

TE Verg Bescheid 2012/11/29 VKS-9738/12

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.11.2012

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 Abs1 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §24 Abs1

BVergG 2006 §78 Abs3

BVergG 2006 §79 Abs2

BVergG 2006 §84 Abs2

BVergG 2006 §96

BVergG 2006 §97 Abs3

BVergG 2006 §99 Abs2 und

ABGB §864a

ABGB §879

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 § 24 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 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 84 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 84 gültig von 01.02.2006 bis 29.02.2016
1. BVergG 2006 § 96 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 97 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 99 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. ABGB § 864a heute
2. ABGB § 864a gültig ab 01.10.1979 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 140/1979
1. ABGB § 879 heute
2. ABGB § 879 gültig ab 01.07.1992 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 275/1992

Text

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder ***, über den Antrag der *** Baugesellschaft mbH, ***, vertreten durch Mag. Werner Hauser, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe eines Rahmenvertrages zur Durchführung von Baumeisterarbeiten in den Bezirken 1-23, Ausschreibungs Nr. LV/WWDT/BT-BM-LOS-01-49, 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 Ausschreibung der Antragsgegnerin "Rahmenvertrag für Baumeisterarbeiten in den Bezirken 1-23" für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
1. 2.Ziffer 2
Die Eventualanträge, folgende Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen jedenfalls für nichtig zu erklären, und zwar

Aus den WB 314:

- *Punkt 2.1.1. Beginn der Leistung, Zwischentermine
- *Punkt 2.2.8.10.6. (zweiter Absatz) Prüfanstalt
- *Punkt 3.4.2. Ermittlung (3. Absatz)
- *Punkt 3.4.2. Ermittlung (4. Absatz)
- *Punkt 4.2.3.3. Mengenermittlung nach Aufmaß
- *Punkt 4.4.1.2. Schluss- und Teilrechnung
- *Punkt 4.4.1.6.
- *Punkt 6.6.2. Rechtsfolgen der Übernahme

*Punkt 8.2.3.3 Geltendmachung von Mängel

*Punkt 8.3 Schadenersatz allgemein

*Punkt 8.7 Konventionalstrafe bei Lohn- und Sozialdumping

Aus den Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge:

*Punkt 5.3. Preisbildung

*Punkt 5.5.6. elektronische Rechnungslegung

*Punkt 5.6.1. Subunternehmer

*Punkt 5.6.2. Rechnungsprüfung

Aus dem Leistungsverzeichnis

Folgende angeführte Positionen

*Jedenfalls sämtliche Positionen der OG 01 und OG 07

Die Bekanntmachung

werden abgewiesen.

1. 3.Ziffer 3

Die einstweilige Verfügung vom 28.9.2012 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 4.Ziffer 4

Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

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, 24 Abs. 1, 78 Abs. 3, 79 Abs. 2, 84 Abs. 2, 96, 97 Abs. 3, 99 Abs. 2 BVergG 2006 und §§ 864a, 879 ABGB. 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, 24, Absatz eins, 78, Absatz 3, 79, Absatz 2, 84, Absatz 2, 96, 97, Absatz 3, 99, Absatz 2, BVergG 2006 und Paragraphen 864 a, 879, ABGB.

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 dabei um die Vergabe von Bauaufträgen im Preisauflags-/Preisnachlassverfahren. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist sowohl im Supplement zum Amtsblatt der EU als auch auf der Webseite der Antragsgegnerin sowie im Amtsblatt der Stadt Wien ordnungsgemäß erfolgt. Die Ausschreibungsunterlagen wurden mehrfach berichtigt, die Berichtigungen wurden ordnungsgemäß bekannt gemacht. Das Ende der Angebotsfrist war ursprünglich der 28.9.2012, 8.00 Uhr. Die Zuschlagsfrist beträgt 7 Monate, als voraussichtlicher Leistungsbeginn ist das 3. Quartal 2013 vorgesehen. Die Rahmenverträge sollen auf die Dauer von drei Jahren mit Option auf Verlängerung um dreimal je 1 Jahr abgeschlossen werden. Die Antragsgegnerin ist in Kundendienstzentren (KD) unterteilt, die ihrerseits in jeweils mehrere Gebietseinheiten (GE) gegliedert sind. Die einzelnen Gebietseinheiten, denen jeweils ein Wohnhausbestand eindeutig zugeordnet ist, bilden Lose des Gesamtvorhabens. Die Ausschreibung ist in insgesamt 49 Gebietsteile (= Lose) gegliedert. Den Bietern steht es frei, nur für ein Los, für einige oder für alle Lose Angebote abzugeben. Vorgesehen ist eine Teilvergabe an den Billigstbieter des jeweiligen Loses.

Mit dem am 20.9.2012 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 4 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag begehrt die Antragstellerin die gesamte Ausschreibung, hilfsweise näher bezeichnete Bestimmungen 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, für die ausgeschriebenen Leistungen ein entsprechendes Angebot zu legen. Durch die Ausschreibungsunterlagen werde sie jedoch daran gehindert, ein erfolversprechendes Angebot abzugeben. Im Einzelnen führt sie aus, dass die "Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge", die "Allgemeinen

Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen WD 314" sowie die "Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen WD 307" einen integralen Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen bilden würden. Die WD 314 basierten zwar auf der ÖNORM B 2110, es fänden sich allerdings an vielen, näher bezeichneten Stellen, umfassende Änderungen und Abweichungen von dieser ÖNORM, die sich überwiegend zum "gröblichen Nachteil" einer Auftragnehmerin auswirken würden. Die ÖNORM B 2110 stelle eine geeignete Leitlinie dar. Die in den WD 314 vorgesehenen Abweichungen von dieser Leitlinie seien missbräuchlich bzw. sittenwidrig. Die Auftraggeberin würde damit einer potentiellen Auftragnehmerin unter unzulässiger Ausnützung ihrer Marktmacht gröblich benachteiligende, sachlich nicht gerechtfertigte Lasten und Pflichten auferlegen. Die Antragstellerin hält auch die Vorgaben im Leistungsverzeichnis für vergaberechtswidrig, weil eine ausschreibungsgemäße Sicherstellung der Vergleichbarkeit der Angebote nicht gewährleistet sei. Insbesondere die Festlegung, wonach die Bieter eigene K 7 - Blätter zu verwenden hätten, ließe eine "seriöse Vergleichbarkeit der Angebote" nicht zu. Mit dem am 20.9.2012 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag begehrt die Antragstellerin die gesamte Ausschreibung, hilfsweise näher bezeichnete Bestimmungen 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, für die ausgeschriebenen Leistungen ein entsprechendes Angebot zu legen. Durch die Ausschreibungsunterlagen werde sie jedoch daran gehindert, ein erfolgversprechendes Angebot abzugeben. Im Einzelnen führt sie aus, dass die "Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge", die "Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen WD 314" sowie die "Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen WD 307" einen integralen Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen bilden würden. Die WD 314 basierten zwar auf der ÖNORM B 2110, es fänden sich allerdings an vielen, näher bezeichneten Stellen, umfassende Änderungen und Abweichungen von dieser ÖNORM, die sich überwiegend zum "gröblichen Nachteil" einer Auftragnehmerin auswirken würden. Die ÖNORM B 2110 stelle eine geeignete Leitlinie dar. Die in den WD 314 vorgesehenen Abweichungen von dieser Leitlinie seien missbräuchlich bzw. sittenwidrig. Die Auftraggeberin würde damit einer potentiellen Auftragnehmerin unter unzulässiger Ausnützung ihrer Marktmacht gröblich benachteiligende, sachlich nicht gerechtfertigte Lasten und Pflichten auferlegen. Die Antragstellerin hält auch die Vorgaben im Leistungsverzeichnis für vergaberechtswidrig, weil eine ausschreibungsgemäße Sicherstellung der Vergleichbarkeit der Angebote nicht gewährleistet sei. Insbesondere die Festlegung, wonach die Bieter eigene K 7 - Blätter zu verwenden hätten, ließe eine "seriöse Vergleichbarkeit der Angebote" nicht zu.

Die Antragstellerin macht auch geltend, dass die Bekanntmachung vergaberechtswidrig sei, weil darin zur Beschreibung des Auftragsgegenstandes ein falscher CPV - Code verwendet worden sei. In der Veröffentlichung würden die ausgeschriebenen Leistungen als "Baumeisterarbeiten" bezeichnet. In der Bekanntmachung werde jedoch der CPV-Code für "Bauarbeiten für Wohnhäuser" verwendet. Zu veröffentlichen wäre gewesen der Code betreffend "Ausführung und Planung von Bauleistungen". Abschließend führt die Antragstellerin aus, dass die von ihr angeführten und im Detail bekämpften Regelungen "einzeln nicht rechtswidrig" seien. Betrachte man diese Regelungen jedoch in einer Gesamtschau, so überschreite eine Vielzahl von einzelnen, für die Antragstellerin nachteiligen Regelungen sehr wohl die Schwelle zur gröblichen Benachteiligung. Aus diesem Grunde seien die bekämpften Regelungen ebenfalls vergaberechtswidrig.

Die Antragstellerin sei als Baumeister auch im Bereich der Sanierung von Wohngebäuden in wesentlichem Umfang tätig. Sie habe daher ein Interesse am Erhalt des gegenständlichen Auftrages und sei auch technisch und rechtlich in der Lage, diesen Auftrag zu erfüllen. Durch die vorliegenden Rechtswidrigkeiten entgehe der Antragstellerin jedoch die Möglichkeit einer erfolgreichen Beteiligung an einem rechtskonformen Vergabeverfahren, daher auch die Möglichkeit auf Zuschlagserteilung. Bei vergaberechtskonformer Vorgangsweise der Auftraggeberin 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 Auftraggeberin nicht übergangen werden könnte. Sollten die von ihr bekämpften Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen nicht beseitigt werden, wäre sie nicht in der Lage, erfolgversprechend am Vergabeverfahren teilzunehmen, wodurch ihr durch Verlust eines potenziell zu lukrierenden Gewinnes ein näher bezeichneter, nicht unerheblicher Schaden entstünde. Durch das Verhalten der Antragsgegnerin erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines dem freien und

lauteren Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Festlegung vergaberechtskonformer und nicht-diskriminierender Ausschreibungsbedingungen, im Recht auf Abgabe eines vergaberechtskonformen Angebotes sowie im Recht auf Abschluss des Rahmenvertrages mit den tatsächlichen Billigstbietern verletzt.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 28.9.2012 antragsgemäß erlassen; diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses, beiden Teilen zugegangen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 5.10.2012 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und zunächst ausgeführt, es sei fraglich, ob die Antragstellerin mit dem von ihr eingebrachten Nichtigkeitsantrag überhaupt eigene Interessen verfolge. Die Antragstellerin bekämpfe nämlich gerade nicht Festlegungen im Leistungsverzeichnis oder solche, die die Auftragsabwicklung betreffen, sondern primär die subsidiär vereinbarten Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen (WD 314) und Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge, die die Antragstellerin gar nicht beschweren könnten. Dazu komme, dass die von der Antragstellerin ins Treffen geführten vermeintlichen Rechtswidrigkeiten erst vor kurzer Zeit vom Antragstellervertreter (freilich für ein anderes Unternehmen) nahezu wortgleich an den VKS Wien herangetragen worden seien. In dem daraufhin abgeführten Kontrollverfahren habe die Nachprüfungsbehörde die Vergaberechtskonformität sowohl der WD 314 als auch der wortgleichen, auch im gegenständlichen Vergabeverfahren geltenden Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge bestätigt. Auch in einem anderen Verfahren, habe die Nachprüfungsbehörde bestätigt, dass in den Festlegungen der WD 314 keine Vergaberechtswidrigkeit zu erkennen sei. Was die von der Antragstellerin als nichtig angefochtenen Festlegungen in der WD 314 anlange, macht die Antragsgegnerin zunächst geltend, dass sie per Erlass der Magistratsdirektion vom 27.10.2011, MD-GBR-35/11, verpflichtet sei, die "Allgemeinen Angebots- und Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen", WD 314, jedem Vergabeverfahren zu Grunde zu legen. Abgesehen davon stellten die WD 314 eine eigenständige, geeignete Leitlinie iSd § 99 Abs. 2 BVergG 2006 für die gesamte Stadt Wien dar, in der Rechte und Pflichten von Auftraggeber und Auftragnehmer in einem ausgewogenen Verhältnis geregelt würden. Die WD 314 enthielten keine gröblich benachteiligenden Abweichungen von der ÖNORM B 2110. Dazu verweist die Antragsgegnerin auf einschlägige Judikatur des angerufenen Senates. Selbst wenn man aber die Eigenschaft der WD 314 als geeignete Leitlinie iSd § 99 Abs. 2 BVergG 2006 in Abrede stellen wollte, wäre sie dennoch vergaberechtskonform, weil ein Auftraggeber von geeigneten Leitlinien, wie ÖNORMEN, in einzelnen Punkten abweichende Festlegungen treffen könnte. Die Stadt Wien habe nicht zuletzt aufgrund ihrer Größe besonderes Interesse an einem einheitlichen, für alle Vertragsabschlüsse (d.h. gleichgültig, ob diese Klein- oder Großbaustellen, Neubau-, Instandhaltungs- oder Sanierungsvorhaben oder Rahmenverträge betreffen) gültigen Vertragswerk, das vor allem auch die besonderen Anforderungen und Interessen einer großen Kommune berücksichtige. Nur so könne ein einheitliches Vertragsmanagement für die Stadt Wien sichergestellt und administriert werden. Diesen besonderen Anforderungen und Interessen trage die Stadt Wien in den WD 314 Rechnung, ohne ÖNORMEN zu negieren. Im Gegenteil würden die WD 314 weitestgehend die ÖNORM B 2110 übernehmen und normierten lediglich in einigen wenigen, für die Auftragnehmer kursiv hervorgehobenen Punkten, Abweichungen, die allesamt durch die Besonderheit der Stadt Wien als größter Kommune Österreichs bedingt seien. Dass die Abweichungen von der ÖNORM B 2110 in den WD 314 die Grenze der Sittenwidrigkeit überschreiten, könne nicht behauptet werden, noch dazu, wo die Schwelle zur Sittenwidrigkeit bei Vereinbarungen zwischen Unternehmern sehr hoch anzusetzen sei. Selbst die Antragstellerin behaupte im Wesentlichen nur ein "Ungleichgewicht", aber keine Sittenwidrigkeit. Sodann nimmt die Antragsgegnerin zu den einzelnen Anfechtungspunkten ausführlich Stellung und legt dar, warum die Anfechtungen der Antragstellerin diesbezüglich unbegründet wären. Mit Schriftsatz vom 5.10.2012 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und zunächst ausgeführt, es sei fraglich, ob die Antragstellerin mit dem von ihr eingebrachten Nichtigkeitsantrag überhaupt eigene Interessen verfolge. Die Antragstellerin bekämpfe nämlich gerade nicht Festlegungen im Leistungsverzeichnis oder solche, die die Auftragsabwicklung betreffen, sondern primär die subsidiär vereinbarten Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen (WD 314) und Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge, die die Antragstellerin gar nicht beschweren könnten. Dazu komme, dass die von der Antragstellerin ins Treffen geführten vermeintlichen Rechtswidrigkeiten erst vor kurzer Zeit vom Antragstellervertreter (freilich für ein anderes Unternehmen) nahezu wortgleich an den VKS Wien herangetragen worden seien. In dem daraufhin abgeführten Kontrollverfahren habe die Nachprüfungsbehörde die Vergaberechtskonformität sowohl der WD 314 als auch der wortgleichen, auch im gegenständlichen Vergabeverfahren

geltenden Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge bestätigt. Auch in einem anderen Verfahren, habe die Nachprüfungsbehörde bestätigt, dass in den Festlegungen der WD 314 keine Vergaberechtswidrigkeit zu erkennen sei. Was die von der Antragstellerin als nichtig angefochtenen Festlegungen in der WD 314 anlange, macht die Antragsgegnerin zunächst geltend, dass sie per Erlass der Magistratsdirektion vom 27.10.2011, MD-GBR-35/11, verpflichtet sei, die "Allgemeinen Angebots- und Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen", WD 314, jedem Vergabeverfahren zu Grunde zu legen. Abgesehen davon stellten die WD 314 eine eigenständige, geeignete Leitlinie iSd Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 für die gesamte Stadt Wien dar, in der Rechte und Pflichten von Auftraggeber und Auftragnehmer in einem ausgewogenen Verhältnis geregelt würden. Die WD 314 enthielten keine gröblich benachteiligenden Abweichungen von der ÖNORM B 2110. Dazu verweist die Antragsgegnerin auf einschlägige Judikatur des angerufenen Senates. Selbst wenn man aber die Eigenschaft der WD 314 als geeignete Leitlinie iSd Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 in Abrede stellen wollte, wäre sie dennoch vergaberechtskonform, weil ein Auftraggeber von geeigneten Leitlinien, wie ÖNORMEN, in einzelnen Punkten abweichende Festlegungen treffen könnte. Die Stadt Wien habe nicht zuletzt aufgrund ihrer Größe besonderes Interesse an einem einheitlichen, für alle Vertragsabschlüsse (d.h. gleichgültig, ob diese Klein- oder Großbaustellen, Neubau-, Instandhaltungs- oder Sanierungsvorhaben oder Rahmenverträge betreffen) gültigen Vertragswerk, das vor allem auch die besonderen Anforderungen und Interessen einer großen Kommune berücksichtige. Nur so könne ein einheitliches Vertragsmanagement für die Stadt Wien sichergestellt und administriert werden. Diesen besonderen Anforderungen und Interessen trage die Stadt Wien in den WD 314 Rechnung, ohne ÖNORMEN zu negieren. Im Gegenteil würden die WD 314 weitestgehend die ÖNORM B 2110 übernehmen und normierten lediglich in einigen wenigen, für die Auftragnehmer kursiv hervorgehobenen Punkten, Abweichungen, die allesamt durch die Besonderheit der Stadt Wien als größter Kommune Österreichs bedingt seien. Dass die Abweichungen von der ÖNORM B 2110 in den WD 314 die Grenze der Sittenwidrigkeit überschreiten, könne nicht behauptet werden, noch dazu, wo die Schwelle zur Sittenwidrigkeit bei Vereinbarungen zwischen Unternehmern sehr hoch anzusetzen sei. Selbst die Antragstellerin behaupte im Wesentlichen nur ein "Ungleichgewicht", aber keine Sittenwidrigkeit. Sodann nimmt die Antragsgegnerin zu den einzelnen Anfechtungspunkten ausführlich Stellung und legt dar, warum die Anfechtungen der Antragstellerin diesbezüglich unbegründet wären.

Dieses Vorbringen wurde von der Antragstellerin mit Stellungnahme vom 5.11.2012 unter Wiederholung ihres Standpunktes beantwortet. Sie stützt ihr Vorbringen, wonach im Leistungsverzeichnis vergaberechtswidrige Festlegungen enthalten wären, auf ein gleichzeitig vorgelegtes Gutachten des Prof. Dr. ***.

Nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 8.11.2012, in der mit den Parteien der Sachverhalt eingehend erörtert wurde, wurde der Antragsgegnerin die Gelegenheit eingeräumt, zu dem von der Antragstellerin vorgelegten Gutachten des Dr. *** binnen 14 Tagen ein auf gleicher fachlicher Ebene erstelltes Gutachten vorzulegen.

Dieser Möglichkeit hat die Antragsgegnerin mit Stellungnahme vom 27.11.2012 entsprochen und zum Gutachten Dr. *** ihrerseits ein Gutachten des Univ. Prof. Dipl.-Ing. Dr. ***, Baumeister Dipl.-Ing. ***, vorgelegt, in dem auch zur Zulässigkeit der Wahl des Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahrens Stellung genommen wird. Gleichzeitig weist die Antragsgegnerin auf die reichhaltige Rechtsprechung der Nachprüfungsbehörde zu Rahmenvertragsausschreibungen hin.

Dieser Schriftsatz wurde, ohne dass ein ergänzendes neues Vorbringen erstattet wurde, am 28.11.2012 von der Antragstellerin kurz beantwortet.

Mit dem gegenständlichen Nichtigerklärungsantrag wird nicht nur die Ausschreibung primär in ihrer Gesamtheit sondern vor allem 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 des Vergabeaktes sowie der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens eingebrachten Schriftsätze der Parteien und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlungen vom 8.11. und 29.11.2012 ausgehen konnte.

