

TE Verg Bescheid 2012/6/6 VKS-3600/12

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 06.06.2012

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 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §99

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

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der ***, vertreten durch Mag. Werner Hauser, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, betreffend die Vergabe eines Rahmenvertrages über Fangsanierungsarbeiten in den Bezirken 1 bis 23, 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 über Fangsanierungsarbeiten in den Bezirken 1 bis 23" für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Dem hilfsweise gestellten Antrag im Langtextleistungsverzeichnis in der Fassung der ersten Berichtigung, in der Position 35.8901Z die Wortfolge "... Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft Wiener Rauchfangkehrermeister GmbH" für nichtig zu erklären, wird stattgegeben; diese Wortfolge wird gemäß § 26 Abs. 2 WVRG 2007 gestrichen. Dem hilfsweise gestellten Antrag im Langtextleistungsverzeichnis in der Fassung der ersten Berichtigung, in der Position 35.8901Z die Wortfolge "... Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft Wiener Rauchfangkehrermeister GmbH" für nichtig zu erklären, wird stattgegeben; diese Wortfolge wird gemäß Paragraph 26, Absatz 2, WVRG 2007 gestrichen.

1. 3.Ziffer 3

Die einstweilige Verfügung vom 5.4.2012 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 4.Ziffer 4

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser, entrichteten Pauschalgebühren von Euro 8.194,50 binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 24 Abs. 4, 25 Abs. 1, 31 WVRG 2007, in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z1, 4, 19 Abs. 1, 99 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 24 Absatz 4, 25, Absatz eins, 31, WVRG 2007, in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Z1, 4, 19 Absatz eins, 99, BVergG 2006.

Begründung

Die Stadt Wien - Wiener Wohnen (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Rahmenvertrages, nämlich zur Durchführung von Fangsanierungsarbeiten an den von ihr in allen 23 Wiener Bezirken verwalteten Wohnobjekten. Es handelt sich um die Vergabe eines Bauauftrages im Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren, wobei der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen soll. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist im Amtsblatt der EU vom 22.2.2012, 2012/S37-059632, wie auch auf der Webseite der Antragsgegnerin sowie im Amtsblatt der Stadt Wien Nr. 9 vom 1.3.2012 erfolgt. Die Ausschreibungsunterlagen wurden einmal inhaltlich berichtigt. Auch diese Berichtigung ist ordnungsgemäß kundgemacht worden. Das Ende der Angebotsfrist war zunächst der 13.4.2012, die Angebotseröffnung sollte anschließend stattfinden. Die Angebotsfrist wurde auf 1.6.2012 erstreckt. Die Zuschlagsfrist beträgt sieben Monate, als voraussichtlicher Leistungsbeginn ist das 4. Quartal 2012 vorgesehen.

Mit dem am 2.4.2012 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 4 WVRG 2007), in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag begehrt die Antragstellerin die Ausschreibung, hilfsweise näher bezeichnete Festlegungen in derselben, für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, sie sei daran interessiert, für die ausgeschriebenen Leistungen ein entsprechendes Angebot zu legen. Daran werde sie jedoch durch die Ausschreibungsunterlagen gehindert. Mit dem am 2.4.2012 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007), in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag begehrt die Antragstellerin die Ausschreibung, hilfsweise näher bezeichnete Festlegungen in derselben, für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche

Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, sie sei daran interessiert, für die ausgeschriebenen Leistungen ein entsprechendes Angebot zu legen. Daran werde sie jedoch durch die Ausschreibungsunterlagen gehindert.

Von den hilfsweise angefochtenen Festlegungen in der Ausschreibung in der Fassung der ersten Berichtigung hat die Antragstellerin im Zuge des Nachprüfungsverfahrens ihre hilfsweise gestellten Anträge zu 3.1 (Vergabebekanntmachung, erste Berichtigung, MDBD - Angebotsfrist), 2 (MDBD - Lang - LV, Kurz - LV - Erstellung der Preise, Preisauflschlag/Nachlassverfahren), 11 (Lang - LV, Kurz - LV idF d. ersten Berichtigung: Position 01.0201BZ) und 20 (WD 314, Punkt 3.4.5 Nachteilsabgeltung) nicht aufrecht erhalten. Die Anfechtungen zu diesen Punkten sind daher nicht mehr Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens. Von den hilfsweise angefochtenen Festlegungen in der Ausschreibung in der Fassung der ersten Berichtigung hat die Antragstellerin im Zuge des Nachprüfungsverfahrens ihre hilfsweise gestellten Anträge zu 3.1 (Vergabebekanntmachung, erste Berichtigung, MDBD - Angebotsfrist), 2 (MDBD - Lang - LV, Kurz - LV - Erstellung der Preise, Preisauflschlag/Nachlassverfahren), 11 (Lang - LV, Kurz - LV in der Fassung d. ersten Berichtigung: Position 01.0201BZ) und 20 (WD 314, Punkt 3.4.5 Nachteilsabgeltung) nicht aufrecht erhalten. Die Anfechtungen zu diesen Punkten sind daher nicht mehr Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens.

Im Übrigen führt die Antragstellerin aus, dass in der Vergabebekanntmachung zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auf die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere auf das Angebotsformblatt MDBD - SR 75 und auf die Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge verwiesen werde. Im Angebotsformblatt werde kein Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit gefordert. Hingegen fänden sich in den Verfahrensbestimmungen unter Punkt

3.3.2 entsprechende Festlegungen, worin ein Widerspruch zum Angebotsformblatt gegeben sei. Die Forderung, zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eine Berufshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von mindestens Euro 1,5 Mio. zu verlangen, stehe im Widerspruch zu § 70 Abs. 1 BVergG 2006. Die Verfahrensbestimmungen, soweit sie die technische Leistungsfähigkeit betreffen, seien insoweit diskriminierend, als Referenzen nur anerkannt werden, die vom Bieter in bewohnten Wohngebäuden im Sinne des § 119 Abs. 1 Wiener BO, mit zumindest fünf selbständigen Wohnungen erbracht worden sind. Damit würden Referenzen nur aus dem Raum Wien anerkannt werden, was gegen das Diskriminierungsverbot verstoße. Auch die Festlegung, dass der Bieter bei den Referenzprojekten eine Rechnungsnummer anzugeben und die Referenzen in eine Excel-Liste einzutragen habe, verstoße gegen die Bestimmung des § 75 Abs. 1 iVm Abs. 5 bis 7 BVergG 2006. Die Festlegung, wonach der Auftraggeber einem Bieter gegebenenfalls auffordern könne, zusätzliche Nachweise vorzulegen, verstoße gegen § 79 Abs. 2 BVergG 2006. Die als verbindlich erklärten Bestimmungen zur Geheimhaltungsverpflichtung sowie über Verwendungs- und Verwertungsrechte in den WD 307 seien vergaberechtlich nicht gedeckt. Im Lang - LV Position 35.8901Z werde festgelegt, dass Kaminbefunde vom Auftragnehmer ausschließlich bei der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft "Wiener Rauchfangkehrermeisterschaft GmbH" zu bestellen und

