

TE Verg Bescheid 2013/10/17 VKS-617877/13

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 17.10.2013

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §24 Abs4

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §78

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 78 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 78 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der ***ges.m.b.H., ***, vertreten durch Lichtenberger & Partner Rechtsanwälte (GbR) in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe eines "Rahmenvertrages für Fliesenlegerarbeiten in den Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen", Ausschreibungsnummer LV/WWRA/FLIESENLE2013-Los-01-08-V00, durch die Stadt Wien, Wiener Wohnen - Direktion Technik, Doblhoffgasse 6, 1010 Wien, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte OG in Wien, nach mündlicher Verhandlung, in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Dem Antrag, die Ausschreibung der Antragsgegnerin betreffend die Vergabe eines Rahmenvertrages über Fliesenlegerarbeiten in den Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen, für nichtig zu erklären, wird stattgegeben; die Ausschreibung wird für nichtig erklärt.

1. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 21.8.2013 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 3.Ziffer 3

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren von Euro 2.250,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 24 Abs. 4, 25 Abs. 1, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 4, 19 Abs. 1, 78 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 24 Absatz 4, 25, Absatz eins, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 4, 19, Absatz eins, 78, BVergG 2006.

Begründung

Die Stadt Wien - Wiener Wohnen (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Rahmenvertrages, nämlich zur Durchführung von Fliesenlegerarbeiten in den von ihr verwalteten Objekten in den Bezirken 1. bis 23. Die Ausschreibung ist in acht Lose unterteilt, wobei jedem Los jeweils ein Wohnhausbestand eindeutig zugeordnet ist. Es handelt sich um die Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich nach dem Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren, wobei der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis je Los erfolgen soll. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt (Amtsblatt der EU, Zl. 2013, S 126-215234) und auch europaweit berichtet worden (Amtsblatt der EU Zl. 2013, S 152-263874). Das Ende der Angebotsfrist war zunächst der 23.8.2013, 8.00 Uhr, die Angebotsöffnung sollte anschließend erfolgen. Nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens hat die Antragsgegnerin die Angebotsfrist bis zum 24.10.2013 erstreckt. Die Zuschlagsfrist beträgt sieben Monate. Die Rahmenverträge sollen auf die Dauer von zwei Jahren mit der Option auf Verlängerung um eine beliebige Anzahl von Monaten, bis höchstens ein Jahr, abgeschlossen werden. Den Bietern steht es frei, für ein oder mehrere Lose Angebote abzugeben. Ein Bieter kann jedoch maximal den Zuschlag für zwei Lose erhalten.

Mit dem am 14.8.2013 und im Hinblick auf das zunächst festgelegte Angebotsende 23.8.2013, rechtzeitig (§ 24 Abs. 4 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag, begehrt die Antragstellerin die gesamte Ausschreibung, hilfsweise näher bezeichnete Festlegungen in derselben für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Als Gründe für die von ihr behaupteten Rechtswidrigkeiten macht sie geltend, die Ausschreibung enthalte unzulässige Abweichungen von geeigneten Leitlinien, insbesondere von der standardisierten Leistungsbeschreibung Hochbau (LBA). In den Vertragsbestimmungen würde sittenwidriger Weise eine Beweislastumkehr für die Vergütung von Kostenüberschreitung festgelegt, die sich ausschließlich zum Nachteil eines Auftragnehmers auswirke. Auch das in den Vertragsbestimmungen festgelegte Pönale bei verspäteter Fertigstellungsmeldung sei gröblich benachteiligend und damit sittenwidrig. In den Verfahrensbestimmungen seien zum Nachweis der wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit Festlegungen enthalten, die zu einer Beschränkung der Mehrfachbeteiligung führen und damit dem

Grundsatz des freien und lauterer Wettbewerbs nach § 19 Abs. 1 BVergG 2006 widersprechen würden. Auch die Beschränkung dahingehend, dass ein Bieter den Zuschlag maximal für zwei Lose erhalten könne, auch dann, wenn er in mehr als zwei Losen das günstigste Angebot gelegt habe, widerspreche vergaberechtlichen Grundsätzen. Letztlich macht die Antragstellerin geltend, dass die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Art der Preisberechnung aus mehreren Gründen im Ergebnis zur Übernahme von nicht kalkulierbaren Risiken durch die Bieter führe. Dazu verweist die Antragstellerin auf mehrere, von ihr beispielhaft vorgenommene Berechnungen zu einzelnen Positionen. Durch die Beschränkung der Berechnung von Preisauflschlägen oder Preisnachlässen auf die Ebene der Obergruppen einerseits und der Vorgabe von teils weit überhöhten oder zu niedrigen Positionspreisen in der Amtskalkulation (Vorgabekalkulation) sowie dem Ausschluss von Preisanpassungen bei Mengenänderungen andererseits habe die Antragsgegnerin, insbesondere im Hinblick auf die jedenfalls zu erwartende Verringerung der abgerufenen Mengen, somit eine höchst spekulative Preisgestaltung durch die Auftragnehmer vorgegeben. Sie verweist auf einzelne Positionen des Leistungsverzeichnisses (LV), bei denen die Kostenkalkulation der Antragsgegnerin nicht marktüblich und bei Weitem überhöht sei. Diese Überhöhungen könnten jedoch nicht mit einem Pauschalnachlass auf den Anteil "Sonstiges" in der Obergruppe kalkulatorisch dargestellt werden, weil manche Preise in der Obergruppe exakt auch dem Marktniveau entsprechen würden. Dies bedeute, dass die derzeitige Materialpreiskalkulation in der Amtskalkulation zu inhomogen sei, um den Bietern die Kalkulation von Angebotspreisen ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken zu ermöglichen. Aufgrund der von der Antragstellerin dargestellten Unklarheiten und Widersprüche sowie der Bestimmungen in der Ausschreibungsunterlage sei es für die Bieter nicht möglich, die angebotenen Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken zu erklären. Aus diesen Gründen müsste die Ausschreibungsunterlage als Ganzes, hilfsweise in Bezug auf die genannten Positionen im Konvolut Kurzleistungsverzeichnisse für die Lose 1 bis 8 sowie im Langtextleistungsverzeichnis, insbesondere im Punkt 4.3 der Vertragsbestimmungen, für nichtig erklärt werden. Mit dem am 14.8.2013 und im Hinblick auf das zunächst festgelegte Angebotsende 23.8.2013, rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag, begehrt die Antragstellerin die gesamte Ausschreibung, hilfsweise näher bezeichnete Festlegungen in derselben für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Als Gründe für die von ihr behaupteten Rechtswidrigkeiten macht sie geltend, die Ausschreibung enthalte unzulässige Abweichungen von geeigneten Leitlinien, insbesondere von der standardisierten Leistungsbeschreibung Hochbau (LBA). In den Vertragsbestimmungen würde sittenwidriger Weise eine Beweislastumkehr für die Vergütung von Kostenüberschreitung festgelegt, die sich ausschließlich zum Nachteil eines Auftragnehmers auswirke. Auch das in den Vertragsbestimmungen festgelegte Pönale bei verspäteter Fertigstellungsmeldung sei gröblich benachteiligend und damit sittenwidrig. In den Verfahrensbestimmungen seien zum Nachweis der wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit Festlegungen enthalten, die zu einer Beschränkung der Mehrfachbeteiligung führen und damit dem Grundsatz des freien und lauterer Wettbewerbs nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 widersprechen würden. Auch die Beschränkung dahingehend, dass ein Bieter den Zuschlag maximal für zwei Lose erhalten könne, auch dann, wenn er in mehr als zwei Losen das günstigste Angebot gelegt habe, widerspreche vergaberechtlichen Grundsätzen. Letztlich macht die Antragstellerin geltend, dass die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Art der Preisberechnung aus mehreren Gründen im Ergebnis zur Übernahme von nicht kalkulierbaren Risiken durch die Bieter führe. Dazu verweist die Antragstellerin auf mehrere, von ihr beispielhaft vorgenommene Berechnungen zu einzelnen Positionen. Durch die Beschränkung der Berechnung von Preisauflschlägen oder Preisnachlässen auf die Ebene der Obergruppen einerseits und der Vorgabe von teils weit überhöhten oder zu niedrigen Positionspreisen in der Amtskalkulation (Vorgabekalkulation) sowie dem Ausschluss von Preisanpassungen bei Mengenänderungen andererseits habe die Antragsgegnerin, insbesondere im Hinblick auf die jedenfalls zu erwartende Verringerung der abgerufenen Mengen, somit eine höchst spekulative Preisgestaltung durch die Auftragnehmer vorgegeben. Sie verweist auf einzelne Positionen des Leistungsverzeichnisses (LV), bei denen die Kostenkalkulation der Antragsgegnerin nicht marktüblich und bei Weitem überhöht sei. Diese Überhöhungen könnten jedoch nicht mit einem Pauschalnachlass auf den Anteil "Sonstiges" in der Obergruppe kalkulatorisch dargestellt werden, weil manche Preise in der Obergruppe exakt auch dem Marktniveau entsprechen würden. Dies bedeute, dass die derzeitige Materialpreiskalkulation in der Amtskalkulation zu inhomogen sei, um den Bietern die Kalkulation von Angebotspreisen ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken zu ermöglichen. Aufgrund der von der Antragstellerin dargestellten Unklarheiten und Widersprüche sowie der Bestimmungen in der Ausschreibungsunterlage sei es für die Bieter nicht möglich, die angebotenen Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken zu erklären. Aus diesen

Gründen müsste die Ausschreibungsunterlage als Ganzes, hilfsweise in Bezug auf die genannten Positionen im Konvolut Kurzleistungsverzeichnisse für die Lose 1 bis 8 sowie im Langtextleistungsverzeichnis, insbesondere im Punkt 4.3 der Vertragsbestimmungen, für nichtig erklärt werden.

