewertet. Notwendige Anfahrten, Abfahrten zu oder von der Baustelle, der Transport von Geräten und Materialien sowie das Besorgen der Hausschlüssel, allfällige Besprechungen mit dem Auftraggeber, mit Auftraggebervetretern und die dafür notwendigen Wege sind durch die gestaffelten Pauschalen für Baustelleneinrichtungen abzudecken.

In der Detailkalkulation wird aus dem Materialpreis und den sachverständigen Erfahrungswerten der ermittelten Verbrauchsansätze der Preisanteil 'Material' errechnet. Leistungsgeräte, die den Leistungspositionen direkt zuordenbar sind, werden in diesen Positionen ebenfalls berücksichtigt."

Bei den nach Quadratmetern angeführten Positionen werde je nach Flächengröße ein Erhöhungs- bzw. Abminderungsfaktor berücksichtigt. Die zur Leistungserbringung notwendigen Befestigungsmaterialien und diverse Verbrauchsstoffe seien in den Positionen im K7-Blatt als Kleinmaterial ersichtlich bzw. mit dem angeführten Einheitspreis abgegolten.

Der gegenständliche Nachprüfungsantrag sei am 28. Dezember 2007 und somit rechtzeitig zur Post gegeben worden. Die Pauschalgebühr sei ordnungsgemäß entrichtet worden. Die Beschwerdeführerin sei zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung befugt. Sie habe im Antrag ausreichend das Interesse am Vertragsschluss und den ihr möglicherweise drohenden Schaden dargestellt. Die rechtzeitige Benachrichtigung der Mitbeteiligten sei nachgewiesen worden. Der Antrag sei daher zulässig.

Die beiden Berichtigungen der Ausschreibungsunterlagen seien eindeutig bezeichnet und ordnungsgemäß im Amtsblatt der EU sowie im Amtsblatt der Stadt Wien bekannt gemacht worden. Daraus seien keine Vergaberechtsverstöße abzuleiten (wird näher ausgeführt).

Die Beschwerdeführerin habe umfangreiche Beschwerdepunkte geltend gemacht und dazu zunächst nur allgemein Stellung genommen. Sie habe zugestanden, dass durch die erfolgten Berichtigungen geltend gemachte Unzulänglichkeiten der Ausschreibung beseitigt worden seien.

Die im Einzelnen bekämpften Punkte bezögen sich zum überwiegenden Teil auf das Leistungsverzeichnis und die damit im Zusammenhang stehenden Kalkulationsgrundlagen. Dazu werde im Einzelnen Folgendes ausgeführt:

"3.2.2. Nur eingeschränkte Preisaufschläge/-nachlässe

Die Antragsgegnerin kritisiert im Zusammenhang mit der Festlegung eines Preisaufschlag/-nachlassverfahrens, dass die Antragsgegnerin in ihrer Ausschreibung in großem Umfang von der LB-HB (Leistungsbeschreibung Hochbau) 'Schwarzdecker' abweicht. Weiters kritisiert sie die der Ausschreibung beigelegte Detailkalkulation (K7-Blätter), da diese derart mangelhaft sei, dass eine Kalkulation durch die Bieter, insbesondere im Zusammenhang mit den unrichtigen Mengenangaben ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken nicht möglich sei. Einerseits würden in der Kalkulation gemäß Langtext zwingend erforderliche Arbeitsvorgänge fehlen, andererseits seien Kosten einkalkuliert, welche laut Langtext bzw. Vertragsbestimmungen eindeutig nicht einzukalkulieren wären. Als Folge wären manche Leistungen nur mittels Zusatzangebot korrekt ausführbar. Dieses Erfordernis wäre nahezu bei jeder Bestellung gegeben. Wegen der Warnpflicht bei 20%iger Überschreitung im Zusammenhang mit der geringen Einsatzzeit wären die Aufträge nicht durchführbar. Diese Unwegsamkeiten im Zusammenhang mit der großen Zahl von durchaus nicht so gewichtigen Verstößen machen nach Ansicht der Antragstellerin die Nichtigerklärung der gegenständlichen Ausschreibung in ihrer Gesamtheit erforderlich. Die Antragstellerin vertritt zudem die Meinung, dass zwar auf die Wertigkeit eines Verstoßes abzustellen sei, dabei aber die Grenze der zu geringen Wertigkeit jedenfalls strittig ist. Die

Antragstellerin kommt daher zum Schluss, dass gerade wegen der Wertigkeit der Vergabeverstöße in Summe einem Bieter die Teilnahme am Verfahren ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken nicht möglich ist.

Die Antragsgegnerin bestreitet in ihrer Stellungnahme die diesbezüglichen Vorwürfe der Antragstellerin und führt aus, dass sie nur in jenen Bereichen von der LB-HB abgewichen sei, für die diese keine bzw. keine passenden Regelungen vorsieht. Auch der Vorwurf die Detailkalkulation wäre mangelhaft, wird zurückgewiesen. Zum Vorwurf, dass eine Vielzahl der Leistungen jedenfalls nur mittels Zusatzangebot korrekt ausgeführt werden könne, stellt die Antragsgegnerin klar, dass die Einsatzzeit bei Gebrechen innerhalb von 24 Stunden bedeutet, dass der Auftragnehmer innerhalb dieses Zeitrahmens Aktivitäten zu setzen hat. Diese Aktivitäten können Baustellenbegehungen, Aufnahmen über das benötigte Material und die Festlegung des Arbeitseinsatzes sowie auch eventuelle Sicherungsmaßnahmen gegen Abheben, Beschädigungen oder Wassereintritt sein. Für die Erstellung von Leistungen, die nicht durch den gegenständlichen Rahmenvertrag abgedeckt sind, verweist sie auf die diesbezüglichen Regelungen in der VD 314 (Allgemeine Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen) über die Vorgangsweise bei Leistungsänderungen. Die Antragsgegnerin bezweifelt weiter, dass die von der Antragstellerin aufgeworfenen Verstöße zur Unkalkulierbarkeit führen. Die Antragstellerin wäre zudem nicht in der Lage nachzuweisen, dass die Grenze der zu geringen Wertigkeit überstiegen sei.

Hiezu ist festzustellen, dass auf die von der Antragstellerin pauschal erhobenen Vorwürfe gegen die Ausschreibung nicht mehr gesondert eingegangen wird. Diesbezüglich wird auf die früheren einschlägigen den Parteien vorliegenden Entscheidungen des VKS verwiesen. Was den Vorwurf, die konkrete Ausschreibung weiche in unzulässiger Weise von der standardisierten Leistungsbeschreibung Hochbau ab, betrifft, wird auf die weiter unten folgenden Punkte zu diesem Thema verwiesen. Dem Antrag der Antragstellerin war daher in diesem Punkt nicht statt zu geben.

3.2.3. Ausschreibungs-LV: Zusammensetzung der Leistungsgruppen grob unrichtig

Die Antragstellerin behauptet, die AG hätte Leistungen mit unterschiedlichen kalkulatorischen Ansätzen in einer Leistungsgruppe zusammengefasst. Dadurch würde es ihr nicht möglich sein, mit Aufschlägen und Nachlässen ihr Angebot zu erstellen.

Die Antragstellerin führt aus, dass in der LG 01.13 'Baustellengemeinkosten im Einzelnen' nur in einer Position ein LKW eingerechnet wurde, obwohl ein solcher in jeder Position erforderlich wäre. Darüber hinaus sieht die Antragstellerin in der Zusammenfassung von Positionen mit mengenabhängigen und einmaligen Kosten in einer Leistungsgruppe ein Problem für ihre Angebotserstellung. Weiters führt die Antragstellerin zur LG 21.12 'Vorbereiten des Untergrundes' aus, dass es nicht zulässig wäre Positionen mit unterschiedlichen Einheiten in einer Leistungsgruppe zusammenzufassen oder Positionen mit unterschiedlichen Grundmaterialien (Gussasphalt und Beton).

Schließlich kritisiert die Antragstellerin in dieser Leistungsgruppe einen schwerwiegenden Fehler in der Kalkulation der vorgegebenen Preise, da mit der falschen Anzahl an erforderlichen Arbeitern gerechnet wurde.

Die Antragsgegnerin führt hiezu aus, dass es jedem Bieter obliegt, aufgrund seiner Erfahrungen und firmeneigenen Baupreiskalkulation die sachverständig erstellen Vorgabepreise in Verbindung mit den ausgeschriebenen Mengen innerhalb einer Leistungsgruppe durch Aufschläge oder Nachlässe auf die Preisanteile Lohn und Sonstiges anzupassen. Zum Vorwurf in der Positionsgruppe 0113 wäre nur in einer Position ein LKW kalkuliert worden, obwohl dieser in sämtlichen Positionen erforderlich ist, führt die Antragsgegnerin aus, dass dies nicht zutreffen würde. Ein LKW ist für diese Leistungen nicht erforderlich, der Transportanteil für Material ist in den Materialpreisen berücksichtigt. Der aufgezeigte Fehler in der Leistungsgruppe 2112 sei mit der Berichtigung beseitigt worden. Bezüglich der Zusammenfassung verschiedenartiger Leistungen weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass diesem Umstand durch unterschiedliche Leistungsansätze in der Preisbildung Rechnung getragen wurde. Die darüber hinausgehenden in der Position 218504AZ enthaltenen Fehler wurden durch Berichtigung beseitigt.

Hiezu ist festzustellen, dass die Antragsgegnerin durch Berichtigung der entsprechenden Fehler in der Ausschreibung den Forderungen der Antragstellerin teilweise nachgekommen ist. Zu den anderen bemängelten, aber nicht berichtigten Punkten ist festzustellen, dass hier teilweise den Argumenten der Antragsgegnerin zu folgen ist. Teilweise handelt es sich jedoch bei den von der Antragstellerin behaupteten Mängeln nicht um Mängel der Ausschreibung oder Kalkulation der Vorgabepreise sondern liegt die Lösung schlicht darin, dass die Antragstellerin die von ihr für die jeweiligen Leistungen zu kalkulierenden Preise mit den Vorgabepreisen ins Verhältnis zu bringen hat und die sich daraus ergebenden Aufschläge bzw. Nachlässe anbieten muss. Abgesehen von den durch Berichtigung korrigierten

Ausschreibungsinhalten ist dem Antrag der Antragstellerin in diesem Punkt daher nicht statt zu geben.

...

3.2.5 Ausschreibungs-LV: grob falscher Ansatz im Verhältnis

Die Antragstellerin kritisiert in diesem Punkt, dass die Antragsgegnerin in ihrer Kalkulation der Vorgabepreise bei mehreren Positionen falsche Leistungsansätze angesetzt hat. Im Detail führt sie aus, dass bei bestimmten Positionen die Ansätze für die Arbeitszeit falsch gewählt wurde, sodass die Preise der Positionen zueinander nicht im richtigen Verhältnis stehen. Weiters stimmt der angesetzte Gasverbrauch, sowie die Größe der Übergriffe nicht. Aus diesen Mängeln in der Kalkulation ergibt sich für den Bieter, dass ein Ausgleich bzw. eine korrekte Kalkulation nicht möglich ist.

Die Antragsgegnerin beruft sich auf die Erstellung der Kalkulation durch einen Sachverständigen und bestreitet die Behauptungen der Antragstellerin. Sie stellt weiters fest, dass es jedem Bieter frei stünde in seiner Kalkulation die Ansätze gemäß seiner Erfahrung zur Anwendung zu bringen.

