

TE Verg Bescheid 2012/6/6 VKS-4016/12

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 §70 Abs1

BVergG 2006 §71

BVergG 2006 §72

BVergG 2006 §74

BVergG 2006 §75 Abs1

BVergG 2006 §79 Abs2

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 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 71 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 71 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 71 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 72 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 72 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 72 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 72 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 74 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 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 *** G.m.b.H., ***, vertreten durch C/M/S Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, betreffend die Vergabe eines Rahmenvertrages über Fangsanierungsarbeiten in den Bezirken 1 bis 23, Nr. LV/WWDT/B-FANG-2012-LTV, durch die Stadt Wien, Wiener Wohnen - Direktion Technik, Doblhoffgasse 6, 1082 Wien, vertreten durch schwartz hubermedek & 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" sowie die erste Berichtigung vom 22.3.2012 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Der hilfsweise gestellte Antrag, folgende Punkte der Ausschreibung und der ersten Berichtigung für nichtig zu erklären, und zwar

(3) Vergabebekanntmachung, erste Berichtigung, MDBD - Umfang der technischen Leistungsfähigkeit

(4) Vergabebekanntmachung, erste Berichtigung, MDBD - Berufshaftpflichtversicherung

(5) Verfahrensbestimmungen: Punkte 3.3.2 und Verweise in den Punkten 3.4.2 und 3.4.3 - Technische Leistungsfähigkeit betreffend Wohngebäude

(6) Verfahrensbestimmungen Punkt 3.3.2 lit. f und Verweise in den Punkten 3.4.2 und 3.4.3 - Technische Leistungsfähigkeit betreffend Excel-Liste und Rechnungsnummer
(6) Verfahrensbestimmungen Punkt 3.3.2 Litera f und Verweise in den Punkten 3.4.2 und 3.4.3 - Technische Leistungsfähigkeit betreffend Excel-Liste und Rechnungsnummer

- (7) Verfahrensbestimmung Punkt 3.3.2 - zusätzliche Nachweise bei Referenzen
- (8) WD 307 Punkt 1.1 - Geheimhaltungsverpflichtung
- (9) WD 307 Punkt 1.3 - Verwendungs- und Verwertungsrechte
- (10) Lang - LV idF d. ersten Berichtigung: Position 35.8901Z
- (10) Lang - LV in der Fassung d. ersten Berichtigung: Position 35.8901Z
- (11) Lang - LV, Kurz LV idF d. ersten Berichtigung: Positionen 35.7702A, 35.7703A, 35.803A sowie OG 19: 0 - Positionen
- (11) Lang - LV, Kurz LV in der Fassung d. ersten Berichtigung: Positionen 35.7702A, 35.7703A, 35.803A sowie OG 19: 0 - Positionen
- (12) Vertragsbestimmungen Punkt 5.2 - Hinweispflicht bei Kostenüberschreitungen
- (13) Vertragsbestimmungen Punkt 5.4.2 - Preisanpassungen
- (14) Vertragsbestimmungen Punkt 5.4.3 - Nachverrechnung
- (15) Vertragsbestimmungen Punkt 5.6.1 - Subunternehmer
- (16) Vertragsbestimmungen Punkt 5.6.2 - Rechnungsprüfung
- (17) WD 314 - Abweichungen von der ÖNORM B 2110
- (18) WD 314 - Punkt 2.2.8.10.6 - Meinungsverschiedenheiten bei Prüfungen
- (19) WD 314 - Punkt 3.4.2 - Anpassung der Leistungsfrist und des Entgelts
- (21) WD 314 - Punkt 4.2.6.2 - Regieleistungen von Lohn- und Gehaltsempfängern
- (22) WD 314 - Punkt 4.3.7 - Verzug bei Rechnungslegung
- (23) WD 314 - Punkt 4.4.15 - Fälligkeiten
- (24) WD 314 - Punkt 4.4.1.6 und 4.4.3 - Zahlung
- (25) WD 314 - Punkt 6.6.2 - Rechtsfolgen der Übernahme
- (26) WD 314 - Punkt 8.2.3.3 - Geltendmachung von Mängeln
- (27) WD 314 - Punkt 8.3. - Schadenersatz allgemein
- und (28) WD 314 - Punkt 8.7 - Konventionalstrafe bei Lohn- und Sozialdumping, wird abgewiesen.

1. 3.Ziffer 3

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

1. 4.Ziffer 4

Die einstweilige Verfügung vom 5.4.2012 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 5.Ziffer 5

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 Z 1, 4, 19 Abs. 1, 70 Abs. 1, 71, 72, 74, 75 Abs. 1, 79 Abs. 2, 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, Ziffer eins, 4, 19, Absatz eins, 70, Absatz eins, 71, 72, 74, 75, Absatz eins, 79, Absatz 2, 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 gestellten Anträge zu 3.1 (Vergabebekanntmachung, erste Berichtigung, MDBD - Angebotsfrist), 2 (MDBD - Lang - LV, Kurz - LV - Erstellung der Preise, Preisaufschlag/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 gestellten Anträge zu 3.1 (Vergabebekanntmachung, erste Berichtigung, MDBD - Angebotsfrist), 2 (MDBD - Lang - LV, Kurz - LV - Erstellung der Preise, Preisaufschlag/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, womit 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 wurden, die vom Bieter in bewohnten Wohngebäuden im Sinne des § 119 Abs. 1 Wiener BO, mit zumindest fünf selbständigen Wohnungen erbracht worden seien. 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 einen 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 einzuholen sind. Dies sei unsachlich und diskriminierend. Im Lang - LV und Kurz - LV würden drei Positionen sowie in der OG 19 die Nullpositionen eine entsprechende Kalkulation verhindern. In den Vertragsbestimmungen würden die Festlegungen zur Hinweispflicht bei Kostenüberschreitungen, Preisanpassungen, Nachverrechnung, Subunternehmer, Rechnungsprüfer, zumal sie sich teilweise grundlos von standardisierten Vertragsbestimmungen entfernen würden, eine Kalkulation wesentlich erschweren, was letztlich dazu führen würde, dass ein Bieter unkalkulierbare Risiken übernehmen müsste. Schließlich bekämpft die Antragstellerin elf näher bezeichnete Festlegungen in den, nach den Ausschreibungsbestimmungen zu beachtenden WD 314, weil in zahlreichen Bestimmungen zum Nachteil eines Auftragnehmers von der ÖNORM B 2110 abgewichen werde. Die Antragsgegnerin wäre verpflichtet, der Ausschreibung die ÖNORM B 2110 zugrunde zu legen und Abweichungen nur bei Vorliegen sachlicher Gründe vorzunehmen. Bei keiner der Abweichungen, wie sie sich in der WD 314 finden, seien sachliche Gründe erkennbar. Damit widerspreche die WD 314 den Bestimmungen des § 99 Abs. 2 BVergG 2006 und verstoße außerdem gegen den Grundsatz des lauterer Wettbewerbs. 3.3.2 entsprechende Festlegungen, womit 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 wurden, die vom Bieter in bewohnten Wohngebäuden im Sinne des Paragraph 119, Absatz eins, Wiener BO, mit zumindest fünf selbständigen Wohnungen erbracht worden seien. 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 einen 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 einzuholen sind. Dies sei unsachlich und diskriminierend. Im Lang - LV und Kurz - LV würden drei Positionen sowie in der OG 19 die Nullpositionen eine entsprechende Kalkulation verhindern. In den Vertragsbestimmungen würden die Festlegungen zur Hinweispflicht bei Kostenüberschreitungen, Preisanpassungen, Nachverrechnung, Subunternehmer, Rechnungsprüfer, zumal sie sich teilweise grundlos von standardisierten Vertragsbestimmungen entfernen würden, eine Kalkulation wesentlich erschweren, was letztlich dazu führen würde, dass ein Bieter unkalkulierbare Risiken übernehmen müsste. Schließlich bekämpft die Antragstellerin elf näher bezeichnete Festlegungen in den, nach den Ausschreibungsbestimmungen zu beachtenden WD 314, weil in zahlreichen Bestimmungen zum Nachteil eines Auftragnehmers von der ÖNORM B 2110 abgewichen werde. Die Antragsgegnerin wäre verpflichtet, der Ausschreibung die ÖNORM B 2110 zugrunde zu legen und Abweichungen nur bei Vorliegen sachlicher Gründe vorzunehmen. Bei keiner der Abweichungen, wie sie sich in der WD 314 finden, seien sachliche Gründe erkennbar. Damit widerspreche die WD 314 den Bestimmungen des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 und verstoße außerdem gegen den Grundsatz des lauterer Wettbewerbs.

Die Antragstellerin sei ein Unternehmen der Baubranche. Sie beabsichtige, sich - allenfalls in einer Bietergemeinschaft mit weiteren Unternehmen - an der gegenständlichen Ausschreibung zu beteiligen und ein Angebot zu legen. Sie habe sohin ein Interesse an der Teilnahme an diesem Vergabeverfahren. 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 im einleitenden Schriftsatz dargestellt wird, an entgangenem Gewinn einschließlich Deckungsbeitrag, Aufwendungen für Rechtsberatung udgl. entstehen. Dazu käme letztlich der Verlust von von ihr benötigten Referenzprojekten. Durch das Verhalten der Antragsgegnerin erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzmäßigen Vergabeverfahrens, auf Nichtigerklärung der Ausschreibung und ersten Berichtigung, auf Nichtigerklärung vergaberechtswidriger Bestimmungen in der Ausschreibung und der ersten Berichtigung, hilfsweise in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und Teilnahme an einem neuerlichen und vergaberechtskonformen Vergabeverfahren verletzt.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 5.4.2012 antragsgemäß erlassen; diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses, beiden Teilen

zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 16.4.2012 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 Nichtigerklärungsantrag überhaupt eigene Interessen verfolge.

Sie nimmt im Einzelnen Stellung zu den Anfechtungspunkten der Antragstellerin und legt dar, warum die behaupteten Rechtswidrigkeiten nicht gegeben seien. Sie halte, wie sie im Einzelnen ausführt, die angefochtenen Festlegungen für gerechtfertigt und sachlich begründet.

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" 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. 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" 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 die angefochtenen Bestimmungen rechtswidrig wären und 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. Die Antragsgegnerin begründe nicht, warum sie von den Bestimmungen der ÖNORM B 2110 abweiche; dazu wäre sie aber verpflichtet.

Nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 24.5.2012 wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, insbesondere 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 5.6.2012 unter Zitierung zahlreicher Belegstellen geltend gemacht, dass die WD 314 keine Leitlinien im Sinne des § 99 Abs. 2 BVergG 2006 seien. Nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 24.5.2012 wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, insbesondere 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 5.6.2012 unter Zitierung zahlreicher Belegstellen geltend gemacht, dass die WD 314 keine Leitlinien im Sinne des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 seien.

Zunächst hat die Antragstellerin ausgeführt, dass die WD 314 im Grundsatz eine Kopie der ÖNORM B 2110 sei. Die bauvertraglichen Bestimmungen, die sich in der ÖNORM in den Abschnitten 5 bis 12 befinden, fänden sich in der WD 314 in den Abschnitten 1 - 8. Die in den Abschnitten 5-12 enthaltenen bauvertraglichen Bestimmungen der ÖNORM B 2110 werden in der WD 314 an zahlreichen Stellen abgeändert. Eine inhaltliche Analyse dieser Abweichungen bzw. Auslassungen in der WD 314 ergebe, dass diese nahezu gänzlich nachteilige Abweichungen für den Auftragnehmer gegenüber der ÖNORM B 2110 darstellen. In weiterer Folge setzt sich die Antragstellerin mit dem Begriffsinhalt der "geeigneten Leitlinie" auseinander und kommt unter Zitierung zahlreicher Belegstellen zum Ergebnis, dass die WD 314 keine geeignete Leitlinie gemäß § 99 Abs. 2 BVergG 2006 im Sinne der Judikatur des VfGH darstelle. Weiters weist sie darauf hin, dass die Antragsgegnerin Europas größter Hausverwalter sei und damit eine beherrschende Marktstellung innehave. Wenn dies tatsächlich zutreffe, dann unterliege die Auftraggeberin dem Missbrauchsverbot des § 5 KartG 2005. In diesem Fall würden mit der WD 314 iSd § 5 Abs. 1 Z 1 KartG 2005 unangemessene, nämlich von der ÖNORM B 2110 abweichende Geschäftsbedingungen erzwungen. Damit bedürfte jede Abweichung von der ÖNORM B 2111 einer sachlichen Rechtfertigung. Nach von ihr zitierten Belegstellen sei überdies ein wesentliches Merkmal von Leitlinien im Sinne des § 99 Abs. 2 BVergG, dass sie vom Auftraggeber nicht von vornherein für sich selbst gestaltet werden, sondern von dritter Seite zur Verfügung gestellt würden. Geeignete Leitlinien seien das Produkt einer Zusammenarbeit zwischen Auftraggeber- und Auftragnehmerseite mit dem Ziel, einen ausgewogenen standardisierten Vertragsinhalt sicher zu stellen. Auch aus diesen Erwägungen könne es sich bei der WD 314 um keine geeigneten Leitlinien handeln. Ein Auftraggeber könne zwar in einzelnen Punkten in seinen Ausschreibungsunterlagen von geeigneten Leitlinien abweichende Festlegungen treffen. Im Hinblick darauf, dass eine mit der ÖNORM B 2110 geeignete Leitlinie vorliege, könne in der WD 314 keinesfalls eine alternative geeignete Leitlinie gegeben sein. Die von der Antragsgegnerin gewählte Vorgangsweise bei Schaffung der WD 314 stelle eine Umgehung des Standardisierungsgebotes dar, wie sie der VfGH in einem von der Antragstellerin zitierten Erkenntnis fordert. Im Ergebnis gelangt die Antragstellerin dazu, dass die WD 314 in ihrer Gesamtheit keine geeignete Festlegung leistungsvertraglicher Bestimmungen sei, weil sie in mehr als einzelnen Punkten von der ÖNORM B 2110 Abweichungen festlege. Es müsse daher nicht bei jeder einzelnen Abweichung geprüft werden, ob diese im gesetzlich zulässigen Rahmen erfolgt sei. Die Festlegung der WD 314 widerspreche in ihrer Gesamtheit dem § 99 Abs. 2 Satz 2 BVergG 2006. Da die WD 314 einen wesentlichen Bestandteil der gesamten Ausschreibung darstelle, sei die Ausschreibung entsprechend dem Hauptantrag insgesamt für nichtig zu erklären. Jedenfalls bestehe ein Gebot der sachlichen Rechtfertigung von Abweichungen von der ÖNORM B 2110, die vorliegend nicht gegeben sei. Zunächst hat die Antragstellerin ausgeführt, dass die WD 314 im Grundsatz eine Kopie der ÖNORM B 2110 sei. Die bauvertraglichen Bestimmungen, die sich in der ÖNORM in den Abschnitten 5 bis 12 befinden, fänden sich in der WD 314 in den Abschnitten 1 - 8. Die in den Abschnitten 5-12 enthaltenen bauvertraglichen Bestimmungen der ÖNORM B 2110 werden in der WD 314 an zahlreichen Stellen abgeändert. Eine inhaltliche Analyse dieser Abweichungen bzw. Auslassungen in der WD 314 ergebe, dass diese nahezu gänzlich nachteilige Abweichungen für den Auftragnehmer gegenüber der ÖNORM B 2110 darstellen. In weiterer Folge setzt sich die Antragstellerin mit dem Begriffsinhalt der "geeigneten Leitlinie" auseinander und kommt unter Zitierung zahlreicher Belegstellen zum Ergebnis, dass die WD 314 keine geeignete Leitlinie gemäß Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 im Sinne der Judikatur des VfGH darstelle. Weiters weist sie darauf hin, dass die Antragsgegnerin Europas größter Hausverwalter sei und damit eine beherrschende Marktstellung innehave. Wenn dies tatsächlich zutreffe,

dann unterliege die Auftraggeberin dem Missbrauchsverbot des Paragraph 5, KartG 2005. In diesem Fall würden mit der WD 314 iSd Paragraph 5, Absatz eins, Ziffer eins, KartG 2005 unangemessene, nämlich von der ÖNORM B 2110 abweichende Geschäftsbedingungen erzwungen. Damit bedürfte jede Abweichung von der ÖNORM B 2111 einer sachlichen Rechtfertigung. Nach von ihr zitierten Belegstellen sei überdies ein wesentliches Merkmal von Leitlinien im Sinne des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG, dass sie vom Auftraggeber nicht von vornherein für sich selbst gestaltet werden, sondern von dritter Seite zur Verfügung gestellt würden. Geeignete Leitlinien seien das Produkt einer Zusammenarbeit zwischen Auftraggeber- und Auftragnehmerseite mit dem Ziel, einen ausgewogenen standardisierten Vertragsinhalt sicher zu stellen. Auch aus diesen Erwägungen könne es sich bei der WD 314 um keine geeigneten Leitlinien handeln. Ein Auftraggeber könne zwar in einzelnen Punkten in seinen Ausschreibungsunterlagen von geeigneten Leitlinien abweichende Festlegungen treffen. Im Hinblick darauf, dass eine mit der ÖNORM B 2110 geeignete Leitlinie vorliege, könne in der WD 314 keinesfalls eine alternative geeignete Leitlinie gegeben sein. Die von der Antragsgegnerin gewählte Vorgangsweise bei Schaffung der WD 314 stelle eine Umgehung des Standardisierungsgebotes dar, wie sie der VfGH in einem von der Antragstellerin zitierten Erkenntnis fordert. Im Ergebnis gelangt die Antragstellerin dazu, dass die WD 314 in ihrer Gesamtheit keine geeignete Festlegung leistungsvertraglicher Bestimmungen sei, weil sie in mehr als einzelnen Punkten von der ÖNORM B 2110 Abweichungen festlege. Es müsse daher nicht bei jeder einzelnen Abweichung geprüft werden, ob diese im gesetzlich zulässigen Rahmen erfolgt sei. Die Festlegung der WD 314 widerspreche in ihrer Gesamtheit dem Paragraph 99, Absatz 2, Satz 2 BVergG 2006. Da die WD 314 einen wesentlichen Bestandteil der gesamten Ausschreibung darstelle, sei die Ausschreibung entsprechend dem Hauptantrag insgesamt für nichtig zu erklären. Jedenfalls bestehe ein Gebot der sachlichen Rechtfertigung von Abweichungen von der ÖNORM B 2110, die vorliegend nicht gegeben sei.

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 konsensualer" 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 konsensualer" 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.

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 2.4.2012 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 Preisauflags-/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 Preisauflags-/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 2.4.2012 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

2.4.2012 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 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 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, 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 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.

Wie nachfolgend dargestellt werden wird, handelt es sich bei den von der Antragsgegnerin aufgelegten, bei ihren Vergabeverfahren anzuwendenden "Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen, WD 314" um 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 sowie der ersten Berichtigung vom 22.3.2012 nicht Folge zu geben (Spruchpunkt 1). Wie nachfolgend dargestellt werden wird, handelt es sich bei den von der Antragsgegnerin aufgelegten, bei ihren Vergabeverfahren anzuwendenden "Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen, WD 314" um 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 sowie der ersten Berichtigung vom 22.3.2012 nicht Folge zu geben (Spruchpunkt 1).

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

Die Antragstellerin macht zunächst geltend (Punkt 4.3 des Antrages), dass in der Vergabebekanntmachung und der ersten Berichtigung zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auf die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere das Angebotsformblatt MDBD - SR 75 und auf die Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge verwiesen werde. Im Angebotsdeckblatt sei hingegen kein Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit gefordert (Beilage 13, Punkt 08.1, Seite 2). Hingegen würden sich in den Verfahrensbestimmungen unter Punkt 3.3.2 entsprechende Festlegungen finden. Darin erblickt die Antragstellerin einen Widerspruch zum Angebotsdeckblatt. Dies sei auch rechtswidrig, weil gemäß § 79 Abs. 2 BVergG 2006 der Auftraggeber Festlegungen zur technischen Leistungsfähigkeit zu treffen hat. Die Antragstellerin macht zunächst geltend (Punkt 4.3 des Antrages), dass in der Vergabebekanntmachung und der ersten Berichtigung zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auf die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere das Angebotsformblatt MDBD - SR 75 und auf die Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge verwiesen werde. Im Angebotsdeckblatt sei hingegen kein Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit gefordert (Beilage 13, Punkt 08.1, Seite 2). Hingegen würden sich in den Verfahrensbestimmungen unter Punkt 3.3.2 entsprechende Festlegungen finden. Darin erblickt die Antragstellerin einen Widerspruch zum Angebotsdeckblatt. Dies sei auch rechtswidrig, weil gemäß Paragraph 79, Absatz 2, BVergG

2006 der Auftraggeber Festlegungen zur technischen Leistungsfähigkeit zu treffen hat.

Dazu hat die Antragsgegnerin vorgebracht, dass den Bestimmungen des BVergG 2006 an keiner Stelle entnommen werden könne, dass der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nur an einer bestimmten Stelle der Ausschreibungsunterlagen und nicht auch an anderer Stelle definiert werden dürfe. Sie verweist auf die Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge, die gleichfalls eine Ausschreibungsunterlage bilden, wonach das Angebotsformblatt MBD - SR 75 (inklusive Beilagen), den Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge nachgeordnet ist.

Zutreffend ist, dass ein Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen die als erforderlich erachteten oder die auf Aufforderung durch den Auftraggeber nachzureichenden Nachweise gemäß den §§ 71, 72, 74 und 75 BVergG 2006 aufzunehmen hat. Den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes, insbesondere den Bestimmungen über die Ausschreibung ist nicht zu entnehmen, an welcher Stelle der Ausschreibungsunterlagen die Bestimmungen über den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit anzuführen sind. Vorliegend hat die Antragsgegnerin in ihren Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge unter Punkt 3.3.2 Festlegungen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit der Bieter getroffen. Dass sie es unterlassen hat, in der Beilage zum Angebotsdeckblatt 13.08.1 auf Seite 2 die entsprechende Spalte anzukreuzen, vermag eine Rechtswidrigkeit, die zur Nichtigerklärung dieser Festlegung führen müsste, nicht zu begründen, zumal - worauf die Antragsgegnerin zutreffend verwiesen hat - unter Punkt 1 der Verfahrensbestimmungen ausdrücklich festgelegt ist, dass die Bestimmungen des Angebotsformblattes samt etwaiger Beilagen den Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge nachgehen. Da eine Verletzung von vergaberechtlichen Grundsätzen nicht vorliegt, war der Antrag auf Nichtigerklärung abzuweisen. Zutreffend ist, dass ein Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen die als erforderlich erachteten oder die auf Aufforderung durch den Auftraggeber nachzureichenden Nachweise gemäß den Paragraphen 71, 72, 74 und 75 BVergG 2006 aufzunehmen hat. Den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes, insbesondere den Bestimmungen über die Ausschreibung ist nicht zu entnehmen, an welcher Stelle der Ausschreibungsunterlagen die Bestimmungen über den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit anzuführen sind. Vorliegend hat die Antragsgegnerin in ihren Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge unter Punkt 3.3.2 Festlegungen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit der Bieter getroffen. Dass sie es unterlassen hat, in der Beilage zum Angebotsdeckblatt 13.08.1 auf Seite 2 die entsprechende Spalte anzukreuzen, vermag eine Rechtswidrigkeit, die zur Nichtigerklärung dieser Festlegung führen müsste, nicht zu begründen, zumal - worauf die Antragsgegnerin zutreffend verwiesen hat - unter Punkt 1 der Verfahrensbestimmungen ausdrücklich festgelegt ist, dass die Bestimmungen des Angebotsformblattes samt etwaiger Beilagen den Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge nachgehen. Da eine Verletzung von vergaberechtlichen Grundsätzen nicht vorliegt, war der Antrag auf Nichtigerklärung abzuweisen.

MBD - SR 75, Beilage 13.08.1, Seite 2; Berufshaftpflichtversicherung:

Zum Nachweis der (richtig) finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verlangt die Antragsgegnerin einen Nachweis einer entsprechenden Berufs- /Betriebs-haftpflichtversicherung mit einer Deckung von mindestens Euro 1.500.000,--. Falls diese Nachweise nicht zu erbringen sind, werden Angaben über die Anzahl der beschäftigten Dienstnehmer, Angaben über Unternehmensbeteiligungen oder Angaben über Kapitalausstattung, Anlagenvermögen, Grundbesitz gefordert.

Diese Festlegung wird von der Antragstellerin insoweit als rechtswidrig angefochten, als zum Nachweis der technischen (!) Leistungsfähigkeit eine Berufshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von mindestens Euro 1.500.000,-- gefordert wird. Dies stehe im Widerspruch zu § 70 Abs. 1 BVergG 2006. Diese Festlegung wird von der Antragstellerin insoweit als rechtswidrig angefochten, als zum Nachweis der technischen (!) Leistungsfähigkeit eine Berufshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von mindestens Euro 1.500.000,-- gefordert wird. Dies stehe im Widerspruch zu Paragraph 70, Absatz eins, BVergG 2006.

Dazu hat die Antragsgegnerin darauf verwiesen, dass die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen besonders gefahrgeneigt sind, weil insbesondere Brandgefahr, Erstickungsgefahr für Bewohner der Mietobjekte und die Gefahr herabfallender Teile besteht und die Arbeiten in bewohnten Gebäuden durchgeführt werden sollen. Im Hinblick darauf hält sie die angefochtene Festlegung für sachlich gerechtfertigt und verweist darauf, dass die Höhe dieser Summe laut ihren vorgenommenen Recherchen branchenüblich sei.

Als Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit kann gemäß § 74 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 ein

Auftraggeber einen Nachweis über eine entsprechende Berufshaftpflichtversicherung verlangen oder nach Abs. 2 leg. cit. für den Fall, dass ein Unternehmern aus einem von ihm glaubhaft zu machenden berechtigten Grund die vom Auftraggeber gemäß Abs. 1 geforderten Nachweise nicht beibringen kann, andere geeignete Nachweise zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verlangen. Gegenständlich hält die Antragstellerin im Hinblick auf die einzelnen Kleinaufträge die geforderte Deckungssumme für zu hoch und damit § 70 Abs. 1 BVergG 2006 widersprechend. Als Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit kann gemäß Paragraph 74, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 ein Auftraggeber einen Nachweis über eine entsprechende Berufshaftpflichtversicherung verlangen oder nach Absatz 2, leg. cit. für den Fall, dass ein Unternehmern aus einem von ihm glaubhaft zu machenden berechtigten Grund die vom Auftraggeber gemäß Absatz eins, geforderten Nachweise nicht beibringen kann, andere geeignete Nachweise zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verlangen. Gegenständlich hält die Antragstellerin im Hinblick auf die einzelnen Kleinaufträge die geforderte Deckungssumme für zu hoch und damit Paragraph 70, Absatz eins, BVergG 2006 widersprechend.

Nach § 70 Abs. 1 BVergG 2006 dürfen Nachweise nur soweit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Gerade im Hinblick darauf, dass die ausgeschriebenen Leistungen während der Tageszeit in den bewohnten Anlagen der Antragsgegnerin zu erbringen sind, hält der Senat die geforderte Haftpflichtdeckungssumme für sachlich gerechtfertigt. Dass selbst bei einer betragsmäßig geringen Leistung etwa durch herabfallendes Werkzeug oder von Teilen der zu sanierenden Rauchfänge Gefahr für Leib und Leben nicht beteiligter Dritter verbunden sein kann, kann von vornherein nicht ausgeschlossen werden. Es bestehen daher seitens des Senates keine Bedenken daran, dass die geforderte Höhe der Haftpflichtsumme sachlich gerechtfertigt ist. Sollte es dennoch der Antragstellerin nicht möglich sein, einen derartigen Nachweis zu erbringen, ist sie darauf zu verweisen, dass sie nach den Festlegungen in der Beilage 13.08.1 Seite 2, zweiter Absatz die Nachweise auch auf die dort angeführte Art und Weise erbringen kann. Der Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen Festlegung war daher abzuweisen. Nach Paragraph 70, Absatz eins, BVergG 2006 dürfen Nachweise nur soweit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Gerade im Hinblick darauf, dass die ausgeschriebenen Leistungen während der Tageszeit in den bewohnten Anlagen der Antragsgegnerin zu erbringen sind, hält der Senat die geforderte Haftpflichtdeckungssumme für sachlich gerechtfertigt. Dass selbst bei einer betragsmäßig geringen Leistung etwa durch herabfallendes Werkzeug oder von Teilen der zu sanierenden Rauchfänge Gefahr für Leib und Leben nicht beteiligter Dritter verbunden sein kann, kann von vornherein nicht ausgeschlossen werden. Es bestehen daher seitens des Senates keine Bedenken daran, dass die geforderte Höhe der Haftpflichtsumme sachlich gerechtfertigt ist. Sollte es dennoch der Antragstellerin nicht möglich sein, einen derartigen Nachweis zu erbringen, ist sie darauf zu verweisen, dass sie nach den Festlegungen in der Beilage 13.08.1 Seite 2, zweiter Absatz die Nachweise auch auf die dort angeführte Art und Weise erbringen kann. Der Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen Festlegung war daher abzuweisen.

Verfahrensbestimmungen Punkte 3.3.2 und Verweise in den Punkten 3.4.2 und 3.4.3 (technische Leistungsfähigkeit betreffend Wohngebäude):

Punkt 3.3.2 der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge verlangt, dass ein Bieter nachweisen muss, dass er Referenzprojekte im Gewerk "Baumeister" erbracht hat, wobei als Referenzen nur solche Leistungen anerkannt werden, "die vom Bieter in bewohnten Wohngebäuden im Sinne des § 119 Abs. 1 der "Bauordnung für Wien" mit zumindest 5 (fünf) selbständigen Wohnungen erbracht worden sind und die vom 13.4.2009 bis 12.4.2012 vertragskonform abgerechnet (Rechnungsdatum) wurden". In dieser Festlegung erblickt die Antragstellerin einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 1 BVergG 2006, weil nur Referenzen im Raum Wien anerkannt werden, da auf die Wiener BO abgestellt werde. Punkt 3.3.2 der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge verlangt, dass ein Bieter nachweisen muss, dass er Referenzprojekte im Gewerk "Baumeister" erbracht hat, wobei als Referenzen nur solche Leistungen anerkannt werden, "die vom Bieter in bewohnten Wohngebäuden im Sinne des Paragraph 119, Absatz eins, der "Bauordnung für Wien" mit zumindest 5 (fünf) selbständigen Wohnungen erbracht worden sind und die vom 13.4.2009 bis 12.4.2012 vertragskonform abgerechnet (Rechnungsdatum) wurden". In dieser Festlegung erblickt die Antragstellerin einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006, weil nur Referenzen im Raum Wien anerkannt werden, da auf die Wiener BO abgestellt werde.

Die Antragsgegnerin hat dazu ausgeführt, es treffe zu, dass die gegenständlichen Leistungen ausschließlich in Wohnbauten im Sinne des § 119 Abs. 1 der BO für Wien mit deutlich mehr als fünf selbständigen Wohnungen zu

erbringen sind. Referenzen könnten jedoch auch für Leistungen außerhalb Wiens beigebracht werden, solange die darin angeführten Wohngebäude Gebäuden im Sinne des § 119 Abs. 1 der BO Wien entsprechen. Die Antragsgegnerin hat dazu ausgeführt, es treffe zu, dass die gegenständlichen Leistungen ausschließlich in Wohnbauten im Sinne des Paragraph 119, Absatz eins, der BO für Wien mit deutlich mehr als fünf selbständigen Wohnungen zu erbringen sind. Referenzen könnten jedoch auch für Leistungen außerhalb Wiens beigebracht werden, solange die darin angeführten Wohngebäude Gebäuden im Sinne des Paragraph 119, Absatz eins, der BO Wien entsprechen.

Im § 119 der BO für Wien werden die Anforderungen an Wohngebäuden, Wohnungen und deren Zubehör (wie z.B. Wohnungsgröße, Spielplätze, Kinderwagen, Abstellräume) beschrieben. Der von der Antragstellerin bekämpfte Verweis auf § 119 Abs. 1 der BO für Wien lautet: "Wohngebäude sind Gebäude, die ausschließlich oder überwiegend für Wohnzwecke bestimmt sind". Aus dem Verweis auf diese Bestimmung kann jedenfalls nicht abgeleitet werden, dass Referenzen nur dann von der Antragsgegnerin anerkannt werden, wenn sie Wohngebäude in Wien betreffen. Nach der angefochtenen Festlegung hat die Antragsgegnerin Referenzen jedenfalls anzuerkennen, wenn sie bewohnte Wohngebäude im Sinn des § 119 Abs. 1 der Bauordnung für Wien mit zumindest fünf selbständigen Wohnungen betreffen. Soweit die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 6.6.2012 (Protokoll Seite 3) vorgebracht hat, ihr seien "fünf Wohnungen pro Objekt zu viel, es müsste reichen Objekte mit 3 Wohnungen als zulässig heranzuziehen", kann ihr nicht gefolgt werden, weil es nach Ansicht des Senates keinen großen Unterschied macht, ob die Referenzobjekte drei oder fünf Wohnungen betreffen. Jedenfalls ist es ein sachlich gerechtfertigtes Interesse der Antragsgegnerin dass ein Bieter durch seine Referenznachweise nachweist, mit Arbeiten in größeren, bewohnten Anlagen Erfahrung gesammelt zu haben. Zutreffend verweist sie darauf, dass die ausgeschriebenen Leistungen ausschließlich in solchen Wohngebäuden mit zumindest fünf selbständigen Wohnungen zu erbringen sein werden. Da die angefochtene Festlegung sachlich gerechtfertigt ist, war der Antrag auf deren Nichtigkeitserklärung abzuweisen. Im Paragraph 119, der BO für Wien werden die Anforderungen an Wohngebäuden, Wohnungen und deren Zubehör (wie z.B. Wohnungsgröße, Spielplätze, Kinderwagen, Abstellräume) beschrieben. Der von der Antragstellerin bekämpfte Verweis auf Paragraph 119, Absatz eins, der BO für Wien lautet: "Wohngebäude sind Gebäude, die ausschließlich oder überwiegend für Wohnzwecke bestimmt sind". Aus dem Verweis auf diese Bestimmung kann jedenfalls nicht abgeleitet werden, dass Referenzen nur dann von der Antragsgegnerin anerkannt werden, wenn sie Wohngebäude in Wien betreffen. Nach der angefochtenen Festlegung hat die Antragsgegnerin Referenzen jedenfalls anzuerkennen, wenn sie bewohnte Wohngebäude im Sinn des Paragraph 119, Absatz eins, der Bauordnung für Wien mit zumindest fünf selbständigen Wohnungen betreffen. Soweit die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 6.6.2012 (Protokoll Seite 3) vorgebracht hat, ihr seien "fünf Wohnungen pro Objekt zu viel, es müsste reichen Objekte mit 3 Wohnungen als zulässig heranzuziehen", kann ihr nicht gefolgt werden, weil es nach Ansicht des Senates keinen großen Unterschied macht, ob die Referenzobjekte drei oder fünf Wohnungen betreffen. Jedenfalls ist es ein sachlich gerechtfertigtes Interesse der Antragsgegnerin dass ein Bieter durch seine Referenznachweise nachweist, mit Arbeiten in größeren, bewohnten Anlagen Erfahrung gesammelt zu haben. Zutreffend verweist sie darauf, dass die ausgeschriebenen Leistungen ausschließlich in solchen Wohngebäuden mit zumindest fünf selbständigen Wohnungen zu erbringen sein werden. Da die angefochtene Festlegung sachlich gerechtfertigt ist, war der Antrag auf deren Nichtigkeitserklärung abzuweisen.

Verfahrensbestimmungen Punkt 3.3.2 lit. f und Verweise in den Punkten 3.4.2 und 3.4.3 (technische Leistungsfähigkeit betreffend Excel-Liste und Rechnungsnummer): Verfahrensbestimmungen Punkt 3.3.2 Litera f und Verweise in den Punkten 3.4.2 und 3.4.3 (technische Leistungsfähigkeit betreffend Excel-Liste und Rechnungsnummer):

Nach Punkt 3.3.2 - technische Leistungsfähigkeit, hat ein Bieter eine nach angebotenen Losen geordnete, für die Bearbeitung offene und chronologisch

geordnete Excel-Liste vorzulegen, die u.a. folgende Angaben zu enthalten hat ... f)

Rechnungsnummer.

Diese Festlegungen werden von der Antragstellerin deshalb angefochten, weil sie ihrer Ansicht nach über den taxativen Katalog der Nachweise, die ein Auftraggeber im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit verlangen darf, hinausgehen. Die Darstellung der Referenzen in einer Excel-Liste unter Angabe der Rechnungsnummer betreffe auch den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit durch Arbeitsgemeinschaften und Subunternehmer. Die Verweise in den genannten Punkten wären daher rechtswidrig.

Dazu hat die Antragsgegnerin vorgebracht, die Forderung einer Referenzliste als Excel-Format stelle keinen Nachteil für die Antragstellerin dar, zumal in den Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge festgelegt sei (Punkt 6.1), dass ein Bieter über Excel verfügen müsse. Die Möglichkeit, die Referenzen in einer Excel-Liste anzugeben stelle auch für einen Bieter eine erhebliche Erleichterung dar. Sie müssten lediglich in der Excel-Liste ihre Referenzen erfassen und würden sich damit in einem ersten Schritt die Vorlage von Referenznachweisen ersparen.

Nach § 75 Abs. 6 Z 1 BVergG 2006 ist es zulässig, als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Bauaufträgen eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen zu verlangen. Wie dieser Nachweis zu erbringen ist, bleibt letztlich dem Auftraggeber überlassen. Durch die Forderung, bei den Referenzen auch eine Rechnungsnummer anzugeben, ist für den Senat ein vergaberechtlicher Verstoß nicht gegeben, zumal nicht erkennbar ist, inwieweit durch die Angabe einer Rechnungsnummer die Kalkulation des Angebotes erschwert sein sollte. Nach Paragraph 75, Absatz 6, Ziffer eins, BVergG 2006 ist es zulässig, als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Bauaufträgen eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen zu verlangen. Wie dieser Nachweis zu erbringen ist, bleibt letztlich dem Auftraggeber überlassen. Durch die Forderung, bei den Referenzen auch eine Rechnungsnummer anzugeben, ist für den Senat ein vergaberechtlicher Verstoß nicht gegeben, zumal nicht erkennbar ist, inwieweit durch die Angabe einer Rechnungsnummer die Kalkulation des Angebotes erschwert sein sollte.

Es ist für den Senat auch nicht nachvollziehbar, wieso ein Bieter durch das Verlangen, die Referenzliste im Excel-Format zu erstellen, übermäßig belastet sein sollte, ihm insbesondere eine Kalkulation des Angebotes ohne Übernahme von nicht vertretbaren Risiken, erschwert werden sollte. Dies umso mehr, als in den Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge im Punkt 6.1 - Aufzeichnungs- und Meldepflichten festgelegt ist, dass die dort näher angeführten Aufzeichnungen und Informationen dem Auftraggeber elektronisch als Excel Datei zu übermitteln sind. Diese Festlegung wurde von der Antragstellerin nicht angefochten. Nach dieser unangefochten gebliebenen Festlegung muss jeder Bieter über die Möglichkeit der Erstellung einer Excel Datei verfügen. In diesen beiden angefochtenen Festlegungen ist eine Vergaberechtswidrigkeit nicht zu erkennen, weshalb der Antrag auf deren Nichtigkeitserklärung abzuweisen war, zumal nach den Bestimmungen des § 75 Abs. 2 bis 4 BVergG 2006 ein Auftraggeber berechtigt ist, im Rahmen des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit von den Bietern weitere, detailliertere Informationen einschließlich der Vorlage der jeweiligen Rechnungen zu fordern. Es ist für den Senat auch nicht nachvollziehbar, wieso ein Bieter durch das Verlangen, die Referenzliste im Excel-Format zu erstellen, übermäßig belastet sein sollte, ihm insbesondere eine Kalkulation des Angebotes ohne Übernahme von nicht vertretbaren Risiken, erschwert werden sollte. Dies umso mehr, als in den Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge im Punkt 6.1 - Aufzeichnungs- und Meldepflichten festgelegt ist, dass die dort näher angeführten Aufzeichnungen und Informationen dem Auftraggeber elektronisch als Excel Datei zu übermitteln sind. Diese Festlegung wurde von der Antragstellerin nicht angefochten. Nach dieser unangefochten gebliebenen Festlegung muss jeder Bieter über die Möglichkeit der Erstellung einer Excel Datei verfügen. In diesen beiden angefochtenen Festlegungen ist eine Vergaberechtswidrigkeit nicht zu erkennen, weshalb der Antrag auf deren Nichtigkeitserklärung abzuweisen war, zumal nach den Bestimmungen des Paragraph 75, Absatz 2 bis 4 BVergG 2006 ein Auftraggeber berechtigt ist, im Rahmen des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit von den Bietern weitere, detailliertere Informationen einschließlich der Vorlage der jeweiligen Rechnungen zu fordern.

Verfahrensbestimmungen Punkt 3.3.2 - Zusätzliche Nachweise bei Referenzen (letzter Satz):

"Der Auftraggeber wird die Referenzliste prüfen und den Bieter gegebenenfalls auffordern, zusätzliche Nachweise (z.B. Einzelrechnungen, Auftraggeberbescheinigungen) innerhalb einer - vom Auftraggeber zu bestimmenden Frist - vorzulegen".

Nach Ansicht der Antragstellerin widerspricht die Festlegung § 46 Abs. 3 BVergG 2006, wonach ein Auftraggeber in der Bekanntmachung anzugeben hat, welche Nachweise vorzulegen oder auf Aufforderung nachzureichen sind. Auch § 79 Abs. 2 BVergG 2006 bestimme, dass Eignungsnachweise in die Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen sind, soweit sie nicht bereits in der Bekanntmachung angeführt waren. Nach Ansicht der Antragstellerin widerspricht die Festlegung Paragraph 46, Absatz 3, BVergG 2006, wonach ein Auftraggeber in der Bekanntmachung anzugeben hat, welche Nachweise vorzulegen oder auf Aufforderung nachzureichen sind. Auch Paragraph 79, Absatz 2, BVergG 2006 bestimme, dass Eignungsnachweise in die Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen sind, soweit sie nicht bereits in der Bekanntmachung angeführt waren.