3.3.2 entsprechende Festlegungen, worin ein Widerspruch zum Angebotsformblatt gegeben sei. Die Forderung, zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eine Berufshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von mindestens Euro 1,5 Mio. zu verlangen, stehe im Widerspruch zu Paragraph 70, Absatz eins, BVergG 2006. Die Verfahrensbestimmungen, soweit sie die technische Leistungsfähigkeit betreffen, seien insoweit diskriminierend, als Referenzen nur anerkannt werden, die vom Bieter in bewohnten Wohngebäuden im Sinne des Paragraph 119, Absatz eins, Wiener BO, mit zumindest fünf selbständigen Wohnungen erbracht worden sind. Damit würden Referenzen nur aus dem Raum Wien anerkannt werden, was gegen das Diskriminierungsverbot verstoße. Auch die Festlegung, dass der Bieter bei den Referenzprojekten eine Rechnungsnummer anzugeben und die Referenzen in eine Excel-Liste einzutragen habe, verstoße gegen die Bestimmung des Paragraph 75, Absatz eins, in Verbindung mit Absatz 5 bis 7 BVergG 2006. Die Festlegung, wonach der Auftraggeber einem Bieter gegebenenfalls auffordern könne, zusätzliche Nachweise vorzulegen, verstoße gegen Paragraph 79, Absatz 2, BVergG 2006. Die als verbindlich erklärten Bestimmungen zur Geheimhaltungsverpflichtung sowie über Verwendungs- und Verwertungsrechte in den WD 307 seien vergaberechtlich nicht gedeckt. Im Lang - LV Position 35.8901Z werde festgelegt, dass Kaminbefunde vom Auftragnehmer ausschließlich bei der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft "Wiener Rauchfangkehrermeisterschaft GmbH" zu bestellen und

Durch die von ihr angefochtenen Ausschreibungsbestimmungen fühlt sich die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere im Recht auf Durchführung eines, dem freien und lauterem Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Festlegung

vergaberechtskonformer und nicht diskriminierender Ausschreibungsbedingungen, im Recht auf Abgabe eines vergaberechtskonformen Angebotes und im Recht auf Abschluss eines Rahmenvertrages mit dem tatsächlichen Bestbieter verletzt. Die Antragstellerin übe das Baumeistergewerbe aus, sei technisch und rechtlich in der Lage die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen und habe auch ein großes Interesse daran. Sollten die von ihr bekämpften Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen nicht beseitigt werden, sei sie nicht in der Lage, ein kompetitives Angebot zu legen. Dadurch würde ihr ein nicht unbeträchtlicher Schaden, der von ihr näher dargestellt wird, an entgangenem Gewinn, Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren sowie letztlich der Verlust eines für sie wesentlichen Referenzprojektes drohen.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 27.3.2012 antragsgemäß erlassen; diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses, beiden Teilen zugewandten Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 6.4.2012 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. Was die von der Antragstellerin als nichtig angefochtene 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" jedem Vergabeverfahren zugrunde zu legen. Abgesehen davon stelle 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 enthalte keine gröblich benachteiligenden Abweichungen von der ÖNORM B 2110. Selbst wenn man 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 (dh 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 der WD 314 Rechnung, ohne ÖNORMEN zu negieren. Im Gegenteil übernehme die WD 314 weitestgehend die ÖNORM B 2110 und normiere 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. Sodann nimmt die Antragsgegnerin zu den einzelnen Anfechtungspunkten ausführlich Stellung und legt dar, warum die Anfechtungen der Antragstellerin unbegründet wären.

Mit Schriftsatz vom 6.4.2012 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. Was die von der Antragstellerin als nichtig angefochtene 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" jedem Vergabeverfahren zugrunde zu legen. Abgesehen davon stelle 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 enthalte keine gröblich benachteiligenden Abweichungen von der ÖNORM B 2110. Selbst wenn man 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 (dh 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 der WD 314 Rechnung, ohne ÖNORMEN zu negieren. Im Gegenteil übernehme die WD 314 weitestgehend die ÖNORM B 2110 und normiere 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. Sodann nimmt die Antragsgegnerin zu den einzelnen Anfechtungspunkten ausführlich Stellung und legt dar, warum die Anfechtungen der Antragstellerin unbegründet wären.

Dieses Vorbringen wurde von der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 21.5.2012 beantwortet, in dem die Antragstellerin im Wesentlichen ihre Argumentation, warum es sich bei den Bestimmungen der WD 314 um benachteiligende Abweichungen von der ÖNORM handle, weiter ausbaut. Ihrem Standpunkt nach sei ein Auftraggeber verpflichtet, geeignete Leitlinien wie ÖNORMEN oder standardisierte Leistungsbeschreibungen heranzuziehen, falls derartige Leitlinien bestehen. Dabei handle es sich vor allem um Leitlinien, welche von einer dritten Stelle (mit einem gewissen Vertretungsanspruch gegenüber den Unternehmen einer Branche) mit dem Ziel ausgearbeitet worden seien, dass die darin enthaltenen Standardisierungen einen Ausgleich zwischen den Interessen des Auftraggebers und Auftragnehmers enthielten. Festzuhalten sei, dass die WD 314 so deutlich von der ÖNORM B 2110 abweiche, "dass Sittenwidrigkeit bzw. ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot jedenfalls besteht".

Nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 24.5.2012 wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, zur Frage, ob es sich bei den Ausschreibungsbedingungen der Antragsgegnerin zugrunde gelegten WD 314 um geeignete Leitlinien im Sinne des § 99 Abs. 2 BVergG 2006 handle, ergänzende Stellungnahmen abzugeben. Dazu hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 4.6.2012 unter Zitierung zahlreicher Belegstellen geltend gemacht, dass unter dem Begriff "Leitlinie" nicht solche verstanden werden könnten, "die der Auftraggeber von vornherein für sich selbst gestaltet hat, sondern (nur) solche, die von dritter Seite zur Verfügung gestellt werden". Eine wesentliche Eigenschaft von Leitlinien wie etwa ÖNORMEN sei darin zu sehen, dass darin gegenläufige Interessen der potentiellen Vertragspartner möglichst ausgewogen berücksichtigt würden. Leitlinien iSd § 99 Abs. 2 BVergG 2006 seien demnach "in erster Linie von dritter Seite zur Verfügung gestellt, also nicht vom Auftraggeber oder Auftragnehmer allein erstellte Standards. Sie betonen den konsensualen Charakter dieser Leitlinien und sehen im Normzweck des § 99 Abs. 2 BVergG 2006 den Interessensausgleich". Nur so könne sichergestellt werden, dass ein an Rechten und Pflichten ausgewogenes Vertragsverhältnis zustande komme. Bei den WD 314 der Auftraggeberin handle es sich um keine im Konsensualverfahren entstandene Norm oder standardisierte Leistungsbeschreibung. Vielmehr habe die Stadt Wien in Form eines Erlasses die neuen Vertragsbedingungen für Ausschreibungen einseitig festgelegt. Die bis Ende 2011 für Ausschreibungen der Antragsgegnerin verwendeten Allgemeinen Vertragsbedingungen seien hingegen sehr wohl im Dialog mit den beteiligten Interessensverbänden erarbeitet und festgelegt worden. Mangels einer vergleichbaren Vorgangsweise bei Schaffung der Bestimmungen der WD 314 könnten diese nicht als "geeignete Leitlinien" angesehen werden. Weiteres macht die Antragstellerin gleichfalls unter Bezugnahme auf mehrere Fundstellen geltend, dass die Antragsgegnerin durch die Anwendung der WD 314 nicht nur von der ÖNORM B 2110 abweiche, sondern auch gegen das allgemeine Sachlichkeitsgebot verstoße. Wenn von einer solchen, in der Sache ausgewogenen, im Konsensualverfahren entwickelten Norm abgewichen werden soll, bedürfe dies einer sachlichen Begründung. § 99 Abs. 2 BVergG 2006 lege ausdrücklich fest, dass der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten von "geeigneten Leitlinien" abweichende Festlegungen treffen könne. Damit habe der Gesetzgeber offenkundig ein Abweichen im Einzelfall zum Zweck der Bedachtnahme auf den jeweiligen Ausschreibungsgegenstand gemeint, nicht aber den willkürlichen Ersatz von ÖNORMEN durch eigene generelle Festlegungen. Nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 24.5.2012 wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, zur Frage, ob es sich bei den Ausschreibungsbedingungen der Antragsgegnerin zugrunde gelegten WD 314 um geeignete Leitlinien im Sinne des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 handle, ergänzende Stellungnahmen abzugeben. Dazu hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 4.6.2012 unter Zitierung zahlreicher Belegstellen geltend gemacht, dass unter dem Begriff "Leitlinie" nicht solche verstanden werden könnten, "die der Auftraggeber von vornherein für sich selbst gestaltet hat, sondern (nur) solche, die von dritter Seite zur Verfügung gestellt werden". Eine wesentliche Eigenschaft von Leitlinien wie etwa ÖNORMEN sei darin zu sehen, dass darin gegenläufige Interessen der potentiellen Vertragspartner möglichst ausgewogen berücksichtigt würden. Leitlinien iSd Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 seien demnach "in erster Linie von dritter Seite zur Verfügung gestellt, also nicht vom Auftraggeber oder Auftragnehmer allein erstellte Standards. Sie betonen den konsensualen Charakter dieser Leitlinien und sehen im Normzweck des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 den Interessensausgleich". Nur so könne sichergestellt werden, dass ein an Rechten und Pflichten ausgewogenes Vertragsverhältnis zustande komme. Bei den WD 314 der Auftraggeberin handle es sich um keine im Konsensualverfahren entstandene Norm oder standardisierte Leistungsbeschreibung. Vielmehr habe die Stadt Wien in Form eines Erlasses die neuen Vertragsbedingungen für

Ausschreibungen einseitig festgelegt. Die bis Ende 2011 für Ausschreibungen der Antragsgegnerin verwendeten Allgemeinen Vertragsbedingungen seien hingegen sehr wohl im Dialog mit den beteiligten Interessensverbänden erarbeitet und festgelegt worden. Mangels einer vergleichbaren Vorgangsweise bei Schaffung der Bestimmungen der WD 314 könnten diese nicht als "geeignete Leitlinien" angesehen werden. Weiteres macht die Antragstellerin gleichfalls unter Bezugnahme auf mehrere Fundstellen geltend, dass die Antragsgegnerin durch die Anwendung der WD 314 nicht nur von der ÖNORM B 2110 abweiche, sondern auch gegen das allgemeine Sachlichkeitsgebot verstoße. Wenn von einer solchen, in der Sache ausgewogenen, im Konsensualverfahren entwickelten Norm abgewichen werden soll, bedürfe dies einer sachlichen Begründung. Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 lege ausdrücklich fest, dass der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten von "geeigneten Leitlinien" abweichende Festlegungen treffen könne. Damit habe der Gesetzgeber offenkundig ein Abweichen im Einzelfall zum Zweck der Bedachtnahme auf den jeweiligen Ausschreibungsgegenstand gemeint, nicht aber den willkürlichen Ersatz von ÖNORMEN durch eigene generelle Festlegungen.

Dazu hat sich die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 5.6.2012 geäußert und ihrerseits, unter Bezugnahme auf zahlreiche Belegstellen, zunächst ausgeführt, dass es sich bei den Vertragsbestimmungen WD 314 um eigenständige, geeignete Leitlinien iSd § 99 Abs. 2 BVergG 2006 handle. Die WD 314 würden alle im § 99 Abs. 1 BVergG 2006 aufgelisteten, verpflichtenden Inhalte des Leistungsvertrages klar regeln. Soweit die Antragstellerin den Standpunkt einnehme, dass die WD 314 deshalb keine geeignete Leitlinie sein könne, weil sie nicht derart "qualifiziert konsensual" zustande gekommen wäre, wie die ÖNORM B 2110, sei darauf zu verweisen, dass dem Gesetz kein Erfordernis einer "qualifizierten Konsensualität" zu entnehmen sei. Dazu komme, dass die WD 314 auf der ÖNORM B 2110 aufbaue und diese weitestgehend übernehme. Lediglich in einzelnen, aus Transparenzgründen sogar kursiv gekennzeichneten Punkten, werde von der ÖNORM B 2110 abgewichen, die WD 314 stimme mit dieser ÖNORM jedoch zu mehr als 75 % überein. Der WD 314 sei ein aufwendiger Abstimmungsprozess, nicht nur innerhalb der Stadt Wien, voran gegangen, sie sei auch den Interessensvertretungen, insbesondere der Wirtschaftskammer Wien, zur Kenntnis- und Stellungnahme übermittelt worden. Damit liege ein zumindest vergleichbarer "qualifiziert konsensualler" Prozess wie bei der Entstehung der ÖNORM B 2110 vor. Selbst wenn man die Eigenschaft der WD 314 als geeignete Leitlinie iSd § 99 Abs. 2 BVergG 2006 in Abrede stellen wollte, könnten die Abweichungen von der ÖNORM B 2110 ausschließlich am Maßstab des § 99 Abs. 2 BVergG 2006 geprüft werden. Danach könne ein Auftraggeber von geeigneten Leitlinien abweichende Festlegungen treffen. Genau diesen Anforderungen genüge die WD 314, zumal sie weitestgehend die ÖNORM B 2110 übernehme und lediglich in einigen wenigen Punkten Abweichungen enthalte. Derartige Abweichungen könnten nur am Maßstab der Sittenwidrigkeit geprüft werden, eine sachliche Rechtfertigung dafür habe der Auftraggeber nicht zu geben. In diesem Schriftsatz ergänzt die Antragsgegnerin sodann ihre Argumentation zu den einzelnen, angefochtenen Festlegungen und weist vor allem darauf hin, dass einige, der von der Antragstellerin angefochtenen Bestimmungen in der WD 314 im ausgeschriebenen Rahmenvertrag gar nicht zur Anwendung kämen. Dazu hat sich die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 5.6.2012 geäußert und ihrerseits, unter Bezugnahme auf zahlreiche Belegstellen, zunächst ausgeführt, dass es sich bei den Vertragsbestimmungen WD 314 um eigenständige, geeignete Leitlinien iSd Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 handle. Die WD 314 würden alle im Paragraph 99, Absatz eins, BVergG 2006 aufgelisteten, verpflichtenden Inhalte des Leistungsvertrages klar regeln. Soweit die Antragstellerin den Standpunkt einnehme, dass die WD 314 deshalb keine geeignete Leitlinie sein könne, weil sie nicht derart "qualifiziert konsensual" zustande gekommen wäre, wie die ÖNORM B 2110, sei darauf zu verweisen, dass dem Gesetz kein Erfordernis einer "qualifizierten Konsensualität" zu entnehmen sei. Dazu komme, dass die WD 314 auf der ÖNORM B 2110 aufbaue und diese weitestgehend übernehme. Lediglich in einzelnen, aus Transparenzgründen sogar kursiv gekennzeichneten Punkten, werde von der ÖNORM B 2110 abgewichen, die WD 314 stimme mit dieser ÖNORM jedoch zu mehr als 75 % überein. Der WD 314 sei ein aufwendiger Abstimmungsprozess, nicht nur innerhalb der Stadt Wien, voran gegangen, sie sei auch den Interessensvertretungen, insbesondere der Wirtschaftskammer Wien, zur Kenntnis- und Stellungnahme übermittelt worden. Damit liege ein zumindest vergleichbarer "qualifiziert konsensualler" Prozess wie bei der Entstehung der ÖNORM B 2110 vor. Selbst wenn man die Eigenschaft der WD 314 als geeignete Leitlinie iSd Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 in Abrede stellen wollte, könnten die Abweichungen von der ÖNORM B 2110 ausschließlich am Maßstab des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 geprüft werden. Danach könne ein Auftraggeber von geeigneten Leitlinien abweichende Festlegungen treffen. Genau diesen Anforderungen genüge die WD 314, zumal sie weitestgehend die ÖNORM B 2110 übernehme und lediglich in einigen wenigen Punkten Abweichungen enthalte. Derartige Abweichungen könnten nur am Maßstab der Sittenwidrigkeit geprüft werden, eine