Die Antragstellerin führt in ihrer Replik vom 8.2.2008 zu diesem Punkt zusätzlich an, dass die Ausführungen der AG in ihrer Stellungnahme in Zusammenschau mit der Detailkalkulation bedeuten, dass damit feststünde, dass die AG jedenfalls keinen Verschnitt kalkuliert hat.

Hiezu ist festzustellen, dass es zwar Sache des Bieter ist, eine für ihn passende Kalkulation zu erstellen, dass die Umsetzung seiner Preise auf die vom Antragsgegner vorgegebenen Preise im Leistungsverzeichnis jedoch nur über Aufschläge bzw. Nachlässe möglich ist. Zu den in diesem Punkt von der Antragstellerin behaupteten Fehlern in der Detailkalkulation ist festzustellen, dass es sich dabei nicht um Fehler sondern um unterschiedliche Auffassungen über die anzusetzenden Leistungsansätze handelt. Somit ist es dem Bieter sehr wohl möglich durch Aufschläge bzw. Nachlässe getrennt in Lohn und Sonstiges je Leistungsgruppe seine Kalkulation zumindest näherungsweise umzusetzen. Eine 100%ige Übereinstimmung der Leistungsansätze wird unter keinen Umständen erzielbar sein. Würde man das unterstellen wollen, müsste man zum Schluss kommen, dass das Aufschlag-/Nachlassverfahren niemals zu einem vergaberechtskonformen Angebotsergebnis führen kann. Dies wiederum würde dem Vergabegesetz unterstellen, dass es eine Preisberechnungsmethode zulässt, die vergaberechtskonform nicht einsetzbar ist. Daher ist die bei dieser Methode entstehende Unschärfe bezogen auf die einzelne Leistungsposition unvermeidlich und im Rahmen des üblichen wirtschaftlichen Risikos, das ein Unternehmer durch Ausübung seiner Tätigkeit zu tragen hat, umfasst. Es liegt daher auch am Unternehmer, wie er dieses Risiko in seiner Kalkulation bewertet. Dem Antrag der Antragstellerin ist in diesem Punkt daher nicht stattzugeben.

...

3.2.7 Ausschreibungs-LV: Zusammensetzung der Positionen grob unrichtig: Schaffung von heterogenen 'Einheitspositionen'

Die Antragstellerin kritisiert in diesem Punkt die Positionen der Leistungsgruppe 01, da in diesen Positionen unterschiedliche Leistungen mit unterschiedlichen Ansätzen in jeweils einer Position zusammengefasst wurden. Aufgrund dieser Zusammenfassung kommt es zur Übernahme unkalkulierbarer Risiken. Weiters erachtet die Antragstellerin die von der Antragsgegnerin in einzelnen Positionen angesetzten Mietansätze für zwingend unrichtig, da Leistungen unterschiedlicher Art in einer Position zusammengefasst wurden, die einerseits zu unterschiedlichen Zwecken zum Einsatz kommen und andererseits eben unterschiedliche Kosten verursachen.

Die Antragsgegnerin bestreitet die Vorwürfe und wirft der Antragstellerin vor, dass sie keine Begründung hierfür liefert. Sie verweist darauf, dass auch in der LB-HB Schwarzdecker für die Baustellengemeinkosten entsprechende Positionen vorgesehen sind, die auch dort als Pauschalpositionen geregelt sind. Einmal mehr weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass es der Antragstellerin ja frei bleibt ihre Überlegungen in die Kalkulation ihrer Preise einfließen zu lassen.

Hiezu ist festzustellen, dass in diesem Punkt den Behauptungen der Antragstellerin nicht gefolgt werden kann. Gerade weil es sich bei den gegenständlichen Positionen hauptsächlich um Pauschalpositionen für klar definierte Leistungspakte handelt, die noch dazu größtenteils fixe Kosten beinhalten, kann jeder Bieter die in seinem Unternehmen gebräuchliche Vorgangsweise und die daraus resultierenden Kosten ermitteln und das Ergebnis zu den

Vorgabepreisen in Verhältnis setzen. Die Antragsgegnerin kann natürlich nur eine denkbare Möglichkeit ihrer Kalkulation zugrunde legen, dass diese tatsächlich fehlerhaft oder undurchführbar wäre, ist nach Einsichtnahme in die Detailkalkulation nicht festzustellen. Dem Antrag der Antragstellerin ist daher in diesem Punkt nicht zuzustimmen.

3.2.8 Ausschreibungs-LV:

Eklatant unvollständige Positionen; 'zu wenig' in Position:

Die Antragstellerin behauptet, dass bei allen Positionen betreffend die Sanierung von Flachdächern, Terrassen oder Balkonen, mehrere zwingend erforderliche Arbeitsvorgänge nicht berücksichtigt wurden. Daraus würden zwingend Zusatzangebote folgen. Die Antragstellerin führt die ihrer Ansicht nach fehlenden Leistungen im Detail an.

Die Antragsgegnerin bezeichnet diese Behauptung als schlichtweg falsch. Im Übrigen verweist sie bezüglich der Vorgangsweise bei Erfordernis von zusätzlichen Leistungen während der Vertragsabwicklung auf die Regelungen in der VD 314. Zu den einzelnen vermeintlich fehlenden Positionen führt die Antragsgegnerin aus, warum diese nicht erforderlich sind. Lediglich bei Position 218506B räumt die Antragsgegnerin ein, dass ihr hier ein Fehler unterlaufen sei, der mittlerweile durch Berichtigung korrigiert wurde. Betreffend die nichtvorhandenen Positionen für Gerätebeistellung in Regie führt die Antragsgegnerin aus, dass es sich gegenständlich um angehängte Regieleistungen handle und diese Regiestunden demnach nur in Zusammenhang mit den zu erbringenden Hauptleistungen anfallen. Da die Geräte in den entsprechenden Hauptpositionen kalkulatorisch berücksichtigt wurden, wird im Regelfall kein zusätzlicher Geräteeinsatz erforderlich sein. Andernfalls werde rechtzeitig eine entsprechende Vereinbarung zu treffen sein. Abschließend weist sie darauf hin, dass in der Standardleistungsgruppe 21 auch keine Positionen für Gerätebeistellung aufscheinen.

Hiezu ist festzustellen, dass den Ausführungen der Antragsgegnerin grundsätzlich beigegeben werden kann. Einerseits ist davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin ihre Objekte so gut kennt, dass sie im gegenständlichen Vertrag alle erforderlichen Leistungen angeführt hat. Andererseits hat die Antragsgegnerin das Risiko zu tragen, dass während der Vertragserbringung Leistungen erforderlich werden, die nicht im Leistungsumfang enthalten sind. Die Antragstellerin kann dadurch zum Zeitpunkt des Vergabeverfahrens nicht beschwert sein. Abgesehen von den durch Berichtigung korrigierten Ausschreibungsinhalt ist dem Antrag der Antragstellerin in diesem Punkt daher nicht statt zu geben.

3.2.9 Abweichung von standardisierter Leistungsbeschreibung Hochbau:

Die Antragstellerin kritisiert in diesem Punkt die Vorgangsweise der Antragsgegnerin, wonach diese zwar die Positionsnummern der Leistungsbeschreibung Hochbau verwendet hat, diese jedoch teilweise mit einem anderen Inhalt versehen hat.

Die Antragsgegnerin führt hiezu in ihrer Stellungnahme unter Angabe von Beispielen aus, dass jede einzelne Abweichung sachlich gerechtfertigt und wohl begründet wäre. Die Bieter wären durch diese Abweichungen auch nicht beschwert. Nach Angabe der Antragsgegnerin sind von insgesamt 186 Positionen 59 Zusatzpositionen. Von diesen 59 Zusatzpositionen betreffen 47 Positionen Leistungen, die nicht in der LB-HB Schwarzdecker vorhanden sind. 12 Positionen mussten deshalb abgeändert und mit 'Z' gekennzeichnet werden, weil die in der jeweiligen Standardposition beschriebenen Leistungen nicht den Besonderheiten der Kleinteiligkeit der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen entsprechen.

Hiezu ist festzustellen, dass die Antragsgegnerin mit der gegenständlichen Vorgangsweise grundsätzlich Vorgaben der bisher zu diesem Thema ergangenen Entscheidungen des VKS (vgl. VKS - 3860/07u.a.) berücksichtigt hat. Die vorgenommenen Änderungen bzw. die frei formulierten Positionen sind eindeutig gekennzeichnet und grundsätzlich klar formuliert. Somit ist die von der Antragstellerin behauptete große Unsicherheit über den tatsächlichen Inhalt der Leistungspositionen nicht gegeben. Dem Antrag der Antragstellerin ist in diesem Punkt nicht statt zu geben. Hiezu ist festzustellen, dass die Antragsgegnerin mit der gegenständlichen Vorgangsweise grundsätzlich Vorgaben der bisher zu diesem Thema ergangenen Entscheidungen des VKS (vgl. VKS - 3860/07u.a.) berücksichtigt hat. Die vorgenommenen Änderungen bzw. die frei formulierten Positionen sind eindeutig gekennzeichnet und grundsätzlich klar formuliert. Somit ist die von der Antragstellerin behauptete große Unsicherheit über den tatsächlichen Inhalt der Leistungspositionen nicht gegeben. Dem Antrag der Antragstellerin ist in diesem Punkt nicht statt zu geben.

3.2.10 K4-Blätter entsprechen nicht dem Ausschreibungs-LV

Die Antragstellerin kritisiert, dass im K4-Blatt zu viele Materialien angeführt sind, Materialien nicht richtig bezeichnet wurden und die Kosten für LKWs inklusive Lenker im K4-Blatt aufgenommen wurden, obwohl gemäß ÖNORM B 2061 nur Materialpreise im K4-Blatt abzubilden sind.

Die Antragsgegnerin bestreitet, dass zu viel Materialien aufgenommen wurden bzw. stellt in Frage, worin die Rechtswidrigkeit liegen soll. Bezüglich des falsch bezeichneten Vlies erklärt die Antragsgegnerin, dass sie eine Standardposition mit dem darin angeführten Vlies ausgeschrieben habe, mittlerweile ein Vlies einer anderen Bezeichnung Standard ist. Daraus ergibt sich kein Nachteil für den Bieter. Bezüglich der im K4-Blatt enthaltenen Geräte weist die Antragsgegnerin auf die Berichtigung hin, in der Geräte in einem K6-Blatt dargestellt wurden.

Hiezu ist festzustellen, dass die von der Antragstellerin behaupteten Mängel im K4-Blatt, selbst wenn sie bestünden, keine Auswirkung auf die Erstellung der Angebote der Bieter haben können. Wie bereits mehrfach ausgeführt, hat der Bieter auf Basis seiner Kalkulationsgrundlagen seine eigenen Preise zu bestimmen. Dafür ist es weder von Bedeutung, ob im K4-Blatt des Antragsgegners Materialien aufscheinen die für die Leistung nicht erforderlich sind, noch ob die Antragsgegnerin fälschlicherweise Geräte im K4-Blatt dargestellt hat. Dem Antrag der Antragstellerin ist in diesem Punkt nicht statt zu geben.