Dem hält die Antragsgegnerin entgegen, dass die zusätzlichen Nachweise ohnedies durch die Wortfolge in der Klammer ("z.B. Einzelrechnungen, Auftraggeberbescheinigungen") konkretisiert würden und nach § 75 Abs. 2 bis 4 BVergG 2006 verlangt werden dürften. Es sei auch Pflicht jedes Auftraggebers, die Angaben der Bieter in der Referenzliste zu hinterfragen und erforderlichenfalls dazu eine verbindliche schriftliche Aufklärung samt Nachweisen zu verlangen. Dem hält die Antragsgegnerin entgegen, dass die zusätzlichen Nachweise ohnedies durch die Wortfolge in der Klammer ("z.B. Einzelrechnungen, Auftraggeberbescheinigungen") konkretisiert würden und nach Paragraph 75, Absatz 2 bis 4 BVergG 2006 verlangt werden dürften. Es sei auch Pflicht jedes Auftraggebers, die Angaben der Bieter in der Referenzliste zu hinterfragen und erforderlichenfalls dazu eine verbindliche schriftliche Aufklärung samt Nachweisen zu verlangen.

Der Senat teilt die Rechtsansicht der Antragsgegnerin, wonach sie berechtigt und verpflichtet ist, die Angaben eines Bieters zu den Referenzen gegebenenfalls zu hinterfragen und Aufklärung im Sinne des § 126 Abs. 1 BVergG 2006 zu verlangen. Durch den Hinweis (Klammer-Ausdruck) ist auch gewährleistet, dass darüber hinausgehende Nachweise von der Auftraggeberin nicht verlangt werden können. Da die angefochtene Festlegung nicht als vergaberechtswidrig erkannt werden kann, war der Antrag auf deren Nichtigkeitserklärung abzuweisen. Der Senat teilt die Rechtsansicht der Antragsgegnerin, wonach sie berechtigt und verpflichtet ist, die Angaben eines Bieters zu den Referenzen gegebenenfalls zu hinterfragen und Aufklärung im Sinne des Paragraph 126, Absatz eins, BVergG 2006 zu verlangen. Durch den Hinweis (Klammer-Ausdruck) ist auch gewährleistet, dass darüber hinausgehende Nachweise von der Auftraggeberin nicht verlangt werden können. Da die angefochtene Festlegung nicht als vergaberechtswidrig erkannt werden kann, war der Antrag auf deren Nichtigkeitserklärung abzuweisen.

In den "Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen, WD 307 hat die Antragstellerin zwei Festlegungen angefochten.

WD 307, Punkt 1.1 - Geheimhaltungsverpflichtung:

Punkt 1.1 - Verschwiegenheit lautet:

"Der Bieter sowie alle von ihm benannten Subunternehmer verpflichten sich zur umfassenden und zeitlichen sowie örtlich unbeschränkten Geheimhaltung von Verfahrensunterlagen sowie der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse des Auftraggebers (in der Folge "AG") auch gegenüber verbundenen Unternehmen. Diese Verpflichtung ist uneingeschränkt auch gegenüber den Medien einzuhalten. Zuwiderhandeln berechtigt den AG zum Ausscheiden des betreffenden Bieters aus dem Vergabeverfahren. Der AG wird seinerseits den vertraulichen Charakter aller, die Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben gegenüber Dritten wahren".

Die Antragstellerin hält diese Festlegung für rechtswidrig, weil eine Geheimhaltung in dieser Form im BVergG 2006 nicht vorgesehen ist und diese überdies in zwei Richtungen überschießend sei. Dadurch werde die Bieterin in ihrem Recht zur Erstellung eines Angebotes (einschließlich der Prüfung der Ausschreibung), Einholung fachlichen Rates etwa durch einen Rechtsanwalt oder einer Vergabekontrollbehörde wesentlich eingeschränkt. Durch das Verbot der Weitergabe aller Inhalte der Verfahrensunterlagen an Medien werde ihr Recht auf Meinungsfreiheit verletzt. Die Verletzung der Geheimhaltungsverpflichtung als normierter Ausscheidungsgrund gehe über den taxativen Katalog von Ausscheidungsgründen des § 129 BVergG 2006 hinaus. Die Antragstellerin hält diese Festlegung für rechtswidrig, weil eine Geheimhaltung in dieser Form im BVergG 2006 nicht vorgesehen ist und diese überdies in zwei Richtungen überschießend sei. Dadurch werde die Bieterin in ihrem Recht zur Erstellung eines Angebotes (einschließlich der Prüfung der Ausschreibung), Einholung fachlichen Rates etwa durch einen Rechtsanwalt oder einer Vergabekontrollbehörde wesentlich eingeschränkt. Durch das Verbot der Weitergabe aller Inhalte der Verfahrensunterlagen an Medien werde ihr Recht auf Meinungsfreiheit verletzt. Die Verletzung der Geheimhaltungsverpflichtung als normierter Ausscheidungsgrund gehe über den taxativen Katalog von Ausscheidungsgründen des Paragraph 129, BVergG 2006 hinaus.

Die Antragsgegnerin verweist zunächst darauf, dass die WD 307 Allgemeine Angebotsbestimmungen, die in allen Vergabeverfahren der Stadt Wien zur Anwendung kommen, enthalte. Eine Geheimhaltungsverpflichtung könne überdies nur "geheime" Informationen betreffen, also Informationen, die nicht öffentlich zugänglich sind. Im gegenständlichen Vergabeverfahren seien jedoch sämtliche Verfahrensunterlagen im Internet verfügbar, also nicht geheim. Im Übrigen sei die Antragstellerin als Bieterin in einem Vergabeverfahren gemäß § 23 Abs. 1 BVergG 2006 zur Wahrung des vertraulichen Charakters aller den Auftraggeber und die anderen Bieter sowie deren Unterlagen

betreffenden Angaben verhalten. Die Antragsgegnerin verweist zunächst darauf, dass die WD 307 Allgemeine Angebotsbestimmungen, die in allen Vergabeverfahren der Stadt Wien zur Anwendung kommen, enthalte. Eine Geheimhaltungsverpflichtung könne überdies nur "geheime" Informationen betreffen, also Informationen, die nicht öffentlich zugänglich sind. Im gegenständlichen Vergabeverfahren seien jedoch sämtliche Verfahrensunterlagen im Internet verfügbar, also nicht geheim. Im Übrigen sei die Antragstellerin als Bieterin in einem Vergabeverfahren gemäß Paragraph 23, Absatz eins, BVergG 2006 zur Wahrung des vertraulichen Charakters aller den Auftraggeber und die anderen Bieter sowie deren Unterlagen betreffenden Angaben verhalten.

Zutreffend ist davon auszugehen, dass die in der angefochtenen Festlegung vorgeschriebene Geheimhaltungspflicht nur geheime Unterlagen und Informationen betreffen kann, also nicht etwa für alle Ausschreibungsunterlagen, die von jedem Interessenten beschafft werden können. Nach § 23 Abs. 1 BVergG 2006 haben alle Auftraggeber, Bewerber und Bieter den vertraulichen Charakter aller den Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu wahren. Sofern sich die Antragstellerin an dem gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligen sollte, trifft sie diese Verpflichtung zur vertraulichen Behandlung aller Unterlagen des Vergabeverfahrens. Eine Berufung auf den vertraulichen Charakter scheidet jedoch gegenüber Kontrollinstanzen dann aus, wenn die Kontrollinstanz den Schutz der vertraulichen Unterlagen gewährleistet hat. Soweit sich die Antragstellerin auf das Recht auf Meinungsfreiheit bezieht, räumt ihr das Vergaberecht keine Möglichkeit ein, den Medien oder nicht am Verfahren Beteiligten Informationen zu geben, vielmehr trifft die Antragstellerin die Pflicht, die ihr zur Verfügung stehenden Informationen und Unterlagen geheim zu halten. Das Recht zu Anrufung der Nachprüfungsbehörden wird dadurch nicht eingeschränkt. Zutreffend ist davon auszugehen, dass die in der angefochtenen Festlegung vorgeschriebene Geheimhaltungspflicht nur geheime Unterlagen und Informationen betreffen kann, also nicht etwa für alle Ausschreibungsunterlagen, die von jedem Interessenten beschafft werden können. Nach Paragraph 23, Absatz eins, BVergG 2006 haben alle Auftraggeber, Bewerber und Bieter den vertraulichen Charakter aller den Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu wahren. Sofern sich die Antragstellerin an dem gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligen sollte, trifft sie diese Verpflichtung zur vertraulichen Behandlung aller Unterlagen des Vergabeverfahrens. Eine Berufung auf den vertraulichen Charakter scheidet jedoch gegenüber Kontrollinstanzen dann aus, wenn die Kontrollinstanz den Schutz der vertraulichen Unterlagen gewährleistet hat. Soweit sich die Antragstellerin auf das Recht auf Meinungsfreiheit bezieht, räumt ihr das Vergaberecht keine Möglichkeit ein, den Medien oder nicht am Verfahren Beteiligten Informationen zu geben, vielmehr trifft die Antragstellerin die Pflicht, die ihr zur Verfügung stehenden Informationen und Unterlagen geheim zu halten. Das Recht zu Anrufung der Nachprüfungsbehörden wird dadurch nicht eingeschränkt.

Der Senat hält die angefochtene Festlegung in der WD 307 für durchaus sachgerecht und nicht überschießend, weshalb der Antrag auf deren Nichtigserklärung abzuweisen war.

WD 307, 1.3 - Verwendungs- und Verwertungsrechte:

"1.3 Verwendungs- und Verwertungsrechte

Der AG erwirbt das Eigentumsrecht an allen im Rahmen des Vergabeverfahrens von Bieter übergebenen Unterlagen. Eine Rückstellung der Unterlagen an die Bieter erfolgt nicht!"

Nach Ansicht der Antragstellerin ist diese Bestimmung im Zusammenhang mit ihrer Überschrift so auszulegen, dass die Auftraggeberin Immaterialgüterrechte (insbesondere Nutzungsrechte) an den vom Bieter zur Verfügung gestellten Unterlagen erwirbt und diese somit, z.B. in künftigen Vergabeverfahren uneingeschränkt nutzen darf. Dies sei im BVergG 2006 nicht vorgesehen, die angefochtene Bestimmung widerspreche sohin dem Vergabegesetz.

Die Antragsgegnerin bringt dazu vor, dass die Behauptungen der Antragstellerin unzutreffend seien, weil in der angefochtenen Bestimmung lediglich "das sachenrechtliche Eigentum an den eingereichten Unterlagen gemeint" sei. Im gegenständlichen Vergabeverfahren würden von der Antragstellerin keine besonderen Ausarbeitungen verlangt, denen ein Immaterialgüterschutz zukommen könnte. Einen derartigen Schutz an einer Referenzliste oder an Eignungskriterien bzw. ausgepreisten Kurzleistungsverzeichnissen gebe es nicht.

Zunächst ist die Antragstellerin darauf zu verweisen, dass in der angefochtenen Bestimmung ausdrücklich festgelegt ist, dass "das Eigentumsrecht an allen im Rahmen des Vergabeverfahrens vom Bieter übergebenen Unterlagen" auf die Antragsgegnerin übergeht. Damit ist eindeutig ersichtlich, dass es sich lediglich um den Übergang des Eigentums an den von den Bietern eingereichten Unterlagen, Plänen, ausgepreisten Leistungsverzeichnissen, Referenzlisten, Kopien

von Urkunden etc. geht, nicht aber um den Erwerb von Immaterialgüterrechten. Da bei der Beurteilung, ob die angefochtenen Festlegungen vergaberechtswidrig sind oder nicht, von der konkreten Ausschreibung auszugehen ist, ist der Hinweis der Antragsgegnerin, dass es gegenständlich nur schwer denkbar sei, dass von der Antragstellerin übergebenen Unterlagen Immaterialgüterschutz zukäme, zutreffend. Dass aber die von einem Bieter eingereichten Unterlagen in das Eigentum der Auftraggeberin übergehen müssen, ergibt sich schon aus der Natur der Sache, da diese in aller Regel die Grundlage des Vergabeaktes bzw. schließlich der Vergabeentscheidung bilden und damit nach Beendigung des Vergabeverfahrens der Auftraggeberin weiterhin für allfällige Nachprüfungsverfahren zur Verfügung stehen müssen. Der Senat hält die angefochtene Festlegung für sachlich gerechtfertigt und vergaberechtlich unbedenklich - zumal nicht ersichtlich ist, wieso und in welchem Umfange dadurch die Kalkulation eines vergaberechtskonformen Angebotes erschwert oder unmöglich gemacht werden könnte. Der Antrag auf Nichtigerklärung dieser Festlegung war daher abzuweisen.

Die Antragstellerin hat im Lang - Leistungsverzeichnis die Position 35.8901Z als vergaberechtswidrig angefochten:

"35.8901Z Aufwandersatz Fang-Befundung

Kaminbefunde bei der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft" Wiener Rauchfangkehrermeisterschaft" GmbH ... bestellen und einholen".

Hier macht die Antragstellerin geltend, es sei völlig unzulässig ein bestimmtes Unternehmen im Nahebereich der Auftraggeberin zu bevorzugen. Dadurch werden jene Bieter benachteiligt, die - aus welchen Gründen immer - keine Nachlässe von dieser Genossenschaft erhalten, etwa weil sie bei dieser nicht Mitglied seien oder mit ihr bisher keine Geschäftsbeziehungen unterhalten hätten. Mit dieser Festlegung verletze die Auftraggeberin das Gebot einer neutralen Leistungsbeschreibung. Die Bieterin könnte günstigere Konditionen für Kaminbefunde bei einem anderen Unternehmen erhalten.