sachliche Rechtfertigung dafür habe der Auftraggeber nicht zu geben. In diesem Schriftsatz ergänzt die Antragsgegnerin sodann ihre Argumentation zu den einzelnen, angefochtenen Festlegungen und weist vor allem darauf hin, dass einige, der von der Antragstellerin angefochtenen Bestimmungen in der WD 314 im ausgeschriebenen Rahmenvertrag gar nicht zur Anwendung kämen.

Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 24.5.2012 erklärt, ihre Anfechtung zu den Punkten 3.4.2 (Ermittlung 3. Absatz); Punkt 3.4.2 (Ermittlung, 4. Absatz) und Punkt 3.4.5 (Nachteilsabgeltung 1. Absatz) nicht weiter aufrecht zu erhalten. Die Anfechtungen zu diesen Punkten sind daher nicht mehr Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens.

Vorauszuschicken ist, dass der Senat bei seiner Entscheidung, um eine bessere Verständlichkeit zu gewährleisten, jeweils Feststellungen aus den Ausschreibungsunterlagen zu den einzelnen Anfechtungspunkten trifft, sodann das Vorbringen der Antragstellerin und die Stellungnahme der Antragsgegnerin dazu wiedergibt und im Anschluss daran jeweils die rechtliche Beurteilung zu den einzelnen Anfechtungspunkten vornimmt, wobei er der Gliederung der Antragstellerin in ihrem einleitenden Schriftsatz vom 22.3.2012 folgt.

Mit dem gegenständlichen Nichtigerklärungsantrag wird nicht nur die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit sondern vor allem 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 24.5.2012 und 6.6.2012 ausgehen konnte.

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Die Antragsgegnerin 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 laufenden Sanierungsarbeiten an Rauchfängen in den von ihr verwalteten städtischen Wohnhausanlagen in allen 23 Wiener Gemeindebezirken betreffen. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt. Der Rahmenvertrag soll für die Dauer von drei Jahren mit der Option einer "einseitigen dreimaligen Verlängerung" um jeweils ein Jahr abgeschlossen werden. Der Auftrag soll nach dem Preisaufschlags-/Nachlassverfahren vergeben werden. Die Bieter haben dabei die Möglichkeit, auf der Ebene von Obergruppen Aufschläge oder Nachlässe zu den der Ausschreibung zugrunde liegenden Bezugspreisen auf "Lohn" und "Sonstiges" anzubieten. Einziges Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis (Billigstbieterprinzip). Das Ende der Angebotsfrist war zunächst der 13.4.2012, 8.00 Uhr. Mit der zweiten Berichtigung hat die Antragsgegnerin die Angebotsfrist auf den 1.6.2012 erstreckt. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Die Antragsgegnerin 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 laufenden Sanierungsarbeiten an Rauchfängen in den von ihr verwalteten städtischen Wohnhausanlagen in allen 23 Wiener Gemeindebezirken betreffen. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt. Der Rahmenvertrag soll für die Dauer von drei Jahren mit der Option einer "einseitigen dreimaligen Verlängerung" um jeweils ein Jahr abgeschlossen werden. Der Auftrag soll nach dem Preisaufschlags-/Nachlassverfahren vergeben werden. Die Bieter haben dabei die Möglichkeit, auf der Ebene von Obergruppen Aufschläge oder Nachlässe zu den der Ausschreibung zugrunde liegenden Bezugspreisen auf "Lohn" und "Sonstiges" anzubieten. Einziges Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis (Billigstbieterprinzip). Das Ende der Angebotsfrist war zunächst der 13.4.2012, 8.00 Uhr. Mit der zweiten Berichtigung hat die Antragsgegnerin die Angebotsfrist auf den 1.6.2012 erstreckt.

Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 22.3.2012 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 4 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates Wien 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 22.3.2012 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates Wien 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 BVerfG 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 Ausschreibungsbedingungen 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, BVerfG 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 Ausschreibungsbedingungen 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.

Nach den Ausschreibungsbedingungen sind die Angebote unter anderem auf der Grundlage der "Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen (WD 314)" zu erstellen (Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge Punkt 1). Nun wendet sich die Antragstellerin primär gegen die Anwendung dieser Vertragsbestimmungen (im Folgenden kurz WD 314 genannt), weil sie in deren Bestimmungen "gröblich benachteiligende Änderungen/Abweichungen von der ÖNORM B 2110" erblickt (Punkt 6.1 des Antrages). Unter Ausnützung ihrer Marktmacht würde die Antragsgegnerin damit gröblich benachteiligende, sachlich nicht gerechtfertigte Lasten und Pflichten auf die Bieter überwälzen.

Die WD 314 basieren auf den Abschnitten 5 bis 12 der ÖNORM B 2110, Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen, Ausgabe 1. März 2011. Die Abweichungen zur ÖNORM B 2110 sind durch Kursivsetzung gekennzeichnet, Auslassungen sind ersichtlich gemacht. Mit Erlass der Magistratsdirektion vom 27.10.2011, MD-GBR-35/11, wurden alle Dienststellen, die mit der Vergabe von Aufträgen befasst sind, verpflichtet, die WD 314 jedem Vergabeverfahren zugrunde zu legen.

Die Antragsgegnerin hat dazu vorgebracht, die WD 314 stellten eine eigenständige geeignete Leitlinie iSd § 99 Abs. 2 BVerfG 2006 für die gesamte Stadt Wien dar, die "selbstverständlich die Rechte und Pflichten von Auftraggeber und Auftragnehmer in einem ausgewogenen Verhältnis regelten". Gröblich benachteiligende Abweichungen von der ÖNORM B 2110 seien nicht gegeben.

Die Antragsgegnerin hat dazu vorgebracht, die WD 314 stellten eine eigenständige geeignete Leitlinie iSd Paragraph 99, Absatz 2, BVerfG 2006 für die gesamte Stadt Wien dar, die "selbstverständlich die Rechte und Pflichten von Auftraggeber und Auftragnehmer in einem ausgewogenen Verhältnis regelten". Gröblich benachteiligende Abweichungen von der ÖNORM B 2110 seien nicht gegeben.

§ 99 Abs. 1 BVerfG 2006 enthält eine Aufzählung all jener Punkte, für die erforderlichenfalls im Leistungsvertrag Festlegungen zu treffen sind. Dabei werden keine detaillierten Regelungen angeführt. Nach § 99 Abs. 2 BVerfG 2006 kann ein Auftraggeber weitere, darüber hinausgehende Festlegungen für den Leistungsvertrag treffen. Bestehen für die Vertragsbestimmungen jedoch geeignete Leitlinien, wie ÖNORMEN oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, so sind dieser heranzuziehen. Ein Auftraggeber kann jedoch in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen, wobei er die Gründe für die abweichenden Festlegungen festzuhalten und Bietern auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben hat.

