

TE Verg Bescheid 2010/1/14 VKS-8022/09

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.01.2010

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 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs2 Z2

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 Abs6 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa und Z28

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §20 Abs2

BVergG 2006 §25 Abs7

BVergG 2006 §27

BVergG 2006 §28

BVergG 2006 §70

BVergG 2006 §97

BVergG 2006 §99

BVergG 2006 §345

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 § 20 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 27 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 28 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
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 § 97 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 99 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der Bietergemeinschaft ARGE *** bestehend aus 1. *** Gesellschaft m.b.H., *** , 2. *** BetriebsgmbH, *** ; 3 *** BetriebsgesmbH, *** ; 4. *** GesmbH, *** und 5. Malermeister *** , vertreten durch Dr. Florian Keschmann, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe eines „Rahmenvertrages für die Gewerke Anstreicher, Maler, Bodenleger und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger in städtischen Wohnhausanlagen der Bezirke 1 bis 23“, Ausschreibungsnummer LV/WWDT/AS-AMBR-2009-LTV, durch die Stadt Wien – Wiener Wohnen, Doblhoffgasse 6, 1082 Wien, vertreten durch schwarz und huber – medek, rechtsanwälte oeg in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag, die Ausschreibung der Antragsgegnerin, kund gemacht im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 4.8.2009, Zl. 2009/S147-215032, zur Vergabe eines „Rahmenvertrages für die Gewerke Anstreicher, Maler, Bodenleger und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger in städtischen Wohnhausanlagen der Bezirke 1-23“, Ausschreibungsnummer LV/WWDT/AS-AMBR-2009-LTV" für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
2. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 21.9.2009 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 3.Ziffer 3
Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20 , 23 Abs. 1, 24 Abs. 2 Z 2, 25 Abs.1, 31 Abs. 6 WVRG 2007 in Verbindung mit § 2 Z 16 lit. a, sublit. aa und Z 28, 3 Abs. 1 Z 2, 4, 20 Abs. 2, 25 Abs. 7, 27, 28, 70, 97, 99, 345 BVergG 2006.Paragraph eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20 , 23 Absatz eins, 24, Absatz 2,

Ziffer 2, 25, Absatz eins, 31, Absatz 6, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a,, Sub-Litera, a, a und Ziffer 28, 3, Absatz eins, Ziffer 2, 4, 20, Absatz 2, 25, Absatz 7, 27, 28, 70, 97, 99, 345, BVergG 2006.

Begründung:

Die Stadt Wien – Wiener Wohnen (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Rahmenvertrages zur Durchführung von Anstreicher-, Maler-, Bodenlegerarbeiten sowie zur Durchführung von Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigerleistungen in städtischen Wohnhausanlagen in allen 23 Wiener Bezirken. Die Vertragsdauer der ausgeschriebenen Leistungen beträgt drei Jahre mit einer Option auf Verlängerung um weitere drei Jahre. Die Kundmachung des Verfahrens ist sowohl im Amtsblatt der EU vom 4.8.2009, Zl. 2009/S147-215032, als auch auf der Webseite der Stadt Wien und im Amtsblatt der Stadt Wien Nr. 33 erfolgt. Insgesamt wurde die Ausschreibung bisher viermal berichtigt, die Berichtigungen wurden gleichfalls ordnungsgemäß kund gemacht. Die Ausschreibungsunterlage ist in 48 Gebietsteile (= Lose) gegliedert, wobei die Bieter die Möglichkeit haben, entweder ein Gesamtangebot für alle Lose, für einige oder nur für ein Los abzugeben. Die Bieter haben die Möglichkeit für jedes Los auf der Ebene von Obergruppen sowie auf die einzelnen Lose Aufschläge oder Nachlässe zu den in der Ausschreibung aufgrund einer Basiskalkulation der Auftraggeberin vorgegebenen Bezugspreise anzubieten. Einziges Zuschlagskriterium ist der „niedrigste Preis“, wobei eine Teilvergabe je Los an den Billigstbieter vorgesehen ist. Das Ende der Angebotsfrist war zuletzt der 11.2.2010, 8:00 Uhr (Vorbringen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung vom 14.1.2010).

Mit dem am 16.9.2009 in der Geschäftsstelle des Wiener Vergabekontrollsenates und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007) eingelangten Antrag begehrt die antragstellende Arbeitsgemeinschaft die Ausschreibung für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, durch die von der Antragsgegnerin gewählte Verfahrensart würden Wettbewerbsverzerrungen begünstigt. Insbesondere durch das undifferenzierte Abstellen auf Referenzsummen seien große Bieter von vornherein bevorzugt und kleinere Bieter gerade dazu gezwungen, sich zu Bietergemeinschaft zusammenzuschließen, um überhaupt ins Verfahren zu kommen. Weiters macht sie in diesem Zusammenhang geltend, dass unter Berücksichtigung der Bedeutung der Auftraggeberin im Wirtschaftsstandort die einzig sachgerechte Festlegung gewesen wäre, eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Auftragnehmern auszuschreiben, statt eines Rahmenvertrages. Dies würde sicher stellen, dass die Auftraggeberin bei ausreichender Versorgungssicherheit nicht nachhaltig den Markt verzerrt und vor allem klein- und mittelständische Unternehmen verdrängt werden. Anders als bei der Vorgängerausschreibung bezeichnet die Auftraggeberin nunmehr die zu erbringenden Reinigungsarbeiten als „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung“, womit sie erkennbar zum Ausdruck bringe, dass die Bieter die Gewerbeberechtigung für das reglementierte Gewerbe (Handwerk) gemäß § 94 Z 13 GewO 1994 aufweisen müssten, die sogenannte „große Reinigung“. Die im Lang-LV unter OG 90 beschriebenen Reinigungsarbeiten würden diese Gewerbeberechtigung nicht erfordern. Maler- Anstreicher bzw. Bodenleger könnten diese Reinigungsarbeiten jedenfalls im Rahmen ihrer Gewerbeberechtigung ausführen. Es handle sich dabei um einfache Reinigungsarbeiten, die auch ohne besonderen Befähigungsnachweis fachgerecht ausgeführt werden könnten und daher nicht in den Kernbereich des Gewerbes nach § 94 Z 13 GewO 1994 fallen. Dazu komme, dass der Anteil dieser Reinigungsleistungen am Gesamtauftrag etwa 2 % betrage. Im Erfordernis des Nachweises der Befugnis „große Reinigung“ sei auch eine diskriminierende Festlegung betreffend die Referenzprojekte zu erblicken. Die Mitglieder der ARGE hätten die Reinigungsleistungen bisher als Nebentätigkeiten bzw. auf Basis der „kleinen Reinigung“ erbracht. Sie wären daher nicht in der Lage, mangels Befugnis zur „großen Reinigung“, entsprechende Referenzprojekte aus der Vergangenheit nachzuweisen. Mit dem am 16.9.2009 in der Geschäftsstelle des Wiener Vergabekontrollsenates und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007) eingelangten Antrag begehrt die antragstellende Arbeitsgemeinschaft die Ausschreibung für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, durch die von der Antragsgegnerin gewählte Verfahrensart würden Wettbewerbsverzerrungen begünstigt. Insbesondere durch das undifferenzierte Abstellen auf Referenzsummen seien große Bieter von vornherein bevorzugt und kleinere Bieter gerade dazu gezwungen, sich zu Bietergemeinschaft zusammenzuschließen, um überhaupt ins Verfahren zu kommen. Weiters macht sie in diesem Zusammenhang geltend, dass unter Berücksichtigung der Bedeutung der Auftraggeberin im Wirtschaftsstandort die einzig sachgerechte Festlegung gewesen wäre, eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Auftragnehmern auszuschreiben, statt eines Rahmenvertrages. Dies würde sicher

stellen, dass die Auftraggeberin bei ausreichender Versorgungssicherheit nicht nachhaltig den Markt verzerrt und vor allem klein- und mittelständische Unternehmen verdrängt werden. Anders als bei der Vorgängerausschreibung bezeichnet die Auftraggeberin nunmehr die zu erbringenden Reinigungsarbeiten als „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung“, womit sie erkennbar zum Ausdruck bringe, dass die Bieter die Gewerbeberechtigung für das reglementierte Gewerbe (Handwerk) gemäß Paragraph 94, Ziffer 13, GewO 1994 aufweisen müssten, die sogenannte „große Reinigung“. Die im Lang-LV unter OG 90 beschriebenen Reinigungsarbeiten würden diese Gewerbeberechtigung nicht erfordern. Maler- Anstreicher bzw. Bodenleger könnten diese Reinigungsarbeiten jedenfalls im Rahmen ihrer Gewerbeberechtigung ausführen. Es handle sich dabei um einfache Reinigungsarbeiten, die auch ohne besonderen Befähigungsnachweis fachgerecht ausgeführt werden könnten und daher nicht in den Kernbereich des Gewerbes nach Paragraph 94, Ziffer 13, GewO 1994 fallen. Dazu komme, dass der Anteil dieser Reinigungsleistungen am Gesamtauftrag etwa 2 % betrage. Im Erfordernis des Nachweises der Befugnis „große Reinigung“ sei auch eine diskriminierende Festlegung betreffend die Referenzprojekte zu erblicken. Die Mitglieder der ARGE hätten die Reinigungsleistungen bisher als Nebentätigkeiten bzw. auf Basis der „kleinen Reinigung“ erbracht. Sie wären daher nicht in der Lage, mangels Befugnis zur „großen Reinigung“, entsprechende Referenzprojekte aus der Vergangenheit nachzuweisen.

Weiters macht die Antragstellerin geltend, dass die Festlegungen in der Ausschreibung zur finanziellen und wirtschaftlichen sowie zur technischen Leistungsfähigkeit unzureichend wären; die Einhaltung des vergaberechtlichen Grundsatzes des § 19 Abs. 1 BVergG 2006, wonach Leistungen nur an geeignete Unternehmer vergeben werden dürften, sei daher nicht sicher gestellt. Bei geringfügigem Nichterreichen von Referenzsummen drohe eine Ausscheidungssanktion, die unsachlich sei. Die Bieter könnten nur für so viele Lose anbieten, wie sie Referenzsummen nachweisen können. „Gehe sich das nicht aus, z.B. weil die Auftraggeberin ein Referenzprojekt nicht anerkennt, scheidet die Auftraggeberin das ganze Angebot, also hinsichtlich aller Lose, aus“. Weiters macht die Antragstellerin geltend, dass die Festlegungen in der Ausschreibung zur finanziellen und wirtschaftlichen sowie zur technischen Leistungsfähigkeit unzureichend wären; die Einhaltung des vergaberechtlichen Grundsatzes des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006, wonach Leistungen nur an geeignete Unternehmer vergeben werden dürften, sei daher nicht sicher gestellt. Bei geringfügigem Nichterreichen von Referenzsummen drohe eine Ausscheidungssanktion, die unsachlich sei. Die Bieter könnten nur für so viele Lose anbieten, wie sie Referenzsummen nachweisen können. „Gehe sich das nicht aus, z.B. weil die Auftraggeberin ein Referenzprojekt nicht anerkennt, scheidet die Auftraggeberin das ganze Angebot, also hinsichtlich aller Lose, aus“.

In der Höhe der Haftpflichtversicherung über € 750.000,- erblickt die Antragstellerin eine diskriminierende Anforderung, weil dieser Betrag überschießend sei. Zur Ausschreibung von Gerüstarbeiten in der OG 03 Baustellengemeinkosten Gerüst, erblickt die Antragstellerin insoweit eine diskriminierende Festlegung, als keines der Mitglieder der Antragstellerin über Gerüste verfüge und überhaupt fraglich sei, ob derartige Gerüstarbeiten von der Auftraggeberin abgerufen werden. Letztlich macht die Antragstellerin unter Hinweis auf die Judikatur des angerufenen Senates geltend, dass die Bieter aufgrund der in der Ausschreibungsunterlagen angegebenen Positionspreise ihre eigene Preise errechnen müssten, „gerade auch beim Preisaufschlags- und -nachlassverfahren“. Diese aus der Judikatur des Vergabekontrollsenates abgeleiteten Vorgaben könnten die Bieter aufgrund der Ausschreibungsfestlegungen jedoch nicht entsprechen, weil sie nämlich Aufschläge und Nachlässe nicht auf Positionsebene vornehmen können, sondern nur hinsichtlich der Gruppen (HG/EG/LG). Damit werde den Bietern geradezu untersagt, eigene Preise zu kalkulieren und die Summen von den Einheitspreisen über die Positionspreise zu Gruppenpreisen zu errechnen.

Durch die rechtswidrige Ausschreibung erachtet sich die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere in ihrem Recht auf Gestaltung der Ausschreibung und Wahl der Verfahrensart durch die Auftraggeberin unter Beachtung des Grundsatzes des freien Wettbewerbes; Festlegung ausschließlich nicht diskriminierender Anforderungen an die Bieter unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes; Nichtausschreibung von Leistungen, hinsichtlich derer keine Vergabeabsicht besteht; Nichtüberwälzung nicht kalkulierbarer Risiken; sowie in allen anderen subjektiven Rechten, mögen sie auch nicht an dieser Stelle des Nichtigerklärungsantrages genannt sein, sich aber aus der Gesamtheit des Vorbringens ergeben“ verletzt. Die Mitglieder der antragstellenden Arbeitsgemeinschaft seien befugt und berechtigt die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen; sie hätten an deren Erbringung auch ein eminentes wirtschaftliches Interesse. Sollte jedoch

das Vergabeverfahren auf Grundlage der rechtswidrigen Ausschreibungsunterlagen fortgeführt werden, drohe der Antragstellerin ein Schaden dadurch zu entstehen, dass ihr bereits bisher umfangreiche Kosten für eine Angebotserstellung entstanden wären, wozu noch die Kosten der rechtsfreundlichen Beratung kämen. Der Verlust des gegenständlichen Auftrages hätte jedenfalls auch negative Auswirkungen auf die Marktstellung und die Betriebsauslastung der Mitglieder der Antragstellerin. Es dürfe nicht übersehen werden „dass die Antragstellerin (bzw. jedes ihrer Mitglieder) einen beträchtlichen Teil ihres Umsatzes mit Aufträgen der Auftraggeberin über gerade jene Leistungen erwirtschaftet, die nunmehr Gegenstand der Ausschreibung sind“. Der Verlust der bisherigen Geschäftsbeziehung könnte „auf dem regionalen Wiener Markt sehr schwierig aufgefüllt werden“. Dazu käme noch ein für die Antragstellerin wichtiger Referenzauftrag.

Die Antragsgegnerin sei rechtzeitig und vollständig von der beabsichtigten Antragstellung unterrichtet worden, die Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich wurden beigebracht.

Mit Bescheid vom 21.9.2009 hat der Vergabekontrollsenat die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 25.9.2009 hat die Antragsgegnerin inhaltlich zum Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung Stellung genommen und dessen Abweisung begehrt. Im einzelnen stellt die Antragsgegnerin zunächst den Gang des Vergabeverfahrens dar, vor allem, dass sie nicht zuletzt aufgrund mehrerer Anfragen und Hinweise von interessierten Unternehmen die Ausschreibungsunterlagen bis dahin insgesamt viermal berichtigt habe. Während der offenen Angebotsfrist hätte sich jedoch die Antragstellerin mit ihrem Anliegen nicht an die Antragsgegnerin gewandt, was bei der von ihr behaupteten Bearbeitungsdauer nicht bloß zu erwarten, sondern gemäß § 106 Abs. 6 BVergG 2006 geradezu Pflicht der Antragstellerin gewesen wäre. Nach allgemeinen Vorbemerkungen zu Rahmenvertragsausschreibungen führte die Antragsgegnerin zu den von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdegründen zunächst aus, dass sie nach den Bestimmungen des Vergaberechts bei der Vergabe von Leistungen bei der Wahl des Vergabeverfahrens einen weiten Ermessensspielraum habe. Mit Schriftsatz vom 25.9.2009 hat die Antragsgegnerin inhaltlich zum Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung Stellung genommen und dessen Abweisung begehrt. Im einzelnen stellt die Antragsgegnerin zunächst den Gang des Vergabeverfahrens dar, vor allem, dass sie nicht zuletzt aufgrund mehrerer Anfragen und Hinweise von interessierten Unternehmen die Ausschreibungsunterlagen bis dahin insgesamt viermal berichtigt habe. Während der offenen Angebotsfrist hätte sich jedoch die Antragstellerin mit ihrem Anliegen nicht an die Antragsgegnerin gewandt, was bei der von ihr behaupteten Bearbeitungsdauer nicht bloß zu erwarten, sondern gemäß Paragraph 106, Absatz 6, BVergG 2006 geradezu Pflicht der Antragstellerin gewesen wäre. Nach allgemeinen Vorbemerkungen zu Rahmenvertragsausschreibungen führte die Antragsgegnerin zu den von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdegründen zunächst aus, dass sie nach den Bestimmungen des Vergaberechts bei der Vergabe von Leistungen bei der Wahl des Vergabeverfahrens einen weiten Ermessensspielraum habe.

So habe sie bewusst das offene Verfahren gewählt, ohne dies nach den Bestimmungen des BVergG begründen zu müssen. Soweit die Antragstellerin geltend mache, statt eines Rahmenvertrages wäre eine Rahmenvereinbarung auszuschreiben gewesen, verweist die Antragsgegnerin darauf, dass bei letzterem Vertragstyp größere Kalkulationsprobleme und -risiken vorprogrammiert wären, weil eine Verpflichtung zur Auftragserteilung durch die Antragsgegnerin nicht gegeben wäre. Unter Hinweis auf seine Judikatur führt die Antragsgegnerin aus, dass der angerufene Senat bisher weder gegen die Wahl des Vergabeverfahrens bzw. des ausgeschriebenen Vertragstyps noch gegen die Wahl des Preisaufschlags- und -nachlassverfahrens Bedenken gehabt hätte. Schließlich verweist die Antragsgegnerin darauf, dass sie bei der Erstellung der Rahmenvertragsausschreibungen an bestehende Erlässe der Magistratsdirektion – Baudirektion gebunden wäre.

In Vorbereitung der Ausschreibung habe die Antragsgegnerin auch Stellungnahmen sowohl der zuständigen Innung als auch der Gewerbebehörde (MA 63) eingeholt, wonach die ausgeschriebene Grund- sowie Bauschlussreinigung dem Handwerk „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung“ vorbehalten sei. Es handle sich eben nicht um eine „kleine Reinigung“, was sich schon draus ergäbe, dass die Reinigungsleistungen in eigenen Obergruppen ausgeschrieben wurden. Auch die von der Antragstellerin behauptete Diskriminierung bei Festlegung der Referenzprojekte sei nicht gegeben, weil sich jeder Bieter, der über die Befugnis „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung“ nicht verfüge, eines befugten Subunternehmers bedienen könnte.

Durch unzureichende Festlegungen zur finanziellen und wirtschaftlichen sowie technischen Leistungsfähigkeit könne die Antragstellerin nicht beschwert sein. Grundsätzlich könne der Auftraggeber Nachweise darüber verlangen, dass die berufliche Befugnis, berufliche Zuverlässigkeit sowie finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und technische Leistungsfähigkeit der Bieter gegeben ist. Welche Nachweise er verlangt, obliege ausschließlich dem Auftraggeber, sofern er sich im Rahmen der Bestimmungen des BVergG halte. Eine unsachliche Ausscheidungssanktion bei geringfügigem Nichterreichen von Referenzsummen sei nicht gegeben, weil jeder Bieter es selbst in der Hand habe zu beurteilen, über wie viele Referenzen er verfüge und für wie viele Lose er dementsprechend Angebote legen könne. In der Bestimmung der Höhe der Haftpflichtversicherung mit EUR 750.000,-- sei keine diskriminierende Anforderung zu erblicken, zumal auch Einzelabrufe mit einem Gesamtbetrag je Auftragserteilung von EUR 100.000,-- (ohne Ust) möglich wären. Dazu komme, dass die Antragsgegnerin Gerüstleistungen ausgeschrieben habe, deren Errichtung und Vorhaltung mit hohen Risiken verbunden sei. Letztlich macht die Antragsgegnerin dazu geltend, dass – wie der angerufene Senat bereits mehrfach ausgesprochen habe – die Prämie für die Versicherung in der Kalkulation berücksichtigt werden kann und somit das Risiko für den Unternehmer berechenbar sei.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin habe die Antragsgegnerin sehr wohl die Absicht die ausgeschriebene Gerüstungsleistungen abzurufen. So habe sie bei allen jüngeren Rahmenverträgen selbstverständlich immer auch Gerüste mit ausgeschrieben, weil es zweckmäßig sei, dass die Gerüstungsleistungen grundsätzlich von jenen Kontrahenten ausgeführt werden, die das Gerüst auch tatsächlich benötigen.

Eine Kalkulierbarkeit der Angebote trotz des auf Positionsebene ausgeschriebenem Preisaufschlag/Nachlassverfahren hält die Antragsgegnerin unter Zitierung zahlreicher Judikatur der Nachprüfungsbehörden für durchaus gegeben. Auch zu diesem Preisfindungssystem verweist sie auf einen Erlass der Magistratsdirektion vom 15.2.2006, MDBD-3741-3/03, wonach bei Ausschreibungen den Bietern die Abgabe von Aufschlägen und Nachlässen auf Leistungsgruppen – Ebene, getrennt nach Preisanteilen, zu ermöglichen ist.

Auf diesen Schriftsatz hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 11.1.2010 repliziert, ihren bereits bekannten Standpunkt wiederholt und im Einzelnen ausgeführt, dass jeder Bieter die ausgeschriebenen Reinigungsleistungen in Ausübung seiner Befugnisse gemäß § 32 GewO erbringen dürfe. Dass die Antragsgegnerin dennoch die „große Reinigung“ verlange, sei und bleibe somit überschießend und diskriminierend. Dies zeige sich auch daran, dass anscheinend die nach den bisherigen Kontrahentenverträgen ausgeführten Reinigungsarbeiten bei den Referenzsummen nicht anerkannt würden. Hinsichtlich der Referenzsummen bringt die Antragstellerin ergänzend vor, dass sie niemals gerügt habe, die Mindestreferenzsummen wären zu niedrig angesetzt, sondern lediglich geltend gemacht habe, dass es die Antragsgegnerin unterlassen hat, „die angegebenen Referenzen in Bezug zum Gesamtumsatz zu setzen, um so festzustellen, ob die technische sowie die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit gegeben ist“. Die Ausscheidungssanktion bei geringfügigem Nichterreichen der Referenzsummen hält sie weiterhin für unsachlich. Zur Kalkulierbarkeit der Angebote macht sie letztlich geltend, „dass die Nachlässe und Aufschläge sich nach der Norm auch auf Summen beziehen können, findet keine Deckung im § 2 Z 28 BVergG und hat daher bei der Ausschreibungsgestaltung unbeachtlich zu bleiben.“ Auf diesen Schriftsatz hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 11.1.2010 repliziert, ihren bereits bekannten Standpunkt wiederholt und im Einzelnen ausgeführt, dass jeder Bieter die ausgeschriebenen Reinigungsleistungen in Ausübung seiner Befugnisse gemäß Paragraph 32, GewO erbringen dürfe. Dass die Antragsgegnerin dennoch die „große Reinigung“ verlange, sei und bleibe somit überschießend und diskriminierend. Dies zeige sich auch daran, dass anscheinend die nach den bisherigen Kontrahentenverträgen ausgeführten Reinigungsarbeiten bei den Referenzsummen nicht anerkannt würden. Hinsichtlich der Referenzsummen bringt die Antragstellerin ergänzend vor, dass sie niemals gerügt habe, die Mindestreferenzsummen wären zu niedrig angesetzt, sondern lediglich geltend gemacht habe, dass es die Antragsgegnerin unterlassen hat, „die angegebenen Referenzen in Bezug zum Gesamtumsatz zu setzen, um so festzustellen, ob die technische sowie die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit gegeben ist“. Die Ausscheidungssanktion bei geringfügigem Nichterreichen der Referenzsummen hält sie weiterhin für unsachlich. Zur Kalkulierbarkeit der Angebote macht sie letztlich geltend, „dass die Nachlässe und Aufschläge sich nach der Norm auch auf Summen beziehen können, findet keine Deckung im Paragraph 2, Ziffer 28, BVergG und hat daher bei der Ausschreibungsgestaltung unbeachtlich zu bleiben.“

In der mündlichen Verhandlung vom 14.1.2010 hat die Antragsgegnerin zunächst vorgebracht, dass am 8.1.2010 eine fünfte Berichtigung der Ausschreibung abgesendet worden sei, die den Schlusstermin für die Angebotsabgabe statt 25.9.2009 nunmehr den 11.2.2010, 8.00 Uhr betreffe.

Vorauszuschicken ist, dass der Vergabekontrollsenat bei seiner Entscheidung, um eine bessere Verständlichkeit zu gewährleisten, jeweils Feststellungen zu den einzelnen Anfechtungspunkten trifft, sodann das Vorbringen der Antragstellerin und die Stellungnahme der Antragsgegnerin dazu gerafft wiedergibt und im Anschluss daran jeweils die rechtliche Beurteilung zu den einzelnen Anfechtungspunkten vornimmt, wobei er der Gliederung der Antragstellerin in ihrem einleitenden Schriftsatz folgt. Bei Behandlung der einzelnen Anfechtungspunkte war jedoch vorweg festzustellen, dass in keinem Anfechtungspunkt die Antragsgegnerin nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens dem Anliegen der Antragstellerin Rechnung getragen hat und diese diesbezüglich klaglos gestellt hätte.

Bei seiner Entscheidung ist der Senat vom unbedenklichen Inhalt des Vergabeaktes sowie der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erstatteten Schriftsätze der Parteien sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 14.1.2010 ausgegangen.

Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen im Form von Rahmenverträgen im Oberschwellenbereich (§§ 4 Z 1, 12 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006), die die Durchführung von laufenden „Anstreicher-, Maler-, Bodenleger- und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger“ Leistungen in den von ihr verwalteten städtischen Wohnhausanlagen in allen 23. Wiener Gemeindebezirken betreffen. Die Rahmenvertragsausschreibungen umfassen überwiegend Kleinst- und Kleinaufträge, es sind nach der Ausschreibung jedoch auch Einzelabrufe bis zu einem Gesamtbetrag je Auftragserteilung von EUR 100.000,-- (ohne USt) möglich. Die Vertragsdauer der ausgeschriebenen Leistungen beträgt 3 Jahre mit einer Option auf Verlängerung um weitere 3 Jahre. Die Kundmachung des Verfahrens ist sowohl im Amtsblatt der EU als auch auf der Webseite der Stadt Wien und dem Amtsblatt der Stadt Wien ordnungsgemäß erfolgt. Die Ausschreibung wurde bisher viermal berichtigt, die Berichtigungen wurden gleichfalls ordnungsgemäß kundgemacht. Die Ausschreibungsunterlage ist in 48 Gebietsteile (= Lose) gegliedert, wobei die Bieter die Möglichkeit haben, entweder ein Gesamtangebot für alle Lose, für einige oder nur für ein Los abzugeben. Die Bieter haben auch die Möglichkeit, für jedes Los auf der Ebene von Obergruppe sowie auf die einzelnen Lose Aufschläge oder Nachlässe zu den in der Ausschreibung auf Grund einer Basiskalkulation der Auftraggeberin vorgegebenen Bezugspreisen vorzunehmen. Einziges Zuschlagskriterium ist der „niedrigste Preis“, wobei eine Teilvergabe je Los an den Billigstbieter vorgesehen ist. Das Ende der Angebotsfrist war zuletzt der 11.2.2010, 8.00 Uhr (Vorbringen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung vom 14.1.2010). Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen im Form von Rahmenverträgen im Oberschwellenbereich (Paragraphen 4, Ziffer eins, 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006), die die Durchführung von laufenden „Anstreicher-, Maler-, Bodenleger- und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger“ Leistungen in den von ihr verwalteten städtischen Wohnhausanlagen in allen 23. Wiener Gemeindebezirken betreffen. Die Rahmenvertragsausschreibungen umfassen überwiegend Kleinst- und Kleinaufträge, es sind nach der Ausschreibung jedoch auch Einzelabrufe bis zu einem Gesamtbetrag je Auftragserteilung von EUR 100.000,-- (ohne USt) möglich. Die Vertragsdauer der ausgeschriebenen Leistungen beträgt 3 Jahre mit einer Option auf Verlängerung um weitere 3 Jahre. Die Kundmachung des Verfahrens ist sowohl im Amtsblatt der EU als auch auf der Webseite der Stadt Wien und dem Amtsblatt der Stadt Wien ordnungsgemäß erfolgt. Die Ausschreibung wurde bisher viermal berichtigt, die Berichtigungen wurden gleichfalls ordnungsgemäß kundgemacht. Die Ausschreibungsunterlage ist in 48 Gebietsteile (= Lose) gegliedert, wobei die Bieter die Möglichkeit haben, entweder ein Gesamtangebot für alle Lose, für einige oder nur für ein Los abzugeben. Die Bieter haben auch die Möglichkeit, für jedes Los auf der Ebene von Obergruppe sowie auf die einzelnen Lose Aufschläge oder Nachlässe zu den in der Ausschreibung auf Grund einer Basiskalkulation der Auftraggeberin vorgegebenen Bezugspreisen vorzunehmen. Einziges Zuschlagskriterium ist der „niedrigste Preis“, wobei eine Teilvergabe je Los an den Billigstbieter vorgesehen ist. Das Ende der Angebotsfrist war zuletzt der 11.2.2010, 8.00 Uhr (Vorbringen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung vom 14.1.2010).

Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen ist am 16.9.2009 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007) eingelangt. Dass die Antragstellerin zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger“ befugt ist, ist ebenso unstrittig, wie der Umstand, dass sie nicht über die Befugnis zur Ausführung

der Tätigkeiten des „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger“ verfügt. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen ist am 16.9.2009 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007) eingelangt. Dass die Antragstellerin zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger“ befugt ist, ist ebenso unstrittig, wie der Umstand, dass sie nicht über die Befugnis zur Ausführung der Tätigkeiten des „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger“ verfügt.

Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausschreibung und den ihr allenfalls drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausschreibung und den ihr allenfalls drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Das Ende der Angebotsfrist war ursprünglich der 25. 9 2009, 8:00 Uhr. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung ist am 16.9.2009 und damit rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Das Ende der Angebotsfrist war ursprünglich der 25. 9 2009, 8:00 Uhr. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung ist am 16.9.2009 und damit rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung ist aber im Ergebnis nicht berechtigt.

Die Antragstellerin macht zunächst geltend (Punkt I) 4) a) ii) des Nachprüfungsantrages), die von der Antragsgegnerin vorgenommene Wahl der Verfahrensart führe zu Wettbewerbsverzerrungen. Große Bieter seien durch die Art der Ausschreibung bevorzugt, kleine Bieter müssten sich zu einer ARGE zusammenschließen. Richtig wären Rahmenvereinbarungen mit mehreren Auftragnehmern, andernfalls hätte die Antragsgegnerin die Zusammensetzung von Bietergemeinschaften zahlenmäßig bzw. nach Gewerken beschränken müssen, sowie eine Höchstzahl anzubietender Lose anordnen müssen. Die Antragstellerin macht zunächst geltend (Punkt römisch eins) 4) a) ii) des Nachprüfungsantrages), die von der Antragsgegnerin vorgenommene Wahl der Verfahrensart führe zu Wettbewerbsverzerrungen. Große Bieter seien durch die Art der Ausschreibung bevorzugt, kleine Bieter müssten sich zu einer ARGE zusammenschließen. Richtig wären Rahmenvereinbarungen mit mehreren Auftragnehmern, andernfalls hätte die Antragsgegnerin die Zusammensetzung von Bietergemeinschaften zahlenmäßig bzw. nach Gewerken beschränken müssen, sowie eine Höchstzahl anzubietender Lose anordnen müssen.

Dazu hat die Antragsgegnerin vorgebracht, dass nach § 27 BVergG 2006 der Auftraggeber frei zwischen dem offenen und dem nichtoffenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung wählen darf. Die Wahl anderer Verfahrensarten sei

nur in gesetzlich geregelten Ausnahmefällen zulässig. Eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Bietern bringe keine Vorteile sondern wäre eine schwierige administrierbare Belastung für die Antragsgegnerin. Zur ARGE-Beschränkung führt sie aus, dass diese nur ausnahmsweise aus sachlichen Gründen vorgesehen werden dürfe. Die Antragstellerin vermöge nicht zu begründen, inwiefern sie bei einer von ihr gewünschten Beschränkung mehr Chancen auf den Zuschlag hätte. Dazu hat die Antragsgegnerin vorgebracht, dass nach Paragraph 27, BVergG 2006 der Auftraggeber frei zwischen dem offenen und dem nichtoffenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung wählen darf. Die Wahl anderer Verfahrensarten sei nur in gesetzlich geregelten Ausnahmefällen zulässig. Eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Bietern bringe keine Vorteile sondern wäre eine schwierige administrierbare Belastung für die Antragsgegnerin. Zur ARGE-Beschränkung führt sie aus, dass diese nur ausnahmsweise aus sachlichen Gründen vorgesehen werden dürfe. Die Antragstellerin vermöge nicht zu begründen, inwiefern sie bei einer von ihr gewünschten Beschränkung mehr Chancen auf den Zuschlag hätte.

Nach Sicht des Senates erweist sich die Argumentation der Antragstellerin als nicht stichhältig. Grundsätzlich ist ein Vergabeverfahren unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Durch die Wahl der Verfahrensart darf die Zahl an Bewerbern bzw. Bietern nicht derartig reduziert werden, dass kein Wettbewerb möglich ist. Ein größtmöglicher Wettbewerb ist durch die Wahl des offenen Verfahrens gewährleistet, welches nach § 27 BVergG 2006 zulässig ist. Die Wahl anderer Verfahrensarten als jene, die § 27 BVergG 2006 für zulässig erklärt, ist nur in den gesondert geregelten gesetzlichen Ausnahmefällen der §§ 28 ff BVergG 2006 zulässig. Wenn die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang ausführt, dass sie das offene Verfahren deshalb gewählt habe, weil es sich dabei um den mit Abstand transparentesten zulässigen Vergabeverfahrenstypus handelt, ist diesen Ausführungen uneingeschränkt zuzustimmen. Nach Sicht des Senates erweist sich die Argumentation der Antragstellerin als nicht stichhältig. Grundsätzlich ist ein Vergabeverfahren unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Durch die Wahl der Verfahrensart darf die Zahl an Bewerbern bzw. Bietern nicht derartig reduziert werden, dass kein Wettbewerb möglich ist. Ein größtmöglicher Wettbewerb ist durch die Wahl des offenen Verfahrens gewährleistet, welches nach Paragraph 27, BVergG 2006 zulässig ist. Die Wahl anderer Verfahrensarten als jene, die Paragraph 27, BVergG 2006 für zulässig erklärt, ist nur in den gesondert geregelten gesetzlichen Ausnahmefällen der Paragraphen 28, ff BVergG 2006 zulässig. Wenn die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang ausführt, dass sie das offene Verfahren deshalb gewählt habe, weil es sich dabei um den mit Abstand transparentesten zulässigen Vergabeverfahrenstypus handelt, ist diesen Ausführungen uneingeschränkt zuzustimmen.

Soweit die Antragstellerin geltend macht, die gegenständlichen Leistungen wären als „Rahmenvereinbarungen mit mehreren Bietern“ auszuschreiben gewesen, ist zunächst darauf zu verweisen, dass es sich bei der Rahmenvereinbarung gemäß § 25 Abs. 7 BVergG 2006 um eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung für den Auftraggeber handelt. Damit ergeben sich aber für einen Bieter Kalkulationsprobleme und -risiken, weil er von vornherein nicht mit einer auch nur ungefähren Auftragssumme rechnen kann. Er muss daher bei seiner Kalkulation diesem Umstand Rechnung tragen und Vorsorge zur Deckung seiner Kosten treffen. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin auch darauf, dass für sie als Auftraggeberin Rahmenvereinbarungen eine Mehrbelastung darstellen, weil für jeden einzelnen Abruf aus der Rahmenvereinbarung eine „kleine Ausschreibung“ unter den Parteien der Rahmenvereinbarung durchgeführt werden muss, was im Ergebnis nur schwer administrierbar wäre. Gegen die Ausschreibung eines Kontrahentenvertrages in Form eines Rahmenvertrages hat der Senat bisher keine Bedenken gehabt, wozu auf die zahlreichen Vorentscheidungen (VKS-Wien 14.6.2005, VKS-1352/00; zuletzt 13.3.2008, VKS-21/08 uva) zu verweisen ist. Letztlich ergibt sich auch aus dem Erlass der Magistratsdirektion - Geschäftsbereich Bauten und Technik vom 15.2.2006, MDBD-3741-3/03, die Verpflichtung der Auftraggeberin Rahmenverträge im Rahmen eines offenen Verfahrens und im Preisauflags-/Nachlassverfahren zu vergeben. Soweit die Antragstellerin geltend macht, die gegenständlichen Leistungen wären als „Rahmenvereinbarungen mit mehreren Bietern“ auszuschreiben gewesen, ist zunächst darauf zu verweisen, dass es sich bei der Rahmenvereinbarung gemäß Paragraph 25, Absatz 7, BVergG 2006 um eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung für den Auftraggeber handelt. Damit ergeben sich aber für einen Bieter Kalkulationsprobleme und -risiken, weil er von vornherein nicht mit einer auch nur ungefähren Auftragssumme rechnen kann. Er muss daher bei seiner Kalkulation diesem Umstand Rechnung tragen und Vorsorge zur Deckung seiner Kosten treffen. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin auch darauf, dass für sie als

Auftraggeberin Rahmenvereinbarungen eine Mehrbelastung darstellen, weil für jeden einzelnen Abruf aus der Rahmenvereinbarung eine „kleine Ausschreibung“ unter den Parteien der Rahmenvereinbarung durchgeführt werden muss, was im Ergebnis nur schwer administrierbar wäre. Gegen die Ausschreibung eines Kontrahentenvertrages in Form eines Rahmenvertrages hat der Senat bisher keine Bedenken gehabt, wozu auf die zahlreichen Vorentscheidungen (VKS-Wien 14.6.2005, VKS-1352/00; zuletzt 13.3.2008, VKS-21/08 uva) zu verweisen ist. Letztlich ergibt sich auch aus dem Erlass der Magistratsdirektion - Geschäftsbereich Bauten und Technik vom 15.2.2006, MDBD-3741-3/03, die Verpflichtung der Auftraggeberin Rahmenverträge im Rahmen eines offenen Verfahrens und im Preisauflags-/Nachlassverfahren zu vergeben.

Hilfsweise hat unter diesem Anfechtungspunkt die Antragstellerin vorgebracht, dass die Antragsgegnerin zumindest eine Beschränkung für die Zusammensetzung von Bietergemeinschaften sowie Losbeschränkungen hätte in die Ausschreibung aufnehmen müssen. Dieses Vorbringen erscheint insofern bemerkenswert, als die Antragstellerin selbst eine ARGE aus fünf Unternehmen gebildet hat und aus ihrem Vorbringen nicht abgeleitet werden kann, wieso sie bei einer Beschränkung der Anzahl der ARGE-Mitglieder größere Chancen auf den Zuschlag hätte als im ungehinderten freien Wettbewerb. Nach § 20 Abs. 2 BVergG 2006 können auch Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften Angebote oder Teilnahmeanträge abgeben, sofern nicht in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen die Teilnahme oder die Bildung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften für unzulässig erklärt wurde. Der Auftraggeber kann ferner in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen eine allfällige Beschränkung der Mitgliederanzahl oder der Zusammensetzung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften vorsehen. Welche sachliche Rechtfertigung es verlangen würde, dass in der gegenständlichen Ausschreibung eine Beschränkung in der Zusammensetzung von Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaften vorzusehen wäre, ist dem Vorbringen der Antragstellerin nicht zu entnehmen. Auch eine Losbeschränkung, die im Ergebnis eine Beeinträchtigung des Grundsatzes des freien und lauten Wettbewerbs nach § 19 Abs. 1 BVergG 2006 darstellen würde, wird von der Antragstellerin gleichfalls nicht nachvollziehbar begründet. Hilfsweise hat unter diesem Anfechtungspunkt die Antragstellerin vorgebracht, dass die Antragsgegnerin zumindest eine Beschränkung für die Zusammensetzung von Bietergemeinschaften sowie Losbeschränkungen hätte in die Ausschreibung aufnehmen müssen. Dieses Vorbringen erscheint insofern bemerkenswert, als die Antragstellerin selbst eine ARGE aus fünf Unternehmen gebildet hat und aus ihrem Vorbringen nicht abgeleitet werden kann, wieso sie bei einer Beschränkung der Anzahl der ARGE-Mitglieder größere Chancen auf den Zuschlag hätte als im ungehinderten freien Wettbewerb. Nach Paragraph 20, Absatz 2, BVergG 2006 können auch Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften Angebote oder Teilnahmeanträge abgeben, sofern nicht in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen die Teilnahme oder die Bildung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften für unzulässig erklärt wurde. Der Auftraggeber kann ferner in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen eine allfällige Beschränkung der Mitgliederanzahl oder der Zusammensetzung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften vorsehen. Welche sachliche Rechtfertigung es verlangen würde, dass in der gegenständlichen Ausschreibung eine Beschränkung in der Zusammensetzung von Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaften vorzusehen wäre, ist dem Vorbringen der Antragstellerin nicht zu entnehmen. Auch eine Losbeschränkung, die im Ergebnis eine Beeinträchtigung des Grundsatzes des freien und lauten Wettbewerbs nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 darstellen würde, wird von der Antragstellerin gleichfalls nicht nachvollziehbar begründet.

Im Ergebnis erblickt sohin der Senat in der Wahl der Verfahrensart zur Vergabe von Rahmenverträgen keinen Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften.

Unter Punkt I) 4) a) ii) ihres Nachprüfungsantrages macht die Antragstellerin geltend, die Ausschreibung enthalte diskriminierende Festlegungen betreffend die erforderlichen Befugnisse. Sie führt aus, dass die Zusammenfassung von Bauleistungen (Anstreicher, Maler und Bodenleger) mit Leistungen der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger in einem Auftrag unzulässig sei. Obwohl nur einfache Reinigungsarbeiten im Ausmaß von ca. 2 % des Auftragsvolumens erforderlich wären, werde die Berechtigung zur Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung gefordert. Die Antragsgegnerin hat dazu vorgebracht, dass für die Reinigungstätigkeiten eine eigene LG bzw. OG in der Ausschreibung gebildet worden sei, die die Schlussreinigung sowohl von Einzelwohnungen als auch des gesamten Stiegenhauses vor Übergabe an die Benützer sowie Regieleistungen umfassen würde. Die Grund- sowie die Bauschlussreinigung sei dem Handwerk „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung“ vorbehalten. Dies habe auch eine Anfrage an die MA 63 sowie eine Anfrage an die zuständige Innung ergeben. Die Antragstellerin habe die Möglichkeit, sollte sie über diese Befugnis nicht verfügen, einen befugten Subunternehmer beizuziehen oder eine

entsprechende ARGE zu bilden. Unter Punkt römisch eins) 4) a) ii) ihres Nachprüfungsantrages macht die Antragstellerin geltend, die Ausschreibung enthalte diskriminierende Festlegungen betreffend die erforderlichen Befugnisse. Sie führt aus, dass die Zusammenfassung von Bauleistungen (Anstreicher, Maler und Bodenleger) mit Leistungen der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger in einem Auftrag unzulässig sei. Obwohl nur einfache Reinigungsarbeiten im Ausmaß von ca. 2 % des Auftragsvolumens erforderlich wären, werde die Berechtigung zur Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung gefordert. Die Antragsgegnerin hat dazu vorgebracht, dass für die Reinigungstätigkeiten eine eigene LG bzw. OG in der Ausschreibung gebildet worden sei, die die Schlussreinigung sowohl von Einzelwohnungen als auch des gesamten Stiegenhauses vor Übergabe an die Benützer sowie Regieleistungen umfassen würde. Die Grund- sowie die Bauschlussreinigung sei dem Handwerk „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung“ vorbehalten. Dies habe auch eine Anfrage an die MA 63 sowie eine Anfrage an die zuständige Innung ergeben. Die Antragstellerin habe die Möglichkeit, sollte sie über diese Befugnis nicht verfügen, einen befugten Subunternehmer beizuziehen oder eine entsprechende ARGE zu bilden.

Dazu hat der Senat erwogen:

Nach den Ausschreibungsbedingungen sollen die Gewerke Anstreicher, Maler, Bodenleger sowie die Leistungen eines Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigers vergeben werden. Sämtliche Leistungen fallen im Zusammenhang mit der Sanierung bzw. Aufkategorisierung von Wohnungen regelmäßig an, im Zuge dieser Arbeiten werden aber auch in aller Regel Leistungen anderer Gewerke wie etwa Installateur, Elektriker oder Heizungsbauer vergeben. Die gegenständlich ausgeschriebenen Gewerke sollen gemeinsam vergeben werden. Nach den Ausschreibungsbedingungen hat jeder Bieter für jeden angebotenen Gebietsteil nachzuweisen, dass er Referenzprojekte für die Gewerbe „Anstreicher, Maler, Bodenleger sowie die Leistungen eines Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger“ erbracht hat, die je nach Los je ein bestimmtes näher definiertes Auftragsvolumen abdecken. Von den nachzuweisenden Auftragsvolumen müssen auf die Gewerke „Anstreicher und Maler“ zusammen mindestens 62 %, auf das Gewerk „Bodenleger“ zumindest 6% und auf das Gewerk „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger“ zumindest 2 % entfallen (Punkt 2.10 lit. e der Ausschreibungsunterlagen). Nach den Ausschreibungsbedingungen sollen die Gewerke Anstreicher, Maler, Bodenleger sowie die Leistungen eines Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigers vergeben werden. Sämtliche Leistungen fallen im Zusammenhang mit der Sanierung bzw. Aufkategorisierung von Wohnungen regelmäßig an, im Zuge dieser Arbeiten werden aber auch in aller Regel Leistungen anderer Gewerke wie etwa Installateur, Elektriker oder Heizungsbauer vergeben. Die gegenständlich ausgeschriebenen Gewerke sollen gemeinsam vergeben werden. Nach den Ausschreibungsbedingungen hat jeder Bieter für jeden angebotenen Gebietsteil nachzuweisen, dass er Referenzprojekte für die Gewerbe „Anstreicher, Maler, Bodenleger sowie die Leistungen eines Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger“ erbracht hat, die je nach Los je ein bestimmtes näher definiertes Auftragsvolumen abdecken. Von den nachzuweisenden Auftragsvolumen müssen auf die Gewerke „Anstreicher und Maler“ zusammen mindestens 62 %, auf das Gewerk „Bodenleger“ zumindest 6% und auf das Gewerk „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger“ zumindest 2 % entfallen (Punkt 2.10 Litera e, der Ausschreibungsunterlagen).

Im Leistungsverzeichnis werden unter der OG 90 und OG 98 die Reinigungsleistungen wie folgt definiert:

OG 90 Reinigung im Gebäude LB-HB17.200504 Preisangaben in EUR

19 Baureinigung

Version 11, 2002-09

Ständige Vertragsbestimmungen:

Wenn nicht anders angegeben, werden alle Reinigungsgeräte und Behelfe sowie Reinigungsmittel beigestellt und in die Einheitspreise einkalkuliert.

Abfälle, Verunreinigungen:

Als Abfälle und Verunreinigungen gelten Kehricht, Staubsaugerentleerung und dergleichen, aber nicht Verpackungsmaterial oder Bauschutt.

19.01 Reinigung im Gebäude

19.103 Schlussreinigung von Einzelwohnungen, bestehend aus Aufenthalts- und Nebenräumen (Bad, WC, Vorraum, Küche, Terrassen, Balkone und dergleichen). Reinigungsmethode nach Erfordernis durch Waschen, Wischen, Saugen

und dergleichen. Abfälle und Verunreinigungen sammeln, zusammenkehren, abtransportieren und entsorgen. Zu reinigen sind z.B. Fußböden, Fenster und Türen, einschließlich Stöcke, Zargen, Rahmen und Verkleidungen, Sohlbänke und Parapetabdeckungen, alle Einrichtungen, einschließlich der Armaturen, z.B. WC-Schalen, Waschbecken, Badewannen, Duschen, Herde und Heizkörper, Wandverkleidungen aus Fliesen oder abwaschbaren Kunststoffbelägen, elektrische Schalter und Dosen sowie Beleuchtungskörper und Einbaumöbel.

19.104 Schlussreinigung des gesamten Stiegenhauses, vom Keller bis zum Dachboden, vor Übergabe an die Benützer, Reinigungsmethode nach Erfordernis durch Waschen, Wischen, Saugen und dergleichen, Abfälle und Verunreinigungen sammeln, zusammenkehren, abtransportieren und entsorgen. Zu reinigen sind z.B. alle Fußböden und Stiegen, einschließlich der Sockelleisten, Geländer und Handläufe, Fenster und Türen, Portale, einschließlich Stöcke, Zargen, Rahmen und Verkleidungen, Sohlbänke und Parapetabdeckungen, alle Einrichtungen, einschließlich der Armaturen, z.B. WC-Schalen, Waschbecken, Wandverkleidungen aus Fliesen oder abwaschbaren Kunststoffbelägen, elektrische Schalter und Dosen sowie Beleuchtungskörper, Aufzugsportale, einschließlich der Kabine des Aufzuges.

19.0104C Z Schlussreinigung Flächenmaß

Abgerechnet die Bodenfläche des gereinigten Stiegenhauses, bei Stiegen die waagrechte Fläche.

OG 98 Regieleistungen LB-HB17.200504 Preisangaben in EUR

19 Baureinigung

Version 11, 2002-09

Ständige Vertragsbestimmungen:

Wenn nicht anders angegeben, werden alle Reinigungsgeräte und Behelfe sowie Reinigungsmittel beigestellt und in die Einheitspreise einkalkuliert.

Abfälle, Verunreinigungen:

Als Abfälle und Verunreinigungen gelten Kehricht, Staubsaugerentleerung und dergleichen, aber nicht Verpackungsmaterial oder Bauschutt.

19.90 Z Regieleistungen

Ständige Vertragsbestimmungen:

In dieser Unterleistungsgruppe werden nur angehängte Regieleistungen gemäß der ÖNORM B 2110 erfasst.

Regieleistungen werden nur ausgeführt, wenn sie vom Auftraggeber im Einzelfall angeordnet werden, auch wenn sie im Vertrag (Leistungsverzeichnis) vorgesehen sind.

Die aufgewendeten Stunden, verwendeten Geräte, Transportleistungen und verbrauchten Stoffe werden in die Regiescheine täglich eingetragen und dem Auftraggeber zur Gegenzeichnung vorgelegt.

Die Bestimmungen, wonach bei Mengenänderungen die Neuvereinbarung von Einheitspreisen verlangt werden kann, sind auf Regieleistungen nicht anwendbar.

Stundenlöhne werden nur mit dem Preisanteil Lohn abgerechnet. Bei Gerätebeistellungen, Transportleistungen, Stoffbeistellungen und Fremdleistungen werden die Einheitspreise in Lohn und Sonstiges aufgegliedert.

Die angeführten Beschäftigungsgruppen entsprechen den kollektivvertraglichen Regelungen. In den Stundensätzen sind auch anteilige Wegegelder, Fahrtspesen und Aufwandsentschädigungen (Auslöser) einkalkuliert. Verrechnet wird die an der Arbeits- oder Montagestelle tatsächlich geleistete Arbeitszeit, die kleinste Einheit ist die angefangene halbe Stunde.

Zur Verrechnung kommen die Stundensätze jener Beschäftigungsgruppe, die für die jeweilige Regieleistung ausreicht, unabhängig von der Qualifizierung des tatsächlich eingesetzten Personals.

Die Einheitspreise für Stoffe gelten frei Baustelle, einschließlich Abladen.

19.9001 Regiestunden."

Unter der OG 90 sind unter den Pos. Nr. 0103A.-19.0103F für sechs Wohnungen Basiskalkulationen je nach Wohnungsgröße, von bis 35 m2 bis über 130 m2 wiedergegeben. Unter der OG 98 werden anschließend an den Text Basiskalkulationen für Regiestunden Facharbeiter und Hilfsarbeiter angeführt.

Nach den Ausschreibungsunterlagen ist die Bildung von Arbeitsgemeinschaften weder ausgeschlossen noch eingeschränkt (Pkt. 2.16 der Ausschreibungsunterlagen), die Weitergabe von Leistungen an Subunternehmer wird für grundsätzlich zulässig erklärt, auch hierfür enthalten die Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich des Umfangs der Weitergabe von Leistungen keine Einschränkung (Pkt. 2.15 der Ausschreibungsunterlage).

Die Beschreibungen der Reinigungsleistungen sowohl in den Wohnungen als auch im Stiegenhaus entsprechen textlich der Definition der Bauschlussreinigung der LG 19 in der standardisierten Leistungsbeschreibung Hochbau, LB-HB.

In Vorbereitung der Ausschreibung hat die Antragsgegnerin dazu sowohl eine Stellungnahme der Landesinnung Wien der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger als auch der Gewerbebehörde MA 63 eingeholt. Danach ist die ausgeschriebene Schlussreinigung dem Gewerbe der „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung“ vorbehalten. Das freie Gewerbe „Hausbetreuung“ erfasse lediglich „die Reinigung von allen wenigstens mehreren Hausbewohnern zugänglichen Stiegen, Gängen, Kellern (ausgenommen Kellerabteile), Waschküchen, Trockenräumen und Liften in Wohngebäuden, soweit sich deren Verschmutzung bloß aus der regelmäßigen und bestimmungsgemäßen Benützung ergibt“.

Bezüglich dieser Festlegung der erforderlichen Befugnis hat sich der Senat bereits in seiner Entscheidung vom 3.12.2009 zu VKS-8071/09 befasst und dazu wie folgt ausgeführt:

Grundsätzlich steht das Gemeinschaftsrecht der getrennten bzw. gemeinsamen Vergabe von Leistungen neutral gegenüber. Laut Richtlinie 2004/19 EG, 4. Erwägungsgrund muss sich „die Entscheidung über die getrennte oder die gemeinsame Vergabe des öffentlichen Auftrages an qualitativen und wirtschaftlichen Kriterien orientieren, die in den einzelstaatlichen Vorschriften festgelegt werden können“. Diese innerstaatliche Regelung kann in § 22 Abs. 1 BVergG 2006 gefunden werden. Dieser lautet wie folgt: Grundsätzlich steht das Gemeinschaftsrecht der getrennten bzw. gemeinsamen Vergabe von Leistungen neutral gegenüber. Laut Richtlinie 2004/19 EG, 4. Erwägungsgrund muss sich „die Entscheidung über die getrennte oder die gemeinsame Vergabe des öffentlichen Auftrages an qualitativen und wirtschaftlichen Kriterien orientieren, die in den einzelstaatlichen Vorschriften festgelegt werden können“. Diese innerstaatliche Regelung kann in Paragraph 22, Absatz eins, BVergG 2006 gefunden werden. Dieser lautet wie folgt:

„Leistungen können gemeinsam oder getrennt vergeben werden. Eine getrennte Vergabe kann in örtlicher oder zeitlicher Hinsicht, nach Menge und Art der Leistung oder im Hinblick auf Leistungen verschiedener Handwerks- und Gewerbebranchen oder Fachrichtungen erfolgen. Für die Gesamt- oder getrennte Vergabe von Leistungen sind wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte, wie z.B. die Notwendigkeit einer einheitlichen Ausführung und einer eindeutigen Gewährleistung, maßgebend“.

Aus dieser Formulierung ergibt sich eindeutig, dass der Auftraggeber grundsätzlich einen weiten Ermessensspielraum bei der Entscheidung zwischen Gesamtausschreibung oder getrennter Ausschreibung hat. Es besteht weder der Grundsatz der ungeteilten Vergabe (Gesamtvergabe) noch ein unbedingter gesetzlicher Vorbehalt zugunsten einer gewerksweisen Vergabe. In den erläuternden Bemerkungen zu § 22 BVergG 2006, RV 1.171 XXII GB, führt der innerstaatliche Gesetzgeber aus, dass das Gesetz „als Beurteilungsmaßstab für die Entscheidung einer Gesamt- oder Teilvergabe wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte nennt. Dem Auftraggeber kommt bei der Beurteilung der Frage, ob eine Gesamt- oder Teilvergabe stattfinden soll, ein gewisses Ermessen zu. Diese Ermessensentscheidung darf jedenfalls nicht willkürlich getroffen werden. Eine Gesamtvergabe kommt deshalb nur dann in Betracht, wenn auf Grund der Umstände des Einzelfalls wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte ein besonderes Gewicht erhalten. Dabei kommt es etwa darauf an, ob und in welchem Umfang durch eine Gesamtvergabe Kosten für umfangreiche Verwaltungs- und Koordinierungsleistungen der Auftraggeberin tatsächlich vermieden werden können. Als wirtschaftlicher Grund ist z.B. anzusehen, wenn bei getrennter Vergabe höhere Kosten durch Bauzeitverzögerungen auftreten können oder dass bei getrennter Vergabe die gesamte Koordination einschließlich der Risiken, die aus unterschiedlichen Schnittstellen der beteiligten Unternehmen entstehen, beim Auftraggeber verbleiben. In technischer und wirtschaftlicher Hinsicht können als Gründe für eine Gesamtvergabe die Einbringung einer einheitlichen, unter Umständen schwierigen Konstruktion aus (überwiegend und ganz) einer Hand, verbunden mit einer einheitlichen Verantwortung und Haftung für Mängelansprüche sprechen. Aus dieser Formulierung ergibt sich eindeutig, dass der

Auftraggeber grundsätzlich einen weiten Ermessensspielraum bei der Entscheidung zwischen Gesamtausschreibung oder getrennter Ausschreibung hat. Es besteht weder der Grundsatz der ungeteilten Vergabe (Gesamtvergabe) noch ein unbedingter gesetzlicher Vorbehalt zugunsten einer gewerksweisen Vergabe. In den erläuternden Bemerkungen zu Paragraph 22, BVergG 2006, Regierungsvorlage 1.171 römisch 22 GB, führt der innerstaatliche Gesetzgeber aus, dass das Gesetz „als Beurteilungsmaßstab für die Entscheidung einer Gesamt- oder Teilvergabe wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte nennt. Dem Auftraggeber kommt bei der Beurteilung der Frage, ob eine Gesamt- oder Teilvergabe stattfinden soll, ein gewisses Ermessen zu. Diese Ermessensentscheidung darf jedenfalls nicht willkürlich getroffen werden. Eine Gesamtvergabe kommt deshalb nur dann in Betracht, wenn auf Grund der Umstände des Einzelfalls wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte ein besonderes Gewicht erhalten. Dabei kommt es etwa darauf an, ob und in welchem Umfang durch eine Gesamtvergabe Kosten für umfangreiche Verwaltungs- und Koordinierungsleistungen der Auftraggeberin tatsächlich vermieden werden können. Als wirtschaftlicher Grund ist z.B. anzusehen, wenn bei getrennter Vergabe höhere Kosten durch Bauzeitverzögerungen auftreten können oder dass bei getrennter Vergabe die gesamte Koordination einschließlich der Risiken, die aus unterschiedlichen Schnittstellen der beteiligten Unternehmen entstehen, beim Auftraggeber verbleiben. In technischer und wirtschaftlicher Hinsicht können als Gründe für eine Gesamtvergabe die Einbringung einer einheitlichen, unter Umständen schwierigen Konstruktion aus (überwiegend und ganz) einer Hand, verbunden mit einer einheitlichen Verantwortung und Haftung für Mängelansprüche sprechen.

Wird die Ermessungsentscheidung in vertretbarer Weise ausgeübt, erfolgt sie also nicht willkürlich, besteht für Bewerber oder Bieter kein Anspruch auf eine gemeinsame oder getrennte Vergabe. Ein Auftraggeber bewegt sich immer dann innerhalb des ihm eingeräumten Ermessensspielraumes, wenn die Entscheidung für die Gesamtausschreibung oder die getrennte Ausschreibung nach wirtschaftlichen oder technischen Gesichtspunkten vertretbar ist (vgl. VwGH 24.2.2006, 2004/04/0083 u.a.), nicht gegen die Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbes unter Gleichbehandlung aller Bieter verstößt (Sachs in ZVB 2004/177 u.a.) und nicht in der Absicht ausgeübt wird, die Anwendbarkeit vergaberechtlicher Bestimmungen zu verhindern oder zu behindern (vgl. EuGH 14.11.2002, Rs C-411/00). Wird die Ermessungsentscheidung in vertretbarer Weise ausgeübt, erfolgt sie also nicht willkürlich, besteht für Bewerber oder Bieter kein Anspruch auf eine gemeinsame oder getrennte Vergabe. Ein Auftraggeber bewegt sich immer dann innerhalb des ihm eingeräumten Ermessensspielraumes, wenn die Entscheidung für die Gesamtausschreibung oder die getrennte Ausschreibung nach wirtschaftlichen oder technischen Gesichtspunkten vertretbar ist (vergleiche VwGH 24.2.2006, 2004/04/0083 u.a.), nicht gegen die Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbes unter Gleichbehandlung aller Bieter verstößt (Sachs in ZVB 2004/177 u.a.) und nicht in der Absicht ausgeübt wird, die Anwendbarkeit vergaberechtlicher Bestimmungen zu verhindern oder zