

TE Verg Bescheid 2013/5/28 VKS-299594/13

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.05.2013

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 §57 Abs2

BVergG 2006 §78 Abs3

BVergG 2006 §90 Abs1

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 § 57 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 78 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 78 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 90 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, betreffend die Vergabe eines Rahmenvertrages zur Durchführung von Baumeisterarbeiten in den Bezirken 1 bis 23, Ausschreibungsnummer LV-WWDT/BT-BM-LOS-01 bis 49, durch die Stadt Wien, Wiener Wohnen - Direktion Technik, Doblhoffgasse 6, 1082 Wien, vertreten durch schwartz huber-medek & partner rechtsanwälte og in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, die gesamte Ausschreibung der Antragsgegnerin "Rahmenvertrag über Baumeisterarbeiten in den Bezirken 1 bis 23, Ausschreibungsnummer LV-WWDT/BT-BM-LOS-01 bis 49", für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Den hilfsweise gestellten Anträgen, die in der achten Berichtigung vorgenommenen Änderungen der Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge in den Punkten 5.3., 10. und 3.3.2 für nichtig zu erklären, wird stattgegeben; diese Festlegungen werden für nichtig erklärt.

1. 3.Ziffer 3

Der hilfsweise gestellte Antrag, Punkt 4.4.1.6 und Punkt 4.4.3 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen - WD 314, für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

1. 4.Ziffer 4

Die einstweilige Verfügung vom 18.4.2013 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 5.Ziffer 5

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren von Euro 8.382,-- 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, 57 Abs. 2, 78 Abs. 3, 90 Abs. 1 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, 57, Absatz 2, 78, Absatz 3, 90, Absatz eins, BVergG 2006.

Begründung

Die Stadt Wien - Wiener Wohnen (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Rahmenvertrages, nämlich zur Durchführung von Baumeisterarbeiten in den von ihr in allen 23 Wiener Bezirken verwalteten Wohnobjekten. Es handelt sich um die Vergabe von Bauaufträgen im Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahren. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist sowohl im Supplement zum Amtsblatt der EU erfolgt, als auch auf der Webseite der Antragsgegnerin sowie im Amtsblatt der Stadt Wien. Die Ausschreibungsunterlagen wurden mehrfach berichtigt, die Berichtigungen wurden gleichfalls ordnungsgemäß bekannt gemacht. Das Ende der Angebotsfrist war ursprünglich der 28.9.2012, 8.00 Uhr, und wurde mit der achten Berichtigung der Ausschreibungsunterlage auf den 29.4.2013, 8.00 Uhr, festgelegt. Im Zuge des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens hat die Antragsgegnerin mit der 9. Berichtigung das Ende der Angebotsfrist zuletzt auf den 27.6.2013, 8.00 Uhr, erstreckt. Die Zuschlagsfrist beträgt sieben Monate, als voraussichtlicher Leistungsbeginn ist das dritte Quartal 2013 vorgesehen. Die Rahmenverträge sollten nunmehr aufgrund der achten Berichtigung auf die Dauer von zwei Jahren mit Option auf einmalige Verlängerung um ein Jahr abgeschlossen werden. Die Antragsgegnerin ist in

Kundendienstzentren (KD) unterteilt, die ihrerseits in jeweils mehrere Gebietseinheiten (GE) gegliedert sind. Die einzelnen GE, denen jeweils ein Wohnhausbestand eindeutig zugeordnet ist, bilden Lose des Gesamtvorhabens. Die Ausschreibung ist in insgesamt 49 Gebietsteile (= Lose) gegliedert. Davon betreffen 48 Lose Baumeisterleistungen in verschiedenen Wohnhausanlagen und das Los 49 Grabungsarbeiten im gesamten Stadtbereich. Den Bietern steht es frei für ein Los, für einige oder für alle Lose Angebote abzugeben. Vorgesehen ist eine Teilvergabe an den Billigstbieter des jeweiligen Loses.

Mit dem am 15.4.2013 und im Hinblick auf das mit der achten Berichtigung festgelegte Angebotsende 29.4.2013 rechtzeitig (§ 24 Abs. 4 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag, begehrt die Antragstellerin die gesamte Ausschreibung, hilfsweise näher bezeichnete (durch Berichtigungen geänderte) Festlegungen in derselben für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, sie sei daran interessiert und auch geeignet, die ausgeschriebenen Leistungen anzubieten und auszuführen. Sie macht geltend, dass es durch die bisher vorgenommenen, insgesamt acht Berichtigungen zu umfangreichen Änderungen der Ausschreibungsunterlagen gekommen sei. So sei etwa in der nunmehrigen achten Berichtigung der Ausschreibung, neben der Erstreckung der Angebotsfrist, die Vertragslaufzeit reduziert worden, aber das Mengengerüst in den jeweiligen "Kurz-LV's" je Los trotz Verkürzung der Vertragslaufzeit beibehalten worden. Sie führt aus, dass in der ursprünglichen Bekanntmachung vom 5.7.2012 der geschätzte Auftragswert mit Euro 391.432.044,38, die definitive Laufzeit des Vertrages mit 36 Monaten sowie die Verlängerungsoption mit drei Mal einem Jahr angegeben wurde. Ursprünglich sei im Punkt 3.3.2 der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge festgelegt gewesen, dass jeder Bieter zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit Referenzprojekte mit einem Auftragsvolumen von 50 % der Vorgabesumme des jeweils angebotenen Loses nachweisen musste. Die Vorgabesumme sei das geschätzte Auftragsvolumen für die Vertragslaufzeit pro Los. Die Mehrfachnennung von Referenzen wurde in diesem Punkt gleichfalls geregelt, wonach ein Bieter im Angebot überschüssige Auftragsvolumina, die den geforderten Wert an Referenzen pro Los übersteigen würden, einem anderen Los zuordnen konnte. Der genaue Leistungsinhalt sei in den Positionstexten des Lang-LV geregelt. Die voraussichtlich im definitiven Vertragszeitraum von drei Jahren (ohne Hinzurechnung der Optionszeiträume) anfallenden Mengen der einzelnen Positionen (Mengengerüst) seien in den jeweiligen Kurz-LVs dargestellt. Mit der fünften Berichtigung habe die Antragsgegnerin Massenanpassungen in den Mengenvordersätzen bei beinahe sämtlichen Positionen der LV's betreffend die Lose 1 bis 48 vorgenommen. Als Grund habe sie dafür angegeben, eine "strategische Anpassung der Standards der Mietwohnungen von Wiener Wohnen" zu beabsichtigen. Die Anpassung der Preise habe eine Reduktion des geschätzten Auftragswertes auf Euro 272.026.042,84 zur Folge gehabt, was einer Reduktion von über 30 % der ursprünglichen Auftragssumme ausmache. Auch die Textierung zahlreicher Positionen bei den Losen 1 bis 48 sei geändert worden, teilweise seien Positionen neu in die LV's aufgenommen worden. Mit dem am 15.4.2013 und im Hinblick auf das mit der achten Berichtigung festgelegte Angebotsende 29.4.2013 rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag, begehrt die Antragstellerin die gesamte Ausschreibung, hilfsweise näher bezeichnete (durch Berichtigungen geänderte) Festlegungen in derselben für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, sie sei daran interessiert und auch geeignet, die ausgeschriebenen Leistungen anzubieten und auszuführen. Sie macht geltend, dass es durch die bisher vorgenommenen, insgesamt acht Berichtigungen zu umfangreichen Änderungen der Ausschreibungsunterlagen gekommen sei. So sei etwa in der nunmehrigen achten Berichtigung der Ausschreibung, neben der Erstreckung der Angebotsfrist, die Vertragslaufzeit reduziert worden, aber das Mengengerüst in den jeweiligen "Kurz-LV's" je Los trotz Verkürzung der Vertragslaufzeit beibehalten worden. Sie führt aus, dass in der ursprünglichen Bekanntmachung vom 5.7.2012 der geschätzte Auftragswert mit Euro 391.432.044,38, die definitive Laufzeit des Vertrages mit 36 Monaten sowie die Verlängerungsoption mit drei Mal einem Jahr angegeben wurde. Ursprünglich sei im Punkt 3.3.2 der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge festgelegt gewesen, dass jeder Bieter zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit Referenzprojekte mit einem Auftragsvolumen von 50 % der Vorgabesumme des jeweils angebotenen Loses nachweisen musste. Die Vorgabesumme sei das geschätzte Auftragsvolumen für die Vertragslaufzeit pro Los. Die Mehrfachnennung von Referenzen wurde in diesem Punkt gleichfalls geregelt, wonach ein Bieter im Angebot überschüssige Auftragsvolumina, die den geforderten Wert an Referenzen pro Los übersteigen würden, einem anderen Los zuordnen konnte. Der genaue Leistungsinhalt sei in den Positionstexten des Lang-LV geregelt. Die voraussichtlich im definitiven

Vertragszeitraum von drei Jahren (ohne Hinzurechnung der Optionszeiträume) anfallenden Mengen der einzelnen Positionen (Mengengerüst) seien in den jeweiligen Kurz-LVs dargestellt. Mit der fünften Berichtigung habe die Antragsgegnerin Massen Anpassungen in den Mengenvordersätzen bei beinahe sämtlichen Positionen der LV's betreffend die Lose 1 bis 48 vorgenommen. Als Grund habe sie dafür angegeben, eine "strategische Anpassung der Standards der Mietwohnungen von Wiener Wohnen" zu beabsichtigen. Die Anpassung der Preise habe eine Reduktion des geschätzten Auftragswertes auf Euro 272.026.042,84 zur Folge gehabt, was einer Reduktion von über 30 % der ursprünglichen Auftragssumme ausmache. Auch die Textierung zahlreicher Positionen bei den Losen 1 bis 48 sei geändert worden, teilweise seien Positionen neu in die LV's aufgenommen worden.

Mit der nunmehrigen, von der Antragstellerin hilfsweise bekämpften achten Berichtigung der Ausschreibung, sei die definitive Vertragslaufzeit von drei Jahren (36 Monaten) auf zwei Jahre (24 Monate) reduziert worden. Die optionale Vertragslaufzeit wurde von dreimal ein Jahr auf einmal ein Jahr Verlängerung reduziert. Die maximale Vertragslaufzeit im Falle der Ausübung der Verlängerungsoption betrage somit nur mehr drei Jahre, statt wie bisher sechs Jahre. In den Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge, Punkt 5.3, sei festgelegt worden, dass die Mengen des Mengengerüsts in den jeweiligen Kurz-LV's trotz Verkürzung der Vertragslaufzeit beibehalten werden. Dabei sei auch festgehalten worden, dass die angegebenen Mengen nun nicht mehr nur die im definitiven Vertragszeitraum (nunmehr zwei Jahre), sondern auch die im optionalen Leistungszeitraum (1 Jahr) geschätzten anfallenden Mengen enthalten würden. Im Unterschied zur bisherigen Ausschreibung würden daher auch jene Mengen in das Mengengerüst eingerechnet, die nur dann anfielen, wenn die Antragsgegnerin von ihrem Optionsrecht auf Verlängerung des Rahmenvertrages Gebrauch macht.

Die Antragstellerin führt auch aus, dass die Mindestkriterien für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit wesentlich reduziert worden seien, weil laut Punkt

3.3.2 der Verfahrensbestimmungen Referenzen mit einem Auftragsvolumen von lediglich einem Drittel der Vorgabesumme (= "Summe LV laut Kurz-LV") des jeweiligen Loses nachzuweisen seien. Im Vergleich dazu sei davor ein Auftragsvolumen von 50 % der Vorgabesumme je Los nachzuweisen gewesen.

Weiters führt die Antragstellerin aus, dass aufgrund dieser zahlreichen wesentlichen Änderungen durch mittlerweile acht Berichtigungen die Ausschreibung zwingend zu widerrufen wäre. Durch die zahlreichen und inhaltlich bedeutsamen Änderungen am Ausschreibungsgegenstand (z.B. Änderung der Leistungsbeschreibung bzw. der Positionstexte, Änderungen von Positionen in Eventualpositionen, Massen Anpassungen im Ausmaß von über Euro 100.000.000,- etc.), wesentliche Änderungen der Eignungskriterien (Reduktion des Mindestauftragsvolumens an Referenzen, Verwendung von Referenzen für verschiedene Lose) seien derartig massiv, dass diese Änderungen "unzweifelhaft zu einer Änderung des Bieterkreises führen" würden. Sodann stellt sie im Einzelnen diese von ihr als wesentlich bezeichneten Änderungen unter Zitierung von Judikatur dar, die zwingend zu einem Widerruf nach § 138 Abs. 1 BVergG 2006 und zu einer Neuausschreibung führen müssten. Aus diesen Gründen wäre daher die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären. Sollte man jedoch von der prinzipiellen Zulässigkeit der gegenständlichen Ausschreibungsänderungen im Wege der Berichtigung ausgehen wollen, seien die nunmehr geänderten einzelnen Bestimmungen der Ausschreibung bzw. die Bestimmungen der nunmehrigen Festlegung (in der achten Berichtigung) aus mehreren Gründen rechtswidrig und für nichtig zu erklären. So würde die Hinzurechnung von optionalen Leistungen (Leistungen während des Optionszeitraumes) in den Mengen Vordersatz im Ergebnis zu einer Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken führen, weil der Bieter nicht damit rechnen könne, dass tatsächlich die Option für ein weiteres Jahr von der Auftraggeberin abgerufen werde. Der geschätzte Auftragswert sei aufgrund der Änderungen der achten Berichtigung falsch, weil die Antragsgegnerin weiterhin von dem von ihr bereits um über Euro 100.000.000,- herabgesetzten Auftragswert ausgegangen sei, obwohl die Vertragslaufzeit von sechs Jahren auf drei Jahre herabgesetzt wurde. Entsprechend der Reduktion der Vertragslaufzeit hätte auch der geschätzte Auftragswert entsprechend geringer sein müssen. Weiters führt die Antragstellerin aus, dass aufgrund dieser zahlreichen wesentlichen Änderungen durch mittlerweile acht Berichtigungen die Ausschreibung zwingend zu widerrufen wäre. Durch die zahlreichen und inhaltlich bedeutsamen Änderungen am Ausschreibungsgegenstand (z.B. Änderung der Leistungsbeschreibung bzw. der Positionstexte, Änderungen von Positionen in Eventualpositionen, Massen Anpassungen im Ausmaß von über Euro 100.000.000,- etc.), wesentliche Änderungen der Eignungskriterien (Reduktion des Mindestauftragsvolumens an Referenzen, Verwendung von Referenzen für verschiedene Lose) seien derartig massiv, dass diese Änderungen "unzweifelhaft zu einer Änderung des Bieterkreises führen" würden. Sodann

stellt sie im Einzelnen diese von ihr als wesentlich bezeichneten Änderungen unter Zitierung von Judikatur dar, die zwingend zu einem Widerruf nach Paragraph 138, Absatz eins, BVergG 2006 und zu einer Neuausschreibung führen müssten. Aus diesen Gründen wäre daher die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären. Sollte man jedoch von der prinzipiellen Zulässigkeit der gegenständlichen Ausschreibungsänderungen im Wege der Berichtigung ausgehen wollen, seien die nunmehr geänderten einzelnen Bestimmungen der Ausschreibung bzw. die Bestimmungen der nunmehrigen Festlegung (in der achten Berichtigung) aus mehreren Gründen rechtswidrig und für nichtig zu erklären. So würde die Hinzurechnung von optionalen Leistungen (Leistungen während des Optionszeitraumes) in den Mengen Vordersatz im Ergebnis zu einer Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken führen, weil der Bieter nicht damit rechnen könne, dass tatsächlich die Option für ein weiteres Jahr von der Auftraggeberin abgerufen werde. Der geschätzte Auftragswert sei aufgrund der Änderungen der achten Berichtigung falsch, weil die Antragsgegnerin weiterhin von dem von ihr bereits um über Euro 100.000.000,-- herabgesetzten Auftragswert ausgegangen sei, obwohl die Vertragslaufzeit von sechs Jahren auf drei Jahre herabgesetzt wurde. Entsprechend der Reduktion der Vertragslaufzeit hätte auch der geschätzte Auftragswert entsprechend geringer sein müssen.

Weiters macht sie geltend, dass aufgrund des in der Zwischenzeit in Kraft getretenen Zahlungsverzugsgesetzes die Zahlungsfrist für Schluss- und Teilschlussrechnungen auf 30 Tage reduziert worden sei, die Höhe der Verzugszinsen für den Auftraggeber jedoch bei lediglich 4 % beibehalten wurde. Hingegen würden in den WD 314 im Hinblick auf vom Auftragnehmer zu zahlende Zinsen für Überzahlungen ein Prozentsatz von 9 p.a. zu Gunsten der Auftraggeberin festgelegt. Mit diesen Zinsregelungen verstoße die Antragsgegnerin gegen die Grundsätze der Auftragsvergabe (Pkt. 4.4.1.6 der WD 314).

Die Antragstellerin macht auch geltend, im Angebotsformular MD BD-SR 75, Seite 1 und Musterblatt Seite 19, sei eine zu kurze Angebotsfrist festgelegt worden. Nach Einleitung des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens hat die Antragsgegnerin mit ihrer neunten Berichtigung das Ende der Angebotsfrist auf den 27.6.2013 verlegt. Im Hinblick auf diese Erstreckung der Angebotsfrist hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 28.5.2013 erklärt, hinsichtlich des "Anfechtungspunktes Anfechtungsfrist durch die von der Antragsgegnerin vorgenommene neunte Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen klaglos gestellt worden zu sein" und diesen Anfechtungspunkt daher nicht weiter aufrecht zu erhalten.

Die rechtswidrigen Festlegungen seien geeignet, die Antragstellerin daran zu hindern, an der Ausschreibung teilzunehmen, ein kompetitives Angebot zu legen und den Zuschlag zu erhalten. Durch dieses Verhalten der Antragsgegnerin drohe ihr ein Schaden durch Entgang eines zu lukrierenden Gewinns (der von ihr näher dargestellt wird), der Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung sowie der Verlust eines für sie wichtigen Referenzprojektes. Sollte ihrem Anfechtungsbegehren nicht stattgegeben werden, erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines transparenten, dem freien und lautereren Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf Festlegung vergaberechtskonformer und nichtdiskriminierender Ausschreibungsbedingungen, im Recht auf die Bewertung vergleichbarer Angebote, im Recht auf Abgabe eines vergaberechtskonformen Angebotes, im Recht auf Abschluss des Rahmenvertrages mit dem tatsächlichen Billigstbieter sowie im Recht auf Teilnahme an einem neuerlichen Vergabeverfahren in Folge eines allenfalls gebotenen Widerrufs verletzt.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 18.4.2013 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich wird, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses, beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen.