Die Antragstellerin sei ein auf den Bereich Fliesenverlegung spezialisiertes Wiener Unternehmen. Sie sei auch bereits jetzt auf Grund einer früheren Rahmenvertragsausschreibung, die sie gewonnen habe, in einzelnen Gebietsteilen Vertragspartner der Antragsgegnerin. Die Antragstellerin sei sowohl technisch und wirtschaftlich als auch rechtlich in der Lage, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Sie beabsichtige ein Angebot im gegenständlichen Verfahren abzugeben und habe ein solches auch bereits ausgearbeitet. Durch die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Rechtswidrigkeiten werde der Antragstellerin die Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren sowie die Ausarbeitung eines bestmöglichen Angebotes mit optimalen Erfolgsaussichten für die Zuschlagserteilung unmöglich gemacht. Bei vergaberechtskonformer Vorgangsweise der Antragsgegnerin wäre die Antragstellerin in der Lage, ein kompetitives Angebot abzugeben, das nach den vergaberechtlichen Grundsätzen des fairen und lauten Wettbewerbs und insbesondere dem Anspruch auf Vergleichbarkeit der Angebote von der Antragsgegnerin nicht übergangen werden könnte. Sollte dem Antrag auf Nichtigklärung der Ausschreibungsunterlagen bzw. einzelner angefochtener Ausschreibungsbedingungen nicht stattgegeben werden, wäre die Antragstellerin gehindert, ein bestmögliches Angebot mit optimalen Erfolgsaussichten zu legen. Durch das Verhalten der Antragsgegnerin drohe ihr ein Schaden aus den Kosten der Vorbereitung eines Angebotes bzw. der Teilnahme an einem rechtswidrigen Vergabeverfahren, der Kosten der rechtsfreundlichen Beratung und Vertretung sowie der Verlust eines aus dem gegenständlichen Auftrag zu lukrierenden Gewinnes. Die ziffernmäßige Höhe des der Antragstellerin drohenden Schadens wird von ihr im einleitenden Schriftsatz im Detail dargelegt.

Durch die von ihr angefochtenen Ausschreibungsbestimmungen fühlt sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, auf Gleichbehandlung aller Bieter, auf Nichtdiskriminierung, auf Festlegung vergaberechtskonformer und nichtdiskriminierender Ausschreibungsbedingungen, Festlegung rechtskonformer, insbesondere, nicht sittenwidriger Vertragsbedingungen, Festlegung kalkulierbarer Angebotsbestimmungen und eines kalkulierbaren Leistungsverzeichnisses, Ermittlung der Preise ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken und ohne umfangreiche Vorarbeiten, Nicht-Abweichung von "geeigneten Leitlinien", Nicht-Abweichung vom Grundsatz der wirtschaftlichen Auftragsvergabe, Abgabe eines vergaberechtskonformen Angebotes und letztlich im Recht auf Abschluss des Rahmenvertrages mit dem tatsächlichen Billigstbieter verletzt.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 21.8.2013 antragsgemäß erlassen; diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens hat sich gezeigt, dass der Schwerpunkt der Anfechtung im Begehren auf Nichtigklärung der gesamten Ausschreibung liegt, weil die von der Antragsgegnerin der Ausschreibung zugrunde gelegten Vorgabekalkulation es den Bietern nicht ermöglichen soll, ein entsprechendes Angebot abzugeben. Es wird daher im Folgenden aus den Schriftsätzen der Parteien nur jener Teil zusammengefasst wiedergegeben, der die Frage betrifft, ob die von der Antragsgegnerin erstellte Vorgabekalkulation die Erstellung eines Angebotes durch die Bieter, ohne Übernahme nichtkalkulierbarer Risiken, ermöglicht oder nicht.

Mit Schriftsatz vom 29.8.2013 hat die Antragsgegnerin die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und zusammenfassend vorgebracht, dass eine Vergaberechtswidrigkeit jener Festlegungen, die von der Antragstellerin hilfsweise angefochten werden, nicht gegeben sei. Zur Kalkulierbarkeit der Angebote auf der Grundlage der Vorgabekalkulation führt die Antragsgegnerin aus, beim gesamten Leistungsverzeichnis handle es sich ausschließlich um typische (standardisierte) und daher auch homogene Leistungen des Gewerks Fliesenleger. Durch die Wahl des Preisaufschlags- und Nachlassverfahrens solle spekulativen Angeboten auf Einheitspreisebene vorgebeugt werden. In allen acht Losen habe die Antragsgegnerin eine Mengenermittlung auf Basis der Abrechnung der bisher erbrachten Fliesenlegerleistungen der jüngeren Vergangenheit vorgenommen, um nennenswerte Verzerrungen des Massengerüstes auszuschließen. Solange im Verhältnis der Massen keine wesentlichen Abweichungen entstehen würden, sei es bereits rein mathematisch für die Erlössituation unerheblich, wie weit einzelne Bezugspreise innerhalb einer Obergruppe von den vom Bieter kalkulierten Einzelpreis abweichen würden. Sodann nimmt sie zu den einzelnen Berechnungsbeispielen der Antragstellerin im Detail Stellung.

Dazu hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 24.9.2013 ausführlich Stellung genommen und unter Anschluss von Preislisten von Lieferanten dargelegt, warum in einzelnen Positionen die von der Antragsgegnerin ihrer Vorgabekalkulation zugrunde gelegten Materialpreise wesentlich überhöht wären. Sie verweist dazu auf die Positionen 06.24.1254 (Sockel Feinsteinzeug), wo die von der Antragsgegnerin angenommenen Materialpreise gegenüber den von ihr ermittelten Preisen am Markt teilweise um mehr als 1.000 % voneinander abweichen würden. Dabei würde es sich um wesentliche Positionen in der Obergruppe handeln. Ein derartig überhöhter Ansatz von Materialpreisen könne durch Preisnachlässe auf Obergruppenebene nicht korrigiert werden, weil alle übrigen Leistungen einer Obergruppe dadurch weit unterpreisig angeboten werden müssten und nicht sichergestellt sei, in welchen Mengen tatsächlich abgerufen werde. Weiters führt sie aus, dass parallel zur gegenständlichen Ausschreibung auch zahlreiche Aufkategorisierungen von Wohnungen in 80 Wohnhausanlagen von der Antragsgegnerin ausgeschrieben worden seien, wobei diese Wohnhausanlagen auch in dem der gegenständlichen Ausschreibung zugrunde liegenden Wohnhäuserverzeichnis enthalten wären. Dabei handle es sich um 464 Wohnungen. Bei diesen Wohnungen sei nicht damit zu rechnen, dass es zu einer Auftragserteilung aufgrund des gegenständlichen Rahmenvertrages komme.

Diesen Schriftsatz hat die Antragsgegnerin am 25.9.2013 beantwortet und im Wesentlichen darauf hingewiesen, dass die Mengen der Positionen in den Obergruppen sehr exakt festgelegt seien, da sie aus den Abrechnungen der jüngeren Vergangenheit ermittelt worden wären. Sie hat jedoch zugestanden, dass die von der Antragstellerin erwähnte Ausschreibung zur Aufkategorisierung 464 Wohnungen betrifft, die sich auch im gegenständlichen Wohnhäuserverzeichnis finden würden. Sie hält diese Anzahl jedoch im Hinblick auf den Gesamtumfang von 220.000 Mietobjekten für vernachlässigbar.