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 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 Baumeisterarbeiten nach Freiwerden von Wohnungen betreffen, um diese für eine Wiedervermietung aufzubereiten. Die Leistungen sind in den von der Antragsgegnerin verwalteten städtischen Wohnhausanlagen in allen 23 Wiener Gemeindebezirken zu erbringen. Die Kundmachung des

Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt. Die Rahmenverträge sollen auf die Dauer von drei Jahren mit Option auf Verlängerung um 3 x je 1 Jahr abgeschlossen werden. Die Antragsgegnerin ist in Kundendienstzentren (KD) unterteilt, die ihrerseits in jeweils mehrere Gebietseinheiten (GE) gegliedert sind. Die einzelnen Gebietseinheiten, denen jeweils ein Wohnhausbestand eindeutig zugeordnet ist, bilden Lose des Gesamtvorhabens. Die Ausschreibung ist insgesamt in 49 Gebietsteile (= Lose) gegliedert. Den Bietern steht es frei, nur für ein Los, für einige oder für alle Lose Angebote abzugeben. Vorgesehen ist eine Teilvergabe an den Billigstbieter des jeweiligen Loses. 48 Lose betreffen Arbeiten in bestimmten Gebietsteilen, das Los 49 betrifft die Vergabe eines Rahmenvertrages über Baumeisterarbeiten für Erd- und Kanalbauarbeiten in den Bezirken 1 bis 23. Der geschätzte Auftragswert aller Lose beträgt ohne Mehrwertsteuer rund Euro 391.000.000,--. Bei den einzelnen Losen ist jeweils der für dieses Los geschätzte Auftragswert in unterschiedlicher Höhe angegeben. Das Ende der Angebotsfrist war ursprünglich der 28.9.2012, 8.00 Uhr. Mit der dritten Berichtigung hat die Antragsgegnerin die Angebotsfrist auf 5.12.2012, 8.00 Uhr, erstreckt. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, 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 Baumeisterarbeiten nach Freiwerden von Wohnungen betreffen, um diese für eine Wiedervermietung aufzubereiten. Die Leistungen sind in den von der Antragsgegnerin verwalteten städtischen Wohnhausanlagen in allen 23 Wiener Gemeindebezirken zu erbringen. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt. Die Rahmenverträge sollen auf die Dauer von drei Jahren mit Option auf Verlängerung um 3 x je 1 Jahr abgeschlossen werden. Die Antragsgegnerin ist in Kundendienstzentren (KD) unterteilt, die ihrerseits in jeweils mehrere Gebietseinheiten (GE) gegliedert sind. Die einzelnen Gebietseinheiten, denen jeweils ein Wohnhausbestand eindeutig zugeordnet ist, bilden Lose des Gesamtvorhabens. Die Ausschreibung ist insgesamt in 49 Gebietsteile (= Lose) gegliedert. Den Bietern steht es frei, nur für ein Los, für einige oder für alle Lose Angebote abzugeben. Vorgesehen ist eine Teilvergabe an den Billigstbieter des jeweiligen Loses. 48 Lose betreffen Arbeiten in bestimmten Gebietsteilen, das Los 49 betrifft die Vergabe eines Rahmenvertrages über Baumeisterarbeiten für Erd- und Kanalbauarbeiten in den Bezirken 1 bis 23. Der geschätzte Auftragswert aller Lose beträgt ohne Mehrwertsteuer rund Euro 391.000.000,--. Bei den einzelnen Losen ist jeweils der für dieses Los geschätzte Auftragswert in unterschiedlicher Höhe angegeben. Das Ende der Angebotsfrist war ursprünglich der 28.9.2012, 8.00 Uhr. Mit der dritten Berichtigung hat die Antragsgegnerin die Angebotsfrist auf 5.12.2012, 8.00 Uhr, erstreckt.

Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 20.9.2012 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 eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 20.9.2012 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 war, dass von ihr gegenständlich die Angebotsbedingungen bekämpft werden. Dass sie zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen an sich befugt ist, kann als unstrittig angesehen werden. 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 war, dass von ihr gegenständlich die Angebotsbedingungen bekämpft werden. Dass sie zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen an sich befugt ist, kann als unstrittig angesehen werden. 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.

Bei der Entscheidung über den gegenständlichen Nichtigerklärungsantrag folgt der Senat bei Behandlung der einzelnen Anfechtungspunkte der Systematik im einleitenden Schriftsatz, um eine bessere Verständlichkeit zu gewährleisten. Dazu werden zunächst Feststellungen aus den Ausschreibungsunterlagen zu den einzelnen Anfechtungspunkten getroffen, sodann das Vorbringen der Antragstellerin und die Stellungnahme der Antragsgegnerin dazu wiedergegeben und im Anschluss daran jeweils die rechtliche Beurteilung zu den einzelnen Anfechtungspunkten vorgenommen.

Die Antragstellerin macht zunächst geltend (Punkt 6.1.1.1 und 6.1.1.2), in dem die Antragsgegnerin die WD 314 und die WD 307 als integrale Bestandteile der Ausschreibungsunterlagen erklärt, verstoße sie gröblich gegen das Vergaberecht, weil in diesen Vertragsbestimmungen gröblich benachteiligende Änderungen/Abweichungen von der ÖNORM B 2110 enthalten wären. Zur WD 314 führt die Antragstellerin aus, dass diese auf der ÖNORM B 2110 basieren würde. Es fänden sich allerdings an vielen Stellen umfassende Änderungen und Abweichungen, die zwar durch Kursivsetzung im Dokument auch ersichtlich seien. Bei der ÖNORM B 2110 handle es sich um ein Regelwerk, das einen Ausgleich zwischen den Interessen von Auftraggebern und Auftragnehmern widerspiegle. Gemäß § 99 Abs. 2 BVergG 2006 wäre die Auftraggeberin verpflichtet, für die Festlegung der Vertragsbestimmungen geeignete Leitlinien wie ÖNORMEN, eben die ÖNORM B 2110, zu verwenden. Bei den WD 314 könne jedoch keinesfalls von einzelnen Abweichungen gesprochen werden, auch nicht von (sachlich) begründeten Abweichungen. Vielmehr würden weite Teile der ÖNORM B 2110 zu Lasten von Bieterinnen bzw. der Antragstellerin abgeändert. Die inhaltlichen Grenzen hinsichtlich der Abweichung bilde das Missbrauchsverbot, wogegen die Abänderungen in den WD 314 verstoßen würden. Durch die WD 314bürde die Antragsgegnerin einem potentiellen Auftragnehmer unter unzulässiger Ausnutzung ihrer Marktmacht gröblich benachteiligende, sachlich nicht gerechtfertigte Lasten und Pflichten auf, deren Anwendung wäre daher für nichtig zu erklären. Ausführungen zu behaupteten Rechtswidrigkeiten der WD 307 werden konkret nicht gemacht. Die Antragstellerin macht zunächst geltend (Punkt 6.1.1.1 und 6.1.1.2), in dem die Antragsgegnerin die WD 314 und die WD 307 als integrale Bestandteile der Ausschreibungsunterlagen erklärt, verstoße sie gröblich gegen das Vergaberecht, weil in diesen Vertragsbestimmungen gröblich benachteiligende Änderungen/Abweichungen von der ÖNORM B 2110 enthalten wären. Zur WD 314 führt die Antragstellerin aus, dass diese auf der ÖNORM B 2110 basieren würde. Es fänden sich allerdings an vielen Stellen umfassende Änderungen und Abweichungen, die zwar durch Kursivsetzung im Dokument auch ersichtlich seien. Bei der ÖNORM B 2110 handle es sich um ein Regelwerk, das einen Ausgleich zwischen den Interessen von Auftraggebern und Auftragnehmern widerspiegle. Gemäß Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 wäre die Auftraggeberin verpflichtet, für die Festlegung der Vertragsbestimmungen geeignete Leitlinien wie ÖNORMEN, eben die ÖNORM B 2110, zu verwenden. Bei den WD 314 könne jedoch keinesfalls von einzelnen Abweichungen gesprochen werden, auch nicht von (sachlich) begründeten Abweichungen. Vielmehr würden weite Teile der ÖNORM B 2110 zu Lasten von Bieterinnen bzw. der Antragstellerin abgeändert. Die inhaltlichen Grenzen hinsichtlich der Abweichung bilde das Missbrauchsverbot, wogegen die Abänderungen in den WD 314 verstoßen würden. Durch die WD 314bürde die Antragsgegnerin einem potentiellen Auftragnehmer unter unzulässiger Ausnutzung ihrer Marktmacht gröblich benachteiligende, sachlich nicht gerechtfertigte Lasten und Pflichten auf, deren Anwendung wäre daher für nichtig zu erklären. Ausführungen zu behaupteten Rechtswidrigkeiten der WD 307 werden konkret nicht gemacht.

Die Antragsgegnerin hat dazu ausgeführt, dass die WD 314, wie der erkennende Senat in einer früheren Entscheidung dargestellt habe, eine eigenständige Richtlinie iSd § 99 Abs. 2 BVergG 2006 für die gesamte Stadt Wien darstellen würden. Aus § 99 Abs. 2 BVergG 2006 gehe klar hervor, dass nicht nur ÖNORMEN sondern auch generelle Vertragswerke geeignete Leitlinien sein könnten. Selbst wenn man diese Ansicht nicht teilen wollte, gebe § 99 Abs. 2 BVergG 2006 dem Auftraggeber die Möglichkeit, in einzelnen Punkten von geeigneten Leitlinien wie ÖNORMEN abweichende Festlegungen zu treffen. Unter Hinweis auf die Judikatur des angerufenen Senates hält die Antragsgegnerin die in den WD 314 aufgenommenen Änderungen von der ÖNORM B 2110 weder für sittenwidrig noch vergaberechtlich unzulässig. Die Antragsgegnerin hat dazu ausgeführt, dass die WD 314, wie der erkennende Senat in einer früheren Entscheidung dargestellt habe, eine eigenständige Richtlinie iSd Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 für die gesamte Stadt Wien darstellen würden. Aus Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 gehe klar hervor, dass nicht

nur ÖNORMEN sondern auch generelle Vertragswerke geeignete Leitlinien sein könnten. Selbst wenn man diese Ansicht nicht teilen wollte, gebe Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 dem Auftraggeber die Möglichkeit, in einzelnen Punkten von geeigneten Leitlinien wie ÖNORMEN abweichende Festlegungen zu treffen. Unter Hinweis auf die Judikatur des angerufenen Senates hält die Antragsgegnerin die in den WD 314 aufgenommenen Änderungen von der ÖNORM B 2110 weder für sittenwidrig noch vergaberechtlich unzulässig.

Mit der Frage, ob es sich bei den von der Antragsgegnerin ihrer Ausschreibung zu Grunde gelegten Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen, WD 314, um eine geeignete Leitlinie im Sinne des § 99 Abs. 2 BVergG 2006 handelt, hat sich der erkennende Senat im Rahmen eines früheren Nachprüfungsverfahrens befasst und ist dabei in seinem Bescheid vom 6.6.2012, VKS - 3600/12, zu folgender auszugsweise wiedergegebenen Rechtsansicht gelangt: Mit der Frage, ob es sich bei den von der Antragsgegnerin ihrer Ausschreibung zu Grunde gelegten Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen, WD 314, um eine geeignete Leitlinie im Sinne des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 handelt, hat sich der erkennende Senat im Rahmen eines früheren Nachprüfungsverfahrens befasst und ist dabei in seinem Bescheid vom 6.6.2012, VKS - 3600/12, zu folgender auszugsweise wiedergegebenen Rechtsansicht gelangt:

"[...] Ungeachtet der fundierten Ausführungen der Antragstellerin zu diesem Problem hält der Senat dafür, dass anders als bei rein technischen Normen zur Leistungsbeschreibung (§ 97 BVergG 2006) bei den sogenannten "Vertragsnormen" alle Leitlinien "geeignet" (sind), wenn sie den in § 99 Abs. 1 BVergG 2006 normierten Anforderungen an einen eindeutigen Leistungsvertrag Rechnung tragen" (S/a/F/T Rz 117 und 118 zu § 99). Ausgehend von der Textierung des § 99 Abs. 2 BVergG 2006 ist abzuleiten, dass der Gesetzgeber nicht ausschließlich auf das Bestehen von ÖNORMEN abstellt, sondern auch andere standardisierte Leitlinien als geeignet ansieht. Die WD 314 enthalten Regelungen zu allen in § 99 Abs. 1 BVergG 2006 aufgelisteten, verpflichtenden Inhalten des Leistungsvertrages. Sie sind auch allgemein zugänglich und können von allen interessierten Teilnehmern an Vergabeverfahren der Antragsgegnerin beschafft werden. Die zitierte Bestimmung überlässt es auch dem Auftraggeber, aus mehreren zur Verfügung stehenden, geeigneten Leitlinien eine für seinen Beschaffungsvorgang zweckmäßige auszuwählen. Dass mehrere Leitlinien im Sinne des § 99 Abs. 2 BVergG 2006 vorhanden sind, ist etwa im Beitrag von Elsner, "Die neue ÖNORM A 2050", zu entnehmen, in der 18 ÖNORMEN und 11 Leistungsbeschreibungen angeführt sind. Das Gebot der Heranziehung geeigneter Leitlinien, worunter auch solche verstanden werden können, die für Lieferungen oder Dienstleistungen in einer bestimmten Branche vorhanden sind und üblicherweise in dieser Branche auch verwendet werden, und ÖNORMEN ist als bloße Anwendung bestimmter, allgemein anerkannter Standards zu verstehen. Die Standardisierung von Leistungsmerkmalen von Dienstleistungen und Produkten hat den Zweck, Leistungen und Produkte besser vergleichbar zu machen, was für die Vergabe durch öffentliche Auftraggeber von besonderer Bedeutung ist und zum Wesen der öffentlichen Auftragsvergabe gehört. Vergaberegeln streben nämlich eine rationale, nicht diskriminierende und kostensparende Vergabe an, die ohne eine derartige Vergleichbarkeit innerhalb des öffentlichen Sektors kaum erreichbar ist. Eine Standardisierung liegt daher im öffentlichen Interesse (vgl. VfGH 3.9.2007, G 174/06). Wenn daher ein Auftraggeber, der zahlreiche einschlägige Aufträge laufend zu vergeben hat, bei seinen Ausschreibungen Abweichungen von bestehenden Leitlinien oder ÖNORMEN vornimmt und dies wegen der großen Anzahl der anfallenden Beschaffungsvorgänge in einer eigenen Leitlinie zusammenfasst (wobei er die Abweichungen von bereits bestehenden ÖNORMEN kenntlich macht), die so von ihm originär geschaffene Leitlinie den Vorgaben des § 99 Abs. 1 BVergG 2006 entspricht und diese Leitlinie überdies allgemein zugänglich ist, handelt es sich dabei um eine "geeignete Leitlinie" im Sinne des Gesetzes. Der Gesetzgeber stellt dabei keineswegs auf ein konsensuales Zustandekommen der von ihm als "geeignet" bezeichneten Leitlinien ab. Der Gesetzgeber sieht viel mehr in Form einer Hierarchie die Verwendung anerkannter und üblicher Standards und Leitlinien, soweit dies möglich und sinnvoll ist, vor der Verwendung eigener Ausarbeitungen des öffentlichen Auftraggebers vor, die dieser nur im Ausnahmefall erstellen soll (S/A/F/T/Rz 19 zu § 76). Der Senat hält die von der Antragsgegnerin für alle einschlägigen Beschaffungsvorgänge anzuwendenden Bestimmungen der WD 314 daher für eine geeignete Leitlinie im Sinne des § 99 Abs. 2 BVergG 2006, die zulässigerweise auch dem gegenständlichen Beschaffungsvorgang zugrunde gelegt werden kann. [...]"

"[...] Ungeachtet der fundierten Ausführungen der Antragstellerin zu diesem Problem hält der Senat dafür, dass anders als bei rein technischen Normen zur Leistungsbeschreibung (Paragraph 97, BVergG 2006) bei den sogenannten "Vertragsnormen" alle Leitlinien "geeignet" (sind), wenn sie den in Paragraph 99, Absatz eins, BVergG 2006 normierten Anforderungen an einen eindeutigen Leistungsvertrag Rechnung tragen" (S/a/F/T Rz 117 und 118 zu Paragraph 99,). Ausgehend von der Textierung des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 ist abzuleiten, dass der

Gesetzgeber nicht ausschließlich auf das Bestehen von ÖNORMEN abstellt, sondern auch andere standardisierte Leitlinien als geeignet ansieht. Die WD 314 enthalten Regelungen zu allen in Paragraph 99, Absatz eins, BVergG 2006 aufgelisteten, verpflichtenden Inhalten des Leistungsvertrages. Sie sind auch allgemein zugänglich und können von allen interessierten Teilnehmern an Vergabeverfahren der Antragsgegnerin beschafft werden. Die zitierte Bestimmung überlässt es auch dem Auftraggeber, aus mehreren zur Verfügung stehenden, geeigneten Leitlinien eine für seinen Beschaffungsvorgang zweckmäßige auszuwählen. Dass mehrere Leitlinien im Sinne des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 vorhanden sind, ist etwa im Beitrag von Elsner, "Die neue ÖNORM A 2050", zu entnehmen, in der 18 ÖNORMEN und 11 Leistungsbeschreibungen angeführt sind. Das Gebot der Heranziehung geeigneter Leitlinien, worunter auch solche verstanden werden können, die für Lieferungen oder Dienstleistungen in einer bestimmten Branche vorhanden sind und üblicherweise in dieser Branche auch verwendet werden, und ÖNORMEN ist als bloße Anwendung bestimmter, allgemein anerkannter Standards zu verstehen. Die Standardisierung von Leistungsmerkmalen von Dienstleistungen und Produkten hat den Zweck, Leistungen und Produkte besser vergleichbar zu machen, was für die Vergabe durch öffentliche Auftraggeber von besonderer Bedeutung ist und zum Wesen der öffentlichen Auftragsvergabe gehört. Vergaberegeln streben nämlich eine rationale, nicht diskriminierende und kostensparende Vergabe an, die ohne eine derartige Vergleichbarkeit innerhalb des öffentlichen Sektors kaum erreichbar ist. Eine Standardisierung liegt daher im öffentlichen Interesse (vergleiche VfGH 3.9.2007, G 174/06). Wenn daher ein Auftraggeber, der zahlreiche einschlägige Aufträge laufend zu vergeben hat, bei seinen Ausschreibungen Abweichungen von bestehenden Leitlinien oder ÖNORMEN vornimmt und dies wegen der großen Anzahl der anfallenden Beschaffungsvorgänge in einer eigenen Leitlinie zusammenfasst (wobei er die Abweichungen von bereits bestehenden ÖNORMEN kenntlich macht), die so von ihm originär geschaffene Leitlinie den Vorgaben des Paragraph 99, Absatz eins, BVergG 2006 entspricht und diese Leitlinie überdies allgemein zugänglich ist, handelt es sich dabei um eine "geeignete Leitlinie" im Sinne des Gesetzes. Der Gesetzgeber stellt dabei keineswegs auf ein konsensuales Zustandekommen der von ihm als "geeignet" bezeichneten Leitlinien ab. Der Gesetzgeber sieht viel mehr in Form einer Hierarchie die Verwendung anerkannter und üblicher Standards und Leitlinien, soweit dies möglich und sinnvoll ist, vor der Verwendung eigener Ausarbeitungen des öffentlichen Auftraggebers vor, die dieser nur im Ausnahmefall erstellen soll (S/A/F/T/Rz 19 zu Paragraph 76.). Der Senat hält die von der Antragsgegnerin für alle einschlägigen Beschaffungsvorgänge anzuwendenden Bestimmungen der WD 314 daher für eine geeignete Leitlinie im Sinne des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006, die zulässigerweise auch dem gegenständlichen Beschaffungsvorgang zugrunde gelegt werden kann. [...]"