3.2.11 Detailkalkulation: Einheitspreis grob unrichtig

Die Antragstellerin bringt die Vorgabepreise der gegenständlichen Ausschreibung mit den Einheitspreisen der letzten gleichlautenden Ausschreibung aus dem Jahr 1996 in Vergleich und stellt fest, dass die damaligen Preise in nahezu allen Leistungsgruppen höher sind als jene die die Auftraggeberin nunmehr in ihrer Detailkalkulation vorsieht. Daraus leitet die Antragstellerin ab, dass abgesehen von den aufgezeigten Fehlern die Detailkalkulation von marktüblichen Preisen im großen Rahmen abweicht. Die Antragstellerin führt die niedrigeren Preise unter anderem auf die Berücksichtigung von unterschiedlichen Rabattsätzen auf Material zurück.

Die Antragsgegnerin argumentiert, dass die Vorgängerausschreibung aus dem Jahr 1996 keinerlei Relevanz für das gegenständliche Vergabeverfahren hat. Prüfungsmaßstab sei nunmehr ausschließlich das BVerG 2006. Bezüglich des Preisniveaus führt die Antragsgegnerin aus, dass sie das derzeit übliche Preisniveau durch sachverständig erstellte Preisermittlung ihrer Ausschreibung zugrunde gelegt hat. Weiters wäre es üblich, dass auf verschiedene Produkte verschiedene Rabattsätze gewährleistet würden, sie habe im K4-Blatt Lieferanten und Rabattsätze offen gelegt.

Hiezu ist festzustellen, dass in der Vorgangsweise der Antragsgegnerin kein Fehler erkannt werden kann. Selbst wenn das Preisniveau der Vorgabepreise wesentlich unter den derzeitigen Marktpreisen liegen würde, wäre es den Bietern durch Angabe von Aufschlägen und Nachlässen möglich, die von ihnen ermittelten Preise anzubieten. Dass unterschiedliche Unternehmen bei ihren Lieferanten unterschiedliche Rabattsätze für verschiedene Produkte erreichen können, entspricht der Lebenserfahrung. Der Bieter bietet nicht seine Rabattsätze im Verhältnis zu den Rabattsätzen der Vorgabekalkulation an, sondern erstellt die Preise der einzelnen Positionen unter Zugrundelegung seiner Materialkosten bzw. Preise und ermittelt in der Folge die zu gebenden Aufschläge oder Nachlässe für sein Angebot. Dem Antrag der Antragstellerin ist in diesem Punkt nicht statt zu geben.

3.2.12 Detailkalkulation: K7-Blätter völlig unklar

Die Antragstellerin kritisiert einzelne Ansätze der Detailkalkulation der AG zur Erstellung der Vorgabepreise.

Die Antragsgegnerin bestreitet dieses Vorbringen als unbegründet und führt es hauptsächlich auf Unkenntnis der für die gegenständlichen Leistungen erforderlichen Leistungsansätze zurück. Lediglich zur Position 012008A räumt sie ein, dass im K7- Blatt ein Schreibfehler unterlaufen ist, den sie im Rahmen der Berichtigung korrigiert hat.

Hiezu ist festzustellen, dass der Antragstellerin offensichtlich nicht bewusst ist, dass die von der Antragsgegnerin gewählten Ansätze der Kalkulation für die Vorgabepreise nur eine Möglichkeit von vielen sind. Die Überlegungen der Antragstellerin zu den einzelnen Leistungen kann sie in ihrer Kalkulation berücksichtigen und so ihre Preise ermitteln. Es ist nicht anzunehmen, dass die von der Antragstellerin ermittelten Preise in allen Positionen im exakt gleichen Verhältnis zu den Vorgabepreisen der Antragsgegnerin liegen. Diese Unschärfe ist mit dem Preisaufschlag/-nachlassverfahren verbunden und grundsätzlich nicht vergaberechtswidrig. Schon die aufgezeigten Beispiele der Antragstellerin ergeben, dass es dabei nicht zu unkalkulierbaren Risiken für die Bieter kommt. Wie bereits mehrfach vom VKS zum Ausdruck gebracht, ist nicht die einzelne Leistungsposition alleine für diese Bewertung maßgeblich, sondern ist zu berücksichtigen, dass im Laufe der Vertragslaufzeit eine große Zahl an Einzelabrufen über

verhältnismäßig geringe Einzelauftragssummen erfolgen wird. Diese Einzelauftragssummen setzen sich in jedem Einzelfall aus verschiedenen Leistungspositionen zusammen. Es ist daher davon auszugehen, dass sich etwaige Unschärfen ausgleichen werden. Schließlich kann der Bieter etwaigen Befürchtungen durch besonders gewissenhafte Kalkulation, Berücksichtigung eines entsprechenden Zuschlages für Wagnis und seriöse Ermittlung seiner Nachlässe entgegenwirken. Abgesehen von den durch Berichtigung korrigierten Ausschreibungsinhalten ist dem Antrag der Antragstellerin in diesem Punkt daher nicht stattzugeben.

3.2.13 Detailkalkulation: 'zu wenig' in Position

Die Antragstellerin kritisiert, dass in den Positionen mit Gussasphaltpreisen zu wenig Personal kalkuliert wurde. Weiters wären Kosten für einen LKW einzurechnen gewesen. Weiters kritisiert die Antragstellerin einige Positionen der Leistungsgruppe 01, wonach auch in diesen wesentliche Kosten nicht berücksichtigt worden wären. In einem weiteren Punkt führt sie aus, dass in der Leistungsgruppe 2116 zu wenig Verschnitt berücksichtigt wurde und in vielen Positionen der Ansatz für Kleingeräte fehlt. Schließlich führt sie eine Liste in der nahezu alle Positionen des Leistungsverzeichnisses angeführt sind an, die allesamt unvollständig kalkuliert wurden.

Die Antragsgegnerin räumt einen Fehler in der Detailkalkulation der Gussasphaltpreise ein und weist darauf hin, dass dieser Fehler bereits mit der Berichtigung richtig gestellt wurde. Zu allen anderen Mängeln kommt die Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 21.1.2008 zum Ergebnis, dass ihre Kalkulation grundsätzlich korrekt und vollständig sei. Auf andere Ansätze hätte die Antragstellerin in ihrem Angebot entsprechend zu reagieren.

Hiezu ist festzustellen, dass zu diesem Punkt grundsätzlich Gleiches, wie zu den Punkten 3.2.5 und 3.2.12 ausgeführt wurde, gilt. Davon abgesehen lassen die Ausführungen der Antragstellerin in einigen Punkten erkennen, dass sie ihren Überlegungen keine normgemäße Kalkulation zugrunde gelegt hat. Beispielsweise werden Kleingeräte im Mittellohnpreis berücksichtigt und sind daher in der Detailkalkulation der einzelnen Positionen nicht mehr anzuführen. Weiters ist festzustellen, dass sämtliche Preisgrundlagen, also K3, K4 und K6-Blatt, bei jedem Bieter zu einem anderen Ergebnis führen werden. Die sich daraus ergebenden Mittellohn-, Material- und Gerätepreise multipliziert mit den jeweiligen Leistungsansätzen, die ebenfalls von jedem Bieter frei wählbar sind, ergeben die Preise der Bieter je Position. Diese Preise sind ins Verhältnis mit den Vorgabepreisen der Antragsgegnerin zu bringen und daraus ein, über eine Leistungsgruppe unter Berücksichtigung der vorgegebenen Mengen gemittelter, Aufschlag bzw. Nachlass getrennt auf die Preisanteile Lohn und Sonstiges zu ermitteln. Abgesehen von den durch Berichtigung korrigierten Ausschreibungsinhalten ist dem Antrag der Antragstellerin in diesem Punkt daher nicht statt zu geben.

3.2.14 Detailkalkulation: Verwendung falscher Einheit/völlig unklare Ansätze

Die Antragstellerin kritisiert, dass die Antragsgegnerin bei den Positionen für die Entsorgung von Baurestmassen von den Texten der LB-HB abweicht und anstatt einer Verrechnung in Tonnen eine Verrechnung in 8 m³-Mulden vorgesehen hat. Hiefür ist eine Kalkulation nicht möglich. Weiters kritisiert sie die Position für Schuttrutschen hinsichtlich der angenommenen Werte für Miete und der erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen die maßgeblich von der Höhe abhängen. Schließlich führt sie aus, dass die Einheit unrichtig gewählt wurde, da die verwendete Einheit 'Pauschale' nicht kalkulierbar ist.

Die Antragsgegnerin verteidigt ihre Vorgangsweise und verweist auf die bereits mehrfach ausgeführten Begründungen.

Hiezu ist festzustellen, dass an der Vorgangsweise der Antragsgegnerin in diesem Punkt kein derart schwerwiegender Mangel erkannt werden kann, der zu einer Unkalkulierbarkeit der Positionen führt. Es ist jedoch anzumerken, dass Z-Positionen grundsätzlich problematischer bei der Darstellung der Leistung sind als Standardpositionen. Dem Antrag der Antragstellerin ist in diesem Punkt nicht statt zu geben.

3.2.15 K3-Blatt grob unrichtig

Die Antragstellerin kritisiert die Ansätze in den K3-Blättern der Antragsgegnerin als um einiges zu niedrig. Sowohl Mittellohn als auch Zuschläge seien unrichtig ermittelt. Die Antragstellerin wäre nicht in der Lage diese Fehler mittels Aufschlägen oder Nachlässen auszugleichen.

Die Antragsgegnerin weist diesen Vorwurf als wenig fundiert zurück. Sie führt aus, dass die K3-Blätter sachverständig und auf Basis der aktuellen ÖNORM B 2061 Preisermittlung für Bauleistungen erstellt wurden.

Hiezu ist festzustellen, dass in der Vorgangsweise bei der Berechnung des K3-Blattes der Antragsgegnerin keine gravierenden Mängel festgestellt werden konnten. Zur gebotenen Vorgangsweise des Bieters bei der Erstellung seiner Kalkulation wurde bereits mehrfach ausgeführt. Der VKS sieht auch in diesem Einspruchspunkt kein Erfordernis von seiner Rechtsmeinung abzugehen. Es ist und bleibt der betriebswirtschaftlichen Bewertung eines Unternehmers vorbehalten, wie er die Kosten in seinem Unternehmen, die sich schließlich auf die Höhe des Mittellohnpreises oder der Zuschläge auswirken, einschätzt. Dem Antrag der Antragstellerin ist in diesem Punkt nicht statt zu geben.

3.2.16 Inkompatible K4-Blätter

Die Antragstellerin sieht sich deswegen beschwert, weil sie die K4-Blätter der Antragsgegnerin nicht in ein Kalkulationsprogramm einlesen kann. Dadurch entsteht ihr ein nicht vertretbarer Aufwand.

Die Antragsgegnerin führt zu diesem Punkt aus, dass die beiliegenden K4-Blätter als Information für Bieter anzusehen sind, welche Preisgrundlagen der Preisbildung des Antragsgegners zugrunde gelegt wurden.

Hiezu ist festzustellen, dass jeder Bieter anhand seiner Preisgrundlagen seine Preise zu erstellen hat. Die Übernahme der Preisgrundlagen durch alle Bieter wäre wettbewerbsrechtlich bedenklich. Worin in der Übernahme von K4-Blatt-Daten ein Vorteil für die Antragstellerin bestehen soll, ist unerklärlich. Jeder Bieter wird den Aufwand für die Erstellung seines Angebotes und damit auch für die Ermittlung der für ihn zutreffenden Materialkosten wohl in Kauf nehmen müssen. Dem Antrag der Antragstellerin ist in diesem Punkt nicht statt zu geben.