Paragraph 99, Absatz eins, BVerfG 2006 enthält eine Aufzählung all jener Punkte, für die erforderlichenfalls im Leistungsvertrag Festlegungen zu treffen sind. Dabei werden keine detaillierten Regelungen angeführt. Nach Paragraph 99, Absatz 2, BVerfG 2006 kann ein Auftraggeber weitere, darüber hinausgehende Festlegungen für den Leistungsvertrag treffen. Bestehen für die Vertragsbestimmungen jedoch geeignete Leitlinien, wie ÖNORMEN oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, so sind dieser heranzuziehen. Ein Auftraggeber kann jedoch in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen, wobei er die Gründe für die abweichenden Festlegungen festzuhalten und Bietern

auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben hat.

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 (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.

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 Unternehmen 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 Unternehmen 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.

Die geeigneten Leitlinien müssen von der Auftraggeberin als Vertragsbestimmung festgelegt werden, um nach einer Zuschlagserteilung verbindlicher Teil des Leistungsvertrages werden zu können. Dies gilt auch für ÖNORMEN. Die Leitlinien müssen dabei für ihre zivilrechtliche Geltung nicht vollständig wiedergegeben werden. Es genügt ein ausdrücklicher Verweis, sofern der Text der Leitlinie für alle - insbesondere auch ausländische - Unternehmer zugänglich ist. Eine solche Zugänglichkeit ist bereits dann gewährleistet, wenn in der Ausschreibung eine Bezugsquelle angegeben ist (etwa durch Angaben einer Homepage), wo die Leitlinie angefordert werden kann (S/A/F/T Rz 124 zu § 99). Dass die WD 314 als Leitlinie allgemein und unabhängig vom gegenständlichen Beschaffungsvorgang zur Verfügung stehen, ist unstrittig. Die geeigneten Leitlinien müssen von der Auftraggeberin als Vertragsbestimmung festgelegt werden, um nach einer Zuschlagserteilung verbindlicher Teil des Leistungsvertrages werden zu können. Dies gilt auch für ÖNORMEN. Die Leitlinien müssen dabei für ihre zivilrechtliche Geltung nicht vollständig wiedergegeben werden. Es genügt ein ausdrücklicher Verweis, sofern der Text der Leitlinie für alle - insbesondere auch ausländische - Unternehmer zugänglich ist. Eine solche Zugänglichkeit ist bereits dann gewährleistet, wenn in der Ausschreibung eine Bezugsquelle angegeben ist (etwa durch Angaben einer Homepage), wo die Leitlinie angefordert werden kann (S/A/F/T Rz 124 zu Paragraph 99,). Dass die WD 314 als Leitlinie allgemein und unabhängig vom gegenständlichen Beschaffungsvorgang zur Verfügung stehen, ist unstrittig.

Zusammenfassend hält der Senat die von der Antragsgegnerin aufgelegte, bei ihren Vergabeverfahren anzuwendende "Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen, (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 als sittenwidrig zu werten ist. Bereits aus diesen Gründen war dem Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung nicht Folge zu geben (Spruch Punkt 1). Zusammenfassend hält der Senat die von der Antragsgegnerin aufgelegte, bei ihren Vergabeverfahren anzuwendende "Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen, (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 als sittenwidrig zu werten ist. Bereits aus diesen Gründen war dem Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung nicht Folge zu geben (Spruch Punkt 1).

Zu den einzelnen, von der Antragstellerin hilfsweise als vergaberechtswidrig angefochtenen Festlegungen in den WD 314:

Punkt 2.1.1 Beginn der Leistung, Zwischentermine (Absatz 2):

"Der Auftragnehmer hat das Leistungsziel unter Bedachtnahme auf die wöchentliche Normalarbeitszeit zu erreichen. Arbeitszeiten über die wöchentliche Normalarbeitszeit hinaus sowie Nacht-, Samstags-, 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. Durch diese Zustimmung bzw. diese Anmeldung werden die sonstigen erforderlichen Genehmigungen, z.B. nach arbeitsrechtlichen oder arbeitsnehmerschutzrechtlichen Bestimmungen, nicht ersetzt."

Die Antragstellerin fühlt sich durch diese Regelung massiv in ihrer Dispositionsfreiheit eingeschränkt. Sind auf der Baustelle Verzögerungen aus welchem Grund auch immer eingetreten und sind Mehrarbeiten erforderlich, die außerhalb der Normalarbeitszeit zu erbringen sind, um den Projektzeitplan halten zu können, so ist hierfür laut der angefochtenen Festlegung die Zustimmung der Auftraggeberin erforderlich. Die Auftraggeberin habe es also in der Hand, notwendige intensivere Zusatzarbeiten außerhalb der Normalarbeitszeit (z.B. zur Beseitigung von aufgetretenen Projektverzögerungen) zu verhindern und damit den Eintritt von Pönale-Zahlungen etc. zu steuern. Des weiteren werde das Handeln der Auftragnehmerin durch diese Regelung unnötig erschwert; es würden Genehmigungen verlangt, die keinesfalls als branchenüblich angesehen werden könnten. In diesem Zusammenhang verweist die Antragstellerin auf ihre Anfechtung zu Punkt 3.4.2 der WD 314, die sie jedoch im Zuge des Nachprüfungsverfahrens zurückgenommen hat.

Die Antragsgegnerin weist darauf hin, dass nach den angefochtenen Bestimmungen Arbeiten außerhalb der Normalarbeitszeit nicht ausgeschlossen seien. Mit Zustimmung der Auftraggeberin seien Arbeiten außerhalb der Normalarbeitszeit möglich, wobei jedoch zu berücksichtigen sei, dass die Arbeiten in bewohnten Objekten stattfinden, sodass etwa Arbeiten während der Nachtstunden unzumutbar wären.

Nach Ansicht des Senates handelt es sich bei den ausgeschriebenen Fangsanierungen um Routineaufgaben und Leistungen kleineren Umfanges, die nicht den Umfang, die Risiken und die Komplexität sowie Neuartigkeit von Projekten aufweisen. Die Vielzahl der nach dem Rahmenvertrag zu erbringenden kleinteiligen Leistungen werden daher auch grundsätzlich nicht mit den Methoden des Projektmanagements abgewickelt. Sie sind, schon wegen des geringen Umfanges, leichter zu planen und wird auch die notwendige Arbeitszeit leichter abzuschätzen sein als bei größeren Aufträgen. Dazu kommt, 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. Auch im Hinblick darauf, dass die Arbeiten grundsätzlich in bewohnten Objekten durchzuführen sind und die Auftraggeberin hier eine gewisse Fürsorgepflicht für ihre Mieter trifft, hält der Senat die angefochtene Festlegung als sachlich gerechtfertigt, die überdies keine besondere Belastung für einen Auftragnehmer bedeutet und auch die Kalkulation eines Angebotes nicht beschwert. Dem Antrag auf Nichtigerklärung dieser Festlegung war daher nicht stattzugeben.

Punkt 2.2.8.10.6 (zweiter Absatz):

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

Hier fühlt sich die Antragstellerin dadurch belastet, dass ihr eine "unabhängige" Prüf/anstalt der Auftraggeberin aufgezwungen wird. Besonders belastend sei, dass das Ergebnis solcher Prüfungen als anerkannt gelten soll. "Der Maßstab der Objektivität fehlt in dieser Bestimmung völlig".