Schließlich hat am 26.9.2013 eine mündliche Verhandlung stattgefunden, in der die Antragsgegnerin die Art und Weise der von ihr ermittelten Mengensätze dargestellt hat. Dabei hat sie vorgebracht, dass das "von der Antragstellerin aufgezeigte Prob-

lem ... an und für sich schon besteht, es wird aber jedoch nur dann schlagend, wenn

sich die Mengen innerhalb der Obergruppe ändern" (Protokoll Seite 7). Dies sei ihrer Ansicht nach gegenständlich nicht zu befürchten, weil "die dem Leistungsverzeichnis zugrunde liegenden Mengen aus den Abrechnungen der letzten Jahre entnommen worden sind (etwa 500 Einzelrechnungen)". "Das Verhältnis von Wand- zu Bodenfliesen respektive Sockel werden aufgrund unserer Mengenerhebungen immer gleich bleiben. Abweichungen im Einzelpreis werden fortgeschrieben über das gesamte Mengengerüst. Kritisch wird die Situation dann, wenn das Mengenverhältnis zwischen Boden-, Sockel- und Wandfliesen wesentlich geändert wird, wenn etwa nur Sockelfliesen verlegt werden" (Protokoll Seite 8).

Als Ergebnis dieser mündlichen Verhandlung wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, die Auswirkung der Mengenverhältnisse in den einzelnen Obergruppen auf die Kalkulation darzustellen.

Mit Schriftsatz vom 4.10.2013 hat dazu die Antragstellerin vorgebracht, sie habe sämtliche Rechnungen über jene Leistungen, die sie im Rahmen des laufenden Rahmenvertrages in zwei Kundendienstzentren (KD) für die Antragsgegnerin erbracht hätte, ausgewertet. Dabei habe es sich um 6.829 Rechnungen gehandelt. Die Auswertung dieser Rechnungen im Vergleich zu den Positionen der damals der Ausschreibung zugrunde liegenden Vorgabekalkulation habe gezeigt, dass teilweise je nach KD wesentliche Abweichungen zwischen der LV-Menge und der abgerechneten Menge in großem Umfang bestünden. Dazu kann auf die mit dem Schriftsatz vorgelegte Tabelle, welche die Mengenverhältnisse zwischen Vorgabemenge und abgerechneter Menge in den Losen KD 21 und KD 22 (= Lose 7 und 8) wiedergibt, verwiesen werden. Es finden sich hier Abweichungen bis zu plus 2.905 % bzw. minus 99 % (eine Abweichung von minus 100 % bedeutet, dass die im Leistungsverzeichnis angeführte Menge nicht zur Ausführung gelangt ist). Die Antragstellerin hat auch dargestellt, dass die Gewichtung der Positionen und Obergruppen in den einzelnen Losen der gegenständlichen Ausschreibung in den Obergruppen in sämtlichen Losen zueinander gleich angenommen wurde. Aus der von ihr vorgelegten Übersicht ist auch erkennbar, dass die einzelnen Leistungspositionen innerhalb der Obergruppen in den verschiedenen Losen jeweils gleich gewichtet wurden. Eine derartige idente Gewichtung der einzelnen Positionen und Obergruppen in allen Losen wäre nach Ansicht der Antragstellerin nur dann möglich, wenn in sämtlichen Losen auch tatsächlich dieselben Arbeiten im selben Mengenverhältnis zueinander anfallen würden. Diese Annahme sei jedoch deshalb völlig lebensfremd, weil sich in den einzelnen Losen die jeweils enthaltenen Wohnungstypen teils erheblich unterscheiden und daher naturgemäß auch

die in diesen Wohnungen jeweils zu erbringenden Leistungen nicht immer gleich bzw. mengengemäß gleichgewichtig sein könnten. Anhand von Berechnungsbeispielen zeigt die Antragstellerin sodann auf, dass dann, wenn tatsächlich exakt die ausgeschriebenen Mengen zur Abrechnung gelangten oder das Verhältnis der Mengen in den einzelnen Positionen der jeweiligen Obergruppe unverändert blieben, für den Bieter keine Nachteile zu erwarten wären. Ändere sich hingegen die Relation der einzelnen Positionen zueinander, habe dies teilweise enorme (negative) Auswirkungen. Soweit die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang auf die Nachteilsabgeltung laut Punkt 3.4.5 der WD 314 verweise, sei nichts gewonnen, weil diese Regelung nur bei Unterschreitung der Auftragssumme um mehr als 5 % zum Tragen komme.

Mit Schriftsatz vom 4.10.2013 hat die Antragsgegnerin eine ergänzende Stellungnahme abgegeben und darin erstmalig ausgeführt, dass bei den konkret zu erbringenden Arbeiten im Zuge der Instandhaltung von Wohnhausanlagen zwischen einer Aufkategorisierung und einer Brauchbarmachung zu unterscheiden sei. Im Übrigen stützt sie sich auf eine gutachterliche Stellungnahme der gerichtlich beeideten Sachverständigen Univ. Prof. Dipl.-Ing. Dr. Andreas Kropik, Dipl.-Ing. Michael Niebauer. Diese führen in ihrer gutachterlichen Stellungnahme aus, es sei für die Erlössituation unerheblich, ob und wie einzelne Richtpreise von den Einzelpreisen der Bieter-Parallel-Kalkulation abweichen. Solange sich die Massen der Einzelpositionen innerhalb einer vom Bieter durch Preisaufschlag bzw. Preisnachlass beeinflussbaren Positionsgruppe nicht ändern, entstünden keine Fehlerlöse und es bestünde auch kein Kalkulationsrisiko (gutachterliche Stellungnahme Seite 5). Die Masseermittlung habe die Antragsgegnerin durch Analyse von rund 400 Einzelabrechnungen der jüngeren Vergangenheit vorgenommen. Die Einzelrechnungen seien gleichmäßig aus allen Gebietsteilen ausgewählt worden und stellen daher "einen repräsentativen Durchschnitt für die von Wiener Wohnen verwalteten Objekte in ganz Wien dar. Die Masseermittlung basiert daher auch auf Abrechnungen aus den Losen, in denen die Antragstellerin derzeit Fliesenlegerarbeiten erbringt" (Gutachten Seite 7). Zum Verhältnis der Mengen innerhalb etwa der OG 06 wird in dem vorgelegten Gutachten ausgeführt, dass sämtliche Vertragspartner vertraglich verpflichtet wären, sogenannte Massentrückmeldungen an die Antragsgegnerin zu liefern. Für die Jahre 2011 und 2012 sei die Antragstellerin dieser Verpflichtung nicht nachgekommen, was auch eine Überprüfung der Mengenverhältnisse erschweren würde. Als Ergebnis ihres Gutachtens führen die beiden Gutachter aus, dass "selbst unter der Annahme, dass das gesamte Vorbringen der Antragstellerin hinsichtlich der Unzulänglichkeiten in der Kalkulation und Mengenermittlung der OG 06 zutreffen würde, deutlich wird, dass dem Unternehmer weder ein ungebührlich hohes, noch ein unkalkulierbares Risiko überbunden wird. Das Risiko ist exakt monetär bewertbar und daher problemlos und ÖNORM-konform kalkulierbar" (Gutachten Seite 15).

In ihrer Replik auf diesen Schriftsatz bzw. das vorgelegte Gutachten führt die Antragstellerin am 14.10.2013 aus, dass die Vorgabekalkulation den von ihr ermittelten realen Mengenverhältnissen, wie sie in der Vergangenheit zur Abrechnung gekommen wären, nicht annähernd nahe komme. Würden sich lediglich die Mengen absolut ändern, die Mengenverhältnisse der Positionen der OG zueinander jedoch gleich bleiben (was quasi unmöglich sei), würde das auf das Abrechnungsergebnis keine Auswirkungen haben. Solange sich jedoch aus der Auswertung der tatsächlichen Mengen der letzten drei Jahre (die Antragstellerin habe aufgrund der vorangegangenen Ausschreibung 21 von 48 Losen zugeschlagen erhalten) ergebe, dass genau jene Positionen (Wandbelag) vermehrt (als somit Mengen weit über denen laut Amtskalkulation) anfallen, bei denen der abgerechnete Nachlass weit über dem vom Bieter kalkulierten Nachlass liegen würde, was sich wiederum daraus ergebe, dass bestimmte Positionen der OG 06 (Bodenbelag innen und Sockelbelag innen) massiv überhöhte Materialpreise in der Amtskalkulation aufweisen würden, sei eine angemessene Kalkulation nicht möglich. Diese überhöhten Materialpreise würden den Bieter zwingen, in diesen Positionen hohe Nachlässe zu gewähren, die sich dann wiederum überproportional im Gesamtnachlass der OG finden würden.

Diesen Ausführungen hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 16.10.2013 widersprochen und ihren bereits bekannten Standpunkt zur Preisermittlung zusammenfassend dargestellt.