3.2.17 Rechtswidrige Verfahrensbestimmungen in 'Vergabeverfahrensbestimmungen Schwarzdecker'

3.2.17.1 überhöhte Betriebshaftpflichtversicherung

Die Antragstellerin kritisiert die mit mindestens 1,5 Mio. Euro festgelegte Haftsumme pro schädigendem Ereignis als überaus zu hoch. Angesichts der Leistungen wäre eine Versicherung mit einer Deckungssumme von höchstens halber Höhe angemessen. Da diese Betriebshaftpflichtversicherung Bestandteil der Eignungsanforderungen ist, verstößt deren Forderung gegen § 70 Abs. 2 BVergG, wonach Nachweise von Unternehmen nur insofern verlangt werden dürfen, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Die Antragstellerin kritisiert die mit mindestens 1,5 Mio. Euro festgelegte Haftsumme pro schädigendem Ereignis als überaus zu hoch. Angesichts der Leistungen wäre eine Versicherung mit einer Deckungssumme von höchstens halber Höhe angemessen. Da diese Betriebshaftpflichtversicherung Bestandteil der Eignungsanforderungen ist, verstößt deren Forderung gegen Paragraph 70, Absatz 2, BVergG, wonach Nachweise von Unternehmen nur insofern verlangt werden dürfen, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist.

Die Antragsgegnerin begründet in ihrer Stellungnahme die Höhe mit der hohen Brandgefahr, die mit den ausschreibungsgegenständlichen Leistungen einhergeht. Zu diesem Anfechtungspunkt wird auf die vergleichbare Entscheidung in VKS- 3860/07 verwiesen (Seite 72). Der VKS sieht keine Veranlassung im gegenständlichen Verfahren eine andere Rechtsmeinung zu vertreten. Dem Antrag der Antragstellerin ist daher in diesem Punkt nicht statt zu geben.

3.2.17.2 Ausschluss von bestimmten Formen der Mehrfachbeteiligung

Die Antragstellerin rügt folgenden in der Ausschreibung enthaltenen Punkt: 'Die Bieter werden ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich jedes Unternehmen nur einmal als Bieter/Teil einer Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren beteiligen darf (BVA 19.3.2001, N-12/01-32) ... Das Verbot der Mehrfachbeteiligung bedeutet für die gegenständliche Ausschreibung, dass es weder auf der Ebene allfälliger Gesamtangebote noch hinsichtlich der Teilangebote für einzelne Lose zu einer Mehrfachbeteiligung kommen darf. Unschädlich ist dagegen eine Mehrfachbeteiligung eines Unternehmers an Bietergemeinschaften, die verschiedene Lose anbieten.' Die Antragstellerin kritisiert das generelle Verbot von Mehrfachbeteiligungen in der gegenständlichen Ausschreibung. Nach Ansicht der Antragstellerin ist diese Regel nicht rechtmäßig und wäre im konkreten Einzelfall einer Mehrfachbeteiligung zu prüfen, ob eine solche beschränkte Regelung sachlich gerechtfertigt ist oder nicht. In Ermangelung eines sachlichen Grundes für die Beschränkung ist sie daher auch sachlich nicht gerechtfertigt und somit rechtswidrig.

Die Antragsgegnerin verweist hiezu auf die Entscheidung des Senates zu VKS-3860/07.

Zu diesem Anfechtungspunkt wird auf die vergleichbare Entscheidung in VKS-3860/07 verwiesen (Seite 76). Der VKS sieht keine Veranlassung im gegenständlichen Verfahren eine andere Rechtsmeinung zu vertreten. Dem Antrag der Antragstellerin ist daher in diesem Punkt nicht statt zu geben.

...

3.2.18.2 Punkt 3.3.2: Regelfall (zu kurze Einsatzzeit)

Die Antragstellerin kritisiert die Regelung über die Einsatzzeit, wonach mit der Leistungserbringung binnen 24 Stunden ab Zugang der Bestellung zu beginnen ist. Dies wird insbesondere auch deshalb nicht möglich sein, da in der gegenständlichen Ausschreibung häufig erforderliche Leistungen nicht enthalten sind und daher jedes Mal ein Zusatzangebot zu stellen ist.

Die Antragsgegnerin stellt fest, dass innerhalb von 24 Stunden mit den Leistungen zu beginnen ist. Je nach den konkreten Erfordernissen sind die entsprechenden ersten Schritte zu setzen. Ein Unternehmer, der dazu nicht in der Lage ist, darf sich nicht bewerben.

Hiezu ist festzustellen, dass die Antragstellerin ihr Vorbringen zu diesem Punkt bereits mit ihrer Replik vom 8.2.2008 relativiert hat. Schon aus vertragsrechtlichen Gründen ist davon auszugehen, dass die Einsatzzeit wohl nur für Leistungen die Inhalt des Vertrages sind, gelten kann. Für darüber hinausgehende Leistungen wird im Einzelfall eine Regelung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer herbeizuführen sein. Hiefür gibt es entsprechende Festlegungen in den Vertragsbestimmungen der Antragsgegnerin. Dem Antrag der Antragstellerin ist daher in diesem Punkt nicht statt zu geben.

3.2.18.3 Punkt 7.2: Unvollständigkeit bezüglich Warnpflicht

Die Antragstellerin kritisiert die Regelung in der Ausschreibung, wonach sich im Verlauf der Arbeiten ergebende Kostenüberschreitungen von über 20% der Auftragssumme unverzüglich dem Auftraggeber bekannt zu geben sind. Sie hält diese Bestimmung deswegen für problematisch, weil die vor Ort tätigen Facharbeiter nicht absehen können, ob es überhaupt zu einer Kostenüberschreitung kommen wird.

Die Antragsgegnerin bezeichnet dieses Vorbringen der Antragstellerin als geradezu absurd und stellt in Frage, ob die Antragstellerin überhaupt ein leistungsfähiges Unternehmen ist.

Hiezu ist festzustellen, dass in der gegenständlichen Vertragsbestimmung nichts unübliches oder einen Auftragnehmer stark benachteiligendes festgestellt werden kann. Dem Antrag der Antragstellerin ist daher in diesem Punkt nicht statt zu geben.

3.2.18.4 Punkt 3.3.4 'Vertragsstrafen'

Die Antragstellerin kritisiert die strenge Bestimmung über die Vertragsstrafe in Kombination mit dem Umstand, dass Zusatzangebote 'vorprogrammiert' sind. Der vom Bieter zu befürchtende Nachteil ist unbillig und unangemessen im Sinne des § 879 ABGB und somit unkalkulierbar. Die Antragstellerin kritisiert die strenge Bestimmung über die Vertragsstrafe in Kombination mit dem Umstand, dass Zusatzangebote 'vorprogrammiert' sind. Der vom Bieter zu befürchtende Nachteil ist unbillig und unangemessen im Sinne des Paragraph 879, ABGB und somit unkalkulierbar.

Die Antragsgegnerin stellt fest, dass der Grund für die Unzulässigkeit nicht ersichtlich ist. Weiters weist sie darauf hin, dass in der VD 314 geregelt ist, wie bei Änderungen der Leistung auch im Hinblick auf eine Verlängerung der Leistungsfrist vorzugehen ist.

Hiezu ist festzustellen, dass in der gegenständlichen Festlegung über die Vertragsstrafen weder eine Vergaberechtswidrigkeit noch ein Verstoß gegen 879 ABGB gesehen werden kann. Dem Antrag der Antragstellerin ist daher in diesem Punkt nicht statt zu geben.

...

3.2.18.6 Punkt 7.5.5 'Regiescheine'

Die Antragstellerin geht davon aus, dass auch in der Leistungsgruppe Regieleistungen Positionen fehlen. Somit wären im Einzelfall wiederum Zusatzangebote erforderlich.

Die Antragsgegnerin verweist zu diesen Vorwürfen auf ihre bisherigen Ausführungen.

Hiezu ist festzustellen, dass die Antragstellerin durch das Fehlen von Leistungen für die es in der Folge möglicherweise erforderlich sein wird, Zusatzangebote zu legen, nicht beschwert sein kann. Auch in der Art und Weise wie sie Regieleistungen zu dokumentieren hat, kann die Antragstellerin nicht beschwert sein. Dem Antrag der Antragstellerin ist daher in diesem Punkt nicht statt zu geben.

3.2.18.7 Punkt 7.7 'Sonstiges' Die Antragstellerin kritisiert, dass die Überweisungsspesen zu Lasten des Zahlungsempfängers gehen. Sie sieht darin eine sachlich nicht begründbare Überwälzung der Kosten des Zahlungsverkehrs auf den Auftragnehmer, die zu dem unkalkulierbar ist, da die Höhe der Überweisungsspesen nicht bekannt sind.

Zu diesem Anfechtungspunkt wird auf die vergleichbare Entscheidung in VKS-3860/07 verwiesen. Der VKS sieht keine Veranlassung im gegenständlichen Verfahren eine andere Rechtsmeinung zu vertreten. Dem Antrag der Antragstellerin ist daher in diesem Punkt nicht statt zu geben.

3.2.18.8 Aufrechnung der Stadt Wien mit U-Bahn-Abgabe Die Antragstellerin kritisiert, dass bestehende fällige Forderungen der Stadt Wien, aus welchem Titel auch immer, gegen Auszahlungen an den Auftragnehmer aufgerechnet werden. Die Antragstellerin sieht darin eine rechtswidrige Bestimmung, da es in keinem sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand steht.

Zu diesem Anfechtungspunkt wird auf die vergleichbare Entscheidung in VKS-3860/07 verwiesen. Der VKS sieht keine Veranlassung im gegenständlichen Verfahren eine andere Rechtsmeinung zu vertreten. Dem Antrag der Antragstellerin ist daher in diesem Punkt nicht statt zu geben.

...

3.2.19.3 Punkt 10: Preisanpassungsregelung ungeeignet

Die Antragstellerin kritisiert die in der Ausschreibung festgelegte Vorgangsweise bei der Veränderung des Preisanteiles Sonstiges. Sie ist der Ansicht, dass die Arbeitskategorie Schwarzdecker alleine nicht ausreicht, da in der Ausschreibung auch Beton, Holzpfeiler und Gummibestandteile enthalten sind. Da diese Leistungsinhalte hinsichtlich der zu ihnen passenden Indexreihen stark voneinander abweichen, fühlt sich die Antragstellerin in diesem Punkt beschwert.

Die Antragsgegnerin kann den Wunsch der Antragstellerin nach Einbeziehung der Arbeitskategorien Baupengler, Gerüstverleiher und Zimmerer nicht nachvollziehen. Sie hält die Arbeitskategorie 'Schwarzdecker' für ausreichend, da selbst die anteilmäßig zweitstärkste Arbeitskategorie 'Asphaltierer' lediglich 3% der Gesamtleistung ausmacht.

Hiezu ist festzustellen, dass es sich bei den angesprochenen nicht zur Kategorie 'Schwarzdecker' zuzuordnenden Leistungen in erster Linie um Abbrucharbeiten handelt. Abgesehen von deren Wertigkeit im Verhältnis zu allen anderen Leistungen, ist diesbezüglich festzustellen, dass es dabei zu nahezu keinen Materialkosten kommen wird. Bezüglich der Lohnkosten werden sich die Erhöhungen aufgrund der Tatsache, dass die Leistungen vom gleichen Personal erbracht werden, nicht anders ergeben. Dem Antrag ist daher in diesem Punkt nicht statt zu geben.