Der erkennende Senat sieht sich nicht veranlasst, von dieser oben wiedergegebenen Rechtsansicht abzugehen und hält daher weiterhin die WD 314 für eine geeignete Leitlinie im Sinne der Bestimmungen des § 99 Abs. 2 BVergG 2006. Selbst wenn man diese Rechtsansicht nicht teilen wollte, ist in den WD 314 jedenfalls eine vergaberechtskonforme Abweichung von bestehenden Normen bzw. Leitlinien zu erblicken, zumal keine der von der Antragstellerin angefochtenen Bestimmungen - wie nachfolgend festzustellen sein wird - als sittenwidrig zu werten ist. Auch mit diesem Problem hat sich der Senat im Verfahrens VKS - 3600/12 befasst und dazu in seinem Bescheid vom 6.6.2012 Folgendes ausgeführt: Der erkennende Senat sieht sich nicht veranlasst, von dieser oben wiedergegebenen Rechtsansicht abzugehen und hält daher weiterhin die WD 314 für eine geeignete Leitlinie im Sinne der Bestimmungen des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006. Selbst wenn man diese Rechtsansicht nicht teilen wollte, ist in den WD 314 jedenfalls eine vergaberechtskonforme Abweichung von bestehenden Normen bzw. Leitlinien zu erblicken, zumal keine der von der Antragstellerin angefochtenen Bestimmungen - wie nachfolgend festzustellen sein wird - als sittenwidrig zu werten ist. Auch mit diesem Problem hat sich der Senat im Verfahrens VKS - 3600/12 befasst und dazu in seinem Bescheid vom 6.6.2012 Folgendes ausgeführt:

"[...] Zutreffend verweist die Antragsgegnerin darauf, dass dann, wenn die WD 314 nicht als geeignete Leitlinie angesehen würden, es sich bei den angefochtenen Festlegungen um vergaberechtskonforme Abweichungen von der bestehenden ÖNORM B 2110 handelte. Dass ein Auftraggeber von geeigneten Leitlinien, wie ÖNORMEN in einzelnen Punkten abweichende Festlegungen treffen darf, regelt § 99 Abs. 2 zweiter Satz BVergG 2006. Auch nach Ansicht des Senates erfüllen die WD 314 diese Voraussetzungen. Die WD 314 übernehmen weitestgehend die Bestimmungen der ÖNORM B 2110 und enthalten lediglich in einigen wenigen - für den Auftragnehmer kenntlich gemachten Punkten - Abweichungen, die von der Antragsgegnerin mit den Besonderheiten der Stadt Wien als größter Kommune Österreichs nachvollziehbar begründet werden. Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang vorbringt, die gravierenden Abweichungen von der ÖNORM B 2110 würden einen Verstoß gegen das allgemeine Sachlichkeitsgebot darstellen und

gegen den Grundsatz einer sachbezogenen Festlegung von Ausschreibungsinhalten verstoßen, vermag der Senat diese Ansicht nicht zu teilen. Eine Überprüfung geeigneter Leitlinien am Maßstab der Grundsätze des § 19 Abs. 1 BVergG 2006 findet keine Grundlage in den vergaberechtlichen Bestimmungen. Vertragliche Bestimmungen, wie gegenständlich in den WD 314 festgehalten, können, wenn sie von geeigneten Leitlinien abweichen sollten, nur am Maßstab der Sittenwidrigkeit geprüft werden. Beurteilt man die WD 314 unter dem Gesichtspunkt einer von der ÖNORM B 2110 abweichenden Festlegung, erweist sich auch dies als unproblematisch. Die WD 314 übernehmen weitestgehend die ÖNORM B 2110 und weichen lediglich in einigen wenigen, deutlich hervorgehobenen Punkten ab, womit sie den Vorgaben des § 99 Abs. 2 BVergG 2006 entsprechen. Die angefochtenen Abweichungen von der ÖNORM B 2110 wären nur dann vergaberechtlich unzulässig, wenn sie sittenwidrig sind. Darauf, ob eine abweichende Festlegung für den Auftragnehmer nachteiliger ist kommt es nicht an. Ebenso wenig muss eine von der ÖNORM bzw. einer geeigneten Leitlinie abweichende Bestimmung sachlich gerechtfertigt werden. Dazu ist auf die Gesetzesmaterialien zu § 99 Abs. 2 BVergG 2006 zu verweisen (vgl. RV 1171 Blg NR XXII, GP). Nach den Materialien sind die Abweichungen in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich offenzulegen. Die Gründe für die Abweichungen müssen hingegen nicht bereits in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben werden. Der Auftraggeber muss die Gründe jedoch schriftlich in seiner internen Vergabedokumentation festhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekannt geben (AB 1245 Blg NR XXII, GP 10). Eine derartige Anfrage nach § 99 Abs. 2 letzter Satz BVergG 2006 hat die Antragstellerin bisher an die Antragsgegnerin nicht gerichtet. Dass die von der Antragstellerin angefochtenen Bestimmungen in den WD 314 sittenwidrig wären, ist nicht gegeben, Derartiges wurde auch konkret von der Antragstellerin gar nicht vorgebracht. [...]“[...] Zutreffend verweist die Antragsgegnerin darauf, dass dann, wenn die WD 314 nicht als geeignete Leitlinie angesehen würden, es sich bei den angefochtenen Festlegungen um vergaberechtskonforme Abweichungen von der bestehenden ÖNORM B 2110 handelte. Dass ein Auftraggeber von geeigneten Leitlinien, wie ÖNORMEN in einzelnen Punkten abweichende Festlegungen treffen darf, regelt Paragraph 99, Absatz 2, zweiter Satz BVergG 2006. Auch nach Ansicht des Senates erfüllen die WD 314 diese Voraussetzungen. Die WD 314 übernehmen weitestgehend die Bestimmungen der ÖNORM B 2110 und enthalten lediglich in einigen wenigen - für den Auftragnehmer kenntlich gemachten Punkten - Abweichungen, die von der Antragsgegnerin mit den Besonderheiten der Stadt Wien als größter Kommune Österreichs nachvollziehbar begründet werden. Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang vorbringt, die gravierenden Abweichungen von der ÖNORM B 2110 würden einen Verstoß gegen das allgemeine Sachlichkeitsgebot darstellen und gegen den Grundsatz einer sachbezogenen Festlegung von Ausschreibungsinhalten verstoßen, vermag der Senat diese Ansicht nicht zu teilen. Eine Überprüfung geeigneter Leitlinien am Maßstab der Grundsätze des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 findet keine Grundlage in den vergaberechtlichen Bestimmungen. Vertragliche Bestimmungen, wie gegenständlich in den WD 314 festgehalten, können, wenn sie von geeigneten Leitlinien abweichen sollten, nur am Maßstab der Sittenwidrigkeit geprüft werden. Beurteilt man die WD 314 unter dem Gesichtspunkt einer von der ÖNORM B 2110 abweichenden Festlegung, erweist sich auch dies als unproblematisch. Die WD 314 übernehmen weitestgehend die ÖNORM B 2110 und weichen lediglich in einigen wenigen, deutlich hervorgehobenen Punkten ab, womit sie den Vorgaben des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 entsprechen. Die angefochtenen Abweichungen von der ÖNORM B 2110 wären nur dann vergaberechtlich unzulässig, wenn sie sittenwidrig sind. Darauf, ob eine abweichende Festlegung für den Auftragnehmer nachteiliger ist kommt es nicht an. Ebenso wenig muss eine von der ÖNORM bzw. einer geeigneten Leitlinie abweichende Bestimmung sachlich gerechtfertigt werden. Dazu ist auf die Gesetzesmaterialien zu Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 zu verweisen vergleiche Regierungsvorlage 1171 Blg NR römisch 22 , Gesetzgebungsperiode Nach den Materialien sind die Abweichungen in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich offenzulegen. Die Gründe für die Abweichungen müssen hingegen nicht bereits in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben werden. Der Auftraggeber muss die Gründe jedoch schriftlich in seiner internen Vergabedokumentation festhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekannt geben Ausschussbericht 1245 Blg NR römisch 22 , Gesetzgebungsperiode 10). Eine derartige Anfrage nach Paragraph 99, Absatz 2, letzter Satz BVergG 2006 hat die Antragstellerin bisher an die Antragsgegnerin nicht gerichtet. Dass die von der Antragstellerin angefochtenen Bestimmungen in den WD 314 sittenwidrig wären, ist nicht gegeben, Derartiges wurde auch konkret von der Antragstellerin gar nicht vorgebracht. [...]“

Bereits aus diesen Gründen war dem Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung nicht Folge zu geben.

Im Folgenden werden die einzelnen, hilfsweise geltend gemachten Anfechtungspunkte zunächst beginnend mit den angefochtenen Festlegungen in den WD 314 behandelt. Zu Punkt 6.1.1.3 betreffend Punkt 2.1.1 (Beginn der Leistung,

Zwischentermine)

Die Festlegung lautet:

"[...] Der AN hat das Leistungsziel unter Bedachtnahme auf die wöchentliche Normalarbeitszeit zu erreichen. Arbeitszeiten über die wöchentliche Normalarbeitszeit hinaus sowie Nacht-, Samstag-, Sonn- und Feiertagsarbeiten, ferner Arbeiten im Mehrschichtbetrieb, bedürfen der Zustimmung des AG. Bei Durchführung von Vorbereitungs-, Abschluss- und Sicherungsarbeiten außerhalb der Normalarbeitszeit ist eine zeitgerechte Anmeldung beim AG erforderlich. [...]"

Die Antragstellerin erblickt in dieser Regelung eine massive Einschränkung ihrer Dispositionsfähigkeit, weil in keiner Weise kalkulierbar sei, ob die Auftraggeberin Arbeiten nach 18 Uhr genehmigen werde oder nicht. Durch diese Klausel gingen der Antragstellerin im Ergebnis 10 Wochenarbeitsstunden verloren, weil nach dem Wiener Baulärmgesetz Arbeiten zwischen 18 Uhr und 20 Uhr zulässig wären.

Die Antragsgegnerin weist darauf hin, dass bei der Leistungserbringung, die in aller Regel in bewohnten Mehrfamilienwohnhäusern erfolge, eine mögliche Schonung der anderen Mieter gewährleistet sein soll. Dazu verweist sie auch auf Punkt 4 der Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge, die gemäß Punkt 1 der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge den Festlegungen in den WD 314 vorangingen, wonach Arbeiten, sofern der Auftraggeber nichts anderes bestimmt, nur werktags von Montag bis Freitag zwischen 7 Uhr und 18 Uhr vorgenommen werden dürften. Diese Festlegung in den Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge stelle eine lex specialis zur WD 314 dar. Diese Festlegung sei von der Antragstellerin jedoch gar nicht angefochten worden.

Der Senat hält die angefochtene Festlegung weder für einen Bieter benachteiligend noch eine Kalkulation erschwerend. Zunächst ist darauf zu verweisen, dass die WD 314 Arbeiten außerhalb der Normalarbeitszeiten nicht ausschließen. Mit Zustimmung des Auftraggebers sind Arbeiten auch außerhalb der Normalarbeitszeit im Einzelfall durchaus zulässig. Allerdings soll ein Auftraggeber nicht damit rechnen, dass die Leistungen generell außerhalb, sondern eben innerhalb der Normalarbeitszeit zu erbringen sind, um - worauf die Antragsgegnerin zutreffend verweist - eine Belästigung der anderen Mieter möglichst zu unterbinden. In der angefochtenen Festlegung kann auch nicht eine Einschränkung der Regelarbeitszeit, die zu einer Verlängerung der Bauarbeiten führt, erblickt werden, da jeder Unternehmer zur fristgerechten Durchführung der Arbeiten eben mehr Personal einsetzen kann. Da diese Regelung für alle Bieter gleich ist und entsprechend in ihrer Kalkulation berücksichtigt werden muss, kann eine Benachteiligung der Antragstellerin nicht erblickt werden. Dazu kommt, dass eine Vielzahl der nach dem Rahmenvertrag zu erbringenden kleinteiligen Leistungen grundsätzlich nicht mit den Methoden des Projektmanagements abgewickelt werden. Sie sind schon wegen des geringen Umfanges leichter zu planen, sodass auch die notwendige Arbeitszeit leichter abzuschätzen sein wird, als bei größeren Aufträgen. Letztlich ist aber auch zu berücksichtigen, dass die Auftraggeberin die Verpflichtung der Überwachung der Arbeiten (örtliche Bauaufsicht) trifft, was außerhalb der Normalarbeitszeit nur möglich ist, wenn die darüber hinausgehenden Arbeiten angemeldet werden. Der Senat hält die angefochtene Festlegung als sachlich gerechtfertigt, die überdies keine besondere Belastung für einen Auftragnehmer bedeutet und auch die Kalkulation eines Angebotes nicht erschwert. Dem Antrag auf Nichtigerklärung dieser Festlegung war daher nicht stattzugeben.

Zu Punkt 6.1.1.4 bezüglich Punkt 2.2.8.10.6 zweiter Absatz (Prüfanstalt)

Die angefochtene Festlegung lautet:

"[...] Bei Meinungsverschiedenheiten über die Eigenschaften von Materialien oder Leistungsteilen, für die allgemein gültige Prüfverfahren bestehen, oder bei Meinungsverschiedenheiten über die Zuverlässigkeit der bei der Prüfung angewendeten Maschinen und des Prüfverfahrens gilt die Versuchs- und Forschungsanstalt der Stadt Wien für die materialtechnische Untersuchung als vereinbart, soweit deren Einrichtungen für den Prüffall ausreichen. Das Ergebnis solcher Prüfungen gilt als anerkannt. [...]"

Dazu führt die Antragstellerin aus, bei der Versuchs- und Forschungsanstalt der Stadt Wien handle es sich um die MA 39. Von einer unabhängigen Prüfanstalt könne deshalb nicht ausgegangen werden, da die MA 39 dem direkten Weisungsrecht des amtsführenden Stadtrates für Wohnen, Wohnbau und Stadterneuerung unterliege. Des Weiteren habe auch der Bürgermeister ein Weisungsrecht über die Magistratsabteilung gemäß der Geschäftsordnung für den Magistrat der Stadt Wien. Es sei sohin eine direkte Einflussnahme durch die der Auftraggeberin übergeordnete Stelle

möglich und nicht auszuschließen. Dies ergebe sich schon alleine daraus, dass die Auftraggeberin massive wirtschaftliche Eigeninteressen habe. "Auch ist die Auftraggeberin massiv verschuldet, weshalb im Streitfall umso mehr eine Einflussnahme von Seiten der Stadt Wien nicht auszuschließen" sei. Eine unabhängige Prüfinstanz sei deshalb nicht gegeben. Auch die auf der Homepage der MA 39 angeführten Zertifizierungen vermögen diesen Umstand nicht zu beheben.

Die Antragsgegnerin verweist zunächst darauf, dass die Versuchs- und Forschungsanstalt - Labor für Bautechnik der MA 39 durch das Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend gemäß Akkreditierungsgesetz und das Österreichische Institut für Bautechnik (OIB) gemäß Wiener Bauprodukte- und Akkreditierungsgesetz bevollmächtigt sei. Außerdem sei die MA 39 mehrfach zertifiziert. Es handle sich bei ihr um eine anerkannte Prüfstelle für die Bauregelliste des Deutschen Instituts für Bautechnik, für das Europäische Gütezeichen, Registered Laboratory, der Österreichischen Vereinigung für das Gas- und Wasserfach und des Güteschutzverbandes Rohre im Siedlungswasserbau sowie um ein Mitglied des Verbandes der Materialprüfungsanstalten und der Europäischen Gruppe der Brandschutzlaboratorien. Die Eignung dieser Magistratsabteilung könne ernsthaft nicht in Frage gestellt werden.

Zur Eignung der MA 39 hat der Senat in der bereits mehrfach zitierten Entscheidung vom 6.6.2012, VKS - 3600/12 wie folgt festgehalten:

"[...] Bei der Versuchs- und Forschungsanstalt - Labor für Bautechnik der MA 39 handelt es sich um eine zertifizierte Prüfstelle, die ihre Prüfungen nach allgemein genormten Prüfabläufen durchzuführen hat. Wie ihrer Homepage zu entnehmen ist, weist sie zahlreiche Zertifizierungen auf und ist auch eine anerkannte Prüfstelle für die Bauregelliste des deutschen Institutes für Bautechnik (DIBT) und für das europäische Gütezeichen (KEY-MARK) etc. Bei Ausübung ihrer Tätigkeit ist sie unabhängig und weisungsfrei und unterliegt der strengen Haftung eines Sachverständigen nach §§ 1299 f ABGB. Dazu kommt, dass die angefochtene Festlegung die Anrufung der Prüfstelle regelt, sofern es sich um Meinungsverschiedenheiten über die Eigenschaften von Materialien oder Leistungsteilen, für die allgemein gültige Prüfverfahren bestehen, handelt. Durch den Hinweis auf die "allgemein gültigen Prüfverfahren" ist jedenfalls gewährleistet, dass sich die MA 39 bei Anrufung und Prüfung an objektive, allgemein gültige Vorschriften zu halten hat, sodass das Ergebnis dieser Überprüfung leicht nachvollzogen und kontrolliert werden kann. Jedenfalls schließt diese Bestimmung nicht aus, dass ein Auftragnehmer, sofern er Mängel an dem nach Abs. 2 der angefochtenen Festlegung eingeholten Gutachten vermutet, seinerseits ein Gutachten eines weiteren Institutes einholen kann. [...]"

"[...] Bei der Versuchs- und Forschungsanstalt - Labor für Bautechnik der MA 39 handelt es sich um eine zertifizierte Prüfstelle, die ihre Prüfungen nach allgemein genormten Prüfabläufen durchzuführen hat. Wie ihrer Homepage zu entnehmen ist, weist sie zahlreiche Zertifizierungen auf und ist auch eine anerkannte Prüfstelle für die Bauregelliste des deutschen Institutes für Bautechnik (DIBT) und für das europäische Gütezeichen (KEY-MARK) etc. Bei Ausübung ihrer Tätigkeit ist sie unabhängig und weisungsfrei und unterliegt der strengen Haftung eines Sachverständigen nach Paragraphen 1299, f ABGB. Dazu kommt, dass die angefochtene Festlegung die Anrufung der Prüfstelle regelt, sofern es sich um Meinungsverschiedenheiten über die Eigenschaften von Materialien oder Leistungsteilen, für die allgemein gültige Prüfverfahren bestehen, handelt. Durch den Hinweis auf die "allgemein gültigen Prüfverfahren" ist jedenfalls gewährleistet, dass sich die MA 39 bei Anrufung und Prüfung an objektive, allgemein gültige Vorschriften zu halten hat, sodass das Ergebnis dieser Überprüfung leicht nachvollzogen und kontrolliert werden kann. Jedenfalls schließt diese Bestimmung nicht aus, dass ein Auftragnehmer, sofern er Mängel an dem nach Absatz 2, der angefochtenen Festlegung eingeholten Gutachten vermutet, seinerseits ein Gutachten eines weiteren Institutes einholen kann. [...]"

Der Senat hält die angefochtene Bestimmung als sachlich gerechtfertigt und nicht im Widerspruch zu vergaberechtlichen Grundsätzen stehend. Der Antrag auf Nichtigerklärung derselben war daher abzuweisen.

Zu Punkt 6.1.1.5 betreffend Punkt 4.4.1.2 (Schluss- und Teilrechnung)

Die angefochtene Bestimmung lautet:

"Schluss- oder Teilschlussrechnungen sind 3 Monate nach Eingang der Rechnung bei der vom AG bekannt gegebenen Stelle fällig, sofern keine andere Frist vereinbart wurde. [...]"

Hier macht die Antragstellerin geltend, dass das von der Auftraggeberin gewählte Zahlungsziel von drei Monaten "auf jeden Fall unverhältnismäßig lang" sei und damit auch die Richtlinie 2011/7/EU über die Wahl des Zahlungszieles nicht beachtet werde. Nach dieser Richtlinie sei ein Zahlungsziel von 30 Tagen vorgesehen.

Dazu hat die Antragsgegnerin vorgebracht, dass die Richtlinie 2011/7/EU ("Zahlungsverzugs - RL") eine innerstaatliche Umsetzungsverpflichtung erst mit 16.3.2013 vorsehe. Die in den WD 314 vorgesehenen Zahlungsfristen würden der derzeit geltenden Rechtslage entsprechen.

Zutreffend ist, dass die von der Antragstellerin angezogene Richtlinie 2011/7/EU, "Zahlungsverzugs-RL", den innerstaatlichen Gesetzgeber zur Umsetzung eine Frist mit 16.3.2012 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 16.3.2012 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.

Zu Punkt 6.1.1.6 betreffend Punkt 4.4.1.6 und 4.4.3 (große und unsachliche Differenz bei Zinssätzen)

Punkt 4.4.1.6 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.. [...]"

Die Festlegung zu Punkt 4.4.3, letzter Absatz, lautet:

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

Die Antragstellerin erblickt in diesen Festlegungen eine grob unsachliche Differenzierung bei den (Verzugs-)Zinssätzen. Selbst wenn man die Richtlinie 2011/7/EU nicht in Betracht ziehe, liege auf jeden Fall eine gröbliche Benachteiligung vor, diese deutliche Abweichung der Auftraggeberin von dieser Regelung zu Lasten des Auftragnehmers entbehre jedenfalls einer sachlichen Rechtfertigung. Mit dieser Regelung verstoße die Auftraggeberin auch gegen den Grundsatz des fairen Wettbewerbs.

Dazu verweist die Antragsgegnerin zunächst darauf, dass die Regelungen der §§ 352, 353 UGB nicht zwingendes Recht wären. Sie können daher jederzeit abbedungen bzw. geändert werden. Dazu verweist die Antragsgegnerin zunächst darauf, dass die Regelungen der Paragraphen 352, 353, UGB nicht zwingendes Recht wären. Sie können daher jederzeit abbedungen bzw. geändert werden.

Der Zinssatz von 9 % pro Jahr komme lediglich bei Überzahlungen der Schlussrechnungen zum Tragen. Eine Überzahlung einer Schlussrechnung könne es nur dann geben, wenn der Auftragnehmer eine falsche Rechnung lege und zu viel verrechnet habe.

Mit der Beurteilung dieser Frage, ob es sich um eine vergaberechtswidrige Bestimmung handelt, hat sich der Senat bereits in einem vorangegangenen Verfahren befasst. In seinem Bescheid vom 6.6.2012, VKS - 4016/12 hat er dazu ausgeführt:

"[...] Nach Punkt 4.4.1.6 führen nicht fristgerechte Zahlungen ab Ende der Zahlungsfrist zu Zinsen in der Höhe von 4%. In Punkt 4.4.3 der WD 314 ist geregelt, dass bei Überzahlung der Schlussrechnung von ihrem Eintritt an dieser Betrag mit 9% zu verzinsen ist. Diese Bestimmung betrifft nur Schlussrechnungen, jedoch keine Teilzahlungen. Die Erstellung der Schlussrechnung und der zugehörigen Ausmaßerstellung erfolgt durch den Auftragnehmer und sollte von diesem mit besonderer Sorgfalt vorgenommen werden. Eine Überzahlung der Schlussrechnung kann es sohin nur geben, wenn der Auftragnehmer bei deren Erstellung Fehler gemacht und zu viel verrechnet hat. In diesem Sinne wurde die Überzahlung von ihm verursacht, weshalb es nicht unbillig erscheint, ihn dafür mit den höheren Zinsen für den Überzahlungsbetrag zu belasten. Seine Schutzwürdigkeit ist in diesem Sinne in geringerem Ausmaß gegeben als jene des Auftraggebers. Dazu kommt, worauf die Antragsgegnerin zutreffend verweist, dass der Zinssatz von 9% sich ohnedies an den von der Antragstellerin geforderten 8% über dem Basiszinssatz (siehe Antrag Pkt. 6.1.9) orientiert. Im Hinblick auf diesen Sachverhalt vermag der Senat in der angefochtene Bestimmung keine eine Kalkulation des Angebotes erschwerende Festlegung zum Nachteil der Auftragnehmerin zu erblicken."