Mit den Schriftsätzen vom 18.4.2013 bzw. 24.4.2013 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und zunächst eine Darstellung des Ganges des Vergabeverfahrens im Hinblick darauf gegeben, dass seit der Kundmachung (5.7.2012) insgesamt acht Berichtigungen erfolgt seien (Schriftsatz vom 18.4.2013). Im Übrigen macht sie geltend, dass im Rahmen der achten Berichtigung lediglich geringfügige Änderungen vorgenommen worden seien, die nicht so schwerwiegend wären, dass sie zu einem Widerruf der Ausschreibung führen müssten. Die Herabsetzung der Rahmenvertragsdauer sei durch die Verzögerung durch mehrere Nachprüfungsverfahren erforderlich geworden. Die rund einjährige Verzögerung, die von der Antragsgegnerin nicht verschuldet worden sei, gefährde aber die von ihr geänderte strategische Ausrichtung, die zum Ziel habe, die Dauer von Sanierungen von Wohnungen herabzusetzen und eine rasche Wohnungsweitergabe zu ermöglichen. Die unverändert gebliebenen Langtextverzeichnisse sowie die Kurz-LV's würden das geschätzte

Auftragsvolumen von drei Jahren beinhalten. In diesem Zusammenhang habe die Antragsgegnerin klargestellt, dass "die geschätzten Mengen des jeweiligen Loses für die maximale Vertragslaufzeit von drei Jahren, davon zwei Jahre definitive Vertragslaufzeit und ein Jahr optionale Vertragslaufzeit" enthalten würden. Durch diese Klarstellung sei es weder zu einer Veränderung der Ausschreibungsstruktur noch zu einer inhaltlichen Änderung gekommen. Einhergehend mit der Reduktion der definitiven Vertragslaufzeit sei auch aus "Fairnessgründen und dem Interesse eines freien und lauter Wettbewerbs" klargestellt worden, dass die Referenzsumme von 50 % des Vergabevolumens auf drei Jahre definitive Vertragslaufzeit nunmehr 50 % des Vergabevolumens auf zwei Jahre definitive Vertragslaufzeit, also ein Drittel der im Kurz-LV auf die maximale dreijährige Vertragslaufzeit angegebenen Vorgabesummen, betrage. Auch dadurch habe sich wiederum nichts am System der Urfassung der Ausschreibung geändert, weiterhin müssten Referenzen im Umfang von 50 % des definitiven Leistungsvolumens (zwei Jahre) erbracht werden. Im Hinblick auf die neue Angebotsfrist sei "selbstverständlich auch der Referenzzeitraum dem geänderten Ende der Angebotsfrist angepasst" worden. Außer den von ihr genannten Änderungen habe es keine weiteren Änderungen in den umfangreichen Ausschreibungsunterlagen gegeben.

Soweit die Antragstellerin "die Ausschreibung (als Ganzes) angefochten" habe, verweist die Antragsgegnerin darauf, dass die Ausschreibungsunterlage auch nach der achten Berichtigung weitestgehend unverändert geblieben und mangels rechtzeitiger Anfechtung bestandfest geworden sei. Dazu verweist sie auf die Judikatur des Senates im parallel geführten Anfechtungsverfahren.

Soweit die Antragstellerin einen zwingenden Widerrufsgrund geltend machen will, führt die Antragsgegnerin aus, dass aufgrund der vorgenommenen Berichtigungen dafür keine Grundlage bestehe. Auch hier verweist die Antragsgegnerin auf zahlreiche Belegstellen in der Judikatur von Nachprüfungsbehörden sowie auf gesetzliche Grundlagen. Zusammenfassend führt sie aus, dass bei den von der Antragstellerin angeführten Gründen eine subjektive Betroffenheit nicht gegeben sein kann. Sie werde durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten in der Möglichkeit, am Vergabeverfahren teilzunehmen, nicht beeinträchtigt. So seien vor allem durch die Änderungen im Rahmen der achten Berichtigung die bisherigen Konditionen in keinster Weise zu Lasten der Antragstellerin verschärft worden. Es sei auch nicht erkennbar, inwieweit die Antragstellerin durch einen Widerruf der Ausschreibung in ihrer subjektiven Rechtsstellung verbessert wäre.

Zu den einzelnen Anfechtungspunkten führt die Antragsgegnerin aus, durch die Hinzurechnung von optionalen Leistungen in den Mengenvordersatz wird eine Kalkulation durch die Bieter weder verunmöglicht noch erschwert. Es mache keinen Unterschied, ob im Kurz-LV nur definitive oder auch optionale Leistungen enthalten wären. Dies werde auch durch von ihr beigezogene Sachverständige aus dem Bereich der Kalkulation und Bauabwicklung bestätigt.

Soweit die Antragstellerin geltend mache, dass der geschätzte Auftragswert in Folge der Reduktion der Vertragslaufzeit entsprechend geringer sein müsste, sei nicht erkennbar, inwieweit sie dadurch beschwert sein könnte. Durch eine vermeintlich fehlerhafte Angabe des geschätzten Auftragswertes könnte die Antragstellerin auch niemals subjektiv in ihren Rechten verletzt sein. Eine Nichtigerklärung dieser Festlegung käme daher nicht in Frage.

Zum Problem der Verzugszinsen weist die Antragsgegnerin zunächst darauf hin, dass diese Bestimmungen der Ausschreibung, enthalten in den WD 314, schon lange bestandfest wären, da sie seit Kundmachung unverändert geblieben wären. Wenn die Antragstellerin in diesem Zusammenhang den Standpunkt vertrete, dass wegen der nicht fristgerechten Umsetzung der Zahlungsverzugs-RL, wonach die Umsetzungsfrist erst mit 16.3.2013 ausgelaufen und diese Bestimmung vom nationalen Gesetzgeber für öffentliche Auftraggeber bisher nicht umgesetzt worden sei, und daher die RL anzuwenden wäre, sei dies unzutreffend. Die Antragsgegnerin habe sich an die Gesetzeslage zu halten. Erst wenn eine entsprechende Novellierung des BVergG 2006 erfolgt sei, sei diese Verzugszinsenregelung in den Ausschreibungsunterlagen zu berücksichtigen.

Auf dieses Vorbringen hat die Antragstellerin mit einer von ihr als "vertraulich" bezeichneten Stellungnahme am 24.5.2013 geantwortet und ihren bereits bekannten Standpunkt weiter ausgebaut. Vor allem hat sie ihr Rechtsschutzinteresse weiter untermauert und eingehend argumentiert, warum aufgrund der neuen Berichtigungen der Ausschreibung dieselbe zu widerrufen wäre.

Mit dem gegenständlichen Nichtigerklärungsantrag wird nicht nur die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit, sondern hilfsweise vor allem einzelne Festlegungen aufgrund der achten Berichtigung bekämpft. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um die Lösung von Rechtsfragen, sodass der Senat bei seiner Entscheidung vom unbedenklichen Inhalt

des Vergabeaktes, den Schriftsätzen der Parteien sowie von den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 28.5.2013 ausgehen konnte.

Dieser Sachverhalt stellt sich wie folgt dar:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVerg 2006. Sie führt ein offenes 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 laufenden Baumeisterarbeiten bzw. in einem Los von Erd- und Kanalbauarbeiten, in den von ihr verwalteten städtischen Wohnhausanlagen in allen 23 Wiener Bezirken betreffen. Die Vertragsausschreibungen umfassen überwiegend Kleinst- und Kleinaufträge, es sind nach der Ausschreibung Einzelabrufe mit einem Auftragsvolumen zwischen wenigen hundert Euro bis Euro 60.000,-- (ohne USt.) möglich. Die Vertragsdauer der ausgeschriebenen Leistungen hat ursprünglich drei Jahre mit einer Option auf Verlängerung um dreimal ein Jahr betragen. Aufgrund der achten Berichtigung soll die Vertragsdauer zwei Jahre mit einer Option auf Verlängerung um einmal ein Jahr betragen. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens sowie der insgesamt acht Berichtigungen ist sowohl im Amtsblatt der EU als auch auf der Webseite der Stadt Wien und dem Amtsblatt der Stadt Wien ordnungsgemäß erfolgt. Die Ausschreibungsunterlagen wurden mehrfach berichtigt, wobei die dritte, vierte, sechste und siebente Berichtigung nur eine Erstreckung der Angebotsfrist (teilweise bedingt durch eingeleitete Nachprüfungsverfahren) zum Gegenstand hatten. Die Ausschreibungsunterlage ist in 49 Gebietsteile (= Lose) unterteilt, wobei 48 Lose Baumeisterarbeiten zur Sanierung bzw. Aufkategorisierung frei gewordener Wohnungen beinhalten und Los 49 Erd- und Kanalbauarbeiten in den Bezirken 1 bis 23 betrifft. Die Bieter haben die Möglichkeit, entweder ein Gesamtangebot für alle Lose, für einige oder nur für ein Los abzugeben. Der geschätzte Auftragswert aller Lose lag zunächst über 391 Mio. Euro. Er wurde mit der am 20.12.2012 bekannt gemachten fünften Berichtigung auf rund Euro 272.000.000,--, aufgrund von Massenanpassungen herabgesetzt. Einziges Zuschlagskriterium ist der "niedrigste Preis", wobei eine Teilvergabe je Los an den jeweiligen Billigstbieter vorgesehen ist. Das Ende der Angebotsfrist war aufgrund der achten Berichtigung der Ausschreibung zunächst der 29.4.2013. Es wurde mit der