In der mündlichen Verhandlung vom 17.10.2013 wurden die seit der mündlichen Verhandlung vom 26.9.2013 erstatteten Schriftsätze eingehend erörtert, wobei die Antragsgegnerin ausgeführt hat, zu jedem Los 40 bis 45 Einzelrechnungen ausgewertet, die dort angeführten Massen summiert und die Verhältnisse der einzelnen Positionen zueinander gebildet zu haben. Dazu habe die Antragsgegnerin ihre Erwartungshaltung berücksichtigt (Protokoll Seite 4). In dem von ihr erstellten Mengengerüst würde sich der unterschiedliche Bauzustand und das Errichtungsjahr der jeweiligen Wohnbauten widerspiegeln. Es sei jedoch richtig, dass für alle Lose das Verhältnis Wandbelag/Bodenbelag

gleich angenommen worden ist. Zur Aufkategorisierung hat die Antragsgegnerin vorgebracht, dass sich diese am Standard der "Jetztzeit", die Brauchbarmachung am Standard der übrigen in der Anlage vorhandenen Wohnungen orientieren würde (Protokoll Seite 6). Sie hat auch darauf verwiesen, dass eine Änderung der Strategie bei der Behandlung frei gewordener Wohnungen mit 1.9.2013 vorgenommen worden sei, um die starken Abweichungen bei den Wohnungssanierungen, wie sie bei den neun eigenständigen KD gegeben gewesen sei, in Zukunft durch ein einheitliches Vorgehen zu ersetzen.

Mit dem gegenständlichen Nichtigerklärungsantrag wurde vor allem die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit sowie hilfsweise einzelne Festlegungen in derselben bekämpft. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um die Lösung von Rechtsfragen, sodass der Senat bei seiner Entscheidung vom unbedenklichen Inhalt der Vergabeakten sowie der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens eingebrachten Schriftsätze der Parteien und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlungen vom 26.9.2013 und vom 17.10.2013 ausgehen konnte. Danach werden folgende Feststellungen seiner Entscheidung zugrunde gelegt:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen in Form von Rahmenverträgen im Oberschwellenbereich (§§ 4 Z 1, 12 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006), die die Durchführung von Fliesenlegerarbeiten in den von ihr verwalteten Objekten der Stadt Wien (Wohnhausanlagen) in allen 23 Wiener Gemeindebezirken betreffen. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt. Die Ausschreibung ist mehrfach berichtigt worden. Das Ende der Angebotsfrist war zunächst der 23.8.2013, 8.00 Uhr, die Angebotsöffnung sollte anschließend erfolgen. Nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens hat die Antragsgegnerin die Angebotsfrist bis zum 24.10.2013 erstreckt. Die Zuschlagsfrist beträgt sieben Monate. Die Rahmenverträge sollen für die Dauer von zwei Jahren mit der Option auf Verlängerung um eine beliebige Anzahl von Monaten, bis höchstens ein Jahr, abgeschlossen werden. Zur Vergabe gelangen acht Lose, denen jeweils ein Wohnhausbestand eindeutig zugeordnet ist. Den Bietern steht es frei, für ein oder mehrere Lose Angebote abzugeben, ein Bieter kann jedoch maximal den Zuschlag für zwei Lose erhalten. Einziges Zuschlagskriterium ist der "niedrigste Preis" je Los. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen in Form von Rahmenverträgen im Oberschwellenbereich (Paragraphen 4, Ziffer eins, 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006), die die Durchführung von Fliesenlegerarbeiten in den von ihr verwalteten Objekten der Stadt Wien (Wohnhausanlagen) in allen 23 Wiener Gemeindebezirken betreffen. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt. Die Ausschreibung ist mehrfach berichtigt worden. Das Ende der Angebotsfrist war zunächst der 23.8.2013, 8.00 Uhr, die Angebotsöffnung sollte anschließend erfolgen. Nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens hat die Antragsgegnerin die Angebotsfrist bis zum 24.10.2013 erstreckt. Die Zuschlagsfrist beträgt sieben Monate. Die Rahmenverträge sollen für die Dauer von zwei Jahren mit der Option auf Verlängerung um eine beliebige Anzahl von Monaten, bis höchstens ein Jahr, abgeschlossen werden. Zur Vergabe gelangen acht Lose, denen jeweils ein Wohnhausbestand eindeutig zugeordnet ist. Den Bietern steht es frei, für ein oder mehrere Lose Angebote abzugeben, ein Bieter kann jedoch maximal den Zuschlag für zwei Lose erhalten. Einziges Zuschlagskriterium ist der "niedrigste Preis" je Los.

Der Antrag auf Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens ist am 14.8.2013 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 4 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 25 Abs. 1 WVRG 2007 ist ebenso nachgewiesen wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich. Der Antrag auf Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens ist am 14.8.2013 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 ist ebenso nachgewiesen wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich.

Der Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung nach § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. In ihrem einleitenden Schriftsatz hat die Antragstellerin sowohl ihr Interesse am Vertragsabschluss als auch den ihr allenfalls drohenden Schaden ausreichend dargestellt, wobei zu berücksichtigen ist, dass von ihr gegenständlich die Ausschreibungsbedingungen bekämpft werden. Die Antragstellerin hat in ihrem einleitenden Schriftsatz auch eingehend dargelegt, in welchen subjektiven Rechten sie sich durch die von ihr bekämpfte Ausschreibungsunterlage verletzt erachtet und die Beschwerdepunkte ausreichend genau bezeichnet. Dass sie zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen an sich befugt und in der Lage ist, kann als unstrittig angesehen

werden, zumal die Antragstellerin die ausgeschriebenen Leistungen bereits jetzt für die Antragsgegnerin in mehreren Losen aufgrund des vorangegangenen Beschaffungsvorganges ausführt. Ihr Antrag entspricht auch sonst den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die dabei festgestellten Verfahrensvoraussetzungen für den Nachprüfungsantrag liegen weiterhin vor. Der Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung nach Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. In ihrem einleitenden Schriftsatz hat die Antragstellerin sowohl ihr Interesse am Vertragsabschluss als auch den ihr allenfalls drohenden Schaden ausreichend dargestellt, wobei zu berücksichtigen ist, dass von ihr gegenständlich die Ausschreibungsbedingungen bekämpft werden. Die Antragstellerin hat in ihrem einleitenden Schriftsatz auch eingehend dargelegt, in welchen subjektiven Rechten sie sich durch die von ihr bekämpfte Ausschreibungsunterlage verletzt erachtet und die Beschwerdepunkte ausreichend genau bezeichnet. Dass sie zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen an sich befugt und in der Lage ist, kann als unstrittig angesehen werden, zumal die Antragstellerin die ausgeschriebenen Leistungen bereits jetzt für die Antragsgegnerin in mehreren Losen aufgrund des vorangegangenen Beschaffungsvorganges ausführt. Ihr Antrag entspricht auch sonst den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die dabei festgestellten Verfahrensvoraussetzungen für den Nachprüfungsantrag liegen weiterhin vor.

Da die Ausschreibung der Antragsgegnerin angefochten wird, ist die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates nach § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 gegeben. Da die Ausschreibung der Antragsgegnerin angefochten wird, ist die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates nach Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 gegeben.

Die umfangreichen Ausschreibungsunterlagen beinhalten - soweit für das gegenständliche Verfahren von Bedeutung - ein Konvolut mit der von der Antragsgegnerin vorgenommenen Bezugspreiskalkulation, ein Konvolut Kurzleistungsverzeichnisse für die Lose 1 bis 8, ein Konvolut Wohnhäuserverzeichnis (Ordner) sowie ein Langtextleistungsverzeichnis.

In Punkt 1.1 der Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge wird der Leistungsumfang wie folgt beschrieben:

"1.1. Beschreibung des Leistungsumfangs:

Der gegenständliche Vertrag ist ein Rahmenvertrag über bestimmte unregelmäßig wiederkehrende kleine Baumaßnahmen in von Wiener Wohnen verwalteten Objekten. Nach diesem Vertrag sind keine umfangreichen Baumaßnahmen, sondern eine Vielzahl kleiner Maßnahmen zu erbringen, für die Art und Qualität eindeutig festgelegt sind, die jedoch an verschiedenen Örtlichkeiten und zu verschiedenen Zeiten in unterschiedlichem Ausmaß zu erbringen sind.

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

Die Leistungen werden nach Bedarf in kleinwertigen Einzelabrufen bestellt. Das Leistungsvolumen (Umsatz) je Einzelabruf schwankt stark. Überwiegend kann von einem Umsatz je Einzelabruf von 1.000,-- bis 2.000,-- Euro exkl. USt. und einer mittleren Wohnungsgröße von 40 bis 60 m² ausgegangen werden. Die daraus resultierenden Umstände wie z.B. die Leistungserbringung in bewohnten Wohnhausanlagen oder ein hoher Anteil an manuellen Arbeiten sind mit den vereinbarten Preisen abgegolten.

Dem Leistungsverzeichnis liegt eine Abschätzung der, während der Vertragslaufzeit (ohne Verlängerungsoption) zu erwartenden, Gesamtmengen (Summe der Einzelabrufe) zugrunde".

Nach Punkt 4.3 der Vertragsbestimmungen führt eine Abweichung von den im Vertrag angegebenen Mengen zu keiner Änderung der Preise.