Aus den wiedergegebenen Überlegungen war daher dem Antrag auf Nichtigerklärung der beiden Festlegungen nicht Folge zu geben.

Zu Punkt 6.1.1.7 betreffend Punkt 6.6.2 (Rechtsfolgen der Übernahme)

Die angefochtene Bestimmung lautet:

"Übernimmt der AG die Leistung trotz Mängel, bedeutet dies keinen Verzicht auf seine Gewährleistungsansprüche. [...]"

Die Antragstellerin bekämpft diese Festlegung mit der Begründung, die Antragsgegnerin habe die entsprechende Regelung der ÖNORM B 2110 verkürzt.

Es fehle der Halbsatz "... dies gilt aber nicht für nicht gerügte offensichtliche

Mängel". Mit dieser Regelung umgehe die Antragsgegnerin ihre Kontrollpflichten bei der Übernahme, was aus rechtlicher Sicht unzulässig sei. Eine solche Abänderung einer elementaren Pflicht der Auftraggeberin sei auf jeden Fall als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs. 3 ABGB anzusehen. Mängel". Mit dieser Regelung umgehe die Antragsgegnerin ihre Kontrollpflichten bei der Übernahme, was aus rechtlicher Sicht unzulässig sei. Eine solche Abänderung einer elementaren Pflicht der Auftraggeberin sei auf jeden Fall als gröblich benachteiligend im Sinne des Paragraph 879, Absatz 3, ABGB anzusehen.

Dazu verweist die Antragsgegnerin zunächst darauf, dass gemäß Punkt 6 des Angebotsformblattes MD-BD - SR 75 keine Übernahme der erbrachten Leistungen erfolgt. Wegen der Kleinteiligkeit der Einzelaufträge sei eine förmliche Übernahme der erbrachten Leistungen im Einzelfall unwirtschaftlich.

Zutreffend ist, dass gemäß Punkt 6 des von der Antragstellerin im Übrigen gar nicht angefochtenen Angebotsformblatts MD BD - SR 75 eine förmliche Übernahme der erbrachten Leistungen nicht vorgesehen ist. Diese Bestimmung geht jedenfalls den Bestimmungen der WD 314 voraus (Punkt 1 der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge). Da, wie sich aus Punkt 6 des Angebotsformblattes ergibt, eine förmliche Übernahme der erbrachten Leistungen nicht erfolgt, ist auch keine Möglichkeit dafür gegeben, Mängel festzustellen oder offensichtliche Mängel bei einer förmlichen Übernahme zu rügen. Der gerügte Wegfall des Halbsatzes im Punkt 10.6.2 der ÖNORM B 2110 stellt nach Ansicht des Senates keinen die Antragstellerin selbst bei Legung eines Angebotes benachteiligenden oder belastenden Umstand dar. Dem Antrag auf Nichtigerklärung dieser Festlegung war daher nicht stattzugeben.

Zu Punkt 6.1.1.8 betreffend Punkt 8.2.3.3 (Geltendmachung von Mängeln)

Die bekämpfte Festlegung lautet:

"Treten Mängel innerhalb der Gewährleistungsfrist auf, wird vermutet, dass diese Mängel zum Zeitpunkt der Übernahme vorhanden waren. Die Vermutung tritt nicht ein, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist".

In dieser Festlegung erblickt die Antragstellerin eine "ganz besonders gravierende Abweichung von der ÖNORM B 2110", die zu ihren Lasten ginge. Diese Regelung stelle die Antragstellerin "vor ein unlösbares Beweisproblem". So sei es für sie ein Jahr nach Übernahme unmöglich zu beweisen, dass der Mangel zum Zeitpunkt der Übernahme nicht vorhanden war. Nicht ohne Grund geht die ÖNORM B 2110 von einer Gewährleistungszeit von drei Jahren, aber von der Umkehr der Beweislast innerhalb der ersten sechs Monate aus. In der bekämpften Bestimmung sei ein Verstoß gegen § 879 Abs. 3 ABGB zu erblicken. In dieser Festlegung erblickt die Antragstellerin eine "ganz besonders gravierende Abweichung von der ÖNORM B 2110", die zu ihren Lasten ginge. Diese Regelung stelle die Antragstellerin "vor ein unlösbares Beweisproblem". So sei es für sie ein Jahr nach Übernahme unmöglich zu beweisen, dass der Mangel zum Zeitpunkt der Übernahme nicht vorhanden war. Nicht ohne Grund geht die ÖNORM B 2110 von einer Gewährleistungszeit von drei Jahren, aber von der Umkehr der Beweislast innerhalb der ersten sechs Monate aus. In der bekämpften Bestimmung sei ein Verstoß gegen Paragraph 879, Absatz 3, ABGB zu erblicken.

Die Antragsgegnerin hat dazu vorgebracht, dass gemäß Punkt 6 des Angebotsformulars eine förmliche Übernahme wegen der Kleinteiligkeit der Aufträge unwirtschaftlich und daher nicht vorgesehen wäre. Ohne Vermutungsregel müsste vor Ablauf der Sechsmonatsfrist eine (unwirtschaftliche) Zwischenfeststellung erfolgen. Diese Vermutungsregelung gelte auch nicht uneingeschränkt, sie trete immer dann nicht ein, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar sei.

Auch mit dieser Frage hat sich der Senat in seiner Entscheidung vom 6.6.2012 zu VKS - 3600/12 auseinandergesetzt und dazu ausgeführt:

"[...] Der ÖNORM B 2110, Punkt 12.2.3.3, liegt eine asymmetrische Regelung zu Grunde. Bei zwei Jahren Gewährleistungsfrist beträgt die Vermutungsfrist nur sechs Monate, danach muss der Auftraggeber beweisen, dass der Mangel bei der Übernahme vorlag. Dies wollten die WD 314 offenbar ausgleichen, auch um eine Zwischenschlussfeststellung zu vermeiden, und wird dies auch im Angebotsformblatt MD BD-SR 75 in Punkt 6 festgehalten, weil im Hinblick auf die Kleinteiligkeit der Aufträge eine förmliche Übernahme unüblich und für beide Teile unwirtschaftlich wäre. Ohne die angefochtene Regelung müsste eine Zwischenfeststellung des Zustandes vor Ablauf der Sechsmonatsfrist erfolgen. Wie das Nachprüfungsverfahren ergeben hat, ist die angefochtene Regelung in der Baubranche üblich, da Mängel der Leistungserbringung in der Regel erst nach der nächsten Heizperiode, also zumeist nach Ablauf der sechs Monatsfrist, zutage treten. Diesem Standpunkt hat die Antragstellerin auch in der mündlichen Verhandlung vom 6.6.2012 insoweit Rechnung getragen, als sie erklärte, dass es üblich sei, "dass im Baugewerbe Gewährleistungsregeln nach den diversen Auftragsgegenständen" festgelegt werden. Sie hält jedoch eine Gewährleistungsdauer von drei Jahren für überschießend, "ein Jahr wäre ... sachlich gerechtfertigt (eine Witterungsperiode, Protokoll Seite 6)". Der Senat hält die angefochtene Bestimmung im Hinblick auf die zu erbringenden Leistungen für durchaus sachgerecht und für einen Auftragnehmer nicht in einem derartigen Umfang belastend, dass er bei der Kalkulation seines Angebotes diesbezüglich ein nicht kalkulierbares Risiko übernehmen müsste. [...]"

Der Senat sieht sich nicht veranlasst, von dieser seiner Rechtsansicht abzugehen, weshalb der Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen Festlegung abzuweisen war.

Zu Punkt 6.1.1.9 betreffend Punkt 8.3 (Schadenersatz allgemein)

Die konkret angefochtene Festlegung lautet:

"8.3.1: Der AN haftet, sofern im Vertrag nichts Abweichendes festgelegt ist, nach den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen.

Der AG haftet dem AN lediglich für grobes Verschulden. Im Falle der groben Fahrlässigkeit besteht sowohl für den AG als auch für den AN allerdings nur ein Anspruch auf Ersatz des tatsächlichen Schadens, nicht jedoch des entgangenen Gewinns. [...]"

In diesen Bestimmungen erblickt die Antragstellerin ein krasses Missverhältnis aufgrund der asymmetrischen Regelung der Haftung beider Vertragspartner. Hafte die Auftragnehmerin nach den Bestimmungen des ABGB (also

nach dem Sorgfaltsmaßstab eines Sachverständigen), so hafte die Auftraggeberin nur für grobes Verschulden. Es bestehe überhaupt kein Grund, wieso die Auftraggeberin nicht auch nach den Bestimmungen des ABGB haften sollte. Die Auftraggeberin wolle sich mit dieser Regelung von Haftungen frei halten, die der Auftragnehmerin durch Fehlinformationen durch Mitarbeiter/innen der Auftraggeberin entstehen könnten. So sei an die Weitergabe unvollständiger oder unrichtiger Pläne durch die Auftraggeberin zu denken, was nach der Judikatur des Obersten Gerichtshofes ein Mitverschulden der Auftraggeberin begründen würde. Diese Haftung solle offenbar durch die angefochtene Regelung ausgeschlossen werden.

Dazu hat die Antragsgegnerin ausgeführt, dass die angefochtene Regelung nicht gegen zwingendes Recht verstoße und im Übrigen der täglichen Baupraxis entspreche. Es könne der Antragstellerin kein Nachteil dadurch erwachsen, dass sie nach den Bestimmungen des ABGB hafte, noch dazu vor dem Hintergrund, dass die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen durchaus gefahrgeneigt seien. Ein Schadenseintritt durch die Weitergabe unrichtiger Pläne durch die Auftraggeberin sei nach den Ausschreibungsunterlagen ausgeschlossen, da die Planungsleistung dem Auftragnehmer obliege.

Es trifft zu, dass nach den Ausschreibungsunterlagen (siehe etwa OG 20 der Leistungsverzeichnisse) die Planungsleistungen vom Auftragnehmer zu erbringen sind. Eine Haftung des Auftraggebers für falsche oder unvollständige Pläne scheidet damit aus. Bauleistungen bergen in der Regel eine beträchtliche Gefahr für Leib und Leben, insbesondere dann, wenn sie wie die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen in bewohnten Anlagen ausgeführt werden. Diese Arbeiten sind daher grundsätzlich mit einer besonderen Sorgfalt auszuführen, die eine Haftung des Auftragnehmers nach "allgemein zivilrechtlichen Bestimmungen" verlangt. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass alle vom Auftragnehmer zu vertretenden Schäden (mit Ausnahme vorsätzlich zugefügter) durch die zwingend vorgeschriebene Haftpflichtversicherung gedeckt sein werden. Diese Haftung trifft, was in der Natur der Sache liegt, im Wesentlichen den Auftragnehmer, weil schwer vorstellbar ist, welche Schäden der Auftraggeber verursachen könnte, um dafür zur Haftung herangezogen zu werden (vgl. VKS - 3600/12 v. 6.6.2012). Es trifft zu, dass nach den Ausschreibungsunterlagen (siehe etwa OG 20 der Leistungsverzeichnisse) die Planungsleistungen vom Auftragnehmer zu erbringen sind. Eine Haftung des Auftraggebers für falsche oder unvollständige Pläne scheidet damit aus. Bauleistungen bergen in der Regel eine beträchtliche Gefahr für Leib und Leben, insbesondere dann, wenn sie wie die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen in bewohnten Anlagen ausgeführt werden. Diese Arbeiten sind daher grundsätzlich mit einer besonderen Sorgfalt auszuführen, die eine Haftung des Auftragnehmers nach "allgemein zivilrechtlichen Bestimmungen" verlangt. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass alle vom Auftragnehmer zu vertretenden Schäden (mit Ausnahme vorsätzlich zugefügter) durch die zwingend vorgeschriebene Haftpflichtversicherung gedeckt sein werden. Diese Haftung trifft, was in der Natur der Sache liegt, im Wesentlichen den Auftragnehmer, weil schwer vorstellbar ist, welche Schäden der Auftraggeber verursachen könnte, um dafür zur Haftung herangezogen zu werden vergleiche VKS - 3600/12 v. 6.6.2012).

In der angefochtenen Bestimmung erblickt der Senat keine die Kalkulation eines Angebotes erschwerenden oder gröblich benachteiligenden Bestimmungen, weshalb das diesbezügliche Anfechtungsbegehren abzuweisen war.

Zu Punkt 6.1.1.10 betreffend Punkt 8.7 (Konventionalstrafe bei Lohn- und Sozialdumping)

Die angefochtene Bestimmung lautet:

"Für den Fall, dass einem Arbeitnehmer der ihm zustehende kollektivvertragliche Grundlohn nicht geleistet wird, wird eine Konventionalstrafe vereinbart. Sie beträgt für jeden betroffenen Arbeitnehmer 1% der gesamten Bruttoauftragssumme, mindestens jedoch EUR 2.500,--. Für die gesamte fällige Vertragsstrafe wird ein Höchstbetrag von EUR 250.000,-- festgelegt.

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

In diesen Bestimmungen erblickt die Antragstellerin eine "offene Vertragsstrafe". Damit verstoße sie gegen andere gesetzliche Regelungen, so etwa gegen § 7i AVRAG. Unter Umständen sei ein derartiges Verhalten auch strafrechtlich sanktioniert. Da somit die angefochtenen Regelungen ein Verhalten betreffen, das sowohl verwaltungsrechtlichen als

auch strafrechtlichen Sanktionen unterworfen sei, seien diese Regelungen massiv überschießend und somit rechtswidrig. In diesen Bestimmungen erblickt die Antragstellerin eine "offene Vertragsstrafe". Damit verstoße sie gegen andere gesetzliche Regelungen, so etwa gegen Paragraph 7 i, AVRAG. Unter Umständen sei ein derartiges Verhalten auch strafrechtlich sanktioniert. Da somit die angefochtenen Regelungen ein Verhalten betreffen, das sowohl verwaltungsrechtlichen als auch strafrechtlichen Sanktionen unterworfen sei, seien diese Regelungen massiv überschießend und somit rechtswidrig.

Zu diesem Vorbringen verweist die Antragsgegnerin zunächst auf § 84 Abs. 2 BVergG 2006, wonach ein Auftraggeber verpflichtend in der Ausschreibung vorzusehen habe, dass die Erstellung des Angebotes nach für in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zu erfolgen habe. Um die Einhaltung dieser vertraglichen Pflicht auch sicherstellen zu können, sei die Verletzung der Leistungspflicht mit einer Vertragsstrafe vorgesehen. Warum die Pönalisierung einer vertraglichen Pflicht sittenwidrig sein soll, vermöge die Antragstellerin nicht zu begründen. Überdies lasse § 1336 ABGB Konventionalstrafen ausdrücklich zu. Auch § 99 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 ordne an, dass Vertragsstrafen im Leistungsvertrag festzulegen sind. Ohne derartige Vertragsstrafen wäre die Überbindung der Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Normen nur im Rahmen des § 84 Abs. 2 BVergG 2006 "ein zahnloses Instrumentarium". Zu diesem Vorbringen verweist die Antragsgegnerin zunächst auf Paragraph 84, Absatz 2, BVergG 2006, wonach ein Auftraggeber verpflichtend in der Ausschreibung vorzusehen habe, dass die Erstellung des Angebotes nach für in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zu erfolgen habe. Um die Einhaltung dieser vertraglichen Pflicht auch sicherstellen zu können, sei die Verletzung der Leistungspflicht mit einer Vertragsstrafe vorgesehen. Warum die Pönalisierung einer vertraglichen Pflicht sittenwidrig sein soll, vermöge die Antragstellerin nicht zu begründen. Überdies lasse Paragraph 1336, ABGB Konventionalstrafen ausdrücklich zu. Auch Paragraph 99, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 ordne an, dass Vertragsstrafen im Leistungsvertrag festzulegen sind. Ohne derartige Vertragsstrafen wäre die Überbindung der Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Normen nur im Rahmen des Paragraph 84, Absatz 2, BVergG 2006 "ein zahnloses Instrumentarium".

Der Senat hält die angefochtenen Bestimmungen für sachlich durchaus gerechtfertigt und im Zusammenhang mit den ausgeschriebenen Leistungen für angemessen.

Dazu hat er in seiner Entscheidung vom 6.6.2012 zu VKS - 4016/12 Folgendes ausgeführt:

"[...] Zutreffend ist, dass die Antragsgegnerin aufgrund des Schreibens der Magistratsdirektion vom 13.5.2011, Geschäftsbereich Recht - MD GPR -17/11 verpflichtet

ist, aufgrund des Gemeinderatsbeschlusses vom 29.4.2011" ... für ihren Bereich

zusätzlich zu dem vom Bund beschlossenen Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSDB-G) zur Absicherung der arbeitsrechtlichen Ansprüche von entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern begleitende Maßnahmen" zu setzen. "In Entsprechung dieses Gemeinderatsbeschlusses ist hinkünftig bei allen einschlägigen Vertragsabschlüssen beiliegende Vertragsbestimmung an geeigneter Stelle aufzunehmen. Geht dem Vertragsabschluss ein Vergabeverfahren voraus, wäre die Bestimmung bereits im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen". Diesen Vorgaben hat die Antragsgegnerin mit der Aufnahme des Punktes 8.7 der WD 314 entsprochen. Diese Festlegung, wonach Verstöße gegen arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen über die bestehenden Sanktionsmöglichkeiten hinaus zusätzlich geahndet werden sollen, stehen nicht im Widerspruch zu vergaberechtlichen Bestimmungen. So sieht § 84 BVergG 2006 ausdrücklich die Einhaltung arbeits- und sozialrechtlicher Bestimmungen durch Auftragnehmer vor, wobei der Auftraggeber in der Ausschreibung vorzusehen hat, dass die Erstellung der Angebote für in Österreich zu erbringende Leistungen unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zu erfolgen hat und dass sich der Bieter verpflichtet, bei der Durchführung des Auftrages in Österreich diese Vorschriften einzuhalten. Die Bedeutung dieser Bestimmungen für das öffentliche Beschaffungswesen ergibt sich auch aus § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006, wo Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren unter anderem auszuschließen sind, wenn sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts begangen haben. In der angefochtenen Festlegung erblickt der Senat daher nicht nur die Umsetzung des genannten Gemeinderatsbeschlusses, sondern auch eine Verstärkung der einschlägigen Vorschriften, die ohnedies im BVergG 2006 zum Thema des Lohn- und Sozialdumpings bereits enthalten sind. Auch § 99 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 sieht in den Vertragsbestimmungen die Möglichkeit zur Vereinbarung von Vertragsstrafen ausdrücklich vor. [...] zusätzlich zu dem

vom Bund beschlossenen Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSDB-G) zur Absicherung der arbeitsrechtlichen Ansprüche von entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern begleitende Maßnahmen" zu setzen. "In Entsprechung dieses Gemeinderatsbeschlusses ist hinkünftig bei allen einschlägigen Vertragsabschlüssen beiliegende Vertragsbestimmung an geeigneter Stelle aufzunehmen. Geht dem Vertragsabschluss ein Vergabeverfahren voraus, wäre die Bestimmung bereits im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen". Diesen Vorgaben hat die Antragsgegnerin mit der Aufnahme des Punktes 8.7 der WD 314 entsprochen. Diese Festlegung, wonach Verstöße gegen arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen über die bestehenden Sanktionsmöglichkeiten hinaus zusätzlich geahndet werden sollen, stehen nicht im Widerspruch zu vergaberechtlichen Bestimmungen. So sieht Paragraph 84, BVergG 2006 ausdrücklich die Einhaltung arbeits- und sozialrechtlicher Bestimmungen durch Auftragnehmer vor, wobei der Auftraggeber in der Ausschreibung vorzusehen hat, dass die Erstellung der Angebote für in Österreich zu erbringende Leistungen unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zu erfolgen hat und dass sich der Bieter verpflichtet, bei der Durchführung des Auftrages in Österreich diese Vorschriften einzuhalten. Die Bedeutung dieser Bestimmungen für das öffentliche Beschaffungswesen ergibt sich auch aus Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006, wo Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren unter anderem auszuschließen sind, wenn sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts begangen haben. In der angefochtenen Festlegung erblickt der Senat daher nicht nur die Umsetzung des genannten Gemeinderatsbeschlusses, sondern auch eine Verstärkung der einschlägigen Vorschriften, die ohnedies im BVergG 2006 zum Thema des Lohn- und Sozialdumpings bereits enthalten sind. Auch Paragraph 99, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 sieht in den Vertragsbestimmungen die Möglichkeit zur Vereinbarung von Vertragsstrafen ausdrücklich vor. [...]

Damit soll das im Baugewerbe häufige missbräuchliche Verhalten möglichst eingedämmt werden.