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVerg 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen in Form von Rahmenverträgen im Oberschwellenbereich (Paragraph 4, Ziffer eins, 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006), die die Durchführung von laufenden Baumeisterarbeiten bzw. in einem Los von Erd- und Kanalbauarbeiten, in den von ihr verwalteten städtischen Wohnhausanlagen in allen 23 Wiener Bezirken betreffen. Die Vertragsausschreibungen umfassen überwiegend Kleinst- und Kleinaufträge, es sind nach der Ausschreibung Einzelabrufe mit einem Auftragsvolumen zwischen wenigen hundert Euro bis Euro 60.000,-- (ohne USt.) möglich. Die Vertragsdauer der ausgeschriebenen Leistungen hat ursprünglich drei Jahre mit einer Option auf Verlängerung um dreimal ein Jahr betragen. Aufgrund der achten Berichtigung soll die Vertragsdauer zwei Jahre mit einer Option auf Verlängerung um einmal ein Jahr betragen. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens sowie der insgesamt acht Berichtigungen ist sowohl im Amtsblatt der EU als auch auf der Webseite der Stadt Wien und dem Amtsblatt der Stadt Wien ordnungsgemäß erfolgt. Die Ausschreibungsunterlagen wurden mehrfach berichtigt, wobei die dritte, vierte, sechste und siebente Berichtigung nur eine Erstreckung der Angebotsfrist (teilweise bedingt durch eingeleitete Nachprüfungsverfahren) zum Gegenstand hatten. Die Ausschreibungsunterlage ist in 49 Gebietsteile (= Lose) unterteilt, wobei 48 Lose Baumeisterarbeiten zur Sanierung bzw. Aufkategorisierung frei gewordener Wohnungen beinhalten und Los 49 Erd- und Kanalbauarbeiten in den Bezirken 1 bis 23 betrifft. Die Bieter haben die Möglichkeit, entweder ein Gesamtangebot für alle Lose, für einige oder nur für ein Los abzugeben. Der geschätzte Auftragswert aller Lose lag zunächst über 391 Mio. Euro. Er wurde mit der am 20.12.2012 bekannt gemachten fünften Berichtigung auf rund Euro 272.000.000,--, aufgrund von Massenanpassungen herabgesetzt. Einziges Zuschlagskriterium ist der "niedrigste Preis", wobei eine Teilvergabe je Los an den jeweiligen Billigstbieter vorgesehen ist. Das Ende der Angebotsfrist war aufgrund der achten Berichtigung der Ausschreibung zunächst der 29.4.2013. Es wurde mit der

1. 9.Ziffer 9

Berichtigung im Zuge des Nachprüfungsverfahrens auf den 27.6.2013, 8.00 Uhr, erstreckt. Die Angebotsöffnung soll anschließend stattfinden.

Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 15.4.2013 und im Hinblick auf das Ende der Angebotsfrist mit 29.4.2013 rechtzeitig (§ 24 Abs. 4 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist

nachgewiesen. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 15.4.2013 und im Hinblick auf das Ende der Angebotsfrist mit 29.4.2013 rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen.

Da der Zuschlag bisher nicht erteilt wurde, bzw. das Vergabeverfahren nicht widerrufen wurde, ist der Senat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Da der Zuschlag bisher nicht erteilt wurde, bzw. das Vergabeverfahren nicht widerrufen wurde, ist der Senat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der von ihr angefochtenen Entscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung sowohl der gesamten Ausschreibung als auch einzelner Festlegungen richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16. lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die Antragsvoraussetzungen sind weiterhin gegeben. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der von ihr angefochtenen Entscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung sowohl der gesamten Ausschreibung als auch einzelner Festlegungen richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die Antragsvoraussetzungen sind weiterhin gegeben.

Die Antragstellerin begehrt zunächst die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit für nichtig zu erklären, weil durch die zahlreichen Berichtigungen die ursprüngliche Ausschreibung inhaltlich derart verändert worden sei, dass nunmehr eine wesentlich andere Ausschreibung vorliege. Die Ausschreibung wäre daher wegen Vorliegens zwingender Gründe vor Ablauf der Angebotsfrist zu widerrufen. Dabei seien alle Berichtigungen und die darin vorgesehenen Änderungen zu berücksichtigen, nicht nur die Änderungen in der letzten Berichtigung.

Die Ausschreibungsunterlagen wurden insgesamt achtmal (im Zuge des Nachprüfungsverfahrens neunmal), zuletzt mit der achten Berichtigung vom 10.4.2013 berichtigt. Die Antragsgegnerin hat ihren Ausschreibungsunterlagen ein Informationsblatt beigelegt, in dem die chronologische Darstellung der acht Berichtigungen der Ausschreibung sowie deren wesentlicher Inhalt wie folgt wiedergegeben werden.

1. "1. Ziffer eins

Berichtigung der Ausschreibung

Im Rahmen der 1. Berichtigung wurden ausschließlich folgende Änderungen vorgenommen:

* In Punkt 3.3.2. der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge erfolgten aufgrund von Bieteranfragen bei der Aufzählung der Angaben der EXCEL-Liste klarstellende Änderungen bzw. Ergänzungen.

Die Muster-EXCEL-Liste wurde ebenfalls geändert bzw. ergänzt; es wurden zur Klarstellung insbesondere neue Spalten eingefügt bzw. geändert.

* Punkt 3.4. der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge wurde aufgrund von Bieteranfragen zur Gänze neu gefasst.

1. 2.Ziffer 2

Berichtung der Ausschreibung

Der Vergabekontrollsenat Wien (VKS Wien) hat mit Bescheid vom 13.09.2012, VKS - 8125/12, eine Wortfolge in Punkt 3.1. sowie den ganzen Punkt 3.4. der Verfahrensbestimmungen für nichtig erklärt. In Umsetzung der Vorgaben des VKS Wien und aus Gründen der sprachlichen Vereinheitlichung wurden im Rahmen der 2. Berichtigung ausschließlich folgende Änderungen vorgenommen:

* In Pkt. 2 der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge erfolgte im vorletzten Satz des zweiten Aufzählungspunktes die Klarstellung, dass das billigste zulässige Teilangebot je Los den Zuschlag erhält.

* In Pkt. 3.1. der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge entfällt im letzten Satz des ersten Absatzes die Wendung "für jedes angebotene Los und insgesamt". Der Halbsatz "ist das nicht der Fall, wird das gesamte Angebot (= alle Teilangebote) ausgeschieden" wird ergänzt.

* In Pkt. 3.3.2. der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge wird nach dem zweiten Satz ein Leerabsatz eingefügt.

Im dritten Satz wird der Klammerausdruck "(Rechnungsdatum)" entfernt; es wird der Halbsatz "ausschlaggebend ist das Rechnungsdatum" angefügt.

Der Satz vor der Aufzählung der Angaben in der Excel-Liste wird geändert; es entfallen das Wort "für" und die Wendung "nach angebotenen Losen geordnete".

Weiters wurde in der Aufzählung der Angaben in der Excel-Liste der bisherige Aufzählungspunkt "k." ("Allfällige Anmerkungen, insb Hinweise und Angaben zur Verwertbarkeit von Überhangreferenzen") ersatzlos gestrichen. Der bisherige Aufzählungspunkt "l." erhält die Bezeichnung "k.", wobei die Wendung "entsprechenden Summen je Los sowie Bildung der" entfällt.

* Pkt. 3.4. der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge wurde zur Gänze neu gefasst.

1. 3.Ziffer 3

Berichtung der Ausschreibung

Aufgrund der Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens beim Vergabekontrollsenat Wien unter der Geschäftszahl VKS - 9738/12 wird der Schlusstermin für den Eingang der Angebote auf den 05.12.2012, 08:00h verschoben.

1. 4.Ziffer 4

Berichtung der Ausschreibung

Aufgrund eines anhängigen Nichtigerklärungsverfahrens beim Vergabekontrollsenat Wien (Geschäftszahl VKS - 9738/12) wird der Schlusstermin für den Eingang der Angebote auf den 24.01.2013, 08:00h verschoben.

1. 5.Ziffer 5

Berichtung der Ausschreibung

Aufgrund einer strategischen Anpassung der Standards der Mietwohnungen von Wiener Wohnen wurde eine Massenanpassung erforderlich. In Pkt. 3.3.2. der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge wurde der Referenzzeitraum angepasst.

Im Rahmen der 5. Berichtigung wurden weitere folgende Änderungen vorgenommen:

Lose 1 - 48 (Hochbau)

* Die Mengen aller Positionen wurden geändert.

* Die Textierung der Pos 00.001625B "Transporte" wurde geändert. Vom Zuschlag ausgenommen sind nunmehr auch die Regieleistungen der OG 17, da ein allfälliger Mehraufwand für Transporte durch die Abrechnung in Regie abgegolten wird.

* Die Textierung der UG 20.9110 und der Positionen 20.911001 bis 03 (Leistungen nach dem BauKG) wurden geändert. Diese Positionen gelangen nunmehr dann zur Abrechnung, wenn der AN neben den Leistungen nach dem BauKG auch andere Leistungen (Baumeisterarbeiten und/oder Planungsleistungen) erbringt.