Nach dem Angebotsdeckblatt MDBD - SR 75 sollen die Preise in den Angeboten nach dem Preisaufschlags-/nachlassverfahren erstellt werden. Dazu hat die Antragsgegnerin in ihren Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge unter Punkt 2 folgend wiedergegebene Festlegungen getroffen:

"2. INFORMATION ZUM PREISAUFSCHLAG- / -NACHLASSVERFAHREN

2.1. Bezugspreiskalkulation

Im Preisaufschlags- / -nachlassverfahren wird eine fachmännisch erstellte Bezugspreiskalkulation zur Verfügung gestellt.

Die Bezugs-kalkulation ist auf die Preisbasis von Jänner 2013 abgestimmt.

Die Mittellohnpreisberechnung geht von einer mittleren Beschäftigungsgruppe aus (siehe K3-Blatt). Basis ist der Rahmen-KV für das Hafner-, Platten- und Fliesenlegergewerbe (Fassung 1.1.2009) unter Anwendung der Lohnordnungen für das Bundesland Wien ab 1.5.2012. Unproduktives Personal ist in den Mittellohnpreis nicht eingerechnet. Der in Zeile B des K3-Blattes ausgewiesene Wert deckt unproduktive Zeiten des produktiven Personals ab (insbesondere Fahrzeiten). Die umgelegten Lohnnebenkosten sind analog der Berechnung der Geschäftsstelle Bau, Wirtschaftskammer Österreich, erfasst und auf den Mehrlohn abgestimmt.

Die Materialkosten (siehe K4-Blätter) orientieren sich an den im Jänner 2013 erzielbaren Einkaufspreisen. Manipulationskosten sind in den Aufwandsansätzen im jeweiligen K7-Blatt enthalten.

Die Aufwandsansätze (siehe K7-Blätter) orientieren sich an den Leistungszeiteinheiten des Akkord-KV für das Hafner-, Platten-, Fliesenleger- und Keramikergewerbe ab 1.5.2012, sofern die Leistungen dort erfasst sind. Die Aufwandsansätze wurden fachmännisch angepasst. Allfällige Gerätekosten sind nach der Österreichischen Baugeräteleiste (ÖBGL) in Bezug auf Abschreibung und Verzinsung (AV) sowie Reparaturentgelt erfasst. AV ist dem Preisanteil "Sonstiges" zugerechnet, das Reparaturentgelt zu 50 % dem Preisanteil "Lohn" und zu 50 % dem Preisanteil "Sonstiges".

2.2 Angebotserstellung

Der Bieter hat seine Kalkulation der ausgeschriebenen Leistung, bezogen auf

die Preisbasis des Angebots, ins Verhältnis zu der Bezugspreiskalkulation zu setzen und die Aufschläge bzw. Nachlässe je Preisanteil zu errechnen. Im LV sind die gewichtet und gemittelten Aufschläge und Nachlässe je Obergruppe an den dafür vorgesehenen Stellen einzutragen und der Angebotspreis zu berechnen".

Sowohl zur Zulässigkeit des Preisaufschlags-/nachlassverfahrens als auch die Plausibilität und Kalkulierbarkeit der von der Antragstellerin angeführten LV-Positionen haben mehrere Interessenten im Zuge der Vorbereitung ihrer Angebote Anfragen an die Antragsgegnerin gerichtet. Diese Fragen wurden von ihr in der zweiten Anfragebeantwortung vom 12.8.2013 (Antworten 26, 46, 49 und 51) beantwortet, wobei die Antragsgegnerin insbesondere in der Antwort auf die Frage 26 darauf hingewiesen hat, dass nach der Judikatur des Höchstgerichtes die Anwendung des Preisaufschlags-/nachlassverfahrens zulässig ist. Die Fragen von Bieter Nr. 46, 49 und 51 zu Kalkulationsansätzen im Leistungsverzeichnis wurden von der Antragsgegnerin im Wesentlichen damit beantwortet, dass das von ihr in ihrer Vorgabekalkulation angenommene Mengengerüst "nicht mit nennenswerten Unschärfen behaftet" ist (insbesondere Antwortfrage 49).

In dem einen integrierenden Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen bildenden Wohnhäuserverzeichnis sind geordnet nach den ausgeschriebenen Losen insgesamt 220.000 Wohnungen, geordnet nach Bezirken und Wohnhausanlagen mit den jeweiligen Anschriften, enthalten. Diesem Wohnhäuserverzeichnis ist unter anderem auch das jeweilige Baujahr der Wohnhausanlage zu entnehmen. Die Zeitspanne der Errichtung reicht von etwa 1901 bis in die Jetztzeit, wobei einige Wohnhausanlagen, die vor 1900 errichtet wurden (etwa das Objekt Maurer Hauptplatz 10, mit dem Baujahr 1743) wegen ihrer geringen Anzahl nicht weiter berücksichtigt wurden. Aus dem Wohnhausverzeichnis ergibt sich jedoch, dass die Mehrzahl der Bauten, die innerhalb des Gürtels liegen, in der Zeit von 1900 bis etwa 1938 erbaut wurden, jene außerhalb des Gürtels gelegenen Objekte vor allem in der Nachkriegszeit nach 1945 bis etwa 1965, und jene in den Bezirken je nördlich der Donau in den nachfolgenden Jahrzehnten. Die Zuteilung der einzelnen Bezirke zu den acht Losen zeigt aber auch, dass etwa dem Los 1 Bezirke innerhalb des Gürtels (6,7) sowie außerhalb des Gürtels (13, 14, 15) und beim Los 2 innerhalb des Gürtels (8,9) und außerhalb des Gürtels die Bezirke 16, 17, 18, 19 zugeteilt wurden. Im Los 5 wurden die Bezirke 1, 2 und 20, im Los 6 die Bezirke 3, 4, 5 und 11 zusammengefasst. Die Lose 3 (Bezirk 10), 7 (Bezirk 21) und Los 8 (Bezirk 22) umfassen jeweils nur einen Bezirk.

Die Durchsicht des Wohnhäuserverzeichnisses zeigt auch, dass in den Losen 1, 2, 5 und 6 Bezirke zusammengefasst wurden, die von ihrer Lage und der Entwicklung des Wohnhausbestandes deutliche Unterschiede aufweisen. So umfasst das Los 1 etwa den 13. Bezirk, in dem im Wohnhäuserbestand zahlreiche Siedlungshäuser mit relativ geringen Nutzflächen und dem Baujahr 1930 aufscheinen.

Die Antragsgegnerin hat für jedes Los eine Vorgabekalkulation erstellt, die von den Bietern ihren Angeboten zugrunde zu legen war. Die Bieter konnten nach eigener Kalkulation der einzelnen Positionen und Gegenüberstellung mit den Ergebnissen in der Vorgabekalkulation auf die jeweilige Obergruppe einen Preisaufschlag oder Nachlass anbieten.

Bei der Ermittlung der Mengen, die die Antragsgegnerin ihrer jeweiligen Kalkulation pro Los zugrunde gelegt hat, ist sie von den Abrechnungen der letzten Jahre ausgegangen. Die Mengen je Los wurden diesen Abrechnungen entnommen, wobei die Antragsgegnerin 500 Einzelrechnungen (für alle Lose) ausgewertet hat (Protokoll vom 26.9.2013, Seite 7). Bei der Erstellung der Vorgabekalkulation hat die Antragsgegnerin zu jedem Los 40 bis 45 Einzelrechnungen genommen und die dort angeführten Massen aufsummiert, die Verhältnisse der einzelnen Positionen zueinander gebildet, hochgerechnet auf die in der Vergangenheit erfolgten Einzelbestellungen und dann auch ihre Erwartungshaltung berücksichtigt. Über Hochrechnung haben sich dann die in der Vorgabekalkulation gesetzten Mengen ergeben. Dabei wurden im Leistungsverzeichnis nur Positionen berücksichtigt, die in den letzten zwei/drei Jahren auch tatsächlich abgerechnet wurden (Protokoll vom 17.10.2013, Seite 4).

Dazu hat die Antragstellerin im fortgesetzten Nachprüfungsverfahren (Schriftsatz vom 4.10.2013) vorgebracht und bescheinigt, dass die Antragsgegnerin das Mengenverhältnis der Positionen untereinander in den einzelnen Losen sowie im Vergleich der Lose zu einander über alle Lose gleich gewichtet hat. So hat die Antragstellerin errechnet, dass die Antragsgegnerin die wesentliche OG 06 (Wand- und Bodenbeläge) jeweils exakt mit 47,74 % der Gesamtauftragssumme für alle Lose angenommen hat. Tatsächlich macht der Anteil der Wand- und Bodenbeläge an der Gesamtleistung pro Los teilweise bis zu 60% aus. Es hat die Antragsgegnerin die einzelnen Leistungspositionen innerhalb der Obergruppen in den verschiedenen Losen auch jeweils gleich gewichtet. So hat die Antragstellerin etwa nachgewiesen, dass in der OG 06 (Wand- und Bodenbeläge innen und außen) die Position 06.24.1104AZ in jedem einzelnen Los jeweils 22 % (bzw. 22,01 %) und die Position 06.24.1201FZ jeweils 17,93 % der Gesamtauftragssumme ausmacht. Dazu kann auf Beilage 11 im Schriftsatz der Antragstellerin vom 4.10.2013 verwiesen werden, dessen rechnerische Richtigkeit von der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung vom 17.10.2013 zugestanden wurde (Seite 4).