Dem hat die Antragsgegnerin entgegnet, die Antragstellerin könnte durch diese Festlegung nicht benachteiligt sein, weil sie ohnedies sämtliche Kosten für die Kaminbefunde zuzüglich des angebotenen Aufschlages vergütet erhalte. Im Übrigen beruft sie sich auf die Vorschriften der "Verordnung des Landeshauptmannes, betreffend die Einteilung des Gebietes der Stadt Wien in Kehrbezirke für das Rauchfangkehrer-gewerbe, LGBl. 12/1959". Bei der Anführung der "Rauchfangkehrer GesmbH" handle es sich überdies um eine Serviceleistung der Antragsgegnerin, sodass ein Bieter weiß, an wen er sich wenden kann (Protokoll vom 6.6.2012, Seite 5).

In der mündlichen Verhandlung vom 24.5.2012 hat die Antragsgegnerin ihre Argumentation hinsichtlich der Verordnung des Landeshauptmannes nicht weiterhin aufrecht erhalten, sondern im Wesentlichen ausgeführt, es komme ihr ausschließlich darauf an "dass ein Befund eines befugten Rauchfangkehrers, das ist eben ein Wiener Rauchfangkehrer, einzuholen ist. Alle Wiener Rauchfangkehrer seien in der, in der Ausschreibung angeführten, Wiener Rauchfangkehrermeisterschaft GmbH zusammen geschlossen (Protokoll Seite 4 f).

Der Senat hält in seiner rechtlichen Beurteilung die angefochtene Bestimmung für überschießend und für sachlich nicht gerechtfertigt. Es mag sein, dass die Antragsgegnerin diesbezüglich eine "Serviceleistung" für die Bieter erbringen wollte. Durch eine derartige Festlegung wird jedoch jedem interessierten Bieter die Möglichkeit genommen, sich zur Erstellung des Befundes, eines konkreten Rauchfangkehrers seines Vertrauens zu bedienen, während er bei einer Beauftragung der Wiener Rauchfangkehrermeisterschaft GmbH keinerlei Einfluss darauf hat, welcher konkrete Rauchfangkehrer den Befund erstellen muss. Das Argument günstigerer Konditionen für Kaminbefunde bei einem anderen Unternehmen kann unberücksichtigt bleiben, da er nach den Festlegungen der Bieter ohnedies berechtigt ist, die Kosten der Befunde unter Berücksichtigung eines kalkulierten Gesamtzuschlages auf Fremdleistungen vom Auftraggeber ersetzt zu erhalten. Nach Ansicht des Senates wäre es ausreichend gewesen, um jegliche Missverständnisse für Bieter zu vermeiden und dem möglichen Vorwurf der einseitigen Bevorzugung eines einzigen Unternehmens zu entgehen, anstelle der angefochtenen Bestimmung eine Festlegung dahingehend aufzunehmen, dass der Befund "von einem für die Berufsausübung in Wien zugelassenen Rauchfangkehrer" einzuholen ist. In diesem Sinne hat der Senat der Anfechtung stattgegeben und gemäß § 26 Abs. 2 WVRG 2007 die angefochtene Festlegung als diskriminierende Anforderung für nichtig erklärt bzw. gestrichen. Der Senat hält in seiner rechtlichen Beurteilung die angefochtene Bestimmung für überschießend und für sachlich nicht gerechtfertigt. Es mag sein, dass die Antragsgegnerin diesbezüglich eine "Serviceleistung" für die Bieter erbringen wollte. Durch eine derartige Festlegung wird jedoch jedem interessierten Bieter die Möglichkeit genommen, sich zur Erstellung des Befundes, eines konkreten

Rauchfangkehrers seines Vertrauens zu bedienen, während er bei einer Beauftragung der Wiener Rauchfangkehrermeisterschaft GmbH keinerlei Einfluss darauf hat, welcher konkrete Rauchfangkehrer den Befund erstellen muss. Das Argument günstigerer Konditionen für Kaminbefunde bei einem anderen Unternehmen kann unberücksichtigt bleiben, da er nach den Festlegungen der Bieter ohnedies berechtigt ist, die Kosten der Befunde unter Berücksichtigung eines kalkulierten Gesamtzuschlages auf Fremdleistungen vom Auftraggeber ersetzt zu erhalten. Nach Ansicht des Senates wäre es ausreichend gewesen, um jegliche Missverständnisse für Bieter zu vermeiden und dem möglichen Vorwurf der einseitigen Bevorzugung eines einzigen Unternehmens zu entgehen, anstelle der angefochtenen Bestimmung eine Festlegung dahingehend aufzunehmen, dass der Befund "von einem für die Berufsausübung in Wien zugelassenen Rauchfangkehrer" einzuholen ist. In diesem Sinne hat der Senat der Anfechtung stattgegeben und gemäß Paragraph 26, Absatz 2, WVRG 2007 die angefochtene Festlegung als diskriminierende Anforderung für nichtig erklärt bzw. gestrichen.

Im Lang - LV, Kurz - LV hat die Antragstellerin die Positionen 357702A, 357703A, 358003A sowie OG 19; Null-Positionen angefochten. Die Anfechtung der Festlegung zur Position 01.0201BZ hat sie in der mündlichen Verhandlung vom 24.5.2012 zurückgezogen.

Sie hat dazu geltend gemacht, dass in zahlreichen Positionen teils in "Lohn", teils in "Sonstiges" auch in der Fassung der ersten Berichtigung diese mit Euro 0,-- ausgepreist seien. Einer Bieterin sei es in diesen Positionen nicht möglich durch prozentuelle Aufschläge Kosten zu kalkulieren. Dies stehe im Widerspruch zu § 24 Abs. 1 iVm § 2 Z 28 BVergG 2006, da im Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren die Bieter in ihren Angeboten Aufschläge oder Nachlässe angeben könnten. Sie hat dazu geltend gemacht, dass in zahlreichen Positionen teils in "Lohn", teils in "Sonstiges" auch in der Fassung der ersten Berichtigung diese mit Euro 0,-- ausgepreist seien. Einer Bieterin sei es in diesen Positionen nicht möglich durch prozentuelle Aufschläge Kosten zu kalkulieren. Dies stehe im Widerspruch zu Paragraph 24, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 2, Ziffer 28, BVergG 2006, da im Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren die Bieter in ihren Angeboten Aufschläge oder Nachlässe angeben könnten.

Die Antragsgegnerin hat dazu vorgebracht, dass durch die Null-Positionen nicht in die Kalkulationsfreiheit des Bieters eingegriffen werde. Die Antragstellerin würde übersehen, dass bei den von ihr angefochtenen Positionen Arbeiten ausgeschrieben sind, bei denen von manueller Leistungserbringung auszugehen sei. Nicht zuletzt deshalb sei in der Richtpreiskalkulation von einer manuellen Leistungserbringung auf Basis sachverständiger Erfahrungswerte ausgegangen worden. Es bleibe der Antragstellerin jedoch unbenommen, den höchst unwirtschaftlichen Einsatz von Hebezeugen kalkulatorisch zu berücksichtigen, etwa im Anteil "Sonstiges" der Position 010101 "Baustellengemeinkosten" oder - sofern es sich um Kleingeräte handelt - gemäß ÖNORM B 2061 in den anderen lohngebundenen Kosten (Zeile L, K 3 - Blatt). Zur Anfechtung in der OG 19 - Null-Positionen, sei auf die Position 35.8901Z zu verweisen, wonach der Ersatz der Kosten für die Befundung ohnedies vom Auftraggeber ersetzt werde.

Auch in diesen bekämpften Festlegungen erblickt der Senat keine, die Kalkulation eines Bieters erschwerenden Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen. Der Senat folgt hier der Argumentation der Antragsgegnerin in ihren Schriftsätzen vom 16.4.2012 und vom 5.6.2012, in denen nachvollziehbar dargestellt wird, warum bei diesen Positionen in die Kalkulationsfreiheit des Bieters nicht eingegriffen wird. Auch der Hinweis darauf, dass die Antragstellerin in der Lage sei, beim Einsatz von Geräten den damit verbundenen Aufwand im Anteil "Sonstiges" der Pos. Punkt 010101 "Baustellengemeinkosten" oder im K 3 - Blatt zu kalkulieren, ist richtig. Da nicht zu erkennen ist, inwieweit durch die angefochtenen Bestimmungen eine angemessene Kalkulation eines Angebotes unmöglich oder wesentlich erschwert wird, war der diesbezügliche Antrag auf Nichtigerklärung abzuweisen.

Die Antragstellerin bekämpft auch fünf Bestimmungen in den "Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge betreffend Fangsanierungsarbeiten in den Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen, gemäß beiliegenden Wohnhäuserverzeichnis".

Punkt 5.2 - Hinweispflicht bei Kostenüberschreitungen:

"Stellt sich im Lauf der Arbeiten heraus, dass sich durch wie auch immer geartete Umstände eine Kostenüberschreitung von über 20 % der Auftragssumme ergeben wird, so ist der Auftragnehmer verpflichtet, dies dem Auftraggeber unverzüglich bekannt zu geben. Nicht rechtzeitig bekannt gegebene Kostenüberschreitungen müssen vom Auftraggeber nicht vergütet werden. Sollte dem Auftraggeber durch Unterlassen der unverzüglichen Mitteilung ein Schaden entstehen, hat der Auftragnehmer diesen Schaden zu ersetzen".

Die Antragstellerin hält diese Festlegungen für überschießend und "daher gröblich benachteiligend, da von ihr auch Fälle erfasst werden, in denen die Auftraggeberin Leistungsänderungen anordnet". Damit liege ein Verstoß gegen den Grundsatz des lauterer Wettbewerbs vor und führe überdies zur Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken.

Dazu hat die Antragsgegnerin zunächst vorgebracht, dass der angerufene Senat in früheren Entscheidungen gleich lautende Bestimmungen für vergaberechtskonform befunden habe. Im Übrigen habe ein Auftragnehmer dann, wenn die Auftragssumme um mehr als 20 % überschritten werde, dies dem Auftraggeber mitzuteilen und dessen Zustimmung für die zusätzlichen Leistungen einzuholen. Werden zusätzliche Leistungen angeordnet, so könnten diese selbstverständlich verrechnet werden. Die Antragsgegnerin müsse letztlich in der Lage sein zu bestimmen, welche Leistungen, auch zusätzliche Leistungen benötigt werden. Soweit die Antragstellerin vorgebracht habe, dass die Leistungserbringung auch hinsichtlich der zusätzlichen Leistungen im Interesse der Antragsgegnerin lägen, sei dies unbeachtlich, weil es letztlich der Antragsgegnerin überlassen bleiben muss die Entscheidung zu treffen, wann Reparaturen und in welchem Umfang vorzunehmen sind.

In der angefochtenen Regelung erblickt der erkennende Senat weder einen Verstoß gegen den Grundsatz des lauterer Wettbewerbs noch die Gefahr der Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken. Wodurch die Antragstellerin in ihrer Kalkulation durch die angefochtene Bestimmung beeinträchtigt sein soll, ist nicht erkennbar. Dass der Auftraggeber ein wesentliches Interesse daran hat, bestimmen zu können, ob zusätzliche Leistungen durchzuführen sind, liegt auf der Hand. Der Umstand, dass ein Auftragnehmer Kostenüberschreitungen von mehr als 20 % dem Auftraggeber mitzuteilen hat, bildet jedenfalls keine wesentliche Erschwerung bei der Durchführung der Arbeiten. Letztlich dient diese Warnpflicht auch der Vermeidung von Auseinandersetzungen über das Ausmaß der erbrachten Leistungen, insofern stellt sie sogar eine Sicherung der Position des Auftragnehmers bei Durchführung zusätzlicher Leistungen dar. Die angefochtene Bestimmung ist daher nicht vergaberechtswidrig, weshalb der Antrag auf deren Nichtigkeitserklärung abzuweisen war.

Punkt 5.4.2 - Preisanpassungen:

"Auf Basis der vom Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend (oder der jeweiligen Nachfolgeinstanz) bekannt gegebenen endgültigen Indexwerte der Baukostenveränderungen zum 1. Mai errechnet der Auftraggeber den Umrechnungsprozentsatz. Innerhalb von längstens 4 (vier) Wochen nach der Bekanntgabe wird der Auftraggeber - unabhängig vom Schwellenwert - mitteilen, in welchem Ausmaß (Umrechnungsprozentsatz) sich die Preise ab welchem Datum (Umrechnungsstichtag) verändern. Der Umrechnungsstichtag wird nicht länger als 2 (zwei) Wochen nach der Mitteilung liegen. Die Mitteilung erfolgt durch Verständigung der Auftragnehmer mittels E-Mail oder Telefax".

Hier erblickt die Antragstellerin darin eine Vergaberechtswidrigkeit, dass durch die Formulierung in der Ausschreibung nicht gewährleistet sei, dass der Umrechnungsstichtag jener ist, auf den das Bundesministerium in seiner Bekanntmachung Bezug nimmt. Nach dem Wortlaut bestimme die Auftraggeberin

den Umrechnungsprozentsatz "auf Basis ... der bekannt gegebenen Indexwerte".

Beide Größen setze sohin die Auftraggeberin in ihrem eigenen Ermessen fest. Dies sei gröblich benachteiligend, es liege ein Verstoß gegen den Grundsatz des lauterer Wettbewerbs vor und führe diese Regelung bei der Angebotserstellung zur Unkalkulierbarkeit der ausgeschriebenen Leistungen.

Die Antragsgegnerin hält dagegen, dass die Antragstellerin offenbar bewusst versuche den Wortlaut des angefochtenen Punktes unrichtig auszulegen. Aus der Textierung der angefochtenen Festlegung gehe klar hervor, dass der Umrechnungstag jener Tag ist, ab dem die Unternehmer verpflichtend zu den angepassten Preisen abrechnen müssen. Ebenso wenig komme der Antragsgegnerin bei der Ermittlung des Umrechnungsprozentsatzes ein Spielraum zu, weil der Umrechnungsprozentsatz aus den vom Bundesministerium bekannt gegebenen Indexwerten errechnet wird.