* Die UG 20.9120 und die Positionen 20.912001 bis 03 wurden neu in die LVs aufgenommen. Diese Positionen gelangen zur Abrechnung, wenn der AN neben den Leistungen nach dem BauKG keine anderen Eigenleistungen erbringt.

* Die Position 20.910102C "Geländer überprüfen" ist nunmehr als Eventualposition ausgeschrieben.

* Die Position 20.910703A "AZ Wohnungsvergabeplan ohne Vorplanung" ist nunmehr als Eventualposition ausgeschrieben und stellt keine wesentliche Position mehr dar.

* Folgende Einheitspreise wurden geändert:

* EHP der Pos 03.011704A "Fußbodenschutz Abdeckkarton geklebt". Der EHP war in den bisherigen Ausschreibungsunterlagen in den Kalkulationsblättern (K7, K4) korrekt dargestellt. Im LV schien ein geringfügig abweichender Einheitspreis auf. Dies ist in den gegenständlichen LVs korrigiert.

* EHP der Pos 13.392702A und B "Schachtwand Revisionsöffnung 30/30cm EI30" und "Schachtwand Revisionsöffnung 40/40cm EI30" (betrifft Anteil Sonstiges)

* EHP der Pos 20.911002 und 20.912002 "Baustellenkoordination".

Los 49 (Erd- und Kanalbau)

* Die Textierung der UG 27.9110 und der Positionen 27.911001 bis 03 (Leistungen nach dem BauKG) wurden geändert.

* Der EHP der Pos. 27.911002 "Baustellenkoordination" wurde geändert.

1. 6.Ziffer 6

Berichtigung der Ausschreibung

Über mehrfaches Ersuchen sowie aufgrund des Umstandes, dass fast alle Baumeisterunternehmen in der Zeit zwischen 24.12.2012 und 06.01.2013 nur sehr eingeschränkten Betrieb bzw. geschlossen hatten, wird die Angebotsfrist auf den 19.02.2013, 08:00h erstreckt.

1. 7.Ziffer 7

Berichtigung der Ausschreibung

Aufgrund der Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens beim Vergabekontrollsenat Wien unter der Geschäftszahl VKS - 115472/13 wird der Schlusstermin für den Eingang der Angebote auf den 19.04.2013, 08:00h verschoben.

1. 8.Ziffer 8

Berichtigung der Ausschreibung

Aufgrund einer Änderung der strategischen Ausrichtung musste die definitive Vertragslaufzeit auf 2 (zwei) Jahre und die optionale Vertragslaufzeit auf 1 (ein) Jahr geändert werden. Aus diesem Grund wurden im Rahmen der 8. Berichtigung ausschließlich folgende Änderungen vorgenommen:

Angebotsformblatt MD BD-SR75:

Es wurde anstelle des bisherigen Formulars "MD BD - SR75 (2011)" das aktuelle Formular "MD BD - SR75 (2013)" verwendet; darin wird - entsprechend dem zwischenzeitig in Kraft getretenen Zahlungsverzugsgesetz - die Zahlungsfrist für Schluss- und Teilschlussrechnungen mit 30 Tagen festgelegt (Seite 2). Außerdem erfolgt eine Änderung des Datums des Ablaufs der Angebotsfrist auf den 29.04.2013, 08:00 Uhr (Seite 1 und Musterblatt Seite 19).

Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge:

In Pkt. 5.3. wurde klargestellt, dass die Kurzleistungsverzeichnisse die geschätzten Mengen des jeweiligen Loses für die maximale Vertragslaufzeit von 3 (drei) Jahren, davon 2 (zwei) Jahre definitive Vertragslaufzeit und 1 (ein) Jahr optionale Vertragslaufzeit, enthalten.

In Pkt. 10. wurde die definitive Vertragslaufzeit auf 2 (zwei) Jahre und die optionale Vertragslaufzeit auf 1 (ein) Jahr geändert.

Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge:

In Pkt. 3.3.2 wurde klargestellt, dass die Vorgabesummen ("Summe LV") in den Kurzleistungsverzeichnissen das geschätzte Auftragsvolumen auf 3 (drei) Jahre des jeweiligen Loses abbilden, davon 2 (zwei) Jahre definitive Vertragslaufzeit und 1 (ein) Jahr optionale Vertragslaufzeit. Das durch Referenzprojekte abzudeckende Auftragsvolumen wurde deshalb in Pkt. 3.3.2 an die geänderte definitive Vertragslaufzeit angepasst.

In Pkt. 3.3.2. wurde außerdem der Referenzzeitraum an den Ablauf der Angebotsfrist (29.04.2013) angepasst.

Leistungsverzeichnisse:

Sowohl in den Langtextverzeichnissen (geschlossenes Leistungsverzeichnis für die Lose 01 bis 48 und geschlossenes Leistungsverzeichnis Los 49) als auch die Kurztextverzeichnisse der Lose 1 bis 49 wurde das Datum des Ablaufs der Angebotsfrist auf den 29.04.2013, 08.00 Uhr, geändert (jeweils Seite 1 der Langtext- bzw Kurztextverzeichnisse)."

Aus diesem Informationsblatt, das kurz gefasst den Inhalt der Berichtigungen wiedergibt, ist ersichtlich, dass die dritte, vierte, sechste und siebente Berichtigung nur eine Erstreckung der Angebotsfrist betroffen hat.

In der fünften Berichtigung, die am 20.12.2012 bekannt gemacht wurde, hat die Antragsgegnerin Massenanpassungen aufgrund strategischer Anpassung der Standards von Mietwohnungen vorgenommen, den Referenzzeitraum angepasst und die Textierung einzelner Positionen geändert bzw. die Positionen ergänzt.

Auch in der achten Berichtigung, die am 10.4.2013 bekannt gemacht wurde, hat die Antragsgegnerin mehrere Punkte in den Ausschreibungsunterlagen geändert bzw. Anpassungen vorgenommen. Diese achte Berichtigung, in der auch die Angebotsfrist auf den 29.4.2013 erstreckt wurde, bildet den Anlass für den vorliegenden Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung. Damit erweisen sich alle jene Festlegungen und Bestimmungen sowohl in den Ausschreibungsunterlagen als auch in den vorangegangenen sieben Berichtigungen als bestandfest geworden und nicht mehr anfechtbar (vgl. VKS - 8435/10; VKS - 8125/12; VKS - 9574/12; VKS - 9738/12 und VKS - 115472/13). Auch in der achten Berichtigung, die am 10.4.2013 bekannt gemacht wurde, hat die Antragsgegnerin mehrere Punkte in den Ausschreibungsunterlagen geändert bzw. Anpassungen vorgenommen. Diese achte Berichtigung, in der auch die Angebotsfrist auf den 29.4.2013 erstreckt wurde, bildet den Anlass für den vorliegenden Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung. Damit erweisen sich alle jene Festlegungen und Bestimmungen sowohl in den Ausschreibungsunterlagen als auch in den vorangegangenen sieben Berichtigungen als bestandfest geworden und nicht mehr anfechtbar vergleiche VKS - 8435/10; VKS - 8125/12; VKS - 9574/12; VKS - 9738/12 und VKS - 115472/13).

Soweit daher die Antragstellerin in ihrem einleitenden Schriftsatz (Punkt 6.2.) geltend macht, durch die Massenanpassungen bzw. die geänderten Leistungsbeschreibungen sei die Notwendigkeit für einen Widerruf gegeben, ist sie darauf zu verweisen, dass die diesbezüglichen Festlegungen mangels rechtzeitiger Anfechtung bestandfest geworden sind. Abgesehen davon ist nicht nachvollziehbar, inwieweit eine Reduktion des Mindestauftragsvolumens an Referenzen bzw. die Verwendung von Referenzen für verschiedene Lose (fünfte Berichtigung) eine wesentliche Änderung zum Nachteil der Antragstellerin darstellen sollte. Durch die in der fünften Berichtigung vorgenommenen Änderungen wird letztlich eine Erweiterung des Bieterkreises ermöglicht und damit eine durchaus wünschenswerte Verbreiterung des Wettbewerbs. Dazu hat die Antragstellerin in ihrer Replik vom 24.5.2013 ergänzend ausgeführt, durch diese Änderungen bei Massen und Referenzen wäre sie nunmehr in der Lage, weit mehr Lose anzubieten als nach der ursprünglichen Ausschreibungsunterlage. Sie wäre dar gezwungen gewesen, aufgrund der ursprünglichen Ausschreibung sich als Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) am Verfahren zu beteiligen, was im Hinblick auf die Änderungen nicht mehr notwendig wäre, sie jedoch nicht in der Lage sei, die ARGE zu verlassen, sondern erst dann, wenn die Ausschreibung widerrufen werden sollte. Damit stelle sie zwar ihre wirtschaftlichen Interessen dar, die für sich allein betrachtet jedoch keinen Grund dafür abgeben können, die gesamte Ausschreibung zu widerrufen. Sollte sich die Antragstellerin tatsächlich im Rahmen einer ARGE am Vergabeverfahren beteiligen wollen, wird es ihr immerhin aufgrund der Massenreduktion und der reduzierten Referenznachweise möglich sein, für mehr Lose bzw. für alle ausgeschriebenen Lose ein Angebot zu legen, wenn auch nur in Gemeinschaft mit anderen Unternehmen.