Die Antragstellerin hat die ausgeschriebenen Leistungen aufgrund des vorangegangenen Rahmenvertrages aus dem Jahre 2008 in den KD 21 und KD 22, deren Häuserbestand jenem der Lose 7 und 8 entspricht, erbracht. Sie hat im Zuge des Nachprüfungsverfahrens die in der Vorgabekalkulation zur Ausschreibung 2008 im Leistungsverzeichnis angegebenen Mengen mit den von ihr in den beiden Bezirken abgerechneten Mengen verglichen. Dabei hat sie rund 6.800 Rechnungen überprüft. Der Vergleich zeigt, dass in jedem dieser beiden Lose eine starke Abweichung der in der Vorgabekalkulation 2008 angenommenen Mengen zu den abgerechneten Mengen besteht, wobei auch die Werte der beiden Lose in den einzelnen Positionen wesentlich voneinander abweichen. Diese Abweichungen betragen teilweise bis 2.905% (Pos. 05241108A Ausgleich Wand ü. 3 bis 6 mm, LV-Menge 2008, 1.194,00m², abgerechnete Menge 35.883,45m²; KD 22 LV-Menge 2008:878m², abgerechnete Menge 21.708,24m²). Zahlreiche Positionen im Leistungsverzeichnis 2008 sind nach der Darstellung der Antragstellerin überhaupt nicht zur Ausführung gelangt bzw. mit deutlichen Abweichungen nach unten in der Größenordnung von etwa 94 bis 97 %.

Folgt man der durchaus nachvollziehbaren und schlüssigen Berechnung der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 4.10.2013, zeigen sich anhand der von ihr tatsächlich abgerechneten Mengen für die KD 22 (= Los 8) und KD 21 (= Los 7) große Unterschiede im jeweiligen Leistungsvolumen der einzelnen Positionen. So liegt etwa die Menge der Position "Summe Wandbelag innen" in der KD 22 um 42 % unter jener in der KD 21, die Menge der Position "Summe Sockelbelag innen" in der KD 22 um 100 % über jener in der KD 21. Zutreffend verweist die Antragstellerin darauf, dass dann, wenn diese Relation auf Grundlage der im Leistungsverzeichnis der gegenständlichen Ausschreibung für die KD 21 angegebenen Mengen berechnet wird, die Unterschiede im Leistungsvolumen der einzelnen Positionen zwischen der KD 21 und der KD 22 prozentuell gesehen gleich sind. Jedenfalls haben die von der Antragstellerin vorgelegten Berechnungen und Vergleiche mit den abgerechneten Summen ergeben, dass die Mengenangaben in der Vorgabekalkulation mit den Ergebnissen der Abrechnung zumindest in den Losen 7 und 8 der letzten Jahre nicht annähernd gleiche Werte aufweisen.

Die Antragsgegnerin hat dieses Ergebnis damit zu erklären versucht, dass es neun eigenständige Kundendienstzentren gegeben hat, die nicht nach einheitlichen Vorgaben vorgegangen sind. Dem hat die Antragsgegnerin damit Rechnung getragen, dass sie die neun Kundendienstzentren in vier neue Gebietsteile zusammengefasst hat, um eine einheitliche Vorgangsweise bei Auftragsvergaben durchzusetzen (Protokoll 17.10.2013, Seite 5).

Schließlich hat die Antragsgegnerin vorgebracht, dass hinsichtlich der konkret zu erbringenden Arbeiten im Zuge der Instandhaltung von Wohnhausanlagen zwei Instandhaltungsarten zu unterscheiden sind. So erfolge bei Leerwohnungen entweder eine Aufkategorisierung oder eine Brauchbarmachung. In ihrem Schriftsatz vom 4.10.2013 (Seite 9) führt die Antragsgegnerin dazu aus, dass im Falle einer Aufkategorisierung der Wohnung, dh. der Anhebung der Wohnungskategorie auf Kategorie A, grundsätzlich folgender Standard gilt, welcher unter anderem auch durch Bestimmungen des Mietrechtsgesetzes vorgegeben ist: Das Badezimmer ist zur Gänze (sowohl Boden als auch Wände) neu zu verfliesen. Im WC ist der Boden neu zu verfliesen und sind Fliesensockel herzustellen. In Küche, Vorzimmer und Abstellraum werden folgende Grundsätze eingehalten: Innerhalb einer Wohnhausanlage wird grundsätzlich versucht, einheitliche Standards beizubehalten; es soll beispielsweise dann, wenn in den Vorräumen der anderen Wohnungen Linoleum verlegt ist, auch in den Leerwohnungen in aller Regel weiterhin Linoleum verwendet werden. Bei Bauten mit verbesserungsfähigen Lärmschutzeigenschaften werden in der Regel keine Fliesen verlegt (sondern Bodenbeläge, welche die Lärmschutzeigenschaften verbessern).

Bei einer Brauchbarmachung einer Leerwohnung wird die bestehende Wohnungskategorie belassen und in Abhängigkeit des Zustandes der jeweiligen Wohnung nur die jeweils erforderlichen Reparaturarbeiten durchgeführt. So werden etwa lockere Wandfliesen partiell ausgetauscht, vorhandenen Verfliesungen (z.B. aufgrund von Arbeiten der Vormieter), die angemessenen Standards entsprechen, werden hingegen beibehalten. Sollten Erneuerungsarbeiten erforderlich sein, werden diese entsprechend den oben angeführten Standards bei Aufkategorisierungen vorgenommen.

Diese Definition der Begriffe Aufkategorisierung und Brauchbarmachung von Leerwohnungen ist in den Ausschreibungsunterlagen nicht enthalten. Die Antragsgegnerin nimmt zwar jedes Jahr eine bestimmte Anzahl von Aufkategorisierungen vor, wobei eine Aufkategorisierung mit dem Leistungseinzelabruf bestellt wird, um wieviel Wohnungen es sich etwa pro Jahr handelt, ist nicht angegeben.

Bei der Brauchbarmachung wird die Wohnung vom Mieter durch den jeweiligen Werkmeister zurückgenommen und nach Zustand der Wohnung entschieden, welche Leistungen zu erbringen sind. Die Entscheidung trifft der jeweilige Techniker auf Basis der Strategieüberlegungen von Wiener Wohnen. Der Zustand der Wohnung wird vom Werkmeister bei der Rücknahme aufgenommen, da ist der Auftragnehmer noch nicht dabei. Auf Grundlage dieser Aufnahme bestellt der Werkmeister beim Auftragnehmer die Leistungen. Dazu hat der Werkmeister die ab 1.9.2013 umgesetzte strategische Neuausrichtung von Wiener Wohnen zu beachten (Protokoll 17.10.2013, Seite 5).

Der Inhalt der ab 1.9.2013 geltenden Strategie im Bereich der einzelnen Kundendienstzentren ist in den Ausschreibungsunterlagen nicht enthalten.

Übereinstimmend haben beide Teile vorgebracht, dass eine Kalkulation ohne Übernahme nichtkalkulierbarer Risiken möglich wäre, wenn das Verhältnis der dem Leistungsverzeichnis zugrunde gelegten Mengen zueinander garantiert wäre (Antragsteller: Protokoll 26.9.2013, Seite 8; Antragsgegner: Schriftsatz vom 4.10.2013 im Gutachten Dr. Kropik, Seite 5).