...

3.2.19.5 Fehlende Unterschrift

Die Antragstellerin kritisiert, dass das Fehlen einer Unterschrift auf dem SR 75 einen unbehebbarer Mangel darstellt. Unter Hinweis auf die vergaberechtliche Judikatur führt die Antragstellerin aus, dass das Fehlen einer Vollmacht nicht einen unbehebbarer Mangel darstellt.

Die Antragsgegnerin kann in der Festlegung in der Ausschreibung keinen Widerspruch zur vergaberechtlichen Judikatur erblicken.

Hiezu ist festzustellen, dass das Vergaberecht die rechtsgültige Unterfertigung eines Angebotes fordert. Nichts anderes tut die Antragsgegnerin in ihrem MD BD-SR 75. Der Hinweis soll offensichtlich die Bieter davor bewahren, auf die Beifügung der rechtsgültigen Unterfertigung zu vergessen. Eine Vollmacht wird in diesem Zusammenhang nicht gefordert. Dem Antrag der Antragstellerin ist daher in diesem Punkt nicht statt zu geben.

Die Antragstellerin nimmt in ihrer Replik vom 8.2.2008 auf die K6-Blätter Bezug, die mit der 1. Berichtigung der Ausschreibung zur Verfügung gestellt wurden. Sie kritisiert die K6- Blätter als falsch und widersprüchlich zu anderen K-Blättern.

Hiezu ist festzustellen, dass die K6-Blätter keinerlei Einfluss auf die Preisgestaltung der Antragstellerin oder das Ergebnis des Vergabeverfahrens haben. Davon abgesehen ist anzumerken, dass aus der Kritik der Antragstellerin an den nachgereichten K6-Blättern ersichtlich ist, dass ihr die normgemäße Erstellung der K-Blätter nicht geläufig ist. So ist beispielsweise bei einem LKW kein Lenker im K6-Blatt zu berücksichtigen. Auch der Treibstoff hat im K6-Blatt nichts verloren. Dem Antrag der Antragstellerin ist daher in diesem Punkt nicht statt zu geben.

Bereits im einleitenden Schriftsatz vom 2.1.2008 (RZ 199) hat die Antragstellerin beantragt, den von ihr beigezogenen Herrn Gerhard Freisinger zum Sachverständigen zu bestellen bzw. hat im Schriftsatz vom 8.2.2008 beantragt, diesen als Sachverständigen Zeugen zur Beweisführung für die Richtigkeit ihres Vorbringens zu vernehmen. Die Antragsgegnerin ihrerseits hat mit Schriftsatz vom 21.1.2008 angeregt, den von ihr zur Erstellung der Basiskalkulation beigezogenen Sachverständigen DI Michael Groll zur Frage der Kalkulierbarkeit der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung zu vernehmen. Beiden Anträgen war nicht stattzugeben, da es sich nach Ansicht des Senates bei der Frage der Kalkulierbarkeit anhand der gegenständlichen Ausschreibungsbestimmungen um die Lösung einer Rechtsfrage und nicht um Sachfragen gehandelt hat. Auf Grund der fachkundigen Zusammensetzung des Senates war es diesem möglich, diese Fragen auch ohne Beiziehung von Sachverständigen einer Lösung zuzuführen.

..."

Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung erweise sich nur in drei Punkten als berechtigt (wird näher ausgeführt). In einigen Punkten sei die Beschwerdeführerin durch die Berichtigungen der Ausschreibung klaglos gestellt worden. In allen anderen Punkten erweise sich die Bekämpfung der Ausschreibungsunterlagen als nicht berechtigt. Nach Hinweisen auf den wesentlichen Inhalt der einschlägigen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 - BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17, führte die belangte Behörde aus, dass die Ausschreibung in den nicht für nichtig erklärten Passagen ausreichend sei, um einem Bieter eine wirtschaftlich vertretbare Kalkulation zu ermöglichen, ohne nicht kalkulierbare Risiken einzugehen, und dass damit eine Vergleichbarkeit der Angebote erzielbar sei. Dort wo die Mitbeteiligte von standardisierten Leistungsbeschreibungen abgewichen sei, habe sie dies plausibel und nachvollziehbar erklären können. Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung erweise sich nur in drei Punkten als berechtigt (wird näher ausgeführt). In einigen Punkten sei die Beschwerdeführerin durch die Berichtigungen der Ausschreibung klaglos gestellt worden. In allen anderen Punkten erweise sich die Bekämpfung der Ausschreibungsunterlagen als nicht berechtigt. Nach Hinweisen auf den wesentlichen Inhalt der einschlägigen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 - BVergG 2006, Bundesgesetzblatt, I Nr. 17, führte die belangte Behörde aus, dass die Ausschreibung in den nicht für nichtig erklärten Passagen ausreichend sei, um einem Bieter eine wirtschaftlich vertretbare Kalkulation zu ermöglichen, ohne nicht kalkulierbare Risiken einzugehen, und dass damit eine Vergleichbarkeit der Angebote erzielbar sei. Dort wo die Mitbeteiligte von standardisierten Leistungsbeschreibungen abgewichen sei, habe sie dies plausibel und nachvollziehbar erklären können.

Es seien daher nur die drei als vergaberechtswidrig erkannten Festlegungen gemäß § 26 Abs. 1 Es seien daher nur die drei als vergaberechtswidrig erkannten Festlegungen gemäß Paragraph 26, Absatz eins

Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2007 (WVRG 2007), LGBl. Nr. 65/2006, für nichtig zu erklären gewesen, ohne dass diesem Umstand ein derartiges Gewicht zugekommen wäre, das die Nichtigkeitsklärung der gesamten Ausschreibung notwendig gemacht hätte. Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2007 (WVRG 2007), Landesgesetzblatt Nr. 65 aus 2006,, für nichtig zu erklären gewesen, ohne dass diesem Umstand ein derartiges Gewicht zugekommen wäre, das die Nichtigkeitsklärung der gesamten Ausschreibung notwendig gemacht hätte.

2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes oder Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen; Gleiches beantragte die Mitbeteiligte in ihrer Gegenschrift.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

3. Die Beschwerdeführerin ist unstrittig zur Erbringung der gegenständlich ausgeschriebenen Leistung befugt (und hat nach dem Vorbringen der Mitbeteiligten in der Gegenschrift in der Folge tatsächlich ein Angebot gelegt). Die bloße Vermutung der Mitbeteiligten, dass es der Beschwerdeführerin gar nicht um die Berichtigung von Fehlern in der

Ausschreibung, sondern um die Verhinderung der Ausschreibung gehe, kann an der - von der belangten Behörde richtig beurteilten - Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages nichts ändern.

4. Wie sich aus den oben wörtlich wiedergegebenen Passagen des angefochtenen Bescheides ergibt, hat die belangte Behörde zu den wesentlichen Anfechtungspunkten des Nachprüfungsantrages zunächst das Vorbringen der Beschwerdeführerin und das dazu erstattete Vorbringen der Mitbeteiligten jeweils in geraffter Form wiedergegeben und dann in einem mit "Hiezu ist festzustellen ..."

eingeleiteten Absatz ihre Erwägungen festgehalten.

Sachverhaltsfeststellungen finden sich im angefochtenen Bescheid nur zu den allgemeinen Daten der Ausschreibung und zu einigen Kalkulationsgrundlagen der Vorgabekalkulation. Zum jeweiligen Vorbringen der Beschwerdeführerin zu den einzelnen Anfechtungspunkten hat die belangte Behörde hingegen keine gesonderten Feststellungen getroffen. Dies führt dazu, dass der Verwaltungsgerichtshof in den meisten Punkten an einer Überprüfung der Rechtsansicht der belangten Behörde gehindert ist. Im Einzelnen wird dazu auf die Ausführungen unten 5. verwiesen.

Weiters sei darauf hingewiesen, dass es zwar zulässig ist, im Rahmen der Begründung auf die Begründung eines anderen, den Parteien zugestellten Bescheides zu verweisen (vgl. etwa Hengstschläger/Leeb, Kommentar zum AVG, Rz 15 zu § 60 und die dort zitierte hg. Judikatur), dass aber der pauschale Verweis auf "die früheren einschlägigen, den Parteien vorliegenden Entscheidungen" (Pkt. 3.2.2. des angefochtenen Bescheides) keine ausreichende Begründung darstellt. Weiters sei darauf hingewiesen, dass es zwar zulässig ist, im Rahmen der Begründung auf die Begründung eines anderen, den Parteien zugestellten Bescheides zu verweisen vergleiche etwa Hengstschläger/Leeb, Kommentar zum AVG, Rz 15 zu Paragraph 60 und die dort zitierte hg. Judikatur), dass aber der pauschale Verweis auf "die früheren einschlägigen, den Parteien vorliegenden Entscheidungen" (Pkt. 3.2.2. des angefochtenen Bescheides) keine ausreichende Begründung darstellt.

Die sehr umfangreiche Beschwerde stellt jeweils das Vorbringen der Parteien im Nachprüfungsverfahren und die Ausführungen der belangten Behörde dazu dar. Danach folgen Ausführungen, aus welchen Gründen die Ansicht der belangten Behörde für unrichtig gehalten wird. Dabei ergeben sich eine Fülle von Wiederholungen und Verweisen, weil die Beschwerdeführerin in vielen Fällen die selbe Regelung in den Ausschreibungsunterlagen unter verschiedenen Aspekten als rechtswidrig erachtet.

Da der angefochtene Bescheid - wie darzustellen sein wird - ohnehin aufzuheben ist, wird im Folgenden nur auf die wesentlichsten Beschwerdegründe eingegangen.

5.1.1. Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass die belangte Behörde nicht begründet habe, warum im gegenständlichen Fall die Wahl des Preisaufschlags- und -nachlassverfahrens zulässig sei. Die bei diesem Verfahren nach der Ausschreibung eingeräumte Möglichkeit, erst auf Ebene der - aus Positionen mit unterschiedlichen Kalkulationsansätzen zusammengesetzten - Leistungsgruppen und nicht bereits auf Ebene der einzelnen Positionen Aufschläge und Nachlässe anzubieten führe dazu, dass die Anbotslegung mit unkalkulierbaren Risiken verbunden sei. Ein solches Risiko ergebe sich auch daraus, dass die Mitbeteiligte in einzelnen Positionen unrichtige Lohn- und Materialansätze gewählt habe. Die Vorgangsweise der Mitbeteiligten verstoße gegen die Gebote, nur Leistungen gleicher Art und Preisbildung unter einer Ordnungszahl auszuschreiben und die Leistung eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben.

5.1.2. Die hier maßgeblichen Bestimmungen des BVergG 2006 haben folgenden Wortlaut:

"Allgemeine Bestimmungen betreffend den Preis

§ 24. (1) Der Preis ist nach dem Preisangebotsverfahren oder nach dem Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren zu erstellen. Grundsätzlich ist nach dem Preisangebotsverfahren auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen. Das Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren ist nur in zu begründenden Ausnahmefällen zulässig. Paragraph 24, (1) Der Preis ist nach dem Preisangebotsverfahren oder nach dem Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren zu erstellen. Grundsätzlich ist nach dem Preisangebotsverfahren auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen. Das Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren ist nur in zu begründenden Ausnahmefällen zulässig.

...