Die Antragsgegnerin weist darauf hin, dass die Prüfstelle (= MA 39) akkreditiert und zertifiziert sei. Bei Ausübung ihrer Tätigkeit sei sie völlig unabhängig, weisungsfrei und unterliege überdies der strengen Sachverständigen-Haftung nach den §§ 1299 f ABGB. Die Antragsgegnerin weist darauf hin, dass die Prüfstelle (= MA 39) akkreditiert und zertifiziert sei.

Bei Ausübung ihrer Tätigkeit sei sie völlig unabhängig, weisungsfrei und unterliege überdies der strengen Sachverständigen-Haftung nach den Paragraphen 1299, f ABGB.

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 (siehe dazu auch die Erklärung der Antragsgegnerin im Protokoll vom 6.6.2012, Seite 3). Der Senat hält daher die angefochtene Bestimmung als sachlich gerechtfertigt und für einen Auftragnehmer nicht belastend, weshalb einer Nichtigerklärung derselben nicht stattzugeben war. 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 (siehe dazu auch die Erklärung der Antragsgegnerin im Protokoll vom 6.6.2012, Seite 3). Der Senat hält daher die angefochtene Bestimmung als sachlich gerechtfertigt und für einen Auftragnehmer nicht belastend, weshalb einer Nichtigerklärung derselben nicht stattzugeben war.

Punkt 4.2.6.2 (Regieleistungen von Lohnempfängern und Gehaltsempfängern, Absätze 4 und 5):

"Sofern keine eigenen Positionen vereinbart sind, erfolgt bei vom AG angeordneten Regieüberstunden die Vergütung wie folgt:

Der 50-prozentige Überstundenzuschlag beträgt 1/3, der hundert-prozentige Überstundenzuschlag 2/3 vom vereinbarten Regiepreis (nur Lohnanteil)".

Die Antragstellerin hält diese Bestimmung für nachteilig für einen Auftragnehmer. Ein sachlicher Grund für diese Regelung (außer der Benachteiligung eines Auftragnehmers) sei nicht ersichtlich. Nach der angefochtenen Regelung müsse ein Unternehmen einen hundert-prozentigen Überstundenaufschlag an seine Mitarbeiter leisten, könne aber nur 2/3 davon an die Auftraggeberin weiterverrechnen. Eine Vorabberücksichtigung dieser Folgen der benachteiligenden Klausel sei nicht möglich, da das Mengengerüst (Anzahl der Stunden während Normalarbeitszeit versus Anzahl der Stunden mit 50- prozentigem bzw. 100-prozentigem Aufschlag) für eine Kalkulation nicht bekannt sei.

Dazu hat die Antragsgegnerin darauf verwiesen, dass diese Festlegung nur gilt "sofern keine anderen Positionen vereinbart" sind. Tatsächlich seien in der gegenständlichen Ausschreibung eigene Regiepositionen vorgesehen, sodass die angefochtene Bestimmung nur ausnahmsweise zum Tragen käme. Die Auftragnehmerin könne den Lohnanteil in der eigenen Kalkulation überdies höher ansetzen, um mögliche Nachteile auszugleichen. Die Lohnnebenkosten würden sich bei Überstunden nicht im selben Ausmaß der Zuschläge auf den Grundlohn erhöhen.

Der Hinweis der Antragsgegnerin auf die in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Regiepositionen ist

zutreffend. So sind in der Position 35.9001A+B je 2000 Regiestunden FR+HR festgelegt. Die kollektivvertraglichen Überstundenzuschläge betragen 50% bzw. 100% für Dachdecker, Bauindustrie, Baugewerbe, Baunebengewerbe. Die "1 bzw. 2/3-Regelung" in der angefochtenen Festlegung bezieht sich aber nicht auf die Kollektivvertragsregelung sondern auf den Mittellohnpreis gemäß K-Blatt. Laut Leistungsverzeichnis Pos. 35.90 Regieleistungen entsprechen die angeführten Beschäftigungsgruppen den kollektivvertraglichen Regelungen. Im Hinblick darauf, dass im Leistungsverzeichnis eigene Regiepositionen vorgesehen sind, ergibt sich, dass die angefochtene Bestimmung im gegenständlichen Rahmenvertragsverfahren gar nicht anwendbar ist.

Dass die Antragstellerin bei Auslegung der von ihr angefochtenen beiden Absätze einem Irrtum unterliegen dürfte, hat auch die mündliche Verhandlung vom 24.5.2012 ergeben. Dabei wurde klargestellt, dass die angefochtenen Bestimmungen lediglich den Fall der Vergütung der Aufzahlung für Überstunden regeln sollen und der angebotene Regiepreis (nur der Lohnanteil) für die Normalarbeitszeit zusätzlich mit 1/3 bzw. 2/3 abgerechnet werden soll. Im Übrigen entspricht die angefochtene Regelung der Regelung in der Leistungsbeschreibung Hochbau (LB-HB); diese Bestimmung lautet:

"Die Preise für vom Auftraggeber angeordnete Überstunden in Regie werden wie folgt berechnet:

Die außerhalb der Normalarbeitszeit geleistete Stundenanzahl wird über Überstunden mit einem 50-prozentigem Zuschlag mit 1,33 und bei Überstunden mit einem 100-prozentigem Zuschlag mit 1,66 multipliziert. Der Einheitspreis bleibt unverändert".

Diese Regelung findet sich in der angefochtenen Festlegung (Absatz 5) wieder. Dazu hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 24.5.2012 erklärt, dass sie diese Bestimmung nun "versteht", sie jedoch ihre Anfechtung in diesem Punkt aufrecht erhalte, weil sie eine Klarstellung für notwendig erachtet (Protokoll Seite 5).

Im Hinblick auf dieses Ergebnis und dem Umstand, dass es sich nach Ansicht des Senates bei den angefochtenen Festlegungen nicht um Bestimmungen handelt, die die Kalkulation eines Angebotes erschweren, erweist sich der Antrag in diesem Punkt als nicht berechtigt.

Punkt 4.2.6.3.3 (Transportleistungen) "Transportleistungen für Regiearbeiten werden, soweit diese nicht vereinbart waren, gegen Kostennachweis, jedoch höchstens nach den Tarifsätzen für Transportleistungen der MA 48, vergütet. Diese sind dem AN auf Anfrage bei der MA 48 bzw. beim Fachverband für das Güterbeförderungsgewerbe zugänglich".

Nach dem Standpunkt der Antragstellerin wird einem Auftragnehmer mit dieser Bestimmung ein vertragsfremdes Regelwerk aufgezwungen. Der Vertragspartner habe keinen Einfluss auf diese Preise. Die Regelung stelle jedenfalls ein nicht kalkulierbares Risiko dar.

Dazu hat die Antragsgegnerin vorgebracht, dass im Positionstext 35.9101- Materiallieferung Regie- festgehalten sei, dass mit den Kosten auch der Transport abgedeckt sei, also die angefochtene Bestimmung nicht zur Anwendung komme.