Diese Feststellungen gründen sich auf den Inhalt der Ausschreibung samt Beilagen sowie das Vorbringen der Parteien, teils in ihren Schriftsätzen, teils in den mündlichen Verhandlungen. Da der Senat das Verfahren darauf beschränkt hat, zunächst zu prüfen, ob die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit für nichtig zu erklären ist, haben sich Feststellungen zu den hilfsweise geltend gemachten Anfechtungspunkten erübrigt. Nach den Feststellungen war jedenfalls als erwiesen anzunehmen, dass die Antragsgegnerin bei Zusammenfassung der Wohnhausbestände in den ausgeschriebenen acht Losen teilweise Bauten zusammengefasst hat, die weder von der Entstehungszeit noch in der Ausstattung homogen sind. Nach Kenntnis des Senates ist davon auszugehen, dass je nach Errichtungsjahr ein bestimmtes Ausstattungsmodell vorgegeben war und sich dementsprechend Wohnbauten, die unmittelbar nach dem ersten Weltkrieg und in der Zwischenkriegszeit errichtet wurden, in ihrer Ausstattung und Qualität wesentlich von jenen Bauten, die nach 1945 errichtet wurden, unterscheiden. Das Verfahren hat dazu auch ergeben, dass sich Umfang und Qualität der Sanierungsmaßnahme grundsätzlich am Standard der übrigen in der Wohnhausanlage befindlichen Wohnungen orientiert. Wie die Antragsgegnerin die ihrer Vorgabekalkulation zugrunde gelegten Mengen ermittelt hat, ergibt sich aus ihren Ausführungen. Ebenso hat die Antragsgegnerin zugestanden, wie von der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 4.10.2013 vorgebracht, dass sie die Mengenverhältnisse, die von ihr aufgrund der Auswertung von rund 400 Abrechnungen ermittelt wurden, im gleichen Ausmaß auf alle Lose, ungeachtet der jeweils zugewiesenen

Bezirke, angenommen hat. Bei seinen Feststellungen ist der Senat vor allem der nachvollziehbaren, schlüssigen und im Ergebnis unbestritten gebliebenen Argumentation der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 4.10.2013 und den damit vorgelegten Beilagen gefolgt. Dass die Berechnung in den mit diesem Schriftsatz vorgelegten Beilagen richtig erfolgt ist, hat die Antragsgegnerin zugestanden (Protokoll 17.10.2013, Seite 4). Dass die Unterscheidung zwischen Aufkategorisierung und Brauchbarmachung von Leerwohnungen sowie die ab 1.9.2013 geltende Strategie der Antragsgegnerin bisher nicht in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sind, ergibt sich aus diesen. Zusammenfassend ist auszuführen, dass es der Antragstellerin mit ihrer Argumentation und mit den von ihr vorgelegten Unterlagen gelungen ist aufzuzeigen, dass die in den Vorgabekalkulationen zu den Losen 1 bis 8 angenommenen Mengen absolut und in ihrem Verhältnis zueinander aufgrund der Erfahrungen der letzten Jahre nicht zur Ausführung gelangen dürften und die Antragsgegnerin hier von eher kursorisch angenommenen Mengen ausgegangen ist, und diese überdies ohne Unterschied dem Wohnhausbestand der einzelnen Lose einheitlich zugrunde gelegt hat. Allein das Argument der Antragstellerin, dass sie bei der Überprüfung der im Leistungsverzeichnis 2008 angeführten Werte mit den tatsächlich abgerechneten Mengen auf über 6.800 Rechnungen der letzten Jahre zurück greifen konnte, während die Antragsgegnerin nur rund 45 Rechnungen je Los ausgewertet hat, spricht nach Ansicht des Senates dafür, dass tatsächlich die von der Antragstellerin behauptete Abweichung in den Mengenannahmen zu den tatsächlich zu erwartenden Abrufen gegeben sein dürfte.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Nach § 78 Abs. 3 BVergG 2006 sind die Ausschreibungsunterlagen 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 BVergG 2006 erfolgt - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. Gegenständlich handelt es sich um die Ausschreibung eines Rahmenvertrages über Fliesenlegerarbeiten in rund 220.000 von der Antragsgegnerin in allen Bezirken Wiens betreuten Wohnungen. Dazu enthalten die Ausschreibungsunterlagen eine Vorgabekalkulation für jedes der acht Lose, mit von der Antragsgegnerin jeweils angenommenen Mengen und vorgegebenen Einheitspreisen. Die Erstellung der Preise hat nach dem Preisaufschlags-/nachlassverfahren zu erfolgen. Danach hat der Bieter (Punkt 2.2 der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge) seine Kalkulation der ausgeschriebenen Leistung, bezogen auf die Preisbasis des Angebotes, ins Verhältnis zu der Bezugspreiskalkulation zu setzen und die Aufschläge bzw. Nachlässe je Preisanteil zu errechnen. Im Leistungsverzeichnis sind die gewichteten und gemittelten Aufschläge und Nachlässe je Obergruppe an den dafür vorgesehenen Stellen einzutragen und der Angebotspreis zu berechnen. Dazu hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass bereits beim Vergleich der Ausschreibung zu den Losen 7 und 8 gegenüber der Ausschreibung zu den Losen KD 21 und 22, die den gleichen Gebietsumfang haben, erhebliche Unterschiede zwischen den ausgeschriebenen und den in der Vergangenheit tatsächlich errechneten Mengen bestehen. Weiters war festzustellen, dass Mengenabweichungen auch innerhalb einzelner Obergruppen völlig unterschiedlich ausgefallen sind. Während einzelne Positionen in Obergruppen, etwa OG 05, überhaupt nicht angefallen sind, wurde bei anderen Positionen dieser Obergruppe die ausgeschriebene Menge um bis zu 2.905 % überschritten. Diese massiven Verschiebungen der Mengenverhältnisse bei den einzelnen Positionen betreffen jedoch nicht nur die Obergruppe 05 sondern praktisch sämtliche Obergruppen, wie den diesbezüglich unbedenklichen Berechnungen und Aufstellungen der Antragstellerin entnommen werden kann. Die Abweichungen fallen vor allem bei jenen Leistungen wie Wand- und Bodenbeläge mit einem großem Wandanteil (Antragstellerin rund 60%, Antragsgegnerin rund 47,47%) an der Gesamtleistung besonders ins Gewicht. Andererseits hat das Verfahren ergeben, dass es zu teilweise extremen Überschreitungen der ausgeschriebenen Mengen gekommen ist, die sich noch dazu unterschiedlich in diesen beiden Losen darstellen. Diesem Ergebnis steht die Erklärung der Antragsgegnerin gegenüber, die Mengenverhältnisse anhand der Auswertung von je rund 45 Rechnungen pro Los vorgenommen, den daraus gebildeten Durchschnittswert jedoch auf alle Lose im gleichen Verhältnis umgelegt zu haben. Es ist daher davon auszugehen, dass auch hinsichtlich der Lose 1 bis 6 derartige Abweichungen gegeben sind, zumal die Antragsgegnerin geklärt hat, die Verhältnisse in den einzelnen Bezirken nicht gesondert berücksichtigt zu haben. Aufgrund dieser anzunehmenden, erheblichen sowohl Über- als auch Unterschreitungen der ausgeschriebenen Mengen kann daher entgegen der Argumentation der Antragsgegnerin nicht von einem gleichbleibenden, konstanten Mengengerüst ausgegangen werden. So ist damit zu rechnen, dass sich die ausgeschriebenen Mengen auch in der gegenständlichen Ausschreibung erheblich verändern werden, sowohl hinsichtlich der einzelnen Lose als auch insbesondere innerhalb der einzelnen Obergruppen, zumal die Antragsgegnerin nicht in der Lage ist, "eine Garantie innerhalb einer bestimmten Bandbreite für das Mengenverhältnis

abzugeben" (Protokoll 17.10.2013, Seite 7). Nach Paragraph 78, Absatz 3, BVergG 2006 sind die Ausschreibungsunterlagen 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, BVergG 2006 erfolgt - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. Gegenständlich handelt es sich um die Ausschreibung eines Rahmenvertrages über Fliesenlegerarbeiten in rund 220.000 von der Antragsgegnerin in allen Bezirken Wiens betreuten Wohnungen. Dazu enthalten die Ausschreibungsunterlagen eine Vorgabekalkulation für jedes der acht Lose, mit von der Antragsgegnerin jeweils angenommenen Mengen und vorgegebenen Einheitspreisen. Die Erstellung der Preise hat nach dem Preisaufschlags-/nachlassverfahren zu erfolgen. Danach hat der Bieter (Punkt 2.2 der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge) seine Kalkulation der ausgeschriebenen Leistung, bezogen auf die Preisbasis des Angebotes, ins Verhältnis zu der Bezugspreiskalkulation zu setzen und die Aufschläge bzw. Nachlässe je Preisanteil zu errechnen. Im Leistungsverzeichnis sind die gewichteten und gemittelten Aufschläge und Nachlässe je Obergruppe an den dafür vorgesehenen Stellen einzutragen und der Angebotspreis zu berechnen. Dazu hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass bereits beim Vergleich der Ausschreibung zu den Losen 7 und 8 gegenüber der Ausschreibung zu den Losen KD 21 und 22, die den gleichen Gebietsumfang haben, erhebliche Unterschiede zwischen den ausgeschriebenen und den in der Vergangenheit tatsächlich errechneten Mengen bestehen. Weiters war festzustellen, dass Mengenabweichungen auch innerhalb einzelner Obergruppen völlig unterschiedlich ausgefallen sind. Während einzelne Positionen in Obergruppen, etwa OG 05, überhaupt nicht angefallen sind, wurde bei anderen Positionen dieser Obergruppe die ausgeschriebene Menge um bis zu 2.905 % überschritten. Diese massiven Verschiebungen der Mengenverhältnisse bei den einzelnen Positionen betreffen jedoch nicht nur die Obergruppe 05 sondern praktisch sämtliche Obergruppen, wie den diesbezüglich unbedenklichen Berechnungen und Aufstellungen der Antragstellerin entnommen werden kann. Die Abweichungen fallen vor allem bei jenen Leistungen wie Wand- und Bodenbeläge mit einem großem Wandanteil (Antragstellerin rund 60%, Antragsgegnerin rund 47,47%) an der Gesamtleistung besonders ins Gewicht. Andererseits hat das Verfahren ergeben, dass es zu teilweise extremen Überschreitungen der ausgeschriebenen Mengen gekommen ist, die sich noch dazu unterschiedlich in diesen beiden Losen darstellen. Diesem Ergebnis steht die Erklärung der Antragsgegnerin gegenüber, die Mengenverhältnisse anhand der Auswertung von je rund 45 Rechnungen pro Los vorgenommen, den daraus gebildeten Durchschnittswert jedoch auf alle Lose im gleichen Verhältnis umgelegt zu haben. Es ist daher davon auszugehen, dass auch hinsichtlich der Lose 1 bis 6 derartige Abweichungen gegeben sind, zumal die Antragsgegnerin geklärt hat, die Verhältnisse in den einzelnen Bezirken nicht gesondert berücksichtigt zu haben. Aufgrund dieser anzunehmenden, erheblichen sowohl Über- als auch Unterschreitungen der ausgeschriebenen Mengen kann daher entgegen der Argumentation der Antragsgegnerin nicht von einem gleichbleibenden, konstanten Mengengerüst ausgegangen werden. So ist damit zu rechnen, dass sich die ausgeschriebenen Mengen auch in der gegenständlichen Ausschreibung erheblich verändern werden, sowohl hinsichtlich der einzelnen Lose als auch insbesondere innerhalb der einzelnen Obergruppen, zumal die Antragsgegnerin nicht in der Lage ist, "eine Garantie innerhalb einer bestimmten Bandbreite für das Mengenverhältnis abzugeben" (Protokoll 17.10.2013, Seite 7).