Nach § 1336 ABGB ist die Vereinbarung von Konventionalstrafen ausdrücklich zulässig. Soweit die Antragstellerin die Höhe der festgelegten Pönale bemängelt, ist sie auf die Möglichkeit des richterlichen Mäßigungsrechtes nach § 1336 Abs. 2 ABGB zu verweisen. Nach dem klaren Wortlaut der bekämpften Festlegung wird die Bestimmung über die Konventionalstrafe nur dann zur Anwendung kommen, wenn einem Arbeitnehmer/einer Arbeitnehmerin der ihm/ihr zustehende kollektivvertragliche Grundlohn nicht geleistet wird. Weitere Verstöße, wie sie die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen ausführt, sind damit nicht erfasst. Soweit die Antragstellerin ausführt, die angefochtene Bestimmung würde eine ungerechtfertigte Bereicherung der Auftraggeberin ermöglichen, ist sie zunächst darauf zu verweisen, dass die Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften primär und ausschließlich in den Händen des Auftragnehmers liegt. Ein Auftragnehmer, der sich entsprechend den zitierten Bestimmungen des BVergG 2006 bei Erstellung seiner Angebote und bei Ausführung seiner Leistungen an die in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften hält, kann durch die angefochtene Bestimmung bei Kalkulation seines Angebotes nicht beschwert sein. Der Senat hält die angefochtenen Bestimmungen für sachlich gerechtfertigt, im Zusammenhang mit den ausgeschriebenen Leistungen für angemessen und im Hinblick darauf, dass jeder an einem Vergabeverfahren teilnehmende Bieter zur Einhaltung lohn- und sozialrechtlicher Bestimmungen verpflichtet ist, für vergaberechtlich unbedenklich. Inwieweit eine durch zusätzliche Pönalisierung verstärkte Verpflichtung von Auftragnehmern zur Einhaltung von arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen einen Verstoß gegen den Grundsatz des lauten Wettbewerbs darstellen sollen, ist unerfindlich." Nach Paragraph 1336, ABGB ist die Vereinbarung von Konventionalstrafen ausdrücklich zulässig. Soweit die Antragstellerin die Höhe der festgelegten Pönale bemängelt, ist sie auf die Möglichkeit des richterlichen Mäßigungsrechtes nach Paragraph 1336, Absatz 2, ABGB zu verweisen. Nach dem klaren Wortlaut der bekämpften Festlegung wird die Bestimmung über die Konventionalstrafe nur dann zur Anwendung kommen, wenn einem Arbeitnehmer/einer Arbeitnehmerin der ihm/ihr zustehende kollektivvertragliche Grundlohn nicht geleistet wird. Weitere Verstöße, wie sie die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen ausführt, sind damit nicht erfasst. Soweit die Antragstellerin ausführt, die angefochtene Bestimmung würde eine ungerechtfertigte Bereicherung der Auftraggeberin ermöglichen, ist sie zunächst darauf zu verweisen, dass die Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften primär und ausschließlich in den Händen des Auftragnehmers liegt. Ein Auftragnehmer, der sich entsprechend den zitierten Bestimmungen des BVergG 2006 bei Erstellung seiner Angebote und bei Ausführung seiner Leistungen an die in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften hält, kann durch die angefochtene Bestimmung bei Kalkulation seines Angebotes nicht beschwert sein. Der Senat hält die angefochtenen Bestimmungen für sachlich gerechtfertigt, im Zusammenhang mit den ausgeschriebenen Leistungen

für angemessen und im Hinblick darauf, dass jeder an einem Vergabeverfahren teilnehmende Bieter zur Einhaltung lohn- und sozialrechtlicher Bestimmungen verpflichtet ist, für vergaberechtlich unbedenklich. Inwieweit eine durch zusätzliche Pönalisierung verstärkte Verpflichtung von Auftragnehmern zur Einhaltung von arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen einen Verstoß gegen den Grundsatz des lauterer Wettbewerbs darstellen sollen, ist unerfindlich."

Auch im gegenständlichen Verfahren stellt sich die Problematik für den angerufenen Senat gleichgelagert dar. Er sieht sich daher nicht veranlasst von seiner so eben wiedergegebenen Rechtsansicht abzugehen, weshalb der Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen Festlegung abzuweisen war.

Aus den Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge werden von der Antragstellerin folgende Punkte - abermals folgend der Systematik im Nachprüfungsantrag - angefochten:

Zu Punkt 6.1.2.1 betreffend Punkt 5.6.1 (Subunternehmer):

Die angefochtene Festlegung lautet:

"Der dem Auftraggeber mit der Prüfung eines Subunternehmers entstehende Aufwand wird dem Auftragnehmer mit pauschal EUR 500,-- in Rechnung gestellt".

Die Antragstellerin bemängelt zunächst, dass im Punkt 2.2.2 der WD 314 nicht zwischen "notwendigen und sonstigen" Subunternehmern unterschieden werde. Notwendige Subunternehmer müssten bereits im Angebot genannt werden, da damit die technische Leistungsfähigkeit substituiert werde. Sonstige Subunternehmer könnten später bekannt gegeben werden. Insofern liege eine unklare Regelung vor. Weiters hält sie die Höhe der Aufwandsentschädigung für unangemessen, da es sich in 99 % der Fälle um einen Austausch eines sonstigen Subunternehmers handeln werde. Bei normaler Arbeitsweise dauere eine solche Überprüfung höchstens 30 Minuten, es handle sich daher auf jeden Fall um eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 (Abs. 3) ABGB. Die Antragstellerin bemängelt zunächst, dass im Punkt 2.2.2 der WD 314 nicht zwischen "notwendigen und sonstigen" Subunternehmern unterschieden werde. Notwendige Subunternehmer müssten bereits im Angebot genannt werden, da damit die technische Leistungsfähigkeit substituiert werde. Sonstige Subunternehmer könnten später bekannt gegeben werden. Insofern liege eine unklare Regelung vor. Weiters hält sie die Höhe der Aufwandsentschädigung für unangemessen, da es sich in 99 % der Fälle um einen Austausch eines sonstigen Subunternehmers handeln werde. Bei normaler Arbeitsweise dauere eine solche Überprüfung höchstens 30 Minuten, es handle sich daher auf jeden Fall um eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des Paragraph 879, (Absatz 3,) ABGB.

Die Antragsgegnerin wendet zunächst ein, das BVergG 2006 sehe kein Recht der Bieter vor, Subunternehmer zu wechseln oder nachträglich zu nominieren. Bieter müssten vielmehr bereits im Angebot die Subunternehmer nominieren und deren Eignung nachweisen, und zwar für alle Teile, also nicht nur für die wesentlichen Teile eines Auftrages. Werde ein Subunternehmer nachträglich genannt, müsse der Auftragnehmer die dadurch entstehenden Kosten tragen. Unrichtig sei, dass die Höhe der Aufwandsentschädigung unverhältnismäßig wäre. Bei dem pauschal angesetzten Betrag von Euro 500,-- handle es sich nach Erfahrung der Antragsgegnerin um einen Mittelwert für den Prüfaufwand und den Verwaltungsaufwand.

Auch mit dieser Frage hat sich der Senat in der mehrfach genannten Vorentscheidung vom 6.6.2012, VKS - 4016/12, auseinandergesetzt und dazu folgende rechtliche Beurteilung vorgenommen:

"[...] Ein Bieter hat bereits mit seinem Angebot bekannt zu geben, ob und welcher Subunternehmer er sich für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen bedienen wird (§ 108 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006). Sofern dies in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen ist, kann ein namhaft gemachter Subunternehmer, der nach Zuschlagserteilung wegfällt, mit Zustimmung des Auftraggebers gewechselt werden. Dabei ist der Auftraggeber nicht nur berechtigt sondern auch verpflichtet zu prüfen, ob der nachgenannte Subunternehmer zur Erbringung der auf ihn fallenden Leistungen in der Lage und dazu auch berechtigt ist. Naturgemäß fallen mit einer derartigen Prüfung Kosten an, wobei aufgrund der Ausführungen der Antragsgegnerin der von ihr angenommene Pauschalbetrag von Euro 500,00 als angemessen gewertet werden kann. In dieser Festlegung ist daher ein Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen nicht zu erblicken, zumal es sich bei einem nachträglichen Subunternehmerwechsel um ein Ereignis handelt, das in die Sphäre des Auftragnehmers fällt. Dieser wird in aller Regel ein eminentes Interesse daran haben, die übernommenen Leistungen nach Wegfall des zunächst namhaft gemachten Subunternehmers weiter erbringen zu

können. Es ist daher nicht unbillig, dass er den mit dem Wechsel des Subunternehmers beim Auftraggeber entstehenden Aufwand mit dem von der Antragsgegnerin angemessen festgelegten Pauschalbetrag trägt. [...] Ein Bieter hat bereits mit seinem Angebot bekannt zu geben, ob und welcher Subunternehmer er sich für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen bedienen wird (Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006). Sofern dies in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen ist, kann ein namhaft gemachter Subunternehmer, der nach Zuschlagserteilung wegfällt, mit Zustimmung des Auftraggebers gewechselt werden. Dabei ist der Auftraggeber nicht nur berechtigt sondern auch verpflichtet zu prüfen, ob der nachgenannte Subunternehmer zur Erbringung der auf ihn fallenden Leistungen in der Lage und dazu auch berechtigt ist. Naturgemäß fallen mit einer derartigen Prüfung Kosten an, wobei aufgrund der Ausführungen der Antragsgegnerin der von ihr angenommene Pauschalbetrag von Euro 500,00 als angemessen gewertet werden kann. In dieser Festlegung ist daher ein Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen nicht zu erblicken, zumal es sich bei einem nachträglichen Subunternehmerwechsel um ein Ereignis handelt, das in die Sphäre des Auftragnehmers fällt. Dieser wird in aller Regel ein eminentes Interesse daran haben, die übernommenen Leistungen nach Wegfall des zunächst namhaft gemachten Subunternehmers weiter erbringen zu können. Es ist daher nicht unbillig, dass er den mit dem Wechsel des Subunternehmers beim Auftraggeber entstehenden Aufwand mit dem von der Antragsgegnerin angemessen festgelegten Pauschalbetrag trägt. [...]"

Diese Ausführungen bedürfen nach Ansicht des angerufenen Senates keiner weiteren Ergänzung, weshalb der Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen Festlegung abzuweisen war.

Zu Punkt 6.1.2.2 betreffend Punkt 5.6.2 (Rechnungsprüfung)

Dieser Punkt lautet:

"Wird eine Fehlerrechnung zu Lasten des Auftraggebers festgestellt, ist der Auftraggeber berechtigt, vom Auftragnehmer einen Beitrag zu den Kosten der Rechnungsprüfung und des mit der Richtigstellung verbundenen Verwaltungsaufwands zu verlangen. Diese Kosten werden pauschal mit dem Zweifachen des Fehlerbetrags, zumindest aber EUR 15,00 wenn diese erreicht sind mit höchstens 50 % des eingereichten Rechnungsbetrages, bemessen".

Die Antragstellerin erblickt in dieser Klausel eine "offene Vertragsstrafe" sowie eine überraschende Klausel im Sinne des § 864a ABGB. Es sei in der Branche absolut unüblich, dass die Antragstellerin das Zweifache bzw. überhaupt eine Vertragsstrafe bezahlen müsse, wenn ihr eine Fehlerrechnung passiere. Durch diese Bestimmung werde ein Vertragspartner auffällig benachteiligt, eine Vertragsstrafe soll Nachteile ausgleichen, die der Auftraggeberin aufgrund einer Vertragsverletzung entstanden worden wären. Ein Schadenersatz der jedoch höher als der durchschnittlich zu erwartende Schaden sei, sei auf jeden Fall gröblich benachteiligend, im Sinne des § 879 Abs. 3 ABGB. Die Antragstellerin erblickt in dieser Klausel eine "offene Vertragsstrafe" sowie eine überraschende Klausel im Sinne des Paragraph 864 a, ABGB. Es sei in der Branche absolut unüblich, dass die Antragstellerin das Zweifache bzw. überhaupt eine Vertragsstrafe bezahlen müsse, wenn ihr eine Fehlerrechnung passiere. Durch diese Bestimmung werde ein Vertragspartner auffällig benachteiligt, eine Vertragsstrafe soll Nachteile ausgleichen, die der Auftraggeberin aufgrund einer Vertragsverletzung entstanden worden wären. Ein Schadenersatz der jedoch höher als der durchschnittlich zu erwartende Schaden sei, sei auf jeden Fall gröblich benachteiligend, im Sinne des Paragraph 879, Absatz 3, ABGB.

Die Antragsgegnerin hält die Argumentation der Antragstellerin, es handle sich bei der angefochtenen Bestimmung um eine "überraschende Klausel" für nicht nachvollziehbar. Die Klausel sei weder versteckt noch wäre sie an einer schwer auffindbaren Stelle enthalten. Im Übrigen verweist die Antragsgegnerin auf die Judikatur des Senates, der sich in seinem Bescheid vom 6.6.2012, VKS - 4016/12 mit dieser Problematik befasst hat.

Zutreffend ist, dass es sich bei der von der Antragstellerin angefochtenen Festlegung nicht um eine überraschende Klausel im Sinne des § 864a ABGB handelt. Im Übrigen hat der Senat in der von der Antragsgegnerin zitierten Entscheidung zur Beurteilung dieser angefochtenen Festlegung Folgendes ausgeführt: Zutreffend ist, dass es sich bei der von der Antragstellerin angefochtenen Festlegung nicht um eine überraschende Klausel im Sinne des Paragraph 864 a, ABGB handelt. Im Übrigen hat der Senat in der von der Antragsgegnerin zitierten Entscheidung zur Beurteilung dieser angefochtenen Festlegung Folgendes ausgeführt:

"[...] Der Senat hält die angefochtene Festlegung für weder einen Auftragnehmer benachteiligend noch für im Ergebnis unbillig. Fehlerrechnungen zu Lasten eines Auftraggebers sind stets auf ein Fehlverhalten des Auftragnehmers zurückzuführen. Im Hinblick auf die Vielzahl der Einzelaufträge und die doch relativ geringen Rechnungssummen ist auch davon auszugehen, dass ein Auftraggeber nicht jede Rechnung bis ins Detail prüfen wird. Ergeben sich jedoch für

ihn Anhaltspunkte für Fehlerrechnungen, führt eine Überprüfung dieses Umstandes in aller Regel zu einem nicht unerheblichen Aufwand, weil etwa Mengen, Regieleistungen, Einheitspreise etc. auf ihre Richtigkeit überprüft werden müssen. Die von der Antragsgegnerin vorgesehene Regelung der Tragung des Aufwandes, der mit der Behebung von Fehlerrechnungen verbunden ist, ist grundsätzlich nicht unbillig und dient letztlich auch dazu, einen Auftragnehmer zur Sorgfalt bei der Legung von Schlussrechnungen zu verhalten. [...] Im Hinblick auf diesen Sachverhalt erscheint auch ein Abzug von mindestens Euro 15,- als durchaus angemessen. Da diese Festlegung überdies nur dann zur Anwendung gelangt, wenn ein Auftragnehmer eine unrichtige Rechnung gelegt hat, von einer "Unkalkulierbarkeit der anzubietenden Leistungen", keine Rede sein kann (dies würde ja von vornherein bedeuten, dass jeder Auftragnehmer in einem gewissen Ausmaß mit Fehlerrechnungen, die von ihm erstellt werden, rechnet), war die angefochtene Festlegung nicht für nichtig zu erklären. [...]"

Der Senat sieht sich nicht veranlasst, von dieser seiner Rechtsmeinung im Hinblick auf die Ausführungen der Antragstellerin abzugehen, weshalb ihr Antrag auf Nichtigklärung der Festlegung abzuweisen war.

Im Abschnitt 6.1.3 des einleitenden Schriftsatzes bekämpft die Antragstellerin Vorgaben im Leistungsverzeichnis der jeweiligen Lose, die eine ausschreibungsgemäße Sicherstellung der Vergleichbarkeit der Angebote nicht erwarten ließen. Zunächst macht sie geltend, dass das von der Antragsgegnerin gewählte Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahren unzulässig wäre. Die Antragstellerin stelle sowohl ein Leistungsverzeichnis, ein Kurzleistungsverzeichnis als auch Musterkalkulationsblätter zur Verfügung, wobei sich aus der Ausschreibung ergebe, dass die Antragstellerin eigene K 7 - Blätter zu verwenden habe.

Unter Punkt 6.1.3.2 führt sie aus, dass im Falle der Zulässigkeit der Verwendung eigener K 7 - Blätter des jeweiligen Bieters keine seriöse Vergleichbarkeit der Angebote bestünde. Wenn ein Bieter seine eigenen Masseansätze den Kalkulationsblättern zugrunde lege, aber gleichzeitig gehalten sei, seine Preise lediglich als Auf- oder Abschläge der in der Ausschreibung enthaltenen Positionspreise darzustellen, ergebe sich daraus ein immenses Nachtragspotential, womit eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht gegeben sei. In ihrem Schriftsatz vom 5.11.2012 hat die Antragstellerin ergänzend dazu ausgeführt, es sei für sie nicht nachvollziehbar, warum die Antragsgegnerin in dieser Ausschreibung das Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahren gewählt habe, "das gerade für solche Arbeiten, die Gegenstand des Vergabeverfahrens sind, systembedingt ihre großen Schwächen aufweist". Sie forderte daher die Antragsgegnerin auf Grundlage des § 24 Abs. 1 BVergG 2006 auf, die Wahl dieses Verfahrens zu begründen. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass ein Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahren bei häufig wiederkehrenden, gleichartigen Leistungen wohl zulässig, dies aber gerade im gegenständlichen Fall der Wohnraumsanierung nicht gegeben sei, da hier die unterschiedlichsten Anforderungen und Gegebenheiten auf die einzelnen Projekte einwirken würden, die in einem Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahren nicht in vergaberechtlich ausreichendem Maße berücksichtigt werden könnten. Dazu beruft sie sich auf eine gutachterliche Stellungnahme des Sachverständigen Dr. ***. Unter Punkt 6.1.3.2 führt sie aus, dass im Falle der Zulässigkeit der Verwendung eigener K 7 - Blätter des jeweiligen Bieters keine seriöse Vergleichbarkeit der Angebote bestünde. Wenn ein Bieter seine eigenen Masseansätze den Kalkulationsblättern zugrunde lege, aber gleichzeitig gehalten sei, seine Preise lediglich als Auf- oder Abschläge der in der Ausschreibung enthaltenen Positionspreise darzustellen, ergebe sich daraus ein immenses Nachtragspotential, womit eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht gegeben sei. In ihrem Schriftsatz vom 5.11.2012 hat die Antragstellerin ergänzend dazu ausgeführt, es sei für sie nicht nachvollziehbar, warum die Antragsgegnerin in dieser Ausschreibung das Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahren gewählt habe, "das gerade für solche Arbeiten, die Gegenstand des Vergabeverfahrens sind, systembedingt ihre großen Schwächen aufweist". Sie forderte daher die Antragsgegnerin auf Grundlage des Paragraph 24, Absatz eins, BVergG 2006 auf, die Wahl dieses Verfahrens zu begründen. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass ein Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahren bei häufig wiederkehrenden, gleichartigen Leistungen wohl zulässig, dies aber gerade im gegenständlichen Fall der Wohnraumsanierung nicht gegeben sei, da hier die unterschiedlichsten Anforderungen und Gegebenheiten auf die einzelnen Projekte einwirken würden, die in einem Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahren nicht in vergaberechtlich ausreichendem Maße berücksichtigt werden könnten. Dazu beruft sie sich auf eine gutachterliche Stellungnahme des Sachverständigen Dr. ***.

In dieser gutachterlichen Stellungnahme vom 31.10.2012, als dessen Auftraggeber die *** GmbH angeführt ist, nimmt der Sachverständige zur Frage der Wahl des Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahrens dahingehend Stellung, ob die Wahl dieses Angebotsverfahrens zulässig und begründet sei. In seiner Zusammenfassung kommt er zum Ergebnis

(Seite 10, Punkt E), dass die für die Wahl des Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahrens erforderlichen Voraussetzungen nicht gegeben seien.

Dazu hat die Antragsgegnerin zunächst vorgebracht, die Antragstellerin verkenne offenbar das Wesen des Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahrens, wonach es bei diesem Preisfindungsverfahren Pflicht des Bieters sei, eigenständig zu kalkulieren. Dazu verweist sie auf zahlreiche Vorentscheidungen des Senates.

In ihrer Stellungnahme vom 27.11.2012 hat die Antragsgegnerin einleitend geltend gemacht, soweit die Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 5.11.2012 die Frage der Zulässigkeit der Wahl des Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahrens aufwerfe und dazu eine gutachterliche Stellungnahme des Dr. *** vom 31.10.2012 vorlege, sei dies unzulässig. Die Antragstellerin wäre verpflichtet gewesen, diesen Umstand innerhalb der Antragsfrist des § 24 WVRG 2007 geltend zu machen, ein "Nachschieben" von Beschwerdegründen sei unzulässig. In ihrer Stellungnahme vom 27.11.2012 hat die Antragsgegnerin einleitend geltend gemacht, soweit die Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 5.11.2012 die Frage der Zulässigkeit der Wahl des Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahrens aufwerfe und dazu eine gutachterliche Stellungnahme des Dr. *** vom 31.10.2012 vorlege, sei dies unzulässig. Die Antragstellerin wäre verpflichtet gewesen, diesen Umstand innerhalb der Antragsfrist des Paragraph 24, WVRG 2007 geltend zu machen, ein "Nachschieben" von Beschwerdegründen sei unzulässig.

Diese Ansicht wird vom Senat nicht geteilt, zumal die Antragstellerin bereits im einleitenden Schriftsatz unter den Punkten 6.1.3.1 (Allgemeines) und 6.1.3.2 (Eigene K 7 Blätter), wenn auch knapp, dargestellt hat, dass mit dem von der Antragsgegnerin gewählten Preisfindungssystem eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht erwartet werden könne. Mit diesen Ausführungen hat die Antragstellerin gerade noch erkennbar geltend gemacht, dass sie durch die Wahl des Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahrens in subjektiven Rechten, nämlich im Recht auf Kalkulation eines zuschlagsfähigen Angebotes, verletzt wird. In ihrer Stellungnahme vom 5.11.2012, mit der sie zur Problematik der Wahl des Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahrens auch ein Gutachten des Dr. *** vorlegt, hat sie ihre zunächst ansatzweise im einleitenden Schriftsatz angeführten Bedenken ergänzt und weiter ausgebaut, sodass von einem "Nachschieben" eines Anfechtungsgrundes nicht gesprochen werden kann.