Grundsätze der Ausschreibung

§ 79. ... Paragraph 79, ...

1. (3) Absatz 3, Die Ausschreibungsunterlagen sind 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 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.

...

Grundsätze der Leistungsbeschreibung

§ 96. (1) Die Leistungen sind bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist. Eine konstruktive Leistungsbeschreibung hat technische Spezifikationen zu enthalten und ist erforderlichenfalls durch Pläne, Zeichnungen, Modelle, Proben, Muster und dergleichen zu ergänzen. Paragraph 96, (1) Die Leistungen sind bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist. Eine konstruktive Leistungsbeschreibung hat technische Spezifikationen zu enthalten und ist erforderlichenfalls durch Pläne, Zeichnungen, Modelle, Proben, Muster und dergleichen zu ergänzen.

...

1. (6) Absatz 6, In der Beschreibung der Leistung und der Aufgabenstellung sind alle Umstände anzuführen (z.B. örtliche oder zeitliche Umstände oder besondere Anforderungen hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserbringung), die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebotes von Bedeutung sind. Dies gilt ebenso für besondere Erschwernisse oder Erleichterungen.

Erstellung eines Leistungsverzeichnisses

§ 97. (1) Bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung sind umfangreiche Leistungen in einem Leistungsverzeichnis aufzugliedern. Der Aufgliederung hat eine zusammenfassende Beschreibung der Gesamtleistung voranzugehen. Paragraph 97, (1) Bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung sind umfangreiche Leistungen in einem Leistungsverzeichnis aufzugliedern. Der Aufgliederung hat eine zusammenfassende Beschreibung der Gesamtleistung voranzugehen.

2. (2) Absatz 2, Sind für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, vorhanden, 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 Unternehmen auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben.

3. (3) Absatz 3, Im Übrigen sind bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses nachstehende Festlegungen zu beachten:

1. die Gesamtleistung ist so aufzugliedern, dass unter den einzelnen Ordnungszahlen (Positionen) nur Leistungen gleicher Art und Preisbildung aufscheinen, die auf Grund von Projektunterlagen oder anderen Angaben so genau wie möglich mengenmäßig zu bestimmen sind. Leistungen, die einmalige Kosten verursachen, sind, soweit dies branchenüblicher Preisermittlung entspricht, von solchen, die zeit- oder mengenabhängige Kosten bewirken, in getrennten Positionen zu erfassen;

2. die Zusammenfassung von zusammengehörenden Leistungen verschiedener Art und Preisbildung in einer Position, insbesondere von Haupt- und Nebenleistungen, darf nur dann erfolgen, wenn der Wert einer Leistung den Wert der anderen so übersteigt, dass der getrennten Preisangabe geringe Bedeutung zukommen würde. Die Übersicht sowie die genaue Beschreibung der Leistung darf durch die Zusammenfassung nicht beeinträchtigt werden. In besonderen Fällen sind jedoch Nebenleistungen, z.B. besondere Vorarbeiten oder außergewöhnliche Frachtleistungen, in eigenen Positionen (Nebenleistungen als Hauptleistungen) zu erfassen;

3. im Leistungsverzeichnis ist festzulegen, inwieweit die Preise zweckentsprechend aufzugliedern sind (z.B. Lohn, Sonstiges, Lieferung, Montage). Sind veränderliche Preise zu vereinbaren, so sind die Preise jedenfalls in lohnbedingte

und sonstige Preisanteile aufzugliedern;

..."

5.1.3. Gemäß § 24 Abs. 1 BVergG ist das Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig. Eine inhaltsgleiche Regelung enthält § 60 Abs. 2 BVergG 2002. Das Bundesvergabegesetz 1997 enthielt dazu in § 25 folgende Regelung: 5.1.3. Gemäß Paragraph 24, Absatz eins, BVergG ist das Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig. Eine inhaltsgleiche Regelung enthält Paragraph 60, Absatz 2, BVergG 2002. Das Bundesvergabegesetz 1997 enthielt dazu in Paragraph 25, folgende Regelung:

"§ 25. (1) Der Preis ist nach dem Preisangebotsverfahren oder nach dem Preisaufschlags- und -nachlassverfahren zu erstellen. Nach Möglichkeit ist dem Preisangebotsverfahren der Vorzug zu geben.

...

1. (3) Absatz 3, Für die Anwendung von Abs. 1 und 2 sind durch Verordnung der Bundesregierung die entsprechenden Bestimmungen der ÖNORM A 2050 'Vergabe von Aufträgen über Leistungen - Ausschreibung, Angebot und Zuschlag - Verfahrensnorm' vom 1. Jänner 1993 mit der Maßgabe für bindend zu erklären, dass auch der Zeitraum für die Geltung fester Preise festzulegen ist. ..."Für die Anwendung von Absatz eins und 2 sind durch Verordnung der Bundesregierung die entsprechenden Bestimmungen der ÖNORM A 2050 'Vergabe von Aufträgen über Leistungen - Ausschreibung, Angebot und Zuschlag - Verfahrensnorm' vom 1. Jänner 1993 mit der Maßgabe für bindend zu erklären, dass auch der Zeitraum für die Geltung fester Preise festzulegen ist. ..."

Die ÖNORM 2050 in der Fassung vom 1. Jänner 1993 enthielt dazu folgende Regelungen:

"1.10.1 Erstellung der Preise

Der Preis hat nach dem Preisangebotsverfahren oder nach dem Preisaufschlags- und -nachlassverfahren erstellt zu werden. In der Regel ist das Preisangebotsverfahren anzuwenden.

...

1.10.1.2 Beim Preisaufschlags- und -nachlassverfahren werden vom Auftraggeber zusätzlich in den Ausschreibungsunterlagen auch Richtpreise bekanntgegeben, zu denen die Bieter in ihren Angeboten - gewöhnlich in Prozent ausgedrückt - Aufschläge oder Nachlässe angeben. Dieses Verfahren darf nur bei häufig wiederkehrenden gleichartigen Leistungen angewendet werden, sofern diese Leistungen und die Umstände, unter denen sie erbracht werden sollen, hinreichend bekannt sind."

Mit 1. März 2000 wurde die ÖNORM A 2050 geändert. Die - im Wesentlichen mit Punkt 1.10.1.2 erster Satz der Fassung vom Jänner 1993 übereinstimmende - Definition des Preisaufschlags- und -nachlassverfahrens findet sich nunmehr in Punkt 3.21. Der Punkt 4.9.1 hat folgenden Wortlaut:

"4.9.1. Erstellung der Preise

4.9.1.1. Es ist grundsätzlich nach dem Preisangebotsverfahren auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen.

4.9.1.2. Das Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren ist nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig.

Diese Formulierung wurde vom BVergG 2002 übernommen (vgl. AB 1118 Blg. NR XXI. GP, 1). Nähere Ausführungen zu dieser Änderung gegenüber dem Bundesvergabegesetz 1997 finden sich weder im zitierten Ausschussbericht noch in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (1087 Blg. NR XXI. GP). Diese Formulierung wurde vom BVergG 2002 übernommen vergleiche , Ausschussbericht 1118, Blg. NR römisch 21 . GP, 1). Nähere Ausführungen zu dieser Änderung gegenüber dem Bundesvergabegesetz 1997 finden sich weder im zitierten Ausschussbericht noch in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (1087 Blg. NR römisch 21 . GP).

Das Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren war nach der dargestellten Rechtsentwicklung immer nur ausnahmsweise zulässig. Unter Geltung des BVergG 1997 und der ÖNORM A 2050 in der Fassung vom 1. Jänner 1993 war dieser Ausnahmefall ausdrücklich geregelt. Das Preisaufschlags- und -nachlassverfahren durfte nur bei häufig wiederkehrenden, gleichartigen Leistungen angewendet werden, sofern diese Leistungen und die Umstände, unter denen sie erbracht werden sollen, hinreichend bekannt sind. Seither besteht lediglich eine Einschränkung auf "begründete Ausnahmefälle". Da keine Anhaltspunkte dafür bestehen, 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 (vgl. dazu auch Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmam, Thienel, Kommentar zum BVerGG 2006, Rz 14ff zu § 24). Das Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren war nach der dargestellten Rechtsentwicklung immer nur ausnahmsweise zulässig. Unter Geltung des BVerGG 1997 und der ÖNORM A 2050 in der Fassung vom 1. Jänner 1993 war dieser Ausnahmefall ausdrücklich geregelt. Das Preisaufschlags- und -nachlassverfahren durfte nur bei häufig wiederkehrenden, gleichartigen Leistungen angewendet werden, sofern diese Leistungen und die Umstände, unter denen sie erbracht werden sollen, hinreichend bekannt sind. Seither besteht lediglich eine Einschränkung auf "begründete Ausnahmefälle". Da keine Anhaltspunkte dafür bestehen, 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 (vergleiche dazu auch Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmam, Thienel, Kommentar zum BVerGG 2006, Rz 14ff zu Paragraph 24.).

Die belangte Behörde hat sich mit der Frage der Zulässigkeit des Preisaufschlags- und -nachlassverfahrens mit Aufschlags- bzw. Nachlassmöglichkeit auf Leistungsgruppenebene nicht auseinandergesetzt, obwohl sich die Beschwerdeführerin im Nachprüfungsverfahren dagegen gewendet hat.

Schon aus diesem Grund ist der angefochtene Bescheid mit einem Begründungsmangel behaftet.

5.1.4. Wird dem Bieter nur die Möglichkeit eingeräumt, auf zusammengefasste und unterschiedlich zu kalkulierende Leistungen Aufschläge bzw. Nachlässe anzubieten, so kann das - insbesondere bei Rahmenverträgen mit nicht genau vorhersehbarem Leistungsumfang - für Bieter, deren Kalkulation von der Vorgabekalkulation in einzelnen Punkten stark differiert, bzw. bei Verwendung unrichtiger Lohn- oder Materialansätze in einzelnen Positionen der Vorgabekalkulation den Bieter daran hindern, seine eigene Kalkulation bei Angebotslegung umzusetzen, und dadurch zu einem unkalkulierbaren Risiko führen (vgl. dazu auch Hackl in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVerGG 2006, Rz 29 zu § 97, wonach ein wichtiges Kriterium für die Trennung bzw. Zusammenfassung von Teilleistungen in Positionen die Kalkulierbarkeit ist, um dem Bieter keine nichtkalkulierbaren Risiken aufzubürden).

5.1.4. Wird dem Bieter nur die Möglichkeit eingeräumt, auf zusammengefasste und unterschiedlich zu kalkulierende Leistungen Aufschläge bzw. Nachlässe anzubieten, so kann das - insbesondere bei Rahmenverträgen mit nicht genau vorhersehbarem Leistungsumfang - für Bieter, deren Kalkulation von der Vorgabekalkulation in einzelnen Punkten stark differiert, bzw. bei Verwendung unrichtiger Lohn- oder Materialansätze in einzelnen Positionen der Vorgabekalkulation den Bieter daran hindern, seine eigene Kalkulation bei Angebotslegung umzusetzen, und dadurch zu einem unkalkulierbaren Risiko führen (vergleiche dazu auch Hackl in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVerGG 2006, Rz 29 zu Paragraph 97, wonach ein wichtiges Kriterium für die Trennung bzw. Zusammenfassung von Teilleistungen in Positionen die Kalkulierbarkeit ist, um dem Bieter keine nichtkalkulierbaren Risiken aufzubürden).