Im angefochtenen Punkt werden die Indexwerte und der Zeitpunkt festgelegt, zu denen umzurechnen ist und zu welchen Sätzen. Unrichtig ist, dass es der Antragsgegnerin aufgrund der Formulierung des angefochtenen Punktes möglich ist, sowohl den Umrechnungsprozentsatz als auch den Umrechnungsstichtag nach ihrem Belieben festzulegen. Der Umrechnungsprozentsatz errechnet sich auf der Basis der vom Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend bekannt gegebenen Indexwerte, ausgehend von der Preisbasis der Ausschreibung (= Ende der Angebotsfrist) anhand der in der vertraglich vereinbarten ÖNORM B 2111 vorgegebenen Formel. Zutreffend verweist

die Antragsgegnerin darauf, dass nach den angefochtenen Bestimmungen - entgegen der ÖNORM B 2111 - eine Preisanpassung auch unter 2 % vorgesehen ist. Auch die Regelung des Umrechnungsstichtages, wie in der angefochtenen Bestimmung vorgesehen, ist sachgerecht und lässt der Antragsgegnerin keinen Spielraum. Soweit die Antragsgegnerin (Schriftsatz vom 5.6.2012) damit argumentiert, dass durch die von ihr gewählte Formulierung des angefochtenen Punktes der Aufwand für Nachverrechnungen sowohl für den Auftragnehmer als auch für den Auftraggeber gering gehalten werden soll, ist diese Argumentation schlüssig und wird daher auch vom angerufenen Senat für seine Entscheidung übernommen. Bei den durchschnittlich mit Euro 1.500,-- angegebenen Rechnungsbeträgen wäre der Verwaltungsaufwand für beide Seiten deutlich höher als der Rechnungsbetrag. Nachverrechnungen, die in diesem Sinn für beide Teile nur aufwendig vorgenommen werden können, sollen damit vermieden werden.

Nach Ansicht des Senates wird durch die angefochtene Bestimmung ein Bieter nicht daran gehindert, die Kalkulation seines Angebotes ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken zu erstellen. Es war daher der Anfechtung nicht stattzugeben.

Punkt 5.4.3 - Nachverrechnung:

"Nachverrechnungen sind unzulässig. Anderes gilt nur dann, wenn zwischen dem 1. Mai und zum Umrechnungsstichtag mehr als 16 (sechzehn) Wochen liegen. In diesem Fall dürfen alle Leistungen, die am 1. Mai bzw. zwischen 1. Mai und Umrechnungsstichtag erbracht worden sind, zu den angemessenen Preisen verrechnet werden.

Die Übermittlung von Nachverrechnungsrechnungen ist nur bis längstens 12 (zwölf) Wochen nach Mitteilung des Umrechnungsprozentsatzes und des Umrechnungsstichtages zulässig. Für die Rechtzeitigkeit kommt es auf den Eingang der ordnungsgemäßen Nachverrechnungsrechnung bei der zuständigen Buchhaltungsabteilung an. Die Nachverrechnung hat für jede Rechnung einzeln zu erfolgen; Sammlerrechnungen sind unzulässig. Für Einzelrechnungsbeträge kleiner als Euro 200,-- gebührt keine Nachverrechnung (Bagatellgrenze)".

Die Antragstellerin hält diese Bestimmungen für gröblich benachteiligend, weil davon auch Fälle erfasst seien, in denen Nachverrechnungen ohne Verschulden des Auftragnehmers notwendig werden. Überdies widerspreche die Fallfrist von zwölf Wochen im zweiten Absatz dieses Punktes den allgemeinen Verjährungsbestimmungen. Auch diese Abweichung von den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen sei gröblich benachteiligend. Das Gleiche gelte für die Bagatellgrenze. Für eine 12-wöchige Fallfrist für die Übermittlung von Nachverrechnungsrechnungen fehle es an einer Grundlage im Gesetz. Die Abweichungen würden sich grundlos von standardisierten Vertragsbestimmungen, etwa der ÖNORM B 2110, entfernen, sodass ein Verstoß gegen § 99 Abs. 2 BVergG 2006 vorliege. Außerdem würden diese Regelungen dazu führen, dass eine Bieterin unkalkulierbare Risiken übernehmen müsse. Die Antragstellerin hält diese Bestimmungen für gröblich benachteiligend, weil davon auch Fälle erfasst seien, in denen Nachverrechnungen ohne Verschulden des Auftragnehmers notwendig werden. Überdies widerspreche die Fallfrist von zwölf Wochen im zweiten Absatz dieses Punktes den allgemeinen Verjährungsbestimmungen. Auch diese Abweichung von den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen sei gröblich benachteiligend. Das Gleiche gelte für die Bagatellgrenze. Für eine 12-wöchige Fallfrist für die Übermittlung von Nachverrechnungsrechnungen fehle es an einer Grundlage im Gesetz. Die Abweichungen würden sich grundlos von standardisierten Vertragsbestimmungen, etwa der ÖNORM B 2110, entfernen, sodass ein Verstoß gegen Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 vorliege. Außerdem würden diese Regelungen dazu führen, dass eine Bieterin unkalkulierbare Risiken übernehmen müsse.

Die Antragsgegnerin führt dazu aus, dass die angefochtenen Festlegungen dazu dienen sollen, den Aufwand für Nachverrechnungen, die jeweils Kleinstbeträge betreffen werden, sowohl für Auftragnehmer als auch Auftraggeber möglichst gering zu halten. Die angefochtenen Regelungen würden im Zusammenhang mit der Indexierung die Nachverrechnungen ausschließlich in Folge von Preisanpassungen regeln. Für den Fall, dass ein Auftragnehmer, obwohl ihm Umrechnungsprozentsatz und Umrechnungsstichtag mitgeteilt worden sind, dennoch die "alten" Preise verrechnet, soll eine Nachverrechnung ausgeschlossen werden. Die Antragsgegnerin hält die Nachverrechnungsregelung für zweckmäßig und einfach handhabbar.

Der Senat hält die angefochtene Regelung nicht für vergaberechtswidrig, insbesondere nicht als "einem Bieter gröblich benachteiligend". Es werden damit klare Regelungen getroffen, wie im Falle einer Nachverrechnung bei Indexierung vorzugehen ist und ab welchen Zeitpunkten eine Nachverrechnung zulässig ist. Auch hier schließt sich der Senat der schlüssigen Argumentation der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 5.6.2012 an und übernimmt sie auch für

seine gegenständliche Entscheidung. Es ist vor allem zu berücksichtigen, dass es sich bei den Einzelaufträgen um Aufträge handelt, die nur einen sehr geringen Leistungsumfang aufweisen, weshalb schon aus diesem Sachverhalt heraus das Vorliegen eines nicht mehr kalkulierbaren Risikos nicht angenommen werden kann. Der Anfechtung in diesem Punkt war daher ebenfalls nicht stattzugeben.

Punkt 5.6.1 - Subunternehmer:

"Die Zulässigkeit eines Wechsels oder einer Nachnominierung von Subunternehmen richtet sich nach den (Zutreffendes ist angekreuzt) Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen (insbesondere Punkt 2.2.2 der WD 314).

Vor Zustimmung des Auftraggebers hat der Auftragnehmer zu begründen, aus welchem Grund er einen Subunternehmer wechseln bzw. nachnominieren will; gleichzeitig sind die zur Subunternehmerprüfung erforderlichen Nachweise vorzulegen. Der dem Auftraggeber mit der Prüfung eines Subunternehmers entstehende Aufwand wird dem Auftragnehmer mit pauschal Euro 500,-- in Rechnung gestellt".

Die Antragstellerin hält die Bestimmung im zweiten Absatz, wonach bei Wechsel von Subunternehmern vom Auftragnehmer pauschal Euro 500,-- zu entrichten sind, für vergaberechtlich nicht gedeckt. Weder das BVergG noch die ÖNORMEN sehen einen derartigen Aufwandsatz für den Wechsel von Subunternehmern vor. Die Regelung sei überdies gröblich benachteiligend, weil der Pauschale kein auch nur annähernd vergleichbarer Aufwand der Auftraggeberin gegenüber stehe. Letztlich führe dies zur unzulässigen Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und stelle damit einen Verstoß gegen den Grundsatz des lauterer Wettbewerbs dar.

Die Antragsgegnerin hält dem entgegen, dass die angefochtene Bestimmung schließlich auf einen Subunternehmerwechsel während der Vertragslaufzeit und nicht während des Vergabeverfahrens anzuwenden ist. Die Antragsgegnerin habe den Wechsel eines Subunternehmers während der Vertragslaufzeit zugelassen, sofern ihr die damit verbundenen Kosten ersetzt werden. Bei dem Betrag von pauschal Euro 500,-- handle es sich um einen aus Erfahrung der Antragsgegnerin, in den letzten Jahren errechneten Mittelwert für einen durchschnittlichen Prüfaufwand bei Wechsel eines Subunternehmers.

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,-- 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. Die angefochtene Bestimmung war daher nicht für nichtig zu erklären. 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,-- 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. Die angefochtene Bestimmung war daher nicht für nichtig zu erklären.

Punkt 5.6.2 - Rechnungsprüfung:

"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 Fehlbetrages, zumindest aber Euro 15,--, wenn diese erreicht sind, mit höchstens 50 % des eingereichten Rechnungsbetrages, bemessen."

Die Antragstellerin hält diese Klausel für "schlicht sittenwidrig", weil selbst kleinste Abweichungen zu einem Abzug in Höhe des Pauschalsatzes von Euro 15,-- führen und die Deckelung mit 50 % der Rechnungssumme bei höheren Rechnungsbeträgen in einem krassen Missverhältnis zum tatsächlichen Aufwand der Auftraggeberin stehe. Eine derartige Regelung bewirke die Unkalkulierbarkeit der anzubietenden Leistungen und stelle einen Verstoß gegen den Grundsatz des lautereren Wettbewerbes dar.

Die Antragsgegnerin führt dazu aus, dass jeder Auftragnehmer zur sorgfältigen Rechnungslegung verpflichtet sei. Eine Fehlerrechnung zu Lasten des Auftraggebers sei eine vom Auftragnehmer zu vertretende, zumindest grobe Nachlässigkeit. Der Auftragnehmer habe daher den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Dem Auftraggeber entstehe nicht nur ein Schaden in Form des zu viel verrechneten Betrages sondern auch durch den erhöhten Aufwand durch Korrektur der Rechnung. Der Mindestbetrag von Euro 15,-- sei keinesfalls zu hoch gegriffen.

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. Nach den unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Antragsgegnerin, wonach der Auftragswert in rund 90 % der Einzelleistungen unter einem Betrag von Euro 2.500,-- und hinsichtlich der restlichen Aufträge in einem Bereich von Euro 2.500,-- bis Euro 5.000,-- liegt, kann es auch nicht zu derartigen, von der Antragstellerin gefürchteten Abzügen kommen. 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.

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).

Die Antragstellerin wendet sich zunächst gegen die Anwendung dieser Vertragsbestimmungen (im Folgenden kurz WD 314 genannt), weil diese in zahlreichen Bestimmungen zum Nachteil des Auftragnehmers von der ÖNORM B 2110 abweichen. Dies widerspreche § 99 BVergG 2006, wonach den Vertragsbestimmungen grundsätzlich allgemeine Normen, wie hier etwa die ÖNORM B 2110, zu Grunde zu legen sind und Abweichungen nur bei Vorliegen sachlicher Gründe gerechtfertigt sind. Bei keiner der Abweichungen seien sachliche Gründe erkennbar, weshalb diese Bestimmungen der WD 314 vergaberechtswidrig wären. Die Antragstellerin begehrt daher die Nichtigerklärung der WD 314, offenbar gemeint in ihren Abweichungen von der ÖNORM B 2110. Die Antragstellerin wendet sich zunächst gegen die Anwendung dieser Vertragsbestimmungen (im Folgenden kurz WD 314 genannt), weil diese in zahlreichen Bestimmungen zum Nachteil des Auftragnehmers von der ÖNORM B 2110 abweichen. Dies widerspreche Paragraph 99, BVergG 2006, wonach den Vertragsbestimmungen grundsätzlich allgemeine Normen, wie hier etwa die ÖNORM B 2110, zu Grunde zu legen sind und Abweichungen nur bei Vorliegen sachlicher Gründe gerechtfertigt sind. Bei keiner

der Abweichungen seien sachliche Gründe erkennbar, weshalb diese Bestimmungen der WD 314 vergaberechtswidrig wären. Die Antragstellerin begehrt daher die Nichtigerklärung der WD 314, offenbar gemeint in ihren Abweichungen von der ÖNORM B 2110.

Die Antragsgegnerin verweist zunächst darauf, dass sie verpflichtet ist, die WD 314 aufgrund eines Erlasses der Magistratsdirektion ihren Ausschreibungen zugrunde zu legen. Bei der WD 314 handle es sich um eine eigenständige Richtlinie im Sinne des § 99 Abs. 2 BVergG 2006, die die Rechte und Pflichten der Antragsgegnerin und der Auftragnehmerin in einem ausgewogenen Verhältnis regle. Nach dem Wortlaut des § 99 Abs. 2 BVergG 2006 sei klar ersichtlich, dass nicht bloß ÖNORMEN, sondern auch andere, generell Vertragswerke geeignete Leitlinien sein können. Die WD 314 sei eine derartige geeignete Leitlinie, zumal sie Regelung zu allen in § 99 Abs. 1 BVergG 2006 ausgelisteten Inhalten eines Leistungsvertrages aufweise. Selbst wenn man die WD 314 nicht als geeignete Leitlinie ansehen wollte, seien die von der ÖNORM B 2110 abweichenden Festlegungen durchaus vergaberechtskonform. Durch die Schaffung der WD 314 könne ein einheitliches Vertragsmanagement für die Stadt Wien sichergestellt und administriert werden. Abweichungen in einzelnen Punkten von geeigneten Leitlinien seien auch dann unproblematisch, wenn sie zum Nachteil eines Auftragnehmers sind. Nach den Materialien werde nur verlangt, dass die inhaltliche Grenze, von Leitlinien abzuweichen das Missbrauchsverbot bzw. die Sittenwidrigkeit sei. Die Antragsgegnerin verweist zunächst darauf, dass sie verpflichtet ist, die WD 314 aufgrund eines Erlasses der Magistratsdirektion ihren Ausschreibungen zugrunde zu legen. Bei der WD 314 handle es sich um eine eigenständige Richtlinie im Sinne des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006, die die Rechte und Pflichten der Antragsgegnerin und der Auftragnehmerin in einem ausgewogenen Verhältnis regle. Nach dem Wortlaut des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 sei klar ersichtlich, dass nicht bloß ÖNORMEN, sondern auch andere, generell Vertragswerke geeignete Leitlinien sein können. Die WD 314 sei eine derartige geeignete Leitlinie, zumal sie Regelung zu allen in Paragraph 99, Absatz eins, BVergG 2006 ausgelisteten Inhalten eines Leistungsvertrages aufweise. Selbst wenn man die WD 314 nicht als geeignete Leitlinie ansehen wollte, seien die von der ÖNORM B 2110 abweichenden Festlegungen durchaus vergaberechtskonform. Durch die Schaffung der WD 314 könne ein einheitliches Vertragsmanagement für die Stadt Wien sichergestellt und administriert werden. Abweichungen in einzelnen Punkten von geeigneten Leitlinien seien auch dann unproblematisch, wenn sie zum Nachteil eines Auftragnehmers sind. Nach den Materialien werde nur verlangt, dass die inhaltliche Grenze, von Leitlinien abzuweichen das Missbrauchsverbot bzw. die Sittenwidrigkeit sei.