Punkt 4.2.6.3.3 sieht ausdrücklich vor, dass "lediglich Transportleistungen für

Regiearbeiten ... soweit diese nicht vereinbart waren ... höchstens nach den

Tarifsätzen für Transportleistungen der MA 48 vergütet" werden. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin auf die Position 35.9101 Z wonach für Materiallieferungen in Regie eigene Positionen vorgesehen sind. Nach dem Text ist mit den Kosten für Materiallieferungen in Regie auch der Transport abgedeckt. Selbst wenn daher die angefochtene Bestimmung zur Anwendung kommen sollte, wäre es für jeden Auftragnehmer ein Leichtes, die Tarifsätze für Transportleistungen der MA 48 in Erfahrung zu bringen, da diese auf der Homepage der Stadt Wien (www.wien.gv.at) abrufbar sind. Ein nichtkalkulierbares Risiko für einen Auftragnehmer kann in der angefochtenen Regelung nicht erblickt werden, weshalb auch hier dem Antrag auf Nichtigerklärung nicht stattzugeben war.

Punkt 4.4.1.6:

"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.".

Durch diese Festlegung fühlt sich die Antragstellerin insofern beschwert, als sie als Auftragnehmerin etwaige Überzahlungen der Schlussrechnung von ihrem Eintritt an mit 9% p.a. zu verzinsen hat, während die Auftraggeberin bei nicht fristgerechten Zahlungen nur einen Zinssatz von 4% p.a. zu zahlen hat.

Die Antragsgegnerin hat zunächst darauf verwiesen, dass es sich bei den Regelungen der §§ 352 bis 353 UGB nicht um zwingendes, sondern dispositives Recht handle, die jederzeit, auch ohne sachliche Rechtfertigung, abbedungen bzw. geändert werden könnten. Die Verzinsung eines Vorschusses könne überdies kein Nachteil sein, es verringere sich lediglich der Vorteil des Auftragnehmers. Die Antragsgegnerin hat zunächst darauf verwiesen, dass es sich bei den Regelungen der Paragraphen 352 bis 353 UGB nicht um zwingendes, sondern dispositives Recht handle, die jederzeit, auch ohne sachliche Rechtfertigung, abbedungen bzw. geändert werden könnten. Die Verzinsung eines Vorschusses könne überdies kein Nachteil sein, es verringere sich lediglich der Vorteil des Auftragnehmers.

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 Aufmaßerstellung erfolgt durch den Auftragnehmer und sollte von diesem mit besonderer Sorgfalt erstellt 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, weshalb auch diese Bestimmung nicht für nichtig zu erklären war.

Punkt 8.2.3.3 (Gewährleistung)

"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 Bestimmung erblickt die Antragstellerin eine besonders schwerwiegende Abweichung von der ÖNORM B 2110, die zu Lasten einer Auftragnehmerin gehe. Ein sachlicher Grund finde sich in den Ausschreibungsunterlagen hierfür nicht. Insbesondere im Fall mehrerer unabhängiger und oftmals zeitlich aufeinanderfolgender Gewerke würden sich für die jeweiligen Auftragnehmer große Probleme hinsichtlich der Beweisführung der mangelfreien Ausführung ihres Gewerkes ergeben. Damit werde dem Auftragnehmer wiederum ohne sachlichen Grund ein unkalkulierbares Risiko aufgebürdet, weil er durch diese Regelung auch für Mängel in Anspruch genommen werden könnte, die ihm nicht zugerechnet werden können.

Dazu vertritt die Antragsgegnerin den Standpunkt, dass bei den ausgeschriebenen Fangsanierungsarbeiten weder Arbeiten eines anderen Gewerks vorangehen noch andere Arbeiten folgen würden. Mängel könnten also nur vom Auftragnehmer stammen. Die festgelegte Vermutungsregelung sei im täglichen Geschäftsleben zwischen Unternehmen üblich und verringere Beweisprobleme (Beweislastumkehr). Sie gelte jedoch nicht uneingeschränkt, wenn sie mit der Art des Mangels nicht vereinbar sei.

Der ÖNORM B 2110 Punkt 12.2.3.3 liegt eine asymmetrische Regelung zugrunde. 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 MBBB-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. Dem Antrag der Antragstellerin ist daher in diesem Punkte nicht stattzugeben.

Punkt 8.3 (Schadenersatz allgemein; Absätze 1 bis 3):

"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".

Auch in diesen Bestimmungen erblickt die Antragstellerin ein krasses Missverhältnis aufgrund der asymmetrischen Regelung der Haftung beider Vertragspartner. Hafte der Auftragnehmer nach den Bestimmungen des ABGB (also auch nach den Sorgfaltsmaßstab eines Sachverständigen) so hafte der Auftraggeber nur für grobes Verschulden. Dies "obwohl hier die Stadt Wien als Großinstitution mit einer Vielzahl an Experten und Fachleuten einer Auftragnehmerin gegenüber steht, die regelmäßig - wie die Antragstellerin - nur über die Organisationsstruktur eines Kleinunternehmers verfügt".

Dazu hat die Antragsgegnerin vorgebracht, dass allein der Umstand, dass eine Regelung für den Auftragnehmer nachteiliger sei, keine Vergaberechtswidrigkeit bedeute. Ebenso wenig komme es auf eine sachliche Rechtfertigung an. Die Beschränkung der Haftung der Stadt Wien als Auftraggeberin sei eine in der Praxis übliche. Der Auftragnehmer hafte nach den Bestimmungen des ABGB, wobei zu beachten sei, dass die gegenständlichen Leistungen potenziell gesundheitsgefährdend und feuerpolizeilich relevant seien.

Bauleistungen bergen in der Regel eine beträchtliche Gefahr für Leib und Leben, insbesondere dann, wenn diese wie die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen teilweise in großer Höhe und 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 in der Regel alle vom Auftragnehmer zu vertretenden Schäden 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, welchen Schaden der Auftraggeber verursachen könnte, um dafür zur Haftung herangezogen zu werden. Auch in dieser angefochtenen Bestimmung erblickt der Senat keine die Kalkulation eines Angebotes erschwerenden Bestimmungen, weshalb dem Anfechtungsbegehren auch in diesem Punkte nicht stattzugeben war.

Angefochtene Festlegungen aus den Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge:

Punkt 5.3 (Preisbildung):

".. Entgegen den (zutreffendes ist angekreuzt) allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen (Pkt. 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 Pkt. 3.4.5 der WD 314 nicht".

Hier führt die Antragstellerin aus, dass die Punkte 3.4.4 und 3.4.5 abbedungen werden und damit die diesbezüglichen Risiken vollständig auf den Bieter abgewälzt werden. Damit verstoße die Ausschreibung gegen den Grundsatz des Verbotes der Verlagerung nicht kalkulierbarer Risiken auf die Auftragnehmerin.

Dazu verweist die Antragsgegnerin darauf, dass der VKS Wien bereits mehrfach den Ausschluss der Mengenänderungsklauseln der ÖNORM B2110 bei ihren Rahmenvertragsausschreibungen als vergaberechtskonform bestätigt habe.

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 in 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 Nichtigerklärung 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 in 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 Nichtigerklärung der angefochtenen Festlegung war daher nicht stattzugeben.

Letztlich ficht die Antragstellerin die Festlegung in der Bekanntmachung an, wonach die Zuschlagsfrist sieben Monate betragen soll. Dies bedeute für einen Bieter, dass er an sein Angebot durch sieben Monate gebunden sei. Diese überlange Bindefrist stehe im Widerspruch zur Bestimmung des § 112 Abs. 1 BVergG 2006, wonach die Zuschlagsfrist kurz zu halten sei. Eine sachliche, zwingende Begründung für die lange Bindefrist würden die Ausschreibungsunterlagen nicht enthalten. Letztlich ficht die Antragstellerin die Festlegung in der Bekanntmachung an, wonach die Zuschlagsfrist sieben Monate betragen soll. Dies bedeute für einen Bieter, dass er an sein Angebot durch sieben Monate gebunden sei. Diese überlange Bindefrist stehe im Widerspruch zur Bestimmung des Paragraph 112, Absatz eins, BVergG 2006, wonach die Zuschlagsfrist kurz zu halten sei. Eine sachliche, zwingende Begründung für die lange Bindefrist würden die Ausschreibungsunterlagen nicht enthalten.