Nach der Aktenlage aber auch dem Vorbringen der Parteien ist als erwiesen anzunehmen, dass durch die acht Berichtigungen die Ausschreibungsunterlagen nicht in einem Umfange geändert oder ergänzt wurden, dass sie

nunmehr einen anderen Inhalt hätten. Vor allem hat die Antragsgegnerin die Langtextverzeichnisse sowie die Kurz-LV's nicht geändert, die darin angeführten geschätzten Auftragsvolumen auch für drei Jahre beibehalten. Zutreffend verweist in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerin darauf, dass weder die Langtextverzeichnisse noch die Kurz-LV's in einzelnen Bestimmungen angefochten wurden, und aus den Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge nur drei Punkte. Auch bei Gesamtbetrachtung aller bisher von der Antragsgegnerin vorgenommenen Berichtigungen kann nicht gesagt werden, dass damit eine "inhaltlich wesentlich andere Ausschreibung" vorliegen würde. Nach der Entscheidung des Höchstgerichtes ist eine Berichtigung der Ausschreibung nur insoweit zulässig, als es dadurch nicht zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung kommt. Diesfalls wäre nämlich die Ausschreibung wegen Vorliegens zwingender Gründe zu widerrufen (vgl. VwGH 29.6.2005, 2002/04/0180; S/A/F/T BVergG 20062 Rz 4 zu § 90). Auch unter Mitberücksichtigung der vorangegangenen inhaltlichen Berichtigungen gibt die achte Berichtigung keinen Grund dafür ab, die Ausschreibungsunterlagen in ihrer Gesamtheit für nichtig zu erklären, weil Gründe, die den Auftraggeber zu einem Widerruf des Vergabeverfahrens verpflichten würden, nicht vorliegen. Nach der Aktenlage aber auch dem Vorbringen der Parteien ist als erwiesen anzunehmen, dass durch die acht Berichtigungen die Ausschreibungsunterlagen nicht in einem Umfange geändert oder ergänzt wurden, dass sie nunmehr einen anderen Inhalt hätten. Vor allem hat die Antragsgegnerin die Langtextverzeichnisse sowie die Kurz-LV's nicht geändert, die darin angeführten geschätzten Auftragsvolumen auch für drei Jahre beibehalten. Zutreffend verweist in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerin darauf, dass weder die Langtextverzeichnisse noch die Kurz-LV's in einzelnen Bestimmungen angefochten wurden, und aus den Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge nur drei Punkte. Auch bei Gesamtbetrachtung aller bisher von der Antragsgegnerin vorgenommenen Berichtigungen kann nicht gesagt werden, dass damit eine "inhaltlich wesentlich andere Ausschreibung" vorliegen würde. Nach der Entscheidung des Höchstgerichtes ist eine Berichtigung der Ausschreibung nur insoweit zulässig, als es dadurch nicht zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung kommt. Diesfalls wäre nämlich die Ausschreibung wegen Vorliegens zwingender Gründe zu widerrufen vergleiche VwGH 29.6.2005, 2002/04/0180; S/A/F/T BVergG 20062 Rz 4 zu Paragraph 90,). Auch unter Mitberücksichtigung der vorangegangenen inhaltlichen Berichtigungen gibt die achte Berichtigung keinen Grund dafür ab, die Ausschreibungsunterlagen in ihrer Gesamtheit für nichtig zu erklären, weil Gründe, die den Auftraggeber zu einem Widerruf des Vergabeverfahrens verpflichten würden, nicht vorliegen.

Der Antrag auf Nichtigerklärung war deshalb abzuweisen.

Hilfsweise hat die Antragstellerin geltend gemacht, dass näher bezeichnete Festlegungen in der achten Berichtigung nichtig zu erklären wären, weil sie eine Kalkulation der Angebote, ohne Übernahme unangemessener Risiken verhindern würden.

Hier bekämpft die Antragstellerin zunächst die von der Antragsgegnerin als "Klarstellung" bezeichnete Festlegung im Punkt 5.3 der Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge. Sie macht zusammengefasst geltend, dass durch die Einbeziehung auch optionaler Mengen eine Preisdarstellung ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken verunmöglicht wird, weil in die Mengengerüste nun ohne Abgrenzung auch optionale Leistungen einbezogen werden. Bisher habe der Mengenvordersatz lediglich die im definitiven Vertragszeitraum von drei Jahren voraussichtlich anfallenden Mengen enthalten, die Mengen, die in den optionalen Verlängerungszeiträumen (ursprünglich dreimal ein Jahr) voraussichtlich anfallen würden, waren nicht eingerechnet. In der achten Berichtigung werde die definitive Vertragslaufzeit von drei Jahren auf zwei Jahre reduziert und gleichzeitig im Punkt 5.3 der Vertragsbestimmungen für Rahmenbeträge festgehalten, dass die Mengen des Mengengerüsts in den jeweiligen Kurz-LV's beibehalten werden, dass also diese Vorgabesummen weiterhin die in drei Jahren geschätzt anfallende Menge darstellen würden. Es würden daher auch jene Mengen in das Mengengerüst nunmehr eingerechnet, die nur dann anfallen, wenn der Auftraggeber von seinem Optionsrecht auf Verlängerung des Rahmenvertrages Gebrauch macht. Gleichzeitig werde jedoch im Punkt 5.3 der Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge festgelegt, dass - entgegen Punkt 3.4.4 der WD 314 - eine Abweichung von den in der Ausschreibung bzw. im Vertrag angegebenen Mengen zu keiner Änderung der Preise führe. Darüber hinaus werde die Geltung von Punkt 3.4.5 der WD 314 (Nachteilsabgeltung) ausgeschlossen. Damit sei eine Preiserstellung ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken nicht möglich. Durch die Hinzurechnung auch der im optionalen Verlängerungszeitraum anfallenden Mengen bei gleichzeitiger Beibehaltung des Ausschlusses der Regelungen für Mengenänderungen bzw. die Nachteilsabgeltung werde nun auch das kalkulatorische Abrufisiko der Option auf den Bieter überwältigt. Ob der Abruf erfolgt, liege ausschließlich im Willen des Auftraggebers. Ein Herunterrechnen der Mengen auf den definitiven Vertragszeitraum sei nicht möglich, da davon auszugehen sei, dass

die Verteilung der Massen über die Zeit nicht linear wäre (je älter das Gebäude, desto mehr Bedarf an gegenständlichen Baumeisterleistungen). Damit sei es den Bietern nicht möglich, das Anfallsrisiko vom Risiko des Abrufs der Option zu trennen und entsprechend zu kalkulieren. Damit widerspreche die Ausschreibung § 78 Abs. 3 BVergG 2006. Hier bekämpft die Antragstellerin zunächst die von der Antragsgegnerin als "Klarstellung" bezeichnete Festlegung im Punkt 5.3 der Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge. Sie macht zusammengefasst geltend, dass durch die Einbeziehung auch optionaler Mengen eine Preisdarstellung ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken verunmöglicht wird, weil in die Mengengerüste nun ohne Abgrenzung auch optionale Leistungen einbezogen werden. Bisher habe der Mengenvordersatz lediglich die im definitiven Vertragszeitraum von drei Jahren voraussichtlich anfallenden Mengen enthalten, die Mengen, die in den optionalen Verlängerungszeiträumen (ursprünglich dreimal ein Jahr) voraussichtlich anfallen würden, waren nicht eingerechnet. In der achten Berichtigung werde die definitive Vertragslaufzeit von drei Jahren auf zwei Jahre reduziert und gleichzeitig im Punkt 5.3 der Vertragsbestimmungen für Rahmenbeträge festgehalten, dass die Mengen des Mengengerüsts in den jeweiligen Kurz-LV's beibehalten werden, dass also diese Vorgabesummen weiterhin die in drei Jahren geschätzt anfallende Menge darstellen würden. Es würden daher auch jene Mengen in das Mengengerüst nunmehr eingerechnet, die nur dann anfallen, wenn der Auftraggeber von seinem Optionsrecht auf Verlängerung des Rahmenvertrages Gebrauch macht. Gleichzeitig werde jedoch im Punkt 5.3 der Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge festgelegt, dass - entgegen Punkt 3.4.4 der WD 314 - eine Abweichung von den in der Ausschreibung bzw. im Vertrag angegebenen Mengen zu keiner Änderung der Preise führe. Darüber hinaus werde die Geltung von Punkt 3.4.5 der WD 314 (Nachteilsabgeltung) ausgeschlossen. Damit sei eine Preiserstellung ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken nicht möglich. Durch die Hinzurechnung auch der im optionalen Verlängerungszeitraum anfallenden Mengen bei gleichzeitiger Beibehaltung des Ausschlusses der Regelungen für Mengenänderungen bzw. die Nachteilsabgeltung werde nun auch das kalkulatorische Abrufisiko der Option auf den Bieter überwältigt. Ob der Abruf erfolgt, liege ausschließlich im Willen des Auftraggebers. Ein Herunterrechnen der Mengen auf den definitiven Vertragszeitraum sei nicht möglich, da davon auszugehen sei, dass die Verteilung der Massen über die Zeit nicht linear wäre (je älter das Gebäude, desto mehr Bedarf an gegenständlichen Baumeisterleistungen). Damit sei es den Bietern nicht möglich, das Anfallsrisiko vom Risiko des Abrufs der Option zu trennen und entsprechend zu kalkulieren. Damit widerspreche die Ausschreibung Paragraph 78, Absatz 3, BVergG 2006.

Dazu hat die Antragsgegnerin im Wesentlichen vorgebracht, dass für die Kalkulation nur entscheidend sei, dass der Rahmenvertrag eine Vielzahl geringwertiger Einzelbaustellen (Leerwohnungen) umfasst, die jeweils gesondert abgerufen werden. Am Bau-SOLL der Einzelbaustelle, welches der Kalkulation zugrunde zu legen sei, ändere die Verkürzung der "definitiven Vertragslaufzeit" nichts.

Wenn auch zutrifft, dass für die optionale Vertragslaufzeit ein- und dieselben Bestimmungen und Vorgaben gelten wie für die definitive Vertragslaufzeit, ist doch zu berücksichtigen, dass der Auftragnehmer nur mit einer "sicheren" Vertragslaufzeit von zwei Jahren rechnen kann. Da bei der Kalkulation die tatsächliche Auftragsmenge nicht unwesentlich ist, und ein Bieter bei seiner Kalkulation berücksichtigen wird, ob er den Rahmenvertrag für drei Jahre definitiv erhält oder nur für zwei Jahre mit der Möglichkeit eines weiteren Jahres, erweist sich diese Festlegung in der achten Berichtigung als nachteilig. Kann ein Bieter mit einer fixen Laufzeit des Rahmenvertrages von drei Jahren statt von zwei Jahren rechnen, wird es ihm möglich sein, seine Fixkosten, Betriebsaufwendungen und dgl. auf den längeren Zeitraum umzulegen und damit günstiger zu kalkulieren. Die Möglichkeit, dass der Auftraggeber die Option einer Vertragsverlängerung von einem Jahr wahrnimmt, womit der Bieter auf jene Mengen im Leistungsverzeichnis käme, die für die definitive Laufzeit ausgeworfen sind, stellt ein nicht kalkulierbares Risiko bei der Angebotserstellung dar. Damit hat die Antragsgegnerin gegen die Bestimmung des § 78 Abs. 3 BVergG 2006 verstoßen, weshalb diese angefochtene Festlegung gemäß § 26 Abs. 2 WVRG 2007 für nichtig zu erklären war. Wenn auch zutrifft, dass für die optionale Vertragslaufzeit ein- und dieselben Bestimmungen und Vorgaben gelten wie für die definitive Vertragslaufzeit, ist doch zu berücksichtigen, dass der Auftragnehmer nur mit einer "sicheren" Vertragslaufzeit von zwei Jahren rechnen kann. Da bei der Kalkulation die tatsächliche Auftragsmenge nicht unwesentlich ist, und ein Bieter bei seiner Kalkulation berücksichtigen wird, ob er den Rahmenvertrag für drei Jahre definitiv erhält oder nur für zwei Jahre mit der Möglichkeit eines weiteren Jahres, erweist sich diese Festlegung in der achten Berichtigung als nachteilig. Kann ein Bieter mit einer fixen Laufzeit des Rahmenvertrages von drei Jahren statt von zwei Jahren rechnen, wird es ihm möglich sein, seine Fixkosten, Betriebsaufwendungen und dgl. auf den längeren Zeitraum umzulegen und damit günstiger zu kalkulieren. Die Möglichkeit, dass der Auftraggeber die Option einer Vertragsverlängerung von einem Jahr

wahrnimmt, womit der Bieter auf jene Mengen im Leistungsverzeichnis käme, die für die definitive Laufzeit ausgeworfen sind, stellt ein nicht kalkulierbares Risiko bei der Angebotserstellung dar. Damit hat die Antragsgegnerin gegen die Bestimmung des Paragraph 78, Absatz 3, BVergG 2006 verstoßen, weshalb diese angefochtene Festlegung gemäß Paragraph 26, Absatz 2, WVRG 2007 für nichtig zu erklären war.

Die Antragstellerin wendet sich weiters gegen die in der achten Berichtigung aufgenommene Bestimmung, dass die definitive Vertragslaufzeit auf zwei Jahre und die optionale Vertragslaufzeit auf ein Jahr geändert wird. Punkt 10 der Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge sieht vor, dass der Leistungsvertrag auf drei Jahre abgeschlossen wird und der Auftraggeber berechtigt ist, den Leistungsvertrag bei gleichbleibenden Vertragsbestimmungen einseitig dreimal auf jemals ein weiteres Jahr zu verlängern. Die Herabsetzung der Vertragslaufzeit auf zwei Jahre und der optionalen Vertragslaufzeit auf einmal ein Jahr steht im Zusammenhang mit der Änderung zu Punkt 5.3 der Vertragsbestimmungen, weshalb auf die Ausführung zu diesem Anfechtungspunkt verwiesen werden kann.

Die Antragstellerin bekämpft auch die in der achten Berichtigung vorgesehenen Änderungen im Punkt 3.3.2 der Verfahrensbestimmungen. In diesem Punkt wurde klargestellt, dass die Vorgabesummen ("Summe LV") in den Kurz-LV's das geschätzte Auftragsvolumen auf drei Jahre des jeweiligen Loses abbilden, davon zwei Jahre definitive Vertragslaufzeit und ein Jahr optionale Vertragslaufzeit. Das durch die Referenzprojekte abzudeckende Auftragsvolumen wurde deshalb in Punkt 3.3.2 an die geänderte definitive Vertragslaufzeit angepasst.

Nach Punkt 3.3.2 der Vertragsbestimmungen in der ursprünglichen Fassung hatte der Bieter nachzuweisen, dass er Referenzprojekte im Gewerk "Baumeister" erbracht hat, die 50 % der Vorgabesumme des jeweils angebotenen Loses abdecken.

Durch die angefochtene Berichtigung fühlt sich die Antragstellerin insoweit bei Legung eines Angebotes beeinträchtigt, als die im Sinne des § 13 Abs. 1 BVergG 2006 relevante Vertragslaufzeit auf zwei Jahre und maximal eine Verlängerung um ein weiteres Jahr reduziert wurde. Es hätte daher auch der geschätzte Auftragswert entsprechend geringer sein müssen. Der angegebene Auftragswert sei daher unrichtig. Damit würde es den Bietern und auch der Antragstellerin "verunmöglicht ...die anzubietenden Preise ohne Übernahme von nicht kalkulierbaren Risiken zu ermitteln". Auch bei der Ausschreibung von Rahmenverträgen habe die Auftraggeberin dem erwarteten Aufwand entsprechende Mengengerüste vorzugeben. Durch die angefochtene Berichtigung fühlt sich die Antragstellerin insoweit bei Legung eines Angebotes beeinträchtigt, als die im Sinne des Paragraph 13, Absatz eins, BVergG 2006 relevante Vertragslaufzeit auf zwei Jahre und maximal eine Verlängerung um ein weiteres Jahr reduziert wurde. Es hätte daher auch der geschätzte Auftragswert entsprechend geringer sein müssen. Der angegebene Auftragswert sei daher unrichtig. Damit würde es den Bietern und auch der Antragstellerin "verunmöglicht ...die anzubietenden Preise ohne Übernahme von nicht kalkulierbaren Risiken zu ermitteln". Auch bei der Ausschreibung von Rahmenverträgen habe die Auftraggeberin dem erwarteten Aufwand entsprechende Mengengerüste vorzugeben.

Dazu vertritt die Antragsgegnerin den Standpunkt, sie habe in der Berichtigung klar dargelegt, warum sie eine Verkürzung der Vertragslaufzeit vorgenommen habe und dass in den Kurz-LV's die Mengen für eine dreijährige Vertragslaufzeit angeführt seien. Worin bei dieser Regelung eine Verletzung subjektiver Rechte der Antragstellerin liegen sollte, sei unerfindlich.

Gemäß § 13 Abs. 1 BVergG 2006 ist Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes der Gesamtwert ohne USt., der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Dabei sind alle zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen. Ursprünglich hat die Antragsgegnerin eine Vertragslaufzeit von drei Jahren und einer Option der dreimaligen Verlängerung von je einem Jahr vorgesehen. In der Folge hat sie mit der fünften Berichtigung Massenanpassungen vorgenommen und den geschätzten Auftragswert um rund 100 Mio. herabgesetzt. Diese mit der fünften Berichtigung erfolgten Änderungen sind mangels Anfechtung bestandfest geworden. Mit der gegenständlichen achten Berichtigung hat die Antragsgegnerin abermals den Leistungsumfang reduziert und die Laufzeit von drei Jahren auf zwei Jahre definitiver Laufzeit und ein Jahr optionaler Laufzeit herabgesetzt. Sie hat jedoch die geschätzten Auftragswerte nicht entsprechend berichtigt, sodass dem Anfechtungsbegehren der Antragstellerin in diesem Punkte Berechtigung zukommt. Die diesbezüglichen Änderungen in den Verfahrensbestimmungen waren daher für nichtig zu erklären. Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, BVergG 2006 ist Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes der Gesamtwert ohne USt., der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Dabei sind alle zum

Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen. Ursprünglich hat die Antragsgegnerin eine Vertragslaufzeit von drei Jahren und einer Option der dreimaligen Verlängerung von je einem Jahr vorgesehen. In der Folge hat sie mit der fünften Berichtigung Massenanpassungen vorgenommen und den geschätzten Auftragswert um rund 100 Mio. herabgesetzt. Diese mit der fünften Berichtigung erfolgten Änderungen sind mangels Anfechtung bestandfest geworden. Mit der gegenständlichen achten Berichtigung hat die Antragsgegnerin abermals den Leistungsumfang reduziert und die Laufzeit von drei Jahren auf zwei Jahre definitiver Laufzeit und ein Jahr optionaler Laufzeit herabgesetzt. Sie hat jedoch die geschätzten Auftragswerte nicht entsprechend berichtigt, sodass dem Anfechtungsbegehren der Antragstellerin in diesem Punkte Berechtigung zukommt. Die diesbezüglichen Änderungen in den Verfahrensbestimmungen waren daher für nichtig zu erklären.

Die Antragstellerin hat weiters hilfsweise begehrt, die Punkte 4.4.1.6 und 4.4.3 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen - WD 314 für nichtig zu erklären.

Punkt 4.4.1.6 der WD 314 lautet:

"Werden Zahlungen nicht fristgerecht geleistet, gebühren für den offenen Betrag vom Ende der Zahlungsfrist an, sofern nichts anderes vereinbart ist, Zinsen in der Höhe von 4 % p.a. ...".

Punkt 4.4.3 der WD 314 lautet:

"Die Überzahlung der Schlussrechnung ist von ihrem Eintritt an mit 9 % p.a. zu verzinsen".

Die Antragstellerin fühlt sich durch diese, nicht in der achten Berichtigung enthaltenen, Festlegungen deshalb beschwert, weil ihrer Ansicht nach Verzugszinsen nicht der Zahlungsverzugs-RL 2011/7/EU entsprechend festgesetzt wurden. Auftraggeber seien bei der Erstellung von Ausschreibungsunterlagen an die geltenden gesetzlichen Regelungen gebunden. Dies gelte, unabhängig vom Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens - auch für Änderungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen, die die abzuschließenden Verträge betreffen. Am 20.3.2013 sei das Zahlungsverzugsgesetz in Umsetzung der Zahlungsverzugs-RL 2011/7/EU rückwirkend mit 16.3.2013 in Kraft gesetzt worden. Damit sei unter anderem § 456 UGB dahingehend geändert worden, dass der gesetzliche Verzugszinssatz mit 9,2 % über dem Basiszinssatz festgelegt wurde. Nach § 459 UGB seien unter anderem Vertragsbestimmungen über den Verzugszinssatz nichtig, die für den Gläubiger grob nachteilig wären. Diesen Vorgaben habe die Auftraggeberin nicht entsprochen. Die Antragstellerin fühlt sich durch diese, nicht in der achten Berichtigung enthaltenen, Festlegungen deshalb beschwert, weil ihrer Ansicht nach Verzugszinsen nicht der Zahlungsverzugs-RL 2011/7/EU entsprechend festgesetzt wurden. Auftraggeber seien bei der Erstellung von Ausschreibungsunterlagen an die geltenden gesetzlichen Regelungen gebunden. Dies gelte, unabhängig vom Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens - auch für Änderungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen, die die abzuschließenden Verträge betreffen. Am 20.3.2013 sei das Zahlungsverzugsgesetz in Umsetzung der Zahlungsverzugs-RL 2011/7/EU rückwirkend mit 16.3.2013 in Kraft gesetzt worden. Damit sei unter anderem Paragraph 456, UGB dahingehend geändert worden, dass der gesetzliche Verzugszinssatz mit 9,2 % über dem Basiszinssatz festgelegt wurde. Nach Paragraph 459, UGB seien unter anderem Vertragsbestimmungen über den Verzugszinssatz nichtig, die für den Gläubiger grob nachteilig wären. Diesen Vorgaben habe die Auftraggeberin nicht entsprochen.

Die Antragsgegnerin hat zunächst darauf hingewiesen, dass die WD 314 seit der Urfassung der Ausschreibung unangefochten geblieben und damit bestandfest seien.

Die in den WD 314 vorgesehenen Zahlungsfristen haben nicht nur im Zeitpunkt der Ausschreibung (Sommer 2012), sondern auch im gegenständlichen Verfahrensstadium der geltenden Rechtslage entsprochen. Dass der nationale Gesetzgeber die nach der Zahlungsverzugs-RL 2011/7/EU erforderlichen Bestimmungen für öffentliche Auftraggeber bisher nicht umgesetzt hat, kann der Antragsgegnerin nicht angelastet werden. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin darauf, dass sie nur die, zum Zeitpunkt der Auflage der Ausschreibung geltende Rechtslage, umsetzen kann, weshalb auch nur diese geltende Rechtslage Maßstab für die Prüfung sein kann. Mit der Frage, inwieweit diese beiden Bestimmungen betreffend die Regelungen des Verzugszinssatzes für den Auftragnehmer grob nachteilig und damit nichtig sind, hat sich der Senat bereits in einer früheren Entscheidung vom 29.11.2012, zur Zahl VKS - 9738/12, wie nachstehend wiedergegeben auseinandergesetzt:

"Zutreffend ist, dass die von der Antragstellerin angezogene Richtlinie 2011/7/EU, "Zahlungsverzugs-RL", den

innerstaatlichen Gesetzgeber zur Umsetzung eine Frist mit 16.3.2013 gesetzt hat. Die Antragsgegnerin war daher nicht verpflichtet, in den angefochtenen Ausschreibungsunterlagen eine - bisher nicht erfolgte innerstaatliche Umsetzung - zu berücksichtigen. Soweit die Antragstellerin vorbringt, längere als in der Zahlungsverzugs-RL vorgesehene Zahlungsfristen bei allen nach dem 1.12.2012 abgeschlossenen Verträgen seien als nichtig anzusehen, ist dies weder der Zahlungsverzugs-RL zu entnehmen, noch der derzeit geltenden nationalen Rechtsordnung. Bei den von der Antragstellerin zitierten Bestimmungen handelt es sich um einen ersten Ministerialentwurf (370/ME XXIV.GP), der keine wie immer geartete normative Wirkung entfaltet. Letztlich ist aber - entgegen dem Standpunkt der Antragstellerin - davon auszugehen, dass die Kalkulierbarkeit eines Angebotes wegen der angefochtenen Bestimmung weder unmöglich noch wesentlich erschwert wird. In der ÖNORM B 2061 wird unter Abschnitt 4.5 geregelt, dass die Bauzinsen, welche zur Abdeckung der Vorfinanzierungskosten des Unternehmens dienen, unter anderem in Abhängigkeit der Zahlungsbestimmungen (daher der Zahlungsfristen) zu kalkulieren sind. Eine Zahlungsfrist von drei Monaten, wie sie in der angefochtenen Festlegung vorgesehen ist, ist daher kalkulierbar wie jede andere Zahlungsfrist. Der Antrag auf Nichtigklärung der angefochtenen Festlegung war daher abzuweisen."Zutreffend ist, dass die von der Antragstellerin angezogene Richtlinie 2011/7/EU, "Zahlungsverzugs-RL", den innerstaatlichen Gesetzgeber zur Umsetzung eine Frist mit 16.3.2013 gesetzt hat. Die Antragsgegnerin war daher nicht verpflichtet, in den angefochtenen Ausschreibungsunterlagen eine - bisher nicht erfolgte innerstaatliche Umsetzung - zu berücksichtigen. Soweit die Antragstellerin vorbringt, längere als in der Zahlungsverzugs-RL vorgesehene Zahlungsfristen bei allen nach dem 1.12.2012 abgeschlossenen Verträgen seien als nichtig anzusehen, ist dies weder der Zahlungsverzugs-RL zu entnehmen, noch der derzeit geltenden nationalen Rechtsordnung. Bei den von der Antragstellerin zitierten Bestimmungen handelt es sich um einen ersten Ministerialentwurf (370/ME römisch 24 .GP), der keine wie immer geartete normative Wirkung entfaltet. Letztlich ist aber - entgegen dem Standpunkt der Antragstellerin - davon auszugehen, dass die Kalkulierbarkeit eines Angebotes wegen der angefochtenen Bestimmung weder unmöglich noch wesentlich erschwert wird. In der ÖNORM B 2061 wird unter Abschnitt 4.5 geregelt, dass die Bauzinsen, welche zur Abdeckung der Vorfinanzierungskosten des Unternehmens dienen, unter anderem in Abhängigkeit der Zahlungsbestimmungen (daher der Zahlungsfristen) zu kalkulieren sind. Eine Zahlungsfrist von drei Monaten, wie sie in der angefochtenen Festlegung vorgesehen ist, ist daher kalkulierbar wie jede andere Zahlungsfrist. Der Antrag auf Nichtigklärung der angefochtenen Festlegung war daher abzuweisen."

Der Senat sieht sich nicht veranlasst, von dieser von ihm mehrfach vertretenen Rechtsansicht abzugehen. Es war daher der Eventualantrag auf Nichtigklärung der Punkte 4.4.1.6 und 4.4.3 der WD 314 abzuweisen.

Soweit die Antragstellerin eine zu kurze Angebotsfrist gelten gemacht hat, hat sie in der mündlichen Verhandlung vom 28.5.2013 zu diesem Anfechtungspunkt erklärt, klaglos gestellt worden zu sein.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 18.4.2013 gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 18.4.2013 gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, 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. 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; Nichtigklärung einzelner Änderungen in der Berichtigung; Reduktion des Leistungsumfanges ohne Berichtigung der Auftragswerte; Abweisung des Auftrages auf Nichtigklärung der gesamten Ausschreibung wegen Bestandfestigkeit;

Zuletzt aktualisiert am

12.11.2013

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