Zutreffend verweist die Antragsgegnerin jedoch darauf, dass sich die gutachterliche Stellungnahme des Dr. *** schließlich mit der Lösung von Rechtsfragen befasst, so insbesondere mit der Frage, ob die Wahl des Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahrens zulässig und begründet sei. In seiner gutachterlichen Stellungnahme beurteilt er auch die Ausschreibungsunterlagen generell unter dem Gesichtspunkt, welche der wesentlichen Vorschriften bei Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen zwingend einzuhalten wären, sodass Abweichungen davon in den Ausschreibungsunterlagen unzulässig seien". In seiner im Abschnitt D zusammengefassten Beurteilung (Seiten 4 bis 8) nimmt er ausschließlich rechtliche Wertungen vor und kommt in der Zusammenfassung seines Gutachtens zum Ergebnis, dass die für die Wahl des Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahrens erforderlichen Voraussetzungen nicht gegeben seien. Auch soweit er sich in seiner Stellungnahme mit einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses befasst, werden von ihm ausschließlich rechtliche Wertungen abgegeben, nicht jedoch ein Sachbefund und dessen Beurteilung in bauwirtschaftlicher Hinsicht.

Nach herrschender Meinung und Rechtsprechung ist ein Sachverständigenbeweis zu reinen Rechtsfragen - wie vorliegend - nicht zulässig (Hengstschläger/Leeb, AVG, Rz 6f zu § 52 und die dort wiedergegebene Judikatur). Es ist nicht die Aufgabe eines Sachverständigen, einen Sachverhalt rechtlich zu beurteilen bzw. Rechtsfragen zu lösen (VwGH 29.1.2004, Zl. 2003/07/0023). Verlässt ein Sachverständiger den ihm gesetzten, gesetzlichen Rahmen für seine Tätigkeit und nimmt er eine rechtliche Beurteilung vor, so ist nach ständiger Rechtsprechung des VwGH dieser Vorgriff auf die Lösung von Rechtsfragen nicht weiter zu beachten (VwGH 24.4.2002, Zl. 2001/12/0218). Die gutachterliche Stellungnahme des Dr. *** war daher vom Senat nicht weiter zu berücksichtigen. Da es sich bei den zu lösenden Fragen um reine Rechtsfragen handelt, war auch dessen von der Antragstellerin beantragte Vernehmung als Zeuge nicht durchzuführen. Nach herrschender Meinung und Rechtsprechung ist ein Sachverständigenbeweis zu reinen Rechtsfragen - wie vorliegend - nicht zulässig (Hengstschläger/Leeb, AVG, Rz 6f zu Paragraph 52 und die dort wiedergegebene Judikatur). Es ist nicht die Aufgabe eines Sachverständigen, einen Sachverhalt rechtlich zu beurteilen bzw. Rechtsfragen zu lösen (VwGH 29.1.2004, Zl. 2003/07/0023). Verlässt ein Sachverständiger den ihm gesetzten, gesetzlichen Rahmen für seine Tätigkeit und nimmt er eine rechtliche Beurteilung vor, so ist nach ständiger Rechtsprechung des VwGH dieser Vorgriff auf die Lösung von Rechtsfragen nicht weiter zu beachten (VwGH 24.4.2002, Zl. 2001/12/0218). Die gutachterliche Stellungnahme des Dr. *** war daher vom Senat nicht weiter zu berücksichtigen.

Da es sich bei den zu lösenden Fragen um reine Rechtsfragen handelt, war auch dessen von der Antragstellerin beantragte Vernehmung als Zeuge nicht durchzuführen.

Grundsätzlich ist auszuführen, dass es sich bei der gegenständlichen Ausschreibung um die Vergabe eines Rahmenvertrages mit dreijähriger Laufzeit und dreijähriger Verlängerungsoption zur Durchführung von Baumeisterarbeiten in den von der Auftraggeberin in allen 23 Wiener Bezirken verwalteten Wohnobjekten handelt. Während der Laufzeit des Rahmenvertrages ist eine Vielzahl von Abrufen zu erwarten (jährlich etwa 12500 Gemeindewohnungen), die vor Übergabe an den Nachmieter entsprechend saniert bzw. aufkategorisiert werden müssen. Bei der Vorbereitung einer frei gewordenen Wohnung zur Neuvermietung handelt es sich in aller Regel um die Durchführung nahezu gleichartiger Arbeiten. Gerade im Hinblick auf die Art und Weise der ausgeschriebenen Leistungen, wie sie sich im Detail aus den Leistungsverzeichnissen ergeben, hält die belangte Behörde die Wahl des Preisaufschlags-/Nachlassverfahrens anstelle des gemäß § 24 Abs. 1 BVergG 2006 grundsätzlich zu wählenden Preisangebotsverfahrens für zulässig und zweckmäßig. Bei den ausgeschriebenen Arbeiten handelt es sich um häufig wiederkehrende, gleichartige Leistungen, wobei die einzelnen Leistungen und die Umstände, unter denen sie erbracht werden, in den einschlägigen Kreisen hinreichend bekannt sind. Aus diesen Überlegungen hat der angerufene Senat auch in zahlreichen Nachprüfungsverfahren, denen ebenfalls die Vergabe von Rahmenverträgen unter Anwendung des Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahrens zu Grunde gelegen sind, stets den Standpunkt vertreten, dass im Hinblick auf die zahlreichen, gleichgelagerten Leistungen verschiedener Gewerke (Baumeister, Fliesenleger, Installateure, Tischler, Fußbodenleger, Maler und Anstreicher etc.) dieses Verfahren zulässig und zweckmäßig ist. Diese Rechtsansicht im Senat kann zusammengefasst, anhand der Begründung des Bescheides vom 14.1.2010, VKS - 8100/09 wie folgt wiedergegeben werden: Grundsätzlich ist auszuführen, dass es sich bei der gegenständlichen Ausschreibung um die Vergabe eines Rahmenvertrages mit dreijähriger Laufzeit und dreijähriger Verlängerungsoption zur Durchführung von Baumeisterarbeiten in den von der Auftraggeberin in allen 23 Wiener Bezirken verwalteten Wohnobjekten handelt. Während der Laufzeit des Rahmenvertrages ist eine Vielzahl von Abrufen zu erwarten (jährlich etwa 12500 Gemeindewohnungen), die vor Übergabe an den Nachmieter entsprechend saniert bzw. aufkategorisiert werden müssen. Bei der Vorbereitung einer frei gewordenen Wohnung zur Neuvermietung handelt es sich in aller Regel um die Durchführung nahezu gleichartiger Arbeiten. Gerade im Hinblick auf die Art und Weise der ausgeschriebenen Leistungen, wie sie sich im Detail aus den Leistungsverzeichnissen ergeben, hält die belangte Behörde die Wahl des Preisaufschlags-/Nachlassverfahrens anstelle des gemäß Paragraph 24, Absatz eins, BVergG 2006 grundsätzlich zu wählenden Preisangebotsverfahrens für zulässig und zweckmäßig. Bei den ausgeschriebenen Arbeiten handelt es sich um häufig wiederkehrende, gleichartige Leistungen, wobei die einzelnen Leistungen und die Umstände, unter denen sie erbracht werden, in den einschlägigen Kreisen hinreichend bekannt sind. Aus diesen Überlegungen hat der angerufene Senat auch in zahlreichen Nachprüfungsverfahren, denen ebenfalls die Vergabe von Rahmenverträgen unter Anwendung des Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahrens zu Grunde gelegen sind, stets den Standpunkt vertreten, dass im Hinblick auf die zahlreichen, gleichgelagerten Leistungen verschiedener Gewerke (Baumeister, Fliesenleger, Installateure, Tischler, Fußbodenleger, Maler und Anstreicher etc.) dieses Verfahren zulässig und zweckmäßig ist. Diese Rechtsansicht im Senat kann zusammengefasst, anhand der Begründung des Bescheides vom 14.1.2010, VKS - 8100/09 wie folgt wiedergegeben werden:

"[...] Zur Frage der vergaberechtlichen Zulässigkeit des Preisfindungsverfahrens durch Aufschläge bzw. Nachlässe auf Obergruppenebene hat der Senat in der Vergangenheit bereits mehrfach Stellung genommen. So hat der Senat die Wahl des Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahrens für die Ausschreibung von Rahmenverträgen über Bauleistungen grundsätzlich als sinnvolle und gerechtfertigte Vorbeugung gegen spekulative Angebote auf Einheitspreisebene gesehen. "Der Forderung der Antragstellerin Aufschläge und Nachlässe auf Einheitspreisebene zuzulassen, kann daher nicht zugestimmt werden" (VKS 30.1.2007, VKS - 3664/06 bis VKS - 3675/06). Mit Bescheid vom 23.8.2007 zu VKS - 3860/07 und VKS - 4578/07 hat der Senat ausgesprochen, "dass im Preisaufschlags-/Preisachlassverfahren der Bieter seine eigene Kalkulation in der Relation zu den vorgegebenen Einheitspreisen (getrennt in "Lohn" und "Sonstiges") zu bringen hat und daraus Aufschläge und Nachlässe je Leistungsgruppe errechnet. Die von der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellte Detailkalkulation soll dem Bieter dabei Anhaltspunkte, insbesondere hinsichtlich der zu wählenden Leistungsansätze und der den vorgegebenen Preisen zu Grunde liegenden Preisgrundlagen geben. Wenn daher die Antragsgegnerin ein K 4 - Blatt über die Materialkosten bzw. Preise zur Verfügung stellt, so erkennt der Bieter daraus, zu welchem durchschnittlichen Preisniveau die Materialkosten in die Kalkulation der Vorgabepreise eingeflossen sind. Eine positionsweise Angabe von Rabattsätzen ist jedenfalls nicht erforderlich". So hat der Senat in seiner Entscheidung

vom 13.3.2008, VKS - 21/08, die ebenfalls Rahmenvertragsausschreibungen von Bauleistungen durch die Antragsgegnerin betroffen hat, erkennt, dass Aufschläge und Nachlässe auf die Preisanteile "Lohn" und "Sonstiges" lediglich auf Leistungsgruppenebene zulässig waren. Auch beim Preisaufschlags- /Preisnachlassverfahren haben die Bieter grundsätzlich eigenständig zu kalkulieren, auch dann, wenn Auf- oder Abschläge nur auf Leistungsgruppenebene zulässig sind. [...]"

Der Senat hält an dieser Rechtsansicht weiterhin fest und erachtet im Hinblick auf den Inhalt der ausgeschriebenen, häufig wiederkehrenden Leistungen sowohl was Art und Weise der Durchführung der Arbeiten, als auch was die Höhe der einzelnen Leistungsabrufe anlangt, für vergaberechtlich unbedenklich und wirtschaftlich geboten. In dieser seiner Stellungnahme sieht sich der Senat auch durch das von der Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 27.11.2012 vorgelegte Gutachten des Sachverständigen Univ. Prof. Dipl.-Ing. Dr. ***/Baumeister Dipl.-Ing. ***, bestätigt, der die Voraussetzungen für die Wahl des Preisaufschlags- /Preisnachlassverfahrens durch den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen für gegeben erachtet.

Soweit die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 29.11.2012 (Seite 3) vorgebracht hat, die Masseansätze in der Basiskalkulation seien unrichtig und dazu die Vernehmung des Direktors der Antragsgegnerin beantragt hat, war diesem Antrag nicht Folge zu geben. Die Richtigkeit der Massen ist - wie die Antragsgegnerin zutreffend bemerkte - für die Kalkulation irrelevant, da jede Position der Leistungsverzeichnisse auf die Menge 1 zu kalkulieren ist, sowohl im Anteil "Lohn" als auch im Anteil "Sonstiges". Für die Kalkulation einer Position, etwa "1m² Wand verspachteln", ist es unerheblich, wie viele Quadratmeter beim Einzelabruf tatsächlich ausgeführt werden. Auch die Umstände der Leistungserbringung bezogen auf die einzelnen Abrufe ändern sich nicht mit der Menge der Gesamtabrufe. Damit ergeben sich keine Rückwirkungen auf die Positionswerte.

Zu Punkt 6.1.3.3 (Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen in der Obergruppe 01 des LV):

Die Antragstellerin bemerkt zunächst zutreffend, dass die Antragsgegnerin in den Vorbemerkungen die Definitionen der Leistungsbeschreibung Hochbau wiedergibt. Sodann gibt sie die Leistungsinhalte der Positionen 01.0101A bis G (sie beinhalten wie aus der Positionstextierung ersichtlich ist, lediglich die einmaligen Baustellengemeinkosten) wieder und bemängelt, dass in der Ausschreibung jeglicher Ansatz für die zeitgebundenen Kosten der Baustelle fehle. Der im Leistungsverzeichnis vorgesehene 10%ige Zuschlag diene offenbar bei der Berechnung des Gesamtzuschlages auch der Abgeltung der zeitgebundenen Baustellengemeinkosten, was jedoch § 97 Abs. 3 Z 1 zweiter Satz BVergG 2006 widerspreche. Zwar enthalte diese Bestimmung einen Vorbehalt, dass die Verpflichtung zur Trennung von einmaligen Kosten (z.B. Baustellengemeinkosten) und zeit- und mengenabhängigen Kosten (z.B. Vorhaltekosten) nur dann zur Anwendung komme, wenn dies der branchenüblichen Preisermittlung entspreche. Die standardisierte Leistungsbeschreibung "Hochbau", die von der Antragsgegnerin in weiten Teilen ihrer Ausschreibung zu Grunde gelegt worden wäre, sei jedoch geradezu als Maßstab der Branchenüblichkeit zu werten. Dadurch, dass die Antragsgegnerin nunmehr die Berücksichtigung von zeitgebundenen Kosten allenfalls im Wege des Gesamtzuschlages berücksichtige, verstoße sie gegen die gesetzliche Anordnung des § 97 Abs. 3 Z 1 BVergG 2006. Dies verwundere umso mehr, als die Auftraggeberin selbst in den Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis dazu widersprüchlich festhalte: Die Antragstellerin bemerkt zunächst zutreffend, dass die Antragsgegnerin in den Vorbemerkungen die Definitionen der Leistungsbeschreibung Hochbau wiedergibt. Sodann gibt sie die Leistungsinhalte der Positionen 01.0101A bis G (sie beinhalten wie aus der Positionstextierung ersichtlich ist, lediglich die einmaligen Baustellengemeinkosten) wieder und bemängelt, dass in der Ausschreibung jeglicher Ansatz für die zeitgebundenen Kosten der Baustelle fehle. Der im Leistungsverzeichnis vorgesehene 10%ige Zuschlag diene offenbar bei der Berechnung des Gesamtzuschlages auch der Abgeltung der zeitgebundenen Baustellengemeinkosten, was jedoch Paragraph 97, Absatz 3, Ziffer eins, zweiter Satz BVergG 2006 widerspreche. Zwar enthalte diese Bestimmung einen Vorbehalt, dass die Verpflichtung zur Trennung von einmaligen Kosten (z.B. Baustellengemeinkosten) und zeit- und mengenabhängigen Kosten (z.B. Vorhaltekosten) nur dann zur Anwendung komme, wenn dies der branchenüblichen Preisermittlung entspreche. Die standardisierte Leistungsbeschreibung "Hochbau", die von der Antragsgegnerin in weiten Teilen ihrer Ausschreibung zu Grunde gelegt worden wäre, sei jedoch geradezu als Maßstab der Branchenüblichkeit zu werten. Dadurch, dass die Antragsgegnerin nunmehr die Berücksichtigung von zeitgebundenen Kosten allenfalls im Wege des Gesamtzuschlages berücksichtige, verstoße sie gegen die gesetzliche Anordnung des Paragraph 97, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG 2006. Dies verwundere umso mehr, als die Auftraggeberin selbst in den Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis dazu widersprüchlich festhalte:

"Das Vorhalten umfasst auch sämtliche Prüfung, Instandhaltungsmaßnahmen, etwaiges Verbrauchsmaterial und die erforderliche Reinigung. Abgerechnet wird in Verrechnungseinheiten aus dem Ausmaß x der Anzahl der Wochen. Wochen sind teilbar, wobei 1 Kalendertag gleich 1/7 Woche ist".

Die Antragsgegnerin könnte dazu den Standpunkt vertreten, dass ein Bieter dann eben seiner Auffassung nach die erforderlichen Stillliegezeiten kalkulatorisch berücksichtigen könnte und dann eben in den Aufschlägen und Nachlässen berücksichtigen müsste. Da aber die entsprechenden Positionen ganz überwiegend durch Pauschalen dominiert würden, laufe eine solche Regelung auf eine Pauschalierung der zeitgebundenen Kosten hinaus. Dies werde in § 97 Abs. 3 Z 1 letzter Satz BVerGG 2006 ausdrücklich untersagt. Nach Ansicht der Antragstellerin seien Vorhaltekosten und Stillliegezeiten bei so kleinen Baustellen wie gegenständlich zweifellos als Erschwernisse zu werten. Ein Gesamtzuschlag im Sinne der ÖNORM B 2061 stehe in keinem wie immer gearteten Zusammenhang mit den zeitgebundenen Baustellengemeinkosten. Sollte ein solcher Zusammenhang hergestellt werden, verstoße dies gegen die Bestimmung des § 97 Abs. 3 Z 2 BVerGG 2006. Dazu komme, dass die Ausschreibung in den Baustellengemeinkosten - Positionen kein wie auch immer geartetes Eingehen auf die spezifischen Umstände der Leistungserbringung ermögliche. Auch das Kalkulationsblatt K 7 der dazugehörigen Musterkalkulation sei nicht besonders erhellend. Zusammenfassend führt sie aus, dass die Vorgaben im Leistungsverzeichnis eine zuverlässige Kalkulation verhindern würden, weil mangels entsprechender Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen ein Bieter Vermutungen über die tatsächlich anfallenden Kosten anstellen müsste und diese dann seiner Kalkulation zu Grunde legen müsste. Dies bedeute im Ergebnis eine "vergaberechtswidrige spekulative Preisgestaltung". Habe die Auftraggeberin keine Grundlagen - weder in der Ausschreibung selbst noch in der beiliegenden Musterkalkulation - für eine ordnungsgemäße Herleitung des Preises gemäß ÖNORM B 2061 vorgegeben, müsse auch eine vertiefte Angebotsprüfung ins Leere gehen. Die Antragsgegnerin habe auch nur für einzelne Positionen der Baustellengemeinkosten, nämlich Pos. 01.0101C bis E als wesentlich gekennzeichnet, die übrigen Positionen jedoch nicht. Sie könne daher nur für die wesentlich gekennzeichneten Positionen K 7 Blätter von den Bietern anfordern. Der Preis für die Leistungsgruppe setze sich jedoch aus allen Positionen zusammen. Nachdem Aufschläge und Nachlässe ausschließlich auf die Leistungsgruppe gegeben werden könnten, seien diese Aufschläge und Nachlässe "schlicht nicht prüfbar". In der Ausschreibung und in den Kalkulationsblättern fehle jegliche Herleitung der Kosten, wozu noch komme, dass die Bau-Soll-Festlegung der Leistungsbeschreibung samt Leistungsverzeichnis undeutlich sei. Die Antragsgegnerin könnte dazu den Standpunkt vertreten, dass ein Bieter dann eben seiner Auffassung nach die erforderlichen Stillliegezeiten kalkulatorisch berücksichtigen könnte und dann eben in den Aufschlägen und Nachlässen berücksichtigen müsste. Da aber die entsprechenden Positionen ganz überwiegend durch Pauschalen dominiert würden, laufe eine solche Regelung auf eine Pauschalierung der zeitgebundenen Kosten hinaus. Dies werde in Paragraph 97, Absatz 3, Ziffer eins, letzter Satz BVerGG 2006 ausdrücklich untersagt. Nach Ansicht der Antragstellerin seien Vorhaltekosten und Stillliegezeiten bei so kleinen Baustellen wie gegenständlich zweifellos als Erschwernisse zu werten. Ein Gesamtzuschlag im Sinne der ÖNORM B 2061 stehe in keinem wie immer gearteten Zusammenhang mit den zeitgebundenen Baustellengemeinkosten. Sollte ein solcher Zusammenhang hergestellt werden, verstoße dies gegen die Bestimmung des Paragraph 97, Absatz 3, Ziffer 2, BVerGG 2006. Dazu komme, dass die Ausschreibung in den Baustellengemeinkosten - Positionen kein wie auch immer geartetes Eingehen auf die spezifischen Umstände der Leistungserbringung ermögliche. Auch das Kalkulationsblatt K 7 der dazugehörigen Musterkalkulation sei nicht besonders erhellend. Zusammenfassend führt sie aus, dass die Vorgaben im Leistungsverzeichnis eine zuverlässige Kalkulation verhindern würden, weil mangels entsprechender Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen ein Bieter Vermutungen über die tatsächlich anfallenden Kosten anstellen müsste und diese dann seiner Kalkulation zu Grunde legen müsste. Dies bedeute im Ergebnis eine "vergaberechtswidrige spekulative Preisgestaltung". Habe die Auftraggeberin keine Grundlagen - weder in der Ausschreibung selbst noch in der beiliegenden Musterkalkulation - für eine ordnungsgemäße Herleitung des Preises gemäß ÖNORM B 2061 vorgegeben, müsse auch eine vertiefte Angebotsprüfung ins Leere gehen. Die Antragsgegnerin habe auch nur für einzelne Positionen der Baustellengemeinkosten, nämlich Pos. 01.0101C bis E als wesentlich gekennzeichnet, die übrigen Positionen jedoch nicht. Sie könne daher nur für die wesentlich gekennzeichneten Positionen K 7 Blätter von den Bietern anfordern. Der Preis für die Leistungsgruppe setze sich jedoch aus allen Positionen zusammen. Nachdem Aufschläge und Nachlässe ausschließlich auf die Leistungsgruppe gegeben werden könnten, seien diese Aufschläge

und Nachlässe "schlicht nicht prüfbar". In der Ausschreibung und in den Kalkulationsblättern fehle jegliche Herleitung der Kosten, wozu noch komme, dass die Bau-Soll-Festlegung der Leistungsbeschreibung samt Leistungsverzeichnis undeutlich sei.

Dazu hat die Antragsgegnerin vorgebracht, dass diese Ausführungen unrichtig seien und hat sie auf verschiedene Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen verwiesen, die von der Antragstellerin nicht entsprechend berücksichtigt worden seien.

Auch in diesem Anfechtungspunkt hält der Senat das Vorliegen einer zur Nichtigkeit führenden Festlegung nicht für gegeben. "Zeitgebundene Kosten der Baustelle" sind in der ÖNORM B 2061 unter Punkt 5.2 "Baustellengemeinkosten" angeführt und umfassen unter anderem Gehaltskosten aller für die Durchführung des Bauauftrages eingesetzten Angestellten, Lohnkosten für unproduktives Personal, Kosten für Miete, Beheizung, Beleuchtung, Kosten für Aufenthaltsräume, Unterkünfte. In dem der Ausschreibung beiliegenden Informationsblatt für Rahmenverträge "Bezugskalkulation Baumeisterarbeiten" wird Folgendes erläutert:

"Die Kalkulationsphilosophie der Bezugskalkulation geht davon aus, dass die Arbeiten als eigenständiges Projekt betrachtet werden, weshalb in diesem Kalkulationsansatz ("zeitgebundene Projektgemeinkosten") die Preise für Projektleiter (Polier bzw. Bauleiter), Mannschaftsunterkunft, Lagerflächen, Bürofläche für Projektleitung udgl. erfasst sind."

Unter Punkt 6.2 Kostenumlagen der ÖNORM B 2061 ist festgehalten:

"Wenn die Baustellengemeinkosten (siehe Punkt 5.2) in Sonderfällen (z.B kleine, kurzfristige Bauvorhaben) nicht in eigenen Positionen des Leistungsverzeichnisses erfasst sind, sind diese Kosten auf die Preisanteile bzw. Kostenanteile umzulegen.

Diese Umlage kann folgendermaßen durchgeführt werden:

(1) ... (4) Umlage aller Baustellengemeinkosten auf den Mittellohnpreis".

Das K 3 - Blatt, das mit der Basiskalkulation den Ausschreibungsunterlagen beiliegt, weist dazu unter Gesamtzuschlag Zeile R den Ansatz "zeitgebundene Projektgemeinkosten" in der Höhe von 10% auf. Bei den Vorhaben, die mit dem Rahmenvertrag vergeben werden sollen, handelt es sich überwiegend um kleinere Vorhaben, die laut Leistungsverzeichnis Pos. 01.0101AZ bis 01.0101GZ Nettoverdienstsummen je Auftrag von Euro 1.000,--, 2.500,--, 5.000,--, 10.000,--, 20.000,--, 40.000,-- bis max. 60.000,-- umfassen.

Wie auch von der Antragstellerin erkannt wurde sind die in der Leistungsbeschreibung für Hochbau enthaltenen Positionen 011102A bis D (Vorhaltekosten, Baubetrieb und Stillliegezeit) nicht Inhalt des LV, jedoch wurden die zeitgebundenen Projektgemeinkosten in Höhe von 10% auf die Preisanteile umgelegt, wie sich auch aus der Zeile R im K 3 - Blatt der Basiskalkulation ergibt. Dazu ist auch auf das Informationsblatt zur Richtpreiskalkulation zu verweisen, aus dem eindeutig hervorgeht, wie die zeitgebundenen Kosten der Einzelbaustellen kalkuliert und umgelegt wurden.

Die Antragstellerin macht auch geltend, dass die in der Richtpreiskalkulation vorgenommene Behandlung der zeitgebundenen Kosten der Baustellen einen Verstoß gegen § 97 Abs. 3 Z 1 zweiter Satz BVergG 2006 darstellen würde, da dort die Aufforderung gestellt sei, dass Leistungen, die einmalige Kosten verursachten, von solchen, die zeit- oder mengenabhängige Kosten verursachten, zu trennen und in getrennten Positionen zu erfassen seien. Dieser Bestimmung hat die Antragsgegnerin entsprochen, da sie für die einmaligen Kosten der Baustelle ohnedies gesonderte Positionen im LV vorgesehen hat (vgl. Pos. 01.0101AG). Die Antragstellerin macht auch geltend, dass die in der Richtpreiskalkulation vorgenommene Behandlung der zeitgebundenen Kosten der Baustellen einen Verstoß gegen Paragraph 97, Absatz 3, Ziffer eins, zweiter Satz BVergG 2006 darstellen würde, da dort die Aufforderung gestellt sei, dass Leistungen, die einmalige Kosten verursachten, von solchen, die zeit- oder mengenabhängige Kosten verursachten, zu trennen und in getrennten Positionen zu erfassen seien. Dieser Bestimmung hat die Antragsgegnerin entsprochen, da sie für die einmaligen Kosten der Baustelle ohnedies gesonderte Positionen im LV vorgesehen hat (vergleiche Pos. 01.0101AG).

Auch die Umlage der zeitgebundenen Kosten der Baustellen in die Zeile R des K 3 - Blattes stellt keinen vergaberechtlichen Verstoß dar, wobei es genügt, zur möglichen kalkulatorischen Behandlung der Baustellengemeinkosten auf Abschnitt 6.2 der ÖNORM B 2061 zu verweisen. Die in der Basiskalkulation vorgesehene Umlage der zeitgebundenen Baustellengemeinkosten entspricht dieser Bestimmung. Der Rahmenvertrag umfasst

durchwegs kleine und kurzfristige Bauvorhaben, wie auch von der Antragstellerin angenommen. Die Trennung in einmalige und zeitgebundene Kosten, wobei letztere in einer Umlage erfasst werden, entspricht daher sowohl den Bestimmungen der ÖNORM B 2061 als auch dem BVergG 2006.

Zutreffend sind die Ausführungen der Antragsgegnerin, wonach der behauptete Widerspruch zu den Vorbemerkungen der OG 1 (richtig: LG 01) nicht besteht. In der Vorbemerkung der LG 01 wird der Text der standardisierten Leistungsbeschreibung "Hochbau", auf deren Basis das LV erstellt wurde, wiedergegeben. Diese Bestimmungen geben standardisierte Abrechnungsregeln für die Vorhaltekosten vor, die nur dann anzuwenden sind, wenn das Vorhalten in gesonderten Positionen ausgeschrieben ist. Das ist gegenständlich jedoch nicht der Fall, zumal die zeitgebundenen Kosten in den Positionen 01.0101A bis G nicht erfasst und daher auch nicht pauschaliert sind.

Die Antragstellerin führt weiters aus, dass die in der Bezugskalkulation enthaltenen Aufwände der Positionen 01.0101A bis G (einmalige Baustellengemeinkosten) nicht auskömmlich wären und daher, trotz der Möglichkeit, die Preise mittels anzubietenden Aufschlägen anzupassen, die Gefahr der spekulativen Preisgestaltung bestünde. Auch diese Ausführungen sind auf ein unzutreffendes Verständnis der Richtpreiskalkulation zurückzuführen. Die Antragstellerin geht offenbar davon aus, dass die Positionen 01.0101A bis G entgegen den eindeutigen Festlegungen im Positionstext, dem Informationsblatt zur Richtpreiskalkulation und dem K 3 - Blatt, einmalige und zeitgebundene Kosten der Baustellen beinhalten würden. Tatsächlich sind für die einmaligen Aufwände zur Baustelleneinrichtung 2% vom jeweiligen Verdienst der Einzelbestellung angesetzt. Unter Hinzurechnung der zeitgebundenen Projektgemeinkosten von 10% (im Umsatz) ergibt sich, ohne Berücksichtigung der überdies vorgesehenen, einmaligen fixen Aufwände (3 Stunden pro Polier), eine Gesamtumlagenhöhe in der Bezugskalkulation von 12%. Dies ist nach Kenntnis des Senates auch für Kleinbauvorhaben eine übliche und jedenfalls auskömmliche Größenordnung.

Zusammenfassend gesehen ist es der Antragstellerin nicht gelungen, den von ihr behaupteten Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen in der Obergruppe 01 (richtig LG 01) nachzuweisen, weshalb eine Nichtigerklärung "jedenfalls sämtlicher Positionen der OG 01" nicht in Frage kommt.

Zu Punkt 6.1.3.4 (Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen in Obergruppe 07):

Die Antragstellerin bemängelt, dass in der Position 10.01 Innenputz IP eine Nennputzdicke von 1,5 cm festgelegt werde und in der Position 10.0112A in dem dazugehörigen Kalkulationsblatt K 7 dafür der Einsatz von 7,5 kg Kalkzementputz vorgesehen sei. Eine Nachrechnung habe dazu ergeben, dass damit nur eine Putzdicke von 1,07 cm erzielt werden könne. Weiters fehle in dieser Position jeglicher Ansatz für die Erschwernis "Ausgleichen von Unebenheiten bis 1 cm". Dies stelle einen Verstoß gegen § 96 Abs. 1 BVergG 2006 dar. Die Antragstellerin bemängelt, dass in der Position 10.01 Innenputz IP eine Nennputzdicke von 1,5 cm festgelegt werde und in der Position 10.0112A in dem dazugehörigen Kalkulationsblatt K 7 dafür der Einsatz von 7,5 kg Kalkzementputz vorgesehen sei. Eine Nachrechnung habe dazu ergeben, dass damit nur eine Putzdicke von 1,07 cm erzielt werden könne. Weiters fehle in dieser Position jeglicher Ansatz für die Erschwernis "Ausgleichen von Unebenheiten bis 1 cm". Dies stelle einen Verstoß gegen Paragraph 96, Absatz eins, BVergG 2006 dar.

Dazu hat die Antragsgegnerin ausgeführt, dass entsprechend den Vorbemerkungen zur ULG 10.01 - Innenputz auf Wänden, eine Nennputzdicke an Innenwänden von 1,5 cm vereinbart sei und dass gemäß den Vorbemerkungen zur LG 10, Punkt 5.1 Abs. 3 das Ausgleichen von Unebenheiten bis 10 mm einzukalkulieren sei. Unrichtig sei das Vorbringen der Antragstellerin jedoch, dass im K 7 - Blatt der Position 10.0112A lediglich der Einsatz von 7,5 kg Kalkzementmörtel kalkuliert sei, tatsächlich seien 15 kg zuzüglich 8 kg Vorspritzer, insgesamt 23 kg Mörtel in der Vorgabekalkulation angenommen worden. Die Nennputzstärke stelle darüber hinaus einen Mittelwert dar, der die Abweichungen von der Ebenheit des Putzgrundes bereits berücksichtige. Die Mindestputzdicke für die ausgeschriebenen Putze liege bei maximal 1 cm und sei daher auch nach dem Vorbringen der Antragstellerin (1,07 cm) mit den Ansätzen der Richtpreiskalkulation erreichbar. Dazu hat die Antragsgegnerin ausgeführt, dass entsprechend den Vorbemerkungen zur ULG 10.01 - Innenputz auf Wänden, eine Nennputzdicke an Innenwänden von 1,5 cm vereinbart sei und dass gemäß den Vorbemerkungen zur LG 10, Punkt 5.1 Absatz 3, das Ausgleichen von Unebenheiten bis 10 mm einzukalkulieren sei. Unrichtig sei das Vorbringen der Antragstellerin jedoch, dass im K 7 - Blatt der Position 10.0112A lediglich der Einsatz von 7,5 kg Kalkzementmörtel kalkuliert sei, tatsächlich seien 15 kg zuzüglich 8 kg Vorspritzer, insgesamt 23 kg Mörtel in der Vorgabekalkulation angenommen worden. Die Nennputzstärke stelle darüber hinaus

einen Mittelwert dar, der die Abweichungen von der Ebenheit des Putzgrundes bereits berücksichtige. Die Mindestputzdicke für die ausgeschriebenen Putze liege bei maximal 1 cm und sei daher auch nach dem Vorbringen der Antragstellerin (1,07 cm) mit den Ansätzen der Richtpreiskalkulation erreichbar.

Diese Ausführungen der Antragsgegnerin sind zutreffend. Im K 7 - Blatt zur Position 07100112A Innenputz IP auf Wänden W finden sich unter Maschinenputz

je 8 kg Zement Vorspritzer und 15 kg Kalkzementreibputz und unter Putz händisch

je 8 kg Zement Vorspritzer und 15 kg Kalkzementreibputz mit einem Anteil Maschine/händisch von 0,5. Die Materialanteile der beiden Ansätze Maschine/händisch (Mischkalkulation) ergeben in der Position zusammengezählt 15 kg Kalkzementreibputz und 8 kg Zement Vorspritzer, zusammen also 23 kg Materialanteil. Unter Berücksichtigung der Materialansätze ergibt sich sohin, dass auch nach den Berechnungen der Antragstellerin die Materialansätze von der Antragsgegnerin in ihrer Basiskalkulation ausreichend angenommen worden sind. Nicht unerwähnt soll bleiben, dass es sich bei den Angaben der Mindestputzstärken um Mindestwerte handelt, die nicht (wie von der Antragsgegnerin ausgeführt) gleichzeitig auch Maximalwerte (Stellungnahme 5.10.2012 ...Mindestputzdicke für ausschreibungsgegenständliche Putze liegt bei maximal 1 cm...) sein können. Der von der Antragstellerin behauptete Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen in der OG 07 liegt daher nicht vor.

Unter Punkt 6.1.3.5 ihres einleitenden Schriftsatzes hat sich die Antragstellerin ein weiteres Vorbringen hinsichtlich weiterer Fehler bei der Leistungsbeschreibung und Fehler im Leistungsverzeichnis vorbehalten. Tatsächlich hat die Antragstellerin in der Folge ihre im einleitenden Schriftsatz unter Punkt 7 zusammengefassten Anträge nicht mehr erweitert, sodass auf das Vorbringen der Antragsgegnerin, die auf eine Unzulässigkeit eines derartigen Vorbehaltes in ihrem Schriftsatz vom 5.10.2012 hingewiesen hat, nicht weiter eingegangen werden musste.

Unter Punkt 6.1.4 macht die Antragstellerin eine vergaberechtswidrige Bekanntmachung geltend, die darin liegen soll, dass die Antragsgegnerin zur Beschreibung des Auftragsgegenstandes einen falschen Code des gemeinsamen Vokabulars für das öffentliche Auftragswesen (CPV) verwendet hätte. In der Veröffentlichung benenne die Antragsgegnerin den Auftragsgegenstand als Baumeisterarbeiten, weiters bezeichne sie den Auftrag als Bauauftrag und verwende aber den CPV Code 45211100 (Bauarbeiten für Wohnhäuser), obwohl Gegenstand des Auftrages "vielmehr die Ausführung und Planung von Bauleistungen mit dem CPV 71320000 Planungsleistungen im Bauwesen" sei und richtigerweise angeführt hätte werden müssen. Es handle sich um eine grundlegende Rechtswidrigkeit, die durch den Umstand, dass die Österreichische Baumeisterbefugnis nicht nur die Ausführung sondern auch die Planung beinhalte, nichts ändere.

Richtig ist, dass die Antragsgegnerin in der Bekanntmachung den CPV-Code 45211100 "Ausführungen von Bauleistungen" bei Beschreibung des Auftragsgegenstandes angeführt hat. Sie hat diesem Code den Vermerk "Hauptteil" vorangestellt, womit sie zweifellos dem Umstand Rechnung getragen hat, dass bei einem Großteil der Einzelabrufe Planungsleistungen im engeren Sinn gar nicht anfallen werden. Im Übrigen ist für den Senat nicht ersichtlich, wieso die von der Antragstellerin gerügte Verwendung des CPV-Codes eine Kalkulation eines Angebotes wesentlich erschweren bzw. zu einem nicht den Bestimmungen des § 19 Abs. 1 BVergG 2006 entsprechenden Vergabeverfahren führen sollte. Eine im Sinne des 26 Abs. 2 WVRG 2007 relevante Rechtswidrigkeit der Ausschreibungsunterlagen liegt damit nicht vor. Richtig ist, dass die Antragsgegnerin in der Bekanntmachung den CPV-Code 45211100 "Ausführungen von Bauleistungen" bei Beschreibung des Auftragsgegenstandes angeführt hat. Sie hat diesem Code den Vermerk "Hauptteil" vorangestellt, womit sie zweifellos dem Umstand Rechnung getragen hat, dass bei einem Großteil der Einzelabrufe Planungsleistungen im engeren Sinn gar nicht anfallen werden. Im Übrigen ist für den Senat nicht ersichtlich, wieso die von der Antragstellerin gerügte Verwendung des CPV-Codes eine Kalkulation eines Angebotes wesentlich erschweren bzw. zu einem nicht den Bestimmungen des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 entsprechenden Vergabeverfahren führen sollte. Eine im Sinne des 26 Absatz 2, WVRG 2007 relevante Rechtswidrigkeit der Ausschreibungsunterlagen liegt damit nicht vor.

Im Abschnitt 6.2 macht die Antragstellerin geltend, dass die Ausschreibungsunterlagen weitere Regelungen enthalten würden, die in ihrer Gesamtheit als nichtig zu bewerten seien. Es handelt sich dabei um Regelungen aus den WD 314 sowie um Regelungen aus den Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge.

Zunächst zu den als rechtswidrig angefochtenen Regelungen der WD 314.

Zu Punkt 6.2.1.1 betreffend Punkt 3.4.2 (Ermittlung, dritter Absatz):

Die angefochtene Festlegung lautet:

"Bei Überschreitung der vertraglich festgelegten Leistungsfrist, die der AN nicht zu vertreten hat, werden nur die zeitgebundenen Gemein- und Gerätekosten der Baustelle für die Zeit der Überschreitung im Rahmen der vorgelegten Aufgliederung, jedoch nur im tatsächlich geleisteten Umfang und höchstens zum angebotenen Preis je Zeiteinheit, vergütet. Bei Überschreitung der vertraglich festgelegten Leistungsfrist, die der AN zu vertreten hat, erfolgt keine Vergütung der zeitgebundenen Gemein- und Gerätekosten der Baustelle für die Zeit der Überschreitung. [...]"

In dieser Festlegung erblickt die Antragstellerin ein krasses Missverhältnis zwischen der Interessenslage eines Bieters und der Auftraggeberin. Selbst bei nicht von der Antragstellerin zu vertretenden Überschreitungen der Leistungsfrist würden ihr nur die zeitgebundenen Gemein- und Gerätekosten ersetzt werden, nicht jedoch ein etwaiger entgangener Gewinn durch die von der Antragstellerin nicht verschuldete Verzögerung, und zwar selbst dann, wenn die Verzögerung vom Auftraggeber verschuldet würde.

Die Antragsgegnerin hat dazu unter Hinweis auf die Judikatur des angerufenen Senates ausgeführt, die Festlegung verstoße nicht gegen die vergaberechtlichen Bestimmungen. Faktum sei, dass ein Auftragnehmer bei Überschreitung der Leistungsfrist alle jene Kosten vergütet erhalte, die ihm durch die von ihm nicht zu vertretende Verzögerung entstanden seien. Damit erleide er keinen Verlust. Der Ersatz des entgangenen Gewinns gebühre an sich nur dann, wenn ein Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt worden sei. Eine sachliche Rechtfertigung erblickt die Antragsgegnerin darin, dass die Abgeltung eines entgangenen Gewinns bei jeder Verzögerung ein ihr "schlichtweg unzumutbares Risiko" bedeuten würde.