Dazu hat die Antragsgegnerin ausgeführt, dass eine Pflicht der Begründung für eine längere Bindefrist dem BVergG fremd sei. Da es sich um eine Rahmenvertragsausschreibung handle, die ein komplexes Verfahren darstelle, sei es für die Auftraggeberin - wie auch die Vergangenheit gezeigt habe - faktisch unmöglich, innerhalb von fünf Monaten das Vergabeverfahren abzuwickeln.

Zutreffend ist, dass nach § 112 Abs. 1 BVergG 2006 die Zuschlagsfrist kurz zu halten ist. Sie soll fünf Monate nicht überschreiten, "sofern nicht in Einzelfällen aus zwingenden Gründen bereits in den Ausschreibungsunterlagen ein längerer Zeitraum angegeben war; dieser darf sieben Monate nicht überschreiten". Der Senat hält die in der gegenständlichen Ausschreibung angeführte Zuschlagsfrist von sieben Monaten für vergaberechtlich vertretbar. Die Zuschlagsfrist soll so bemessen werden, dass ein Auftraggeber für die Angebotsprüfung und Bewertung einschließlich der Durchführung von Aufklärungsgesprächen, der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und der Berücksichtigung der Umstände eines konkreten Verfahrens innerhalb der Frist zu einem nachvollziehbaren und abschließenden Ergebnis kommt (vgl. S/A/F/T, RZ 5 zu § 112). Nach den Erfahrungen der Antragsgegnerin mit vorangegangenen, mehrfachen Rahmenvertragsausschreibungen, die nicht nur umfangreiche Angebotsprüfungen zur Folge hatten sondern die auch mehrfach - was sich mit den Erfahrungen des Senates deckt - zu Anfechtungen vor der Nachprüfungsbehörde geführt haben, war es in zahlreichen Fällen nicht möglich innerhalb der vorgesehenen Zuschlagsfristen die Vergabeverfahren zu beenden. Wenn daher die Antragsgegnerin diesen Erfahrungen aus der Vergangenheit Rechnung trägt und die Zuschlagsfrist mit sieben Monaten festsetzt, hält dies der Senat für vergaberechtlich unbedenklich. Die Anfechtung in diesem Punkt musste daher ebenfalls erfolglos bleiben. Zutreffend ist, dass nach Paragraph 112, Absatz eins, BVergG 2006 die Zuschlagsfrist kurz zu halten ist. Sie soll fünf Monate nicht überschreiten, "sofern nicht in Einzelfällen aus zwingenden Gründen bereits in den Ausschreibungsunterlagen ein längerer Zeitraum angegeben war; dieser darf sieben Monate nicht überschreiten". Der Senat hält die in der

gegenständlichen Ausschreibung angeführte Zuschlagsfrist von sieben Monaten für vergaberechtlich vertretbar. Die Zuschlagsfrist soll so bemessen werden, dass ein Auftraggeber für die Angebotsprüfung und Bewertung einschließlich der Durchführung von Aufklärungsgesprächen, der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und der Berücksichtigung der Umstände eines konkreten Verfahrens innerhalb der Frist zu einem nachvollziehbaren und abschließenden Ergebnis kommt (vergleiche S/A/F/T, RZ 5 zu Paragraph 112,). Nach den Erfahrungen der Antragsgegnerin mit vorangegangenen, mehrfachen Rahmenvertragsausschreibungen, die nicht nur umfangreiche Angebotsprüfungen zur Folge hatten sondern die auch mehrfach - was sich mit den Erfahrungen des Senates deckt - zu Anfechtungen vor der Nachprüfungsbehörde geführt haben, war es in zahlreichen Fällen nicht möglich innerhalb der vorgesehenen Zuschlagsfristen die Vergabeverfahren zu beenden. Wenn daher die Antragsgegnerin diesen Erfahrungen aus der Vergangenheit Rechnung trägt und die Zuschlagsfrist mit sieben Monaten festsetzt, hält dies der Senat für vergaberechtlich unbedenklich. Die Anfechtung in diesem Punkt musste daher ebenfalls erfolglos bleiben.

Nachdem bereits im Zuge der Behandlung der einzelnen, von der Antragstellerin als rechtswidrig angefochtenen Festlegungen in der Ausschreibung jeweils auch eine konkrete rechtliche Beurteilung vorgenommen wurde, ist ergänzend auszuführen:

Nach § 78 Abs. 3 BVergG 2006 sind die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und - sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung gemäß § 95 Abs. 3 erfolgt - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. Gegenständlich handelt es sich im Wesentlichen um die Anfechtung der in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Vertragsbestimmungen, insbesondere der von der Antragsgegnerin geschaffenen WD 314. Der notwendige Inhalt dieser Vertragsbestimmungen wird im § 99 Abs. 1 BVergG 2006 definiert. Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass die von der Antragsgegnerin geschaffene WD 314 grundsätzlich den Bestimmungen des § 99 BVergG 2006 sowohl des Abs. 1 als auch des Abs. 2 entspricht. Auch jene Festlegungen, die nicht in der WD 314 enthalten sind, entsprechen vergaberechtlichen Anforderungen und sind inhaltlich durch den Ausschreibungsgegenstand gedeckt. Die Ausschreibungsunterlagen in ihrer Gesamtheit sind durchaus geeignet, den Vorgaben des Vergaberechtes 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 Nichtigklärung der gesamten Ausschreibung als auch der hilfsweise gestellte Antrag auf Nichtigklärung einzelner Festlegungen abzuweisen. Nach Paragraph 78, Absatz 3, BVergG 2006 sind die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und - sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung gemäß Paragraph 95, Absatz 3, erfolgt - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. Gegenständlich handelt es sich im Wesentlichen um die Anfechtung der in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Vertragsbestimmungen, insbesondere der von der Antragsgegnerin geschaffenen WD 314. Der notwendige Inhalt dieser Vertragsbestimmungen wird im Paragraph 99, Absatz eins, BVergG 2006 definiert. Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass die von der Antragsgegnerin geschaffene WD 314 grundsätzlich den Bestimmungen des Paragraph 99, BVergG 2006 sowohl des Absatz eins, als auch des Absatz 2, entspricht. Auch jene Festlegungen, die nicht in der WD 314 enthalten sind, entsprechen vergaberechtlichen Anforderungen und sind inhaltlich durch den Ausschreibungsgegenstand gedeckt. Die Ausschreibungsunterlagen in ihrer Gesamtheit sind durchaus geeignet, den Vorgaben des Vergaberechtes 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 Nichtigklärung der gesamten Ausschreibung als auch der hilfsweise gestellte Antrag auf Nichtigklärung einzelner Festlegungen abzuweisen.

Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 27.3.2012 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 27.3.2012 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).

Schlagworte

Ausschreibungsbedingungen; Abweisung; Allgemeine Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen (WD 314) als geeignete Leitlinie iSd §99 Abs. 2 BVergG 2006;

Zuletzt aktualisiert am

19.09.2012

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