Dazu hat der Senat grundsätzlich erwogen:

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 BVergG 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, BVergG 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 BVergG 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 BVergG 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 diese 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, BVergG 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, BVergG 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 diese 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 Ausführungen der Antragstellerin zu diesem Problem hält der Senat dafür, dass anders als bei rein technischen Normen zur Leistungsbeschreibung (§ 97 BVerG 2006) bei den sogenannten "Vertragsnormen" alle Leitlinien "geeignet (sind), wenn sie den in § 99 Abs. 1 BVerG 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 BVerG 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 BVerG 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 BVerG 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 BVerG 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 BVerG 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 BVerG 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 BVerG 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. Ungeachtet der 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. 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 als vergaberechtswidrig angefochtenen

Festlegungen in den WD 314:

Punkt 2.2.8.10.6 - Meinungsverschiedenheiten bei Prüfungen:

Punkt 2.2.8.10.6

"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 die Anstalt im Einflussbereich der Antragsgegnerin steht, die Festlegung sei "gröblich benachteiligend".

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 3.4.2 - Anpassung der Leistungsfrist und des Entgelts (3. Absatz):

"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 tatsächlichen 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".

Hier ist es der Antragstellerin zunächst unklar, was "unter Kosten im tatsächlich geleisteten Umfang zu verstehen ist". Offenbar sei gemeint, dass diesen Kosten Zahlungen an Dritte gegenüber stehen müssen, was sachlich nicht gerechtfertigt sei, weil auch zunächst interne Kosten (wie Vorhaltekosten) auf die Gebarung des Auftragnehmers Einfluss hätte. Weiters sei die Einschränkung auf bestimmte Kosten zeitlich nicht begrenzt und würden letztlich den Erfüllungsanspruch nach § 1168 AGBG ungebührlich einschränken. Damit liege ein Verstoß gegen § 99 Abs. 2 BVergG 2006 vor. Hier ist es der Antragstellerin zunächst unklar, was "unter Kosten im tatsächlich geleisteten Umfang zu verstehen ist". Offenbar sei gemeint, dass diesen Kosten Zahlungen an Dritte gegenüber stehen müssen, was sachlich nicht gerechtfertigt sei, weil auch zunächst interne Kosten (wie Vorhaltekosten) auf die Gebarung des Auftragnehmers Einfluss hätte. Weiters sei die Einschränkung auf bestimmte Kosten zeitlich nicht begrenzt und würden letztlich den Erfüllungsanspruch nach Paragraph 1168, AGBG ungebührlich einschränken. Damit liege ein Verstoß gegen Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 vor.

Dazu führt die Antragsgegnerin aus, dass das von der Antragstellerin behauptete krasse Missverhältnis zwischen den Auftraggeber- und Auftragnehmerinteressen nicht bestehe, weil nur die zeitgebundenen Gemein- und Gerätekosten, nicht aber ein etwaiger entgangener Gewinn oder "interne Kosten" ersetzt werden. Die Antragstellerin erhalte ohnedies alle jene Kosten vergütet, die ihr durch die Verzögerung entstehen. Dazu komme, dass für die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen - abgesehen von einer Seilwinde - keine besonderen Geräte erforderlich wären, die vorgehalten werden müssten. Es entspreche auch der täglichen Baupraxis, dass entgangener Gewinn oder "interne Kosten" in derartigen Situationen nicht ersetzt werden. Der Ersatz des entgangenen Gewinnes gebühre nur dann, wenn ein Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt werde.

Dazu ist zunächst auf § 1168 AGBG zu verweisen, wonach einem Unternehmer dann, wenn die Ausführung des Werkes unterbleibt, das vereinbarte Entgelt gleich wohl 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 Auftraggeber 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 für die ausgeschriebenen Leistungen tatsächlich weitere Geräte (abgesehen von einer Seilwinde) notwendig wären, hat die Antragstellerin weder behauptet noch nachgewiesen. Soweit die Antragsgegnerin vorbringt, dass in der täglichen Baupraxis nie der entgangene Gewinn oder "interne Kosten" bei Anpassungen der Leistungsfrist ersetzt werden, entspricht dies nach den Erfahrungen des fachkundig zusammengesetzten Senates den Tatsachen. 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. Durch die angefochtene Bestimmung ist ein nicht kalkulierbares Risiko für einen Bieter nicht gegeben, weshalb der Antrag, diese Festlegung für nichtig zu erklären, abzuweisen war. Dazu ist zunächst auf Paragraph 1168, AGBG zu verweisen, wonach einem Unternehmer dann, wenn die Ausführung des Werkes unterbleibt, das vereinbarte Entgelt gleich wohl 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 Auftraggeber 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 für die ausgeschriebenen Leistungen tatsächlich weitere Geräte (abgesehen von einer Seilwinde) notwendig wären, hat die Antragstellerin weder behauptet noch nachgewiesen. Soweit die Antragsgegnerin vorbringt, dass in der täglichen Baupraxis nie der entgangene Gewinn oder "interne Kosten" bei Anpassungen der Leistungsfrist ersetzt werden, entspricht dies nach den Erfahrungen des fachkundig zusammengesetzten Senates den Tatsachen. 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. Durch die angefochtene Bestimmung ist ein nicht kalkulierbares Risiko für einen Bieter nicht gegeben, weshalb der Antrag, diese Festlegung für nichtig zu erklären, abzuweisen war.

Punkt 4.2.6.2 - Regieleistungen von Lohnempfängern und Gehaltsempfängern (4. und 5. Absatz):

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

Der 50%ige Überstundenzuschlag beträgt ein Drittel, der 100%ige Überstundenzuschlag zwei Drittel vom vereinbarten Regiepreis (nur Lohnanteil)".

In dieser Festlegung erblickt die Antragstellerin eine sachlich nicht gerechtfertigte Einschränkung, die zu einer Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken führt.

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.

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 4.3.7 - Verzug bei Rechnungslegung (letzter Satz):

"Unterlässt es der AN innerhalb der sich aus 4.3.5.2 ergebenden Frist eine überprüfbare Schluss- oder Teilschlussrechnung vorzulegen und hält er eine ihm gestellte Nachfrist nicht ein, ist der AG berechtigt, selbst eine Abrechnung aufzustellen oder aufstellen zu lassen. Hierfür kann er eine angemessene Vergütung verlangen. Als Vergütung hat der AN die dem AG tatsächlich entstandenen Kosten, mindestens jedoch 1 % der Bruttorechnungssumme (ohne Abzüge, inklusive USt.), zu leisten".

Die Antragstellerin hält diese Festlegung für sachlich nicht gerechtfertigt und "darüber hinaus sittenwidrig".

Die Antragsgegnerin verweist darauf, dass diese angefochtene Festlegung eine Ergänzung zu Punkt 8.3.7 der ÖNORM B 2110 darstelle, wonach nach eine angemessene Vergütung" zusteht. Diese habe die Antragsgegnerin eben in Höhe von einem Prozent ausgemessen.

Auch hier ist dem Standpunkt der Antragsgegnerin zu folgen, dass der von ihr mit einem Prozent Bruttorechnungssumme ausgemessene Betrag, der dem Ersatz ihrer Aufwendungen, die durch das Verhalten eines Auftragnehmers entstanden sind, dienen soll, der Sachlage durchaus angemessen ist. Ebenso ist darauf zu verweisen, dass es sich bei den ausgeschriebenen Leistungen in aller Regel um Kleinstaufträge handelt, die in rund 90 % der Aufträge unter Euro 2.500,-- liegen und in nur wenigen Fällen einen Auftragswert von höchstens Euro 40.000,-- erreichen. Selbst wenn man von einem Auftragswert von Euro 40.000,-- ausgehen will, würde der Aufwandsatz von einem Prozent der Bruttorechnungssumme nur Euro 400,-- betragen. Auch hier hat es ein Auftragnehmer in der Hand, die Anwendung dieser Festlegungen zu vermeiden, indem er rechtzeitig überprüfbare Schluss- oder Teilschlussrechnungen vorlegt und damit einen Aufwandsersatz vermeidet. Der Senat hält die Festlegung weder für sittenwidrig noch als einen Auftragnehmer gröblich benachteiligend und überdies auch nicht für eine Bestimmung, die geeignet wäre die Kalkulation eines Angebotes wesentlich zu erschweren. Der Antrag, diese Festlegung für nichtig zu erklären, war daher abzuweisen.

Punkt 4.4.1.5 - Fälligkeiten (2. Absatz):

"Weicht eine Zahlung vom Rechnungsbetrag ab, erhält der AN hierüber eine Mitteilung, wenn die Korrektur des in Rechnung gestellten Entgeltes größer als 1,5 % des Rechnungsbetrages ist. Eine Mitteilung über Rechnungskorrekturen unter Euro 150,-erfolgt nicht".

In dieser Festlegung erblickt die Antragstellerin eine sachlich nicht zu begründende, unzulässige Erschwerung der Verfolgung von Ansprüchen durch einen Auftragnehmer. Damit widerspreche die Klausel dem Grundsatz des lauterer Wettbewerbs.

Die Antragsgegnerin hat dazu ausgeführt, ein Auftragnehmer sei "keineswegs besonders schützenswert, wenn er falsche Rechnungen legt". Bei einem Unterbleiben der Mitteilung über Rechnungskorrekturen unter Euro 150,-- handle es sich keineswegs um eine unzulässige Erschwerung der Verfolgung von Ansprüchen durch den Auftragnehmer sondern letztlich um eine Vermeidung eines erheblichen, nur schwer administrierbaren Mehraufwandes bei der Antragsgegnerin. Immerhin habe die Antragsgegnerin monatlich tausende Kleinbetragsrechnungen zu bearbeiten.

Nach den Bestimmungen des abzuschließenden Rahmenvertrages hat der Auftragnehmer eine vertragskonforme Abrechnung zu erstellen, für deren Richtigkeit er verantwortlich ist. Wird von einem Auftragnehmer diese Regelung eingehalten, kann es nicht zu Rechnungskorrekturen kommen. Wenn daher die Antragsgegnerin eine Mitteilung einer Rechnungskorrektur bis zu einem Betrag von Euro 150,-- unterlässt, liegt dies durchaus im Sinne einer ökonomischen Verwaltung der von ihr betreuten Wohnhausanlagen. Die von ihr dafür gegebene Begründung, dass ein für sie nicht unerheblicher Mehraufwand vermieden werden soll, ist nachvollziehbar und sachlich begründet. Der Antrag, die angefochtene Festlegung für nichtig zu erklären war daher abzuweisen.

Punt 4.4.1.6 und 4.4.3 - Zahlung:

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

Die Antragstellerin erblickt in diesen Regelungen eine unsachliche Abweichung von der ÖNORM B 2110, die einen Zinssatz in Höhe von 8 % Punkten über dem jeweils geltenden Basiszinssatz vorsieht. Die Ungleichbehandlung von Auftraggeber und Auftragnehmer widerspreche dem Sachlichkeitsgebot und sei gröblich benachteiligend.

Die Antragsgegnerin erblickt in dieser Regelung keine unsachliche Differenzierung bei den Verzugs-Zinssätzen oder eine gröbliche Benachteiligung. 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 gelegt und zu viel verrechnet hat. Warum es sittenwidrig oder gröblich benachteiligend sein soll, wenn im Falle eines Zahlungsverzuges der Auftraggeberin Zinsen in der Höhe von 4 % pro Jahr vorgesehen sind, sei unerfindlich. Dazu verweist die Auftraggeberin auf die Zinsregelungen des AGBG sowie des UGB.

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, weshalb auch diese Bestimmung nicht für nichtig zu erklären war.

Punkt 6.6.2 - Rechtsfolgen der Übernahme:

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

Hier fühlt sich die Antragstellerin dadurch beschwert, dass die Antragsgegnerin den

ersten Halbsatz des Punktes 10.6.2 der ÖNORM B 2110 gestrichen hat ("... dies gilt

aber nicht für nicht gerügte offensichtliche Mängel"). Die Regelung der ÖNORM B 2110 würde der Bestimmung des § 928 ABGB entsprechen, eine sachliche Rechtfertigung für die Abweichung von der ÖNORM bestehe nicht. aber nicht für nicht gerügte offensichtliche Mängel"). Die Regelung der ÖNORM B 2110 würde der Bestimmung des Paragraph 928, ABGB entsprechen, eine sachliche Rechtfertigung für die Abweichung von der ÖNORM bestehe nicht.

Die Antragsgegnerin hält eine sachliche Rechtfertigung für diese Abweichung von der ÖNORM B 2110 für nicht erforderlich und weist im Übrigen darauf hin, dass nach Punkt 6 des Angebotsformblattes MDBD - SR 75 keine förmliche Übernahme der erbrachten Leistungen erfolgt. Eine solche wäre aufgrund der Kleinteiligkeit der Einzelaufträge unwirtschaftlich.

Der Senat schließt sich hier der Argumentation der Antragsgegnerin an und erblickt im bemängelten Wegfall des Halbsatzes in Punkt 10.6.2 der ÖNORM B 2110 keine die Antragstellerin selbst bei Legung eines Angebotes benachteiligenden oder belastenden Bestimmungen. 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 nicht zu rügen. Damit erweist sich, dass bei dem gegenständlichen Rahmenvertrag die angefochtene Bestimmung nicht zum Tragen kommen kann. Dem Antrag auf Nichtigerklärung dieser Festlegungen war daher nicht stattzugeben.

Punkt 8.3 - Schadenersatz allgemein:

"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.

Weiters hat der AN dem AG auch jenen Verwaltungsaufwand zu ersetzen, der dem AG durch die Schadensfeststellung und Schadensbegutachtung, die Verhandlungen mit dem Vertragspartner sowie dessen Überwachung entstanden ist. Um Schwierigkeiten und einen erheblichen Aufwand des AG bei der Feststellung zu vermeiden, wird von den Vertragspartnern folgender pauschalierter Verwaltungskostenzuschlag vereinbart, der vom AN bei jedem Grad des Verschuldens zu ersetzen ist: ...".

Die Antragstellerin hält diese Festlegungen weder sachlich gerechtfertigt noch den guten Sitten im Sinne des § 879 Abs. 3 ABGB entsprechend. Der Auftragnehmer würde bei jedem Grad des Verschuldens, der Auftraggeber nur bei grobem Verschulden haften, weshalb beim Verschulden differenziert werde, sei nicht nachvollziehbar. Eine weitere

Benachteiligung des Auftragnehmers ergebe sich auch daraus, dass bei grober Fahrlässigkeit beide Vertragsparteien nur einen Anspruch auf Ersatz des tatsächlichen Schadens, nicht aber des entgangenen Gewinns hätten. Die Antragsgegnerin als Nichtunternehmerin könnte niemals Anspruch auf einen entgangenen Gewinn haben. Diese Regelung sei überdies wertungsmäßig nicht nachvollziehbar, weil der Auftragnehmer bei leichtem Verschulden unbegrenzt, bei grober Fahrlässigkeit aber nur für den tatsächlichen Schaden des Auftraggebers haftet. Dazu komme, dass der Auftragnehmer dem Auftraggeber, aber nicht umgekehrt, den Verwaltungsaufwand für die Schadensfeststellung und Schadenbegutachtung zu ersetzen habe, wobei Pauschalen festgesetzt werden. Im Ergebnis hafte daher der Auftragnehmer dem Auftraggeber bei jedem Grad des Verschuldens, und müsse sich einem pauschalierten Schadenersatz gefallen lassen, die Auftraggeberin hafte hingegen nur bei grober Fahrlässigkeit und darüber hinaus nicht für den entgangenen Gewinn. Die Antragstellerin hält diese Festlegungen weder sachlich gerechtfertigt noch den guten Sitten im Sinne des Paragraph 879, Absatz 3, AGBG entsprechend. Der Auftragnehmer würde bei jedem Grad des Verschuldens, der Auftraggeber nur bei grobem Verschulden haften, weshalb beim Verschulden differenziert werde, sei nicht nachvollziehbar. Eine weitere Benachteiligung des Auftragnehmers ergebe sich auch daraus, dass bei grober Fahrlässigkeit beide Vertragsparteien nur einen Anspruch auf Ersatz des tatsächlichen Schadens, nicht aber des entgangenen Gewinns hätten. Die Antragsgegnerin als Nichtunternehmerin könnte niemals Anspruch auf einen entgangenen Gewinn haben. Diese Regelung sei überdies wertungsmäßig nicht nachvollziehbar, weil der Auftragnehmer bei leichtem Verschulden unbegrenzt, bei grober Fahrlässigkeit aber nur für den tatsächlichen Schaden des Auftraggebers haftet. Dazu komme, dass der Auftragnehmer dem Auftraggeber, aber nicht umgekehrt, den Verwaltungsaufwand für die Schadensfeststellung und Schadenbegutachtung zu ersetzen habe, wobei Pauschalen festgesetzt werden. Im Ergebnis hafte daher der Auftragnehmer dem Auftraggeber bei jedem Grad des Verschuldens, und müsse sich einem pauschalierten Schadenersatz gefallen lassen, die Auftraggeberin hafte hingegen nur bei grober Fahrlässigkeit und darüber hinaus nicht für den entgangenen Gewinn.

Dazu hat die Antragsgegnerin vorgebracht, dass bei den ausschreibungsgegenständlichen Leistungen eine Haftung des Auftraggebers nicht vorstellbar sei. Im Übrigen verweist sie darauf, dass die angefochtene Regelung nicht gegen zwingendes Recht verstößt und überdies in der täglichen Baupraxis üblich sei.

Nach Ansicht des Senates kann in der angefochtenen Bestimmung ein wesentlicher, die Kalkulation eines Angebotes erschwerender Umstand nicht erblickt werden. Bauleistungen bergen in der Regel eine beträchtliche Gefahr für Leib und Leben, insbesondere dann, wenn diese wie die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen 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 es schwer vorstellbar ist welchen Schaden der Auftraggeber verursachen könnte, um dafür vom Auftragnehmer zur Haftung herangezogen zu werden. Auch in dieser angefochtenen Bestimmung erblickt der Senat keine die Kalkulation eines Angebotes erschwerenden Bestimmungen, weshalb dem Antrag auf deren Nichtigerklärung nicht stattzugeben war.

Punkt 8.7 - Konventionalstrafe bei Lohn- und Sozialdumping:

"Für den Fall, dass einem Arbeitnehmer der ihm zustehenden kollektivvertragliche Grundlohn nicht geleistet wird, wird eine Konventionalstrafe vereinbart. Sie beträgt für jeden betroffenen Arbeitnehmer ein Prozent der gesamten Bruttoauftragssumme, mindestens jedoch Euro 2.500,--. Für die gesamte fällige Vertragsstrafe wird ein Höchstbetrag von Euro 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 Euro 1.000,-- für jeden betroffenen Arbeitnehmer vereinbart. Diese Konventionalstrafe kommt unabhängig von anderen Konventionalstrafen zur Anwendung und ist nicht in allenfalls vorgesehene Höchstbeträge einzurechnen."

Die Antragstellerin bekämpft diese Festlegungen zunächst mit dem Hinweis auf § 84 Abs. 2 BVerG 2006, wonach Bieter ohnedies bei der Erstellung ihres Angebotes die in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zu berücksichtigen und diese bei Durchführung des Auftrages in Österreich einzuhalten haben. Die Vereinbarung von pauschaliertem Schadenersatz für die Nichteinhaltung dieser Bestimmung sei daher nicht zulässig.

Überdies würde ein pauschalierter Schadenersatz bei den genannten Verstößen zu ungerechtfertigten Bereicherungen der Auftraggeberin führen, zumal ihr bei den genannten Verstößen kein Schaden entstehen könne. Die bemängelte Regelung sei sittenwidrig, weil für die "Nichtbezahlung des Mindestlohns ohnehin eine Sanktion drohe, sodass eine zusätzliche Pönalisierung nicht erforderlich sei. Auch die Höhe der Pönalen sei sittenwidrig, da selbst kleinste Verstöße - verschuldensunabhängig - mit bis zu Euro 250.000,--" bestraft werden könnten. Eine derartige Regelung finde sich auch nicht in der ÖNORM B 2110, sie stelle daher eine unsachliche Abweichung von geeigneten Normen dar. Da sie überdies zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Auftraggeberin führe und die Pönalen der Höhe nach unverhältnismäßig wären, liege zu dem ein Verstoß gegen den Grundsatz des lauterer Wettbewerbs vor. Die Antragstellerin bekämpft diese Festlegungen zunächst mit dem Hinweis auf Paragraph 84, Absatz 2, BVergG 2006, wonach Bieter ohnedies bei der Erstellung ihres Angebotes die in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zu berücksichtigen und diese bei Durchführung des Auftrages in Österreich einzuhalten haben. Die Vereinbarung von pauschalierter Schadenersatz für die Nichteinhaltung dieser Bestimmung sei daher nicht zulässig. Überdies würde ein pauschalierter Schadenersatz bei den genannten Verstößen zu ungerechtfertigten Bereicherungen der Auftraggeberin führen, zumal ihr bei den genannten Verstößen kein Schaden entstehen könne. Die bemängelte Regelung sei sittenwidrig, weil für die "Nichtbezahlung des Mindestlohns ohnehin eine Sanktion drohe, sodass eine zusätzliche Pönalisierung nicht erforderlich sei. Auch die Höhe der Pönalen sei sittenwidrig, da selbst kleinste Verstöße - verschuldensunabhängig - mit bis zu Euro 250.000,--" bestraft werden könnten. Eine derartige Regelung finde sich auch nicht in der ÖNORM B 2110, sie stelle daher eine unsachliche Abweichung von geeigneten Normen dar. Da sie überdies zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Auftraggeberin führe und die Pönalen der Höhe nach unverhältnismäßig wären, liege zu dem ein Verstoß gegen den Grundsatz des lauterer Wettbewerbs vor.

Die Antragsgegnerin hat zunächst gleichfalls auf die Bestimmung des § 84 BVergG 2006 zur vertraglichen Überbindung arbeits- und sozialrechtlicher Bestimmungen verwiesen. Die Antragsgegnerin habe nichts Anderes gemacht, als mit der bekämpften Festlegung die Bieter zu verpflichten, bei Durchführung des Auftrages in Österreich diese Vorschriften einzuhalten. Bei Nichteinhaltung handle es sich um eine Verletzung der Leistungspflicht, deren Pönalisierung nicht sittenwidrig wäre, zumal § 99 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 anordne, dass Vertragsstrafen im Leistungsvertrag festzulegen seien. Auch die Höhen der Vertragsstrafen seien nicht unangemessen und würden überdies dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegen. Letztlich sei die Antragsgegnerin, wie sie in der mündlichen Verhandlung vom 24.5.2012 vorgebracht hat, aufgrund eines Gemeinderatsbeschlusses verpflichtet, eine derartige Regelung in die WD 314 aufzunehmen. Die Antragsgegnerin hat zunächst gleichfalls auf die Bestimmung des Paragraph 84, BVergG 2006 zur vertraglichen Überbindung arbeits- und sozialrechtlicher Bestimmungen verwiesen. Die Antragsgegnerin habe nichts Anderes gemacht, als mit der bekämpften Festlegung die Bieter zu verpflichten, bei Durchführung des Auftrages in Österreich diese Vorschriften einzuhalten. Bei Nichteinhaltung handle es sich um eine Verletzung der Leistungspflicht, deren Pönalisierung nicht sittenwidrig wäre, zumal Paragraph 99, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 anordne, dass Vertragsstrafen im Leistungsvertrag festzulegen seien. Auch die Höhen der Vertragsstrafen seien nicht unangemessen und würden überdies dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegen. Letztlich sei die Antragsgegnerin, wie sie in der mündlichen Verhandlung vom 24.5.2012 vorgebracht hat, aufgrund eines Gemeinderatsbeschlusses verpflichtet, eine derartige Regelung in die WD 314 aufzunehmen.

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. Damit soll das im Baugewerbe häufige missbräuchliche Verhalten möglichst eingedämmt werden. 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 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/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 lauteran Wettbewerbs darstellen sollen, ist unerfindlich. Dem Anfechtungsantrag war daher auch in diesem Punkte nicht stattzugeben. 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, AGBG zu verweisen. Nach dem klaren Wortlaut der bekämpften Festlegung wird die Bestimmung über die Konventionalstrafe nur dann zur Anwendung kommen, wenn einem Arbeitnehmer/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 lautereren Wettbewerbs darstellen sollen, ist unerfindlich. Dem Anfechtungsantrag war daher auch in diesem Punkte nicht stattzugeben.

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 i.S.d. 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 i.S.d.

§ 78 Abs. 3 BVergG 2006 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 der Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung abzuweisen. Paragraph 78, Absatz 3, BVergG 2006 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 der Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung abzuweisen.

Soweit die Antragstellerin hilfsweise zahlreiche Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen betreffend die Vergabebekanntmachung, Verfahrensbestimmungen, Vertragsbestimmungen und einzelne Punkte der WD 314 als nichtig angefochten hat, konnte ihrem Begehren nur in einem einzigen Punkte stattgegeben werden, nämlich soweit

sie im Lang-Leistungsverzeichnis unter der Position 35.8901Z die Einholung eines Kaminbefundes durch die "Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft Wiener Rauchfangkehrermeisterschaft GmbH" als nichtig angefochten hat. Diese Festlegung - wie bereits oben ausgeführt - hat sich für den Senat als durch den Auftragszweck nicht sachlich gerechtfertigt erwiesen, weshalb die Festlegung gemäß § 26 Abs. 2 WVRG 2007 als vergaberechtswidrig zu streichen war, während der Antrag auf Nichtigerklärung in allen anderen hilfsweise erhobenen Anfechtungspunkten abzuweisen war. Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 5.4.2012 erlassene, einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben (Spruchpunkt 4). Soweit die Antragstellerin hilfsweise zahlreiche Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen betreffend die Vergabebekanntmachung, Verfahrensbestimmungen, Vertragsbestimmungen und einzelne Punkte der WD 314 als nichtig angefochten hat, konnte ihrem Begehren nur in einem einzigen Punkte stattgegeben werden, nämlich soweit sie im Lang-Leistungsverzeichnis unter der Position 35.8901Z die Einholung eines Kaminbefundes durch die "Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft Wiener Rauchfangkehrermeisterschaft GmbH" als nichtig angefochten hat. Diese Festlegung - wie bereits oben ausgeführt - hat sich für den Senat als durch den Auftragszweck nicht sachlich gerechtfertigt erwiesen, weshalb die Festlegung gemäß Paragraph 26, Absatz 2, WVRG 2007 als vergaberechtswidrig zu streichen war, während der Antrag auf Nichtigerklärung in allen anderen hilfsweise erhobenen Anfechtungspunkten abzuweisen war. Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 5.4.2012 erlassene, einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben (Spruchpunkt 4).

Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007. Da die Antragstellerin in einem Punkt obsiegt hat, hat ihr die Antragsgegnerin die entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen zu ersetzen (Spruchpunkt 5). Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007. Da die Antragstellerin in einem Punkt obsiegt hat, hat ihr die Antragsgegnerin die entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen zu ersetzen (Spruchpunkt 5).

Schlagworte

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

Zuletzt aktualisiert am

04.10.2012

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