Die behauptete Vergaberechtswidrigkeit hält der Senat für nicht gegeben. Dazu ist zunächst auf § 1168 ABGB zu verweisen, wonach einem Unternehmer dann, wenn die Ausführung des Werkes unterbleibt, das vereinbarte Entgelt gleichwohl gebührt, wenn er zur Leistung bereit war. Er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er infolge Unterbleibens der Arbeit erspart hat. Nach dem Wortlaut der angefochtenen Festlegung erhält ein Auftragnehmer bei Überschreitung der Leistungsfrist, in Übereinstimmung mit der zitierten Bestimmung, ohnedies alle jene Kosten vergütet, die durch von ihm nicht zu vertretende Verzögerungen entstanden sind. Damit entsteht für ihn kein Verlust. Dass einem Auftragnehmer der entgangene Gewinn dann gebührt, wenn sein Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt wurde, ist nach den Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausgeschlossen, diesbezüglich ist auch auf die Bestimmungen des Schadenersatzrechtes zu verweisen. Dass durch die angefochtene Bestimmung ein nicht kalkulierbares Risiko für einen Bieter gegeben wäre, ist für den Senat nicht ersichtlich, weshalb der Antrag, diese Festlegung für nichtig zu erklären, abzuweisen war. Die behauptete Vergaberechtswidrigkeit hält der Senat für nicht gegeben. Dazu ist zunächst auf Paragraph 1168, ABGB zu verweisen, wonach einem Unternehmer dann, wenn die Ausführung des Werkes unterbleibt, das vereinbarte Entgelt gleichwohl gebührt, wenn er zur Leistung bereit war. Er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er infolge Unterbleibens der Arbeit erspart hat. Nach dem Wortlaut der angefochtenen Festlegung erhält ein Auftragnehmer bei Überschreitung der Leistungsfrist, in Übereinstimmung mit der zitierten Bestimmung, ohnedies alle jene Kosten vergütet, die durch von ihm nicht zu vertretende Verzögerungen entstanden sind. Damit entsteht für ihn kein Verlust. Dass einem Auftragnehmer der entgangene Gewinn dann gebührt, wenn sein Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt wurde, ist nach den Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausgeschlossen, diesbezüglich ist auch auf die Bestimmungen des Schadenersatzrechtes zu verweisen. Dass durch die angefochtene Bestimmung ein nicht kalkulierbares Risiko für einen Bieter gegeben wäre, ist für den Senat nicht ersichtlich, weshalb der Antrag, diese Festlegung für nichtig zu erklären, abzuweisen war.

Zu Punkt 6.2.1.2 betreffend Punkt 3.4.2 (Ermittlung, 4. Absatz)

Die angefochtene Festlegung lautet:

"Bei ungenügendem Baufortschritt im jeweiligen Abrechnungszeitraum (Legung der Abschlagsrechnung) ist der AG berechtigt, die Vergütung der zeitgebundenen Gemein- und Gerätekosten der Baustelle entsprechend der erbrachten Leistung in der Abschlagsrechnung abzumindern und erst zum Zeitpunkt der Erfüllung der Leistung auszubezahlen".

Die Antragstellerin wendet sich gegen diese Regelung, weil sie unsystematisch in ihre Dispositionsfreiheit eingreifen würde. In dieser Regelung sei eine versteckte Vertragsstrafe enthalten, sie knüpfe nicht an ein Verschulden der

Verzögerung durch die Antragstellerin an, sondern werde auch schlagend, wenn der Auftraggeber oder ein Dritter den Baufortschritt verzögere. Diese Bestimmung sehe weiters vor, dass die Auftraggeberin das Recht habe, abzumindern, ohne gleichzeitig festzulegen, in welcher Höhe eine solche Minderung erfolgen dürfe. Durch die Abminderung der Abschlagszahlung verfüge die Antragstellerin nicht nur über eine geringere Liquidität, es entginge ihr auch der Erlös aus Zinsen und Zinseszinsen. Diese Regelung bedeute für die Antragstellerin daher ein unkalkulierbares Risiko.

Die Antragsgegnerin verweist darauf, dass die angefochtene Festlegung auf Rahmenverträge gar nicht anwendbar sei, weil gemäß Punkt 5.5.1 der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge für jeden Einzelauftrag nur Vollzahlungsrechnungen gelegt werden könnten.

Es trifft zu, dass im Punkt 5.5.1 der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge festgelegt ist, dass für jeden Einzelauftrag nur Vollzahlungsrechnungen gelegt werden dürfen. Damit kann es zu einer Anwendung der Regelung im Punkt 3.4.2 vierter Absatz der WD 314 bei Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen nicht kommen, da Abschlagsrechnungen nicht vorgesehen sind. Worin in der angefochtenen Bestimmung eine "versteckte Vertragsstrafe" liegen soll ist nicht ersichtlich. Das dem Auftragnehmer zustehende Entgelt wird in voller Höhe ausbezahlt, sobald er die Leistung vollständig erbracht hat. Es wäre für die Auftraggeberin unzumutbar, die gesamten Gemein- und Gerätekosten der Baustelle leisten zu müssen, obwohl die Leistung noch nicht wegen des Verhaltens des Auftragnehmers vereinbarungsgemäß erbracht wurde. Durch diese Festlegung wird einem Bieter kein unkalkulierbares Risiko auferlegt, weshalb das Begehren, sie für nichtig zu erklären, abzuweisen war.

Zu Punkt 6.2.1.3 betreffend Punkt 4.2.3.3 (Mengenermittlung nach Aufmaß)

Die angefochtene Bestimmung lautet:

"Aufmaße, die aus triftigen Gründen nur von einem der beiden Vertragspartner festgestellt wurden, sind dem anderen ehestens mitzuteilen. [...]"

In dieser Festlegung erblickt die Antragstellerin eine unzulässige Abänderung der Regelungen aus der ÖNORM B 2110, in dem der zweite Satz aus der betreffenden Norm nicht übernommen wurde. Dieser Satz laute: "Sie gelten als anerkannt, wenn nicht innerhalb von zwei Wochen ab Erhalt der Mitteilung schriftlich dagegen Einspruch erhoben wird."

Bei Durchführung von Baumeisterarbeiten komme es immer wieder vor, dass nach Weiterführung der Arbeit das Ausmaß der erbrachten Leistungen nicht oder nicht mehr genau feststellbar sei. In diesem Fall habe eine gemeinsame Leistungsfeststellung mit der Auftraggeberin zu erfolgen. Dies sei zwar in den WD 314 ÖNORM-konform geregelt, jedoch stelle sich für die Antragstellerin ein Problem in dem Fall dar, wenn die Auftraggeberin nicht zu vereinbarten Terminen erscheine. Es habe die Antragstellerin dann zwar die Leistungsfeststellung alleine vorzunehmen und dies der Auftraggeberin mitzuteilen. Diese habe nach der ÖNORM B 2110 die Möglichkeit, binnen zwei Wochen dagegen Einspruch zu erheben. Durch die nicht vollkommene Übernahme der Regelung der ÖNORM in die WD 314 habe die Auftraggeberin die Möglichkeit, bis zur Legung der Schlussrechnung gegen die Leistungsfeststellung Einspruch zu erheben. Diese Regelung sei daher "auf jeden Fall benachteiligend".

Die Antragsgegnerin hat darauf verwiesen, dass diese angefochtene Regelung gleichermaßen für den Auftraggeber als auch für den Auftragnehmer gelte. Es gäbe also die von der Antragstellerin behauptete Schlechterstellung nicht.

Diese Ansicht wird vom erkennenden Senat geteilt. Punkt 4.2.3.3 der WD 314 ist im Zusammenhang mit den Punkten 4.2.3.1, 4.2.3.2 und 4.2.3.4 zu lesen, wonach Aufmaßfeststellungen grundsätzlich gemeinsam vorzunehmen sind. Die einseitige Feststellung des Ausmaßes kommt nur "aus triftigen Gründen" in Betracht. Schließlich normiert Punkt 4.2.3.4, dass bei Verweigerung der Anerkennung von einseitig festgestellten Aufmaßen die Vertragspartner eine neuerliche Aufmaßfeststellung gemeinsam vornehmen müssen, sodass sich im Bezug auf die Rechnungsinhalte (verrechnete Ausmaße) keine Benachteiligung ergibt. Es entsteht nur der Aufwand einer nochmaligen Kollaudierung für beide Seiten, wenn triftige Gründe für eine einseitige Aufmaßfeststellung vorlagen. Eine einseitige, einen Auftragnehmer benachteiligende Regelung ist in dieser Festlegung nicht zu erblicken, weshalb der Antrag auf deren Nichtigklärung abzuweisen war.

Aus den Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge hat die Antragstellerin unter Abschnitt 6.2.2 zwei Festlegungen angefochten.

Zu Punkt 6.2.2.1 betreffend Punkt 5.3 (Preisbildung):

Die Festlegung lautet:

"Entgegen den Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen (Punkt 3.4.4 der WD 314) führt eine Abweichung von den in der Ausschreibung bzw. im Vertrag angegebenen Mengen zu keiner Änderung der Preise. Darüber hinaus gilt Punkt 3.4.5 der WD 314 nicht".

In dieser Festlegung erblickt die Antragstellerin eine unzulässige Überwälzung von Risiken auf den Bieter. Bei den Baumeisterarbeiten handle es sich um umfassende Sanierungsmaßnahmen. Es sei für die Antragstellerin faktisch unmöglich, die genau benötigte Menge an Material zu kalkulieren. Die angefochtene Bestimmung stelle daher einen Verstoß gegen § 78 Abs. 3 BVergG 2006 dar. In dieser Festlegung erblickt die Antragstellerin eine unzulässige Überwälzung von Risiken auf den Bieter. Bei den Baumeisterarbeiten handle es sich um umfassende Sanierungsmaßnahmen. Es sei für die Antragstellerin faktisch unmöglich, die genau benötigte Menge an Material zu kalkulieren. Die angefochtene Bestimmung stelle daher einen Verstoß gegen Paragraph 78, Absatz 3, BVergG 2006 dar.

Die Antragsgegnerin hält diese Festlegung nicht für vergaberechtswidrig, zumal sie sich dabei an die Judikatur des Vergabekontrollsenates gehalten habe.

Tatsächlich hat sich der angerufene Senat in der Vergangenheit mehrfach mit der Frage der Zulässigkeit des Ausschlusses der Mengenänderungsklausel der ÖNORM B 2110 bei Rahmenvertragsausschreibungen auseinandergesetzt. Dazu hat er in seiner Vorentscheidung etwa ausgeführt (vgl. VKS - 3600/12 vom 6.6.2012): Tatsächlich hat sich der angerufene Senat in der Vergangenheit mehrfach mit der Frage der Zulässigkeit des Ausschlusses der Mengenänderungsklausel der ÖNORM B 2110 bei Rahmenvertragsausschreibungen auseinandergesetzt. Dazu hat er in seiner Vorentscheidung etwa ausgeführt vergleiche VKS - 3600/12 vom 6.6.2012):

"[...] Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass diese angefochtene Bestimmung für beide Seiten gilt, also sich auch zum Nachteil der Auftraggeberin auswirken kann. Im Übrigen sieht der Senat keinen Grund dafür, von seiner auch von der Auftraggeberin zitierten Judikatur abzuweichen. So hat er in seinem Bescheid vom 30.3.2007, VKS - 3664/06 bis VKS - 3675/06 zu diesem Problem ausgeführt, dass die "sogenannte Mengenänderungsklausel der ÖNORM B 2110 nicht als geeignete Preisanpassungsmodalität für Rahmenverträge über Bauleistungen qualifiziert werden (kann). Insofern ist die Außerkraftsetzung dieser Klausel der gegenständlichen Ausschreibung auch nicht relevant". Ebenso hat er in seiner Entscheidung vom 30.3.2007, VKS - 3664/06 bis VKS - 3675/06 ausgeführt, dass die angefochtene Vertragsformulierung nicht gegen § 99 Abs. 2 bzw. 79 Abs. 3 BVergG 2006 verstößt, weil Rahmenverträge über Bauleistungen, was die Verbindlichkeit des Leistungsumfanges anlangt, nur grobe Schätzungen beinhalten können, da eine Angabe der tatsächlich erfolgenden Leistungsabrufe in der Zukunft nicht möglich ist. In Übereinstimmung mit seiner bisher vertretenen Judikatur hält daher der angerufene Senat die angefochtene Bestimmung für sachgerecht, die im Rahmen der Kalkulation eines Angebotes auch durchaus entsprechend berücksichtigt werden kann. Dem Antrag auf Nichtigserklärung der angefochtenen Festlegung war daher nicht stattzugeben. [...]"

"[...] Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass diese angefochtene Bestimmung für beide Seiten gilt, also sich auch zum Nachteil der Auftraggeberin auswirken kann. Im Übrigen sieht der Senat keinen Grund dafür, von seiner auch von der Auftraggeberin zitierten Judikatur abzuweichen. So hat er in seinem Bescheid vom 30.3.2007, VKS - 3664/06 bis VKS - 3675/06 zu diesem Problem ausgeführt, dass die "sogenannte Mengenänderungsklausel der ÖNORM B 2110 nicht als geeignete Preisanpassungsmodalität für Rahmenverträge über Bauleistungen qualifiziert werden (kann). Insofern ist die Außerkraftsetzung dieser Klausel der gegenständlichen Ausschreibung auch nicht relevant". Ebenso hat er in seiner Entscheidung vom 30.3.2007, VKS - 3664/06 bis VKS - 3675/06 ausgeführt, dass die angefochtene Vertragsformulierung nicht gegen Paragraph 99, Absatz 2, bzw. 79 Absatz 3, BVergG 2006 verstößt, weil Rahmenverträge über Bauleistungen, was die Verbindlichkeit des Leistungsumfanges anlangt, nur grobe Schätzungen beinhalten können, da eine Angabe der tatsächlich erfolgenden Leistungsabrufe in der Zukunft nicht möglich ist. In Übereinstimmung mit seiner bisher vertretenen Judikatur hält daher der angerufene Senat die angefochtene Bestimmung für sachgerecht, die im Rahmen der Kalkulation eines Angebotes auch durchaus entsprechend berücksichtigt werden kann. Dem Antrag auf Nichtigserklärung der angefochtenen Festlegung war daher nicht stattzugeben. [...]"

Der Senat sieht keinen Anlass, von dieser seiner Judikatur abzugehen. Soweit die Antragstellerin einwendet, es sei ihr faktisch unmöglich, die benötigte Menge an Material zu kalkulieren, betrifft dieser Einwand nicht die gegenständliche Problemstellung. Der Antragstellerin muss es möglich sein, die benötigte Menge an Material je Position zu kalkulieren. Abgerechnet werden die Leistungen nach tatsächlich erbrachten Mengen. Insofern gibt es in diesem Zusammenhang

daher kein dem Auftragnehmer überwältztes, besonderes Risiko. Die angefochtene Mengenänderungsklausel umfasst darüber hinaus nur Fälle einer sogenannten Mischpreiskalkulation (Erfassung von einmaligen und mengenabhängigen Aufwänden in einer Position). Eine Mischpreiskalkulation ist bei den ausgeschriebenen Leistungen jedoch nicht erforderlich. Der Antrag, die angefochtene Festlegung für nichtig zu erklären, war daher abzuweisen.

Zu Punkt 6.2.2.2 betreffend Punkt 5.5.6 (Elektronische Rechnungslegung)

Die angefochtene Festlegung lautet:

"Der Auftragnehmer verpflichtet sich, auf Verlangen des Auftraggebers (aber auf Kosten des Auftragnehmers) auf eine elektronische Rechnungslegung und Übermittlung der Rechnungen mittels XML-Schnittstelle, die gemäß den - sachlich gerechtfertigten - Vorgaben des Auftraggebers ausgestaltet sein muss, umzustellen."

Die Rechtswidrigkeit dieser Bestimmung erblickt die Antragstellerin darin, dass damit die Auftraggeberin einen Auftragnehmer ein ihm unbekanntes Rechnungslegungsprogramm aufzwingen könne. Zwar stelle die XML-Schnittstelle eine standardisierte Sprache zum maschinenlesbaren Datenaustausch dar, es unterlasse die Auftraggeberin jedoch, die hinter den für den Datenaustausch notwendige Dokumentenstruktur zu definieren. Dadurch könnten der Antragstellerin erhebliche Mehrkosten hinsichtlich der Anpassung von Datenstrukturen entstehen, womit ein unkalkulierbares Risiko gegeben wäre.

Dazu hat die Antragsgegnerin darauf verwiesen, dass jedes handelsübliche Rechnungsprogramm über eine solche XML-Schnittstelle verfüge, das heiße, dass die Antragstellerin gerade nicht gezwungen sei, ein bestimmtes Rechnungsprogramm zu wählen.

Die von der Antragstellerin behauptete Rechtswidrigkeit in der angefochtenen Feststellung ist für den angerufenen Senat nicht erkennbar. Wenn sie vorbringt, dass ihr die notwendige Dokumentenstruktur nicht bekannt wäre, übersieht sie, dass in den Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge ein "Muster-Rechnungsschema" vorgegeben ist, das auch im Falle einer elektronischen Rechnungslegung beibehalten wird. Diese Festlegungen in den Vertragsbestimmungen wurden von der Antragstellerin nicht angefochten. Damit kennt die Antragstellerin aber auch - entgegen ihrem Vorbringen - die Dokumentenstruktur. Der Antrag auf Nichtigkeitserklärung der angefochtenen Festlegung war daher abzuweisen.

Zusammenfassend ist auszuführen, dass das Nachprüfungsverfahren - wie auch die Antragstellerin in ihrem einleitenden Schriftsatz unter Punkt 6.2.3 ausführt - ergeben hat, dass die von ihr angefochtenen Regelungen "einzeln nicht rechtswidrig" sind. Dazu ist auf die Behandlung der einzelnen Anfechtungspunkte, wobei auch jeweils eine konkrete rechtliche Beurteilung vorgenommen wurde, zu verweisen. Der Schwerpunkt des Nichtigkeitsantrages hat mit seinem Eventualbegehren im Wesentlichen Festlegungen in den WD 314 betroffen. Wie bereits in vorangegangenen Entscheidungen (VKS - 3600/12 und VKS 4016/12) ist auch im gegenständlichen Verfahren der Senat zur Ansicht gelangt, dass die von der Antragsgegnerin geschaffenen WD 314 grundsätzlich den Bestimmungen des § 99 BVergG 2006 sowohl des Abs. 1 als auch des Abs. 2 entsprechen. Auch die Festlegungen, die in den Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge angefochten worden sind, sind - vergaberechtlich beurteilt - unbedenklich. Soweit die Antragstellerin Festlegungen, die nicht in den WD 314 enthalten sind, angefochten hat, war ihrem Begehren auf Nichtigkeitsklärung nicht stattzugeben, weil auch diese vergaberechtlichen Anforderungen entsprechen und inhaltlich durch den Ausschreibungsgegenstand gedeckt sind. Es kann daher nicht gesagt werden, dass die auch von der Antragstellerin als an sich nicht rechtswidrig gewerteten, von ihr angefochtenen Regelungen, wenn man sie in einer Gesamtschau betrachtet, "sehr wohl die Schwelle zur gröblichen Benachteiligung" überschreiten. Die Ausschreibungsunterlagen in ihrer Gesamtheit sind durchaus geeignet, den Vorgaben des Vergaberechts entsprechend, zu vergleichbaren Angeboten zu führen. Nach Ansicht des Senates wird durch keine der angefochtenen Bestimmungen ein Bieter daran gehindert, sein Angebot ohne Übernahme nicht vertretbarer oder unzumutbarer Risiken zu kalkulieren. Aus diesen Gründen war daher sowohl der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der gesamten Ausschreibung als auch die hilfsweise gestellten Anträge auf Nichtigkeitsklärung einzelner, näher bezeichneter Festlegungen, abzuweisen (Spruch Punkte 1 und 2). Zusammenfassend ist auszuführen, dass das Nachprüfungsverfahren - wie auch die Antragstellerin in ihrem einleitenden Schriftsatz unter Punkt 6.2.3 ausführt - ergeben hat, dass die von ihr angefochtenen Regelungen "einzeln nicht rechtswidrig" sind. Dazu ist auf die Behandlung der einzelnen Anfechtungspunkte, wobei auch jeweils eine konkrete rechtliche Beurteilung vorgenommen wurde, zu verweisen. Der Schwerpunkt des Nichtigkeitsantrages hat mit seinem Eventualbegehren im Wesentlichen

Festlegungen in den WD 314 betroffen. Wie bereits in vorangegangenen Entscheidungen (VKS - 3600/12 und VKS 4016/12) ist auch im gegenständlichen Verfahren der Senat zur Ansicht gelangt, dass die von der Antragsgegnerin geschaffenen WD 314 grundsätzlich den Bestimmungen des Paragraph 99, BVergG 2006 sowohl des Absatz eins, als auch des Absatz 2, entsprechen. Auch die Festlegungen, die in den Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge angefochten worden sind, sind - vergaberechtlich beurteilt - unbedenklich. Soweit die Antragstellerin Festlegungen, die nicht in den WD 314 enthalten sind, angefochten hat, war ihrem Begehren auf Nichtigerklärung nicht stattzugeben, weil auch diese vergaberechtlichen Anforderungen entsprechen und inhaltlich durch den Ausschreibungsgegenstand gedeckt sind. Es kann daher nicht gesagt werden, dass die auch von der Antragstellerin als an sich nicht rechtswidrig gewerteten, von ihr angefochtenen Regelungen, wenn man sie in einer Gesamtschau betrachtet, "sehr wohl die Schwelle zur gröblichen Benachteiligung" überschreiten. Die Ausschreibungsunterlagen in ihrer Gesamtheit sind durchaus geeignet, den Vorgaben des Vergaberechts entsprechend, zu vergleichbaren Angeboten zu führen. Nach Ansicht des Senates wird durch keine der angefochtenen Bestimmungen ein Bieter daran gehindert, sein Angebot ohne Übernahme nicht vertretbarer oder unzumutbarer Risiken zu kalkulieren. Aus diesen Gründen war daher sowohl der Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung als auch die hilfsweise gestellten Anträge auf Nichtigerklärung einzelner, näher bezeichneter Festlegungen, abzuweisen (Spruch Punkte 1 und 2).

Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 28.9.2012 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben (Spruch Punkt 3). Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 28.9.2012 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben (Spruch Punkt 3).

Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 genannten Voraussetzungen liegen nicht vor (Spruch Punkt 4). Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, genannten Voraussetzungen liegen nicht vor (Spruch Punkt 4).

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; Abweisung; keine gröbliche Benachteiligung;

Zuletzt aktualisiert am

14.03.2013

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