Nun ist nach den Ausschreibungsunterlagen jeder Bieter verpflichtet, sein Angebot derart zu erstellen, dass er allfällige Aufschläge bzw. Nachlässe auf die Obergruppe abgibt. Dies setzt aber voraus, dass das Verhältnis der Mengen in den einzelnen Obergruppen annähernd konstant bleibt, weil eine wesentliche Änderung in den Einzelpositionen konsequenter Weise auf die Abrechnung durchschlagen muss. Eine idente Gewichtung der einzelnen Positionen und Obergruppen in allen Losen ist jedoch nur dann möglich, wenn in sämtlichen Losen auch tatsächlich dieselben Arbeiten im selben Mengenverhältnis zueinander anfallen. So hat jedenfalls das Verfahren ergeben (auch von der Antragsgegnerin zugestanden), dass von ihr in den einzelnen Leistungspositionen innerhalb der Obergruppen in den verschiedenen Losen jeweils eine gleiche Gewichtung vorgenommen wurde. Diese Annahme ist jedoch an sich auf Grund der Kenntnis des fachkundig zusammengesetzten Senates lebensfremd, weil sich in den einzelnen Losen die jeweils enthaltenen Wohnungstypen teilweise erheblich nach Baujahr und Ausführung unterscheiden und daher naturgemäß auch die in diesen Wohnungen jeweils zu erbringenden Leistungen, gerade nicht gleich bzw. mengenmäßig gleich gewichtet sein können. Dazu kommt, dass sich im Rahmen einer Brauchbarmachung die auszuführenden Leistungen grundsätzlich am übrigen Standard der Wohnungen in der konkreten Wohnhausanlage zu

orientieren haben und nach Kenntnis des Senates wesentliche Ausstattungsunterschiede der Wohnungen je nach Jahr der Errichtung, Lage der Wohnhausanlage, bestehen. Insoweit ist nach Ansicht des Senates nur bei den Losen 3, 7 und 8 ein eher als homogen zu bezeichnender Wohnhausbestand gegeben, als in den anderen Losen.

Diese von der Antragstellerin zu erwartenden unterschiedlichen Gewichtungen der Positionen zueinander in den einzelnen Losen können durch unterschiedliche Auf- und Abschläge auf die Obergruppen dieser Lose nicht ausgeglichen werden. Nur dann, wenn tatsächlich die ausgeschriebenen Mengen zur Abrechnung gelangen oder das Verhältnis der Mengen in den einzelnen Positionen der jeweiligen Obergruppe unverändert bleibt, ergeben sich für den Bieter bei der nach der Ausschreibung vorzunehmenden Erstellung der Preise keine Nachteile. Naturgemäß kann im Hinblick auf den ausgeschriebenen Rahmenvertrag die Antragsgegnerin für eine bestimmte Anzahl von Abrufen keine Garantie abgeben. Sie sollte jedoch in der Lage sein, den zu erwartenden Abrufen in dem jeweilig zu erwartenden Umfang durch ihre Vorgabekalkulation möglichst nahe zu kommen. Ändert sich nämlich die Relation der einzelnen Positionen zueinander, hat dies negative Auswirkungen auf die gesamte Kalkulation. Dazu gehört aber auch, dass in der Vorgabekalkulation nicht nur die Mengen möglichst den Ergebnissen der Abrechnung der Vergangenheit angeglichen werden, sondern auch in den einzelnen Positionen die Materialpreise möglichst marktgerecht angegeben werden. Zusammenfassend hat das Verfahren ergeben, dass dann, wenn sich die Massen der Einzelpositionen innerhalb einer vom Bieter durch Preisaufschlag bzw. Nachlass beeinflussbaren Positionsgröße nicht ändern, keine Fehlerlöse entstehen und damit ein vertretbares Kalkulationsrisiko gegeben ist (so auch Gutachten Dr. Kropik, Seite 5).

Nun kann die Antragsgegnerin die von ihr in der Vorgabekalkulation angenommenen Mengen nicht garantieren und auch nicht das Verhältnis der Mengen in den einzelnen Obergruppen zueinander. Beim gewählten Preisfindungssystem ist dieser Umstand zwar grundsätzlich zu akzeptieren. Es trifft jedoch den Auftraggeber die Verpflichtung, bei seinen Annahmen, die er der Vorgabekalkulation zugrunde legt, möglichst den real gegebenen Verhältnissen nahe zu kommen. Dieser Anforderung entspricht der Auftraggeber jedoch nicht, wenn er die Mengenverhältnisse in allen Losen gleich annimmt ohne zu berücksichtigen, dass im Hinblick auf das Jahr der Errichtung und jeweilig vorgegebenem Ausstattungsstandard, die ihrerseits wieder im Laufe der Zeit jeweils geändert wurden, wesentliche Unterschiede bestehen. Nur dann, wenn diese Vorgabekalkulation den tatsächlich zu erwartenden Abrufen nahe kommt, und im Verhältnis der Mengen in den einzelnen Obergruppen eine möglichst geringe Abweichung erwartet werden kann, wird es Bietern möglich sein, eine Kalkulation ihrer Angebote ohne Übernahme unzumutbarer, nicht kalkulierbarer Risiken, zu erstellen.

Sofern es die Antragsgegnerin für unzumutbar erachtet, alle Rechnungen der letzten zwei Jahre zur Mengenermittlung auszuwerten, sollte auch die Auswertung einer statistisch signifikanten Menge ausreichen. Die von ihr dargestellte Anzahl der Auswertung von zusammen rund 500 Rechnungen reicht nach Ansicht des Senates jedoch nicht aus nachzuweisen, dass sie ihrer Verpflichtung zur Festlegung möglichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Mengen nahe zu kommen, gerecht geworden ist. Dabei wird auch zu berücksichtigen sein, ob durch die Zusammenfassung mehrerer Bezirke in einem Los, deren Wohnhausbestand nicht annähernd homogen ist, die Lösung dieses Problems nicht wesentlich erschwert wird. Ist jedoch nicht zu erwarten, dass eine obigen Ausführungen entsprechende Vorgabekalkulation möglich ist, wäre zu überlegen, vom gewählten Preisfindungssystem abzugehen.

Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens kann nicht erwartet werden, dass auf der Grundlage der von der Antragsgegnerin erstellten Vorgabekalkulation es den Bietern ermöglicht sein wird, ohne Übernahme unzumutbarer Kalkulationsrisiken ihre Angebote zu erstellen. Es war daher dem Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung Folge zu geben. Damit hat es sich für den Senat erübrigt, auf die hilfsweise geltend gemachten Anfechtungspunkte einzugehen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 21.8.2013 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 21.8.2013 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Entscheidung über das Kostenbegehren gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen vor. Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen. Die Entscheidung über das Kostenbegehren gründet sich auf Paragraph 19,

Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen vor. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Ausschreibung; Nichtigerklärung; Rahmenvertrag; Preisaufschlags-/nachlassverfahren; Vorgabekalkulation muss zu erwartender Abrufen nahekommen; Möglichst geringe Abweichung im Verhältnis der Mengen in der einzelnen OG;

Zuletzt aktualisiert am

22.01.2014

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at