Dies bedeutet allerdings nicht - wie die belangte Behörde richtig erkannt hat -, dass (die Zulässigkeit des Preisaufschlags- und -nachlassverfahrens vorausgesetzt) die Leistungsgruppen nur so zusammengefasst werden dürfen, dass jedem Bieter die hundertprozentige Umsetzung seiner Kalkulation ermöglicht wird. Die Zusammenfassung heterogener Leistungen darf nur nicht so weit gehen, dass bei einer objektiven Gegebenheiten Rechnung tragenden Durchschnittsbetrachtung das daraus für den Bieter bei der Kalkulation erwachsende Risiko unzumutbar ist (vgl. dazu auch W. Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVerGG 2006, Rz 16 zu § 79). Dies bedeutet allerdings nicht - wie die belangte Behörde richtig erkannt hat -, dass (die Zulässigkeit des Preisaufschlags- und -nachlassverfahrens vorausgesetzt) die Leistungsgruppen nur so zusammengefasst werden dürfen, dass jedem Bieter die hundertprozentige Umsetzung seiner Kalkulation ermöglicht wird. Die Zusammenfassung heterogener Leistungen darf nur nicht so weit gehen, dass bei einer objektiven Gegebenheiten Rechnung tragenden Durchschnittsbetrachtung das daraus für den Bieter bei der Kalkulation erwachsende Risiko unzumutbar ist (vergleiche, dazu auch W. Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVerGG 2006, Rz 16 zu Paragraph 79.).

Zur Beurteilung, ob dies der Fall ist, fehlen im angefochtenen Bescheid allerdings ausreichende Feststellungen und nachvollziehbare sachverständige Ausführungen, ob ein unzumutbares Risiko im aufgezeigten Sinn vorliegt.

5.2.1. Die Beschwerdeführerin rügt weiters, dass mehrere für die Durchführung der ausgeschriebenen Reparaturarbeiten erforderliche Leistungen nicht im Leistungsverzeichnis enthalten seien. Es sei daher abzusehen, dass in vielen Fällen Zusatzangebote zu erstellen sein würden, was entsprechend Zeit in Anspruch nehme. Die von der Ausschreibung vorgegebene Einsatzzeit von 24 Stunden sei daher nicht haltbar. Unter diesem Aspekt sei auch die in der Ausschreibung festgesetzte Vertragsstrafe nicht gerechtfertigt.

5.2.2. § 96 Abs. 1 BVergG 2006 normiert unter anderem, dass die Leistungsbeschreibung vollständig zu sein hat. Durch das Gebot der Vollständigkeit soll es vermieden werden, dem Bieter ein unzumutbares Risiko bei der Erstellung des Angebotes zu übertragen (vgl. Pachner/Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Rz 15 zu § 96). Ein solches unzumutbares Risiko könnte darin liegen, dass nicht ersichtlich ist, ob bestimmte (Neben-)Leistungen zu erbringen und daher in den Preis einzukalkulieren sind oder nicht. Eine derartige Unsicherheit ist für die Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall aber offensichtlich nicht gegeben, bringt sie doch vor, dass für die ihrer Meinung nach im Leistungsverzeichnis nicht enthaltenen Leistungen Zusatzangebote zu erstellen sein werden. 5.2.2. Paragraph 96, Absatz eins, BVergG 2006 normiert unter anderem, dass die Leistungsbeschreibung vollständig zu sein hat. Durch das Gebot der Vollständigkeit soll es vermieden werden, dem Bieter ein unzumutbares Risiko bei der Erstellung des Angebotes zu übertragen vergleiche , Pachner/Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Rz 15 zu Paragraph 96,). Ein solches unzumutbares Risiko könnte darin liegen, dass nicht ersichtlich ist, ob bestimmte (Neben-)Leistungen zu erbringen und daher in den Preis einzukalkulieren sind oder nicht. Eine derartige Unsicherheit ist für die Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall aber offensichtlich nicht gegeben, bringt sie doch vor, dass für die ihrer Meinung nach im Leistungsverzeichnis nicht enthaltenen Leistungen Zusatzangebote zu erstellen sein werden.

Insbesondere bei Rahmenverträgen über künftige Reparaturleistungen erscheint es unvermeidlich, dass bei Erbringung der Reparaturleistungen auch Arbeiten anfallen, die bei der Ausschreibung noch nicht bedacht und daher nicht ausgeschrieben werden. Vergaberechtlich unzulässig wäre dies nur, wenn Leistungen, die im engen Zusammenhang mit den ausgeschriebenen Leistungen stehen, nicht ausgeschrieben werden, um dadurch vergaberechtliche Bestimmungen zu umgehen. Dass dies der Fall sei, wird von der Beschwerdeführerin nicht konkret behauptet.

Die von der Ausschreibung vorgegebene Einsatzzeit und die festgelegte Vertragsstrafe können sich nur auf die ausgeschriebenen Leistungen beziehen. Verzögerungen durch in der Ausschreibung nicht enthaltene Leistungen, für die Zusatzangebote erstellt werden, können daher weder zu einer Verletzung der vereinbarten Einsatzzeit noch zur Verpflichtung zur Leistung einer Vertragsstrafe führen.

5.3.1. Die Beschwerdeführerin rügt weiters, dass im Leistungsverzeichnis viele frei formulierte Zusatzpositionen (Z-Positionen) enthalten seien, obwohl dafür standardisierte Leistungsbeschreibungen bestehen. Die erforderlichen, in der standardisierten Leistungsbeschreibung Hochbau (LB-HB) für Schwarzdecker nicht enthaltenen Leistungen hätten unter Zugrundelegung standardisierter Leistungsbeschreibungen für andere Gewerke ausgeschrieben werden müssen.

5.3.2. Sind für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen geeignete Leitlinien, wie Ö-Normen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, vorhanden, so sind diese gemäß § 97 Abs. 2 BVergG 2006 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 Unternehmen auf Anfrage unverzüglich bekanntzugeben. 5.3.2. Sind für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen geeignete Leitlinien, wie Ö-Normen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, vorhanden, so sind diese gemäß Paragraph 97, Absatz 2, BVergG 2006 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 Unternehmen auf Anfrage unverzüglich bekanntzugeben.

Nach den Gesetzesmaterialien (RV: 1171 Blg. NR 22. GP 75; AB: 1245 Blg. NR 22. GP, 9) umfasst die Begründungspflicht nicht das Erfordernis einer sachlichen Rechtfertigung der jeweiligen Abweichung. Die inhaltliche Grenze hinsichtlich der Möglichkeit des Abweichens von Leitlinien bildet das Missbrauchsverbot bzw. die Sittenwidrigkeit. Nach den Gesetzesmaterialien Regierungsvorlage, 1171, Blg. NR 22. Gesetzgebungsperiode 75, ; Ausschussbericht, 1245, Blg. NR

22. GP, 9) umfasst die Begründungspflicht nicht das Erfordernis einer sachlichen Rechtfertigung der jeweiligen Abweichung. Die inhaltliche Grenze hinsichtlich der Möglichkeit des Abweichens von Leitlinien bildet das Missbrauchsverbot bzw. die Sittenwidrigkeit.

Die Beschwerdeführerin stellt nicht in Abrede, dass es sich bei 59 von 186 Positionen im Leistungsverzeichnis um frei formulierte Zusatzpositionen handelt. Ein konkretes Vorbringen, dass und aus welchen Gründen diese Abweichungen missbräuchlich bzw. sittenwidrig erfolgt seien, findet sich in der Beschwerde nicht.

5.4.1. Die Beschwerdeführerin erstattet ein umfangreiches Vorbringen gegen die Vorgabekalkulation der Mitbeteiligten, wobei sie insbesondere die Unrichtigkeit der dieser Kalkulation zugrundeliegenden K 3, K 4, K 6 und K 7 Blätter ins Treffen führt.

5.4.2. Die hier maßgeblichen Bestimmungen des BVerGG 2006 haben - auszugsweise - folgenden Wortlaut:

"§ 125. (1) Die Angemessenheit der Preise ist in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen.

1. (2) Absatz 2, Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen.
2. (3) Absatz 3, Der Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Abs. 4 und 5 vertieft prüfen, wenn Der Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Absatz 4, und 5 vertieft prüfen, wenn

1. Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen,

2. Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß § 80 Abs. 4 aufweisen, oder 2. Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß Paragraph 80, Absatz 4, aufweisen, oder

3. nach Prüfung gemäß Abs. 2 begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen. 3. nach Prüfung gemäß Absatz 2, begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

1. (4) Absatz 4, Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Geprüft werden kann insbesondere, ob

1. im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar sind;

2. der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringerwertige Leistungen;

3. die gemäß § 97 Abs. 3 Z 3 geforderte oder vom Bieter gemäß § 109 Abs. 2 vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist. 3. die gemäß Paragraph 97, Absatz 3, Ziffer 3, geforderte oder vom Bieter gemäß Paragraph 109, Absatz 2, vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist.

...

§ 129 (1) Vor der Wahl des Angebots für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund der Ergebnisse der Prüfung folgende Angebote auszuscheiden: Paragraph 129, (1) Vor der Wahl des Angebots für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund der Ergebnisse der Prüfung folgende Angebote auszuscheiden:

...

3. Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen;

..."

5.4.3. Beim Preisaufschlags- und -nachlassverfahren ist die Vorgabekalkulation des Auftraggebers Grundlage für die Zusammensetzung des Gesamtpreises. Die Vorgabekalkulation muss also so beschaffen sein, dass durch die in der Ausschreibung vorgesehenen Preisaufschläge und Nachlässe ein plausibler Gesamtpreis angeboten werden kann. Da

§ 129 Abs. 1 Z. 3 BVergG 2006 ausdrücklich auf das Ergebnis einer vertieften Angebotsprüfung verweist, liegt eine unplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises im Sinn dieser Bestimmung aber nicht bereits bei jeder - untergeordneten - Unstimmigkeit vor, sondern nur bei einer solchen, die den Auftraggeber gemäß § 125 Abs. 3 BVergG 2006 zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet. 5.4.3. Beim Preisaufschlags- und -nachlassverfahren ist die Vorgabekalkulation des Auftraggebers Grundlage für die Zusammensetzung des Gesamtpreises. Die Vorgabekalkulation muss also so beschaffen sein, dass durch die in der Ausschreibung vorgesehenen Preisaufschläge und Nachlässe ein plausibler Gesamtpreis angeboten werden kann. Da Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 ausdrücklich auf das Ergebnis einer vertieften Angebotsprüfung verweist, liegt eine unplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises im Sinn dieser Bestimmung aber nicht bereits bei jeder - untergeordneten - Unstimmigkeit vor, sondern nur bei einer solchen, die den Auftraggeber gemäß Paragraph 125, Absatz 3, BVergG 2006 zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet.

Die Behörde wird anhand dieser Kriterien Feststellungen zu treffen und zu prüfen haben, ob ein Bieter in der Lage ist, auf Grundlage der Vorgabekalkulation durch die in der Ausschreibung vorgesehenen Preisaufschläge und Nachlässe ein Angebot mit einem plausiblen Gesamtpreis im aufgezeigten Sinn zu erstellen.

Zur Frage, ob ein Bieter durch die unrichtige Kalkulation einzelner Positionen in der Vorgabekalkulation, die nicht einzeln durch Auf- oder Abschläge auf Positionsebene ausgeglichen werden können, daran gehindert wird, seine Kalkulation umzusetzen, wird auf die obigen Ausführungen zu 5.1. verwiesen.

5.5.1. Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass die von der Mitbeteiligten als Eignungskriterium vorgegebene Betriebshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von zumindest EUR 1,5 Mio pro schädigendem Ereignis angesichts der ausgeschriebenen Reparaturarbeiten mit einer Auftragssumme von jeweils maximal EUR 20.000,- bei weitem überzogen sei. Dies stelle eine Verletzung von § 70 Abs. 2 BVergG dar. 5.5.1. Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass die von der Mitbeteiligten als Eignungskriterium vorgegebene Betriebshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von zumindest EUR 1,5 Mio pro schädigendem Ereignis angesichts der ausgeschriebenen Reparaturarbeiten mit einer Auftragssumme von jeweils maximal EUR 20.000,- bei weitem überzogen sei. Dies stelle eine Verletzung von Paragraph 70, Absatz 2, BVergG dar.

5.5.2. Gemäß § 70 Abs. 1 BVergG 2006 kann der Auftraggeber von Unternehmen, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, Nachweise darüber verlangen, dass ihre (Z. 3) finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gegeben ist. Gemäß dem Abs. 2 dieser Bestimmung dürfen Nachweise vom Unternehmer nur so weit verlangt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. 5.5.2. Gemäß Paragraph 70, Absatz eins, BVergG 2006 kann der Auftraggeber von Unternehmen, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, Nachweise darüber verlangen, dass ihre (Ziffer 3,) finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gegeben ist. Gemäß dem Absatz 2, dieser Bestimmung dürfen Nachweise vom Unternehmer nur so weit verlangt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist.

Jedes Eignungskriterium kann es einzelnen Unternehmen erschweren, ein Angebot zu legen. Die damit bewirkte Wettbewerbsbeschränkung ist am allgemeinen Sachlichkeitsgebot zu messen; sie muss einer anerkannten Zielsetzung dienen und zu dieser in einer vernünftigen Relation stehen. Die Mindestanforderungen müssen daher dem Auftragsgegenstand angemessen sein (vgl. Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Rz 17 ff zu § 70, mwN). Jedes Eignungskriterium kann es einzelnen Unternehmen erschweren, ein Angebot zu legen. Die damit bewirkte Wettbewerbsbeschränkung ist am allgemeinen Sachlichkeitsgebot zu messen; sie muss einer anerkannten Zielsetzung dienen und zu dieser in einer vernünftigen Relation stehen. Die Mindestanforderungen müssen daher dem Auftragsgegenstand angemessen sein vergleiche , Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Rz 17 ff zu Paragraph 70,, mwN).

5.5.3. Die belangte Behörde hat dazu auf ihren Bescheid zur Zl. VKS-3860/07, S. 72, verwiesen. Die diesbezügliche Begründung der belangten Behörde findet sich im verwiesenen Bescheid auf S. 73 wie folgt:

"Hiezu ist festzustellen, dass die verlangte Versicherung in der verlangten Höhe keinen Verstoß gegen § 70 Abs. 2 BVergG darstellt. Dies deshalb, weil die Prämie für die Versicherung in der Kalkulation berücksichtigt werden kann und somit das Risiko für den Unternehmer berechenbar ist. Dem Antrag der Ast ist daher in diesem Punkt nicht stattzugeben.""Hiezu ist festzustellen, dass die verlangte Versicherung in der verlangten Höhe keinen Verstoß gegen

Paragraph 70, Absatz 2, BVergG darstellt. Dies deshalb, weil die Prämie für die Versicherung in der Kalkulation berücksichtigt werden kann und somit das Risiko für den Unternehmer berechenbar ist. Dem Antrag der ASt ist daher in diesem Punkt nicht stattzugeben."

Entgegen diesen Ausführungen ist es für die Zulässigkeit der Festlegung einer Betriebshaftpflichtversicherung in einer bestimmten Höhe als Eignungskriterium nicht schon ausreichend, dass die Prämie in den Angebotspreis einkalkuliert werden kann, hat doch die Einkalkulierbarkeit der Prämie in den Angebotspreis nichts damit zu tun, ob - und darauf kommt es nach dem Gesetz allein an - der Nachweis der Leistungsfähigkeit in Relation zum Gegenstand des Auftrages (noch) gerechtfertigt ist.

Die belangte Behörde wird sich im fortgesetzten Verfahren daher damit auseinander zu setzen haben, ob die als Eignungskriterium geforderte Betriebshaftpflichtversicherung in Bezug auf ihre Höhe dem Auftragsgegenstand angemessen ist.

5.6. Soweit sich die Beschwerdeführerin gegen die von der Ausschreibung ausgeschlossene Mehrfachbeteiligung von Unternehmen im Rahmen von Bietergemeinschaften wendet, macht sie schon deshalb keine Rechtsverletzung durch den angefochtenen Bescheid geltend, weil sie gar nicht behauptet, die Absicht zu haben, sich an mehreren Bietergemeinschaften für den selben Auftrag zu beteiligen.

5.7. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die belangte Behörde sei in mehreren Punkten (Warnpflicht bei Kostenüberschreitung, Vertragsstrafe, Tragung der Überweisungsspesen, Aufrechnungsmöglichkeit für den Auftraggeber mit allen Gegenforderungen) entgegen der Bestimmung des § 99 Abs. 2 BVergG von bestehenden Leitlinien für die Vertragsbestimmungen abgewichen. 5.7. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die belangte Behörde sei in mehreren Punkten (Warnpflicht bei Kostenüberschreitung, Vertragsstrafe, Tragung der Überweisungsspesen, Aufrechnungsmöglichkeit für den Auftraggeber mit allen Gegenforderungen) entgegen der Bestimmung des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG von bestehenden Leitlinien für die Vertragsbestimmungen abgewichen.

Gemäß § 99 Abs. 2 kann der Auftraggeber zusätzlich zu den Vertragsbestimmungen gemäß dem Abs. 1 dieser Norm für den Leistungsvertrag weitere Festlegungen 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. Gemäß Paragraph 99, Absatz 2, kann der Auftraggeber zusätzlich zu den Vertragsbestimmungen gemäß dem Absatz eins, dieser Norm für den Leistungsvertrag weitere Festlegungen 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.

Da sich in den Materialien dazu für die Zulässigkeit von Abweichungen analoge Ausführungen wie zu § 97 Abs. 2 BVergG 2006 finden und auch vorliegend die Beschwerdeführerin keine konkreten Umstände vorzubringen vermag, die auf einen Missbrauch bzw. eine Sittenwidrigkeit hindeuten, wird dazu auf die obigen Ausführungen zu 5.3. verwiesen. Da sich in den Materialien dazu für die Zulässigkeit von Abweichungen analoge Ausführungen wie zu Paragraph 97, Absatz 2, BVergG 2006 finden und auch vorliegend die Beschwerdeführerin keine konkreten Umstände vorzubringen vermag, die auf einen Missbrauch bzw. eine Sittenwidrigkeit hindeuten, wird dazu auf die obigen Ausführungen zu 5.3. verwiesen.

5.8. Da einem nicht rechtsgültig unterfertigten Angebot keine Rechtsverbindlichkeit zukommt, stellt das Fehlen einer rechtsgültigen Unterfertigung einen unbehebbarer Mangel dar (vgl. etwa das zum Bundesvergabegesetz 1997 ergangene, auch hier maßgebliche Erkenntnis vom 15. Dezember 2006, ZI. 2005/04/0091). Schon deshalb ist die Bestimmung der Ausschreibung, wonach das Fehlen einer rechtsgültigen Unterfertigung einen unbehebbarer Mangel darstellt, nicht rechtswidrig. 5.8. Da einem nicht rechtsgültig unterfertigten Angebot keine Rechtsverbindlichkeit zukommt, stellt das Fehlen einer rechtsgültigen Unterfertigung einen unbehebbarer Mangel dar vergleiche , etwa das zum Bundesvergabegesetz 1997 ergangene, auch hier maßgebliche Erkenntnis vom 15. Dezember 2006, ZI. 2005/04/0091). Schon deshalb ist die Bestimmung der Ausschreibung, wonach das Fehlen einer rechtsgültigen Unterfertigung einen unbehebbarer Mangel darstellt, nicht rechtswidrig.

5.9. Die Streichung von einzelnen Bestimmungen der Ausschreibung, die diskriminierende Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit enthalten, durch die Vergabekontrollbehörde ist in § 26 Abs. 2 WVRG - und in Art. 2 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 89/665/EWG (Rechtsmittel-Richtlinie) - ausdrücklich vorgesehen. Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass es sich bei den von der belangten Behörde gestrichenen Ausschreibungsbestimmungen um solche handelt. 5.9. Die Streichung von einzelnen Bestimmungen der Ausschreibung, die diskriminierende Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit enthalten, durch die Vergabekontrollbehörde ist in Paragraph 26, Absatz 2, WVRG - und in Artikel 2, Absatz eins, Litera b, der Richtlinie 89/665/EWG (Rechtsmittel-Richtlinie) - ausdrücklich vorgesehen. Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass es sich bei den von der belangten Behörde gestrichenen Ausschreibungsbestimmungen um solche handelt.

Eine Streichung solcher Bestimmungen kommt dann nicht in Betracht, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. In diesen Fällen wäre die gesamte Ausschreibung zu widerrufen (vgl. auch Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, Rz 20 zu § 325). Eine Streichung solcher Bestimmungen kommt dann nicht in Betracht, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. In diesen Fällen wäre die gesamte Ausschreibung zu widerrufen vergleiche auch Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, Rz 20 zu Paragraph 325,).

Die belangte Behörde hat drei im oben aufgezeigten Sinn unzulässige Ausschreibungsbestimmungen für nichtig erklärt. Die verbleibenden Teile der Ausschreibung sind so beschaffen, dass es den Bietern - darunter auch der Beschwerdeführerin - möglich war, auf deren Grundlage ein Angebot zu erstellen. Die Beschwerdeführerin bringt nicht konkret vor, dass einer der dargestellten Gründe für die Nichtigkeitserklärung der gesamten Ausschreibung vorliege. Die belangte Behörde war daher entgegen dem Beschwerdevorbringen nicht verpflichtet, die gesamte Ausschreibung als nichtig zu erklären.

6. Aus den dargestellten Gründen war der angefochtene Bescheid im aus dem Spruch ersichtlichen Umfang gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben. 6. Aus den dargestellten Gründen war der angefochtene Bescheid im aus dem Spruch ersichtlichen Umfang gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer 3, Litera b, und c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Von einer Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 3 VwGG Abstand genommen werden. Von einer Verhandlung konnte gemäß Paragraph 39, Absatz 2, Ziffer 3, VwGG Abstand genommen werden.

7. Der Spruch über den Aufwandsatz gründet auf den § 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008. 7. Der Spruch über den Aufwandsatz gründet auf den Paragraph 47, ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 455 aus 2008,.

Wien, am 22. April 2010

Schlagworte

Begründungspflicht und Verfahren vor dem VwGH Begründungsmangel als wesentlicher Verfahrensmangel Begründung Begründungsmangel Auslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Verhältnis der wörtlichen Auslegung zur teleologischen und historischen Auslegung Bedeutung der Gesetzesmaterialien VwRallg3/2/2

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2010:2008040077.X00

Im RIS seit

27.05.2010

Zuletzt aktualisiert am

03.07.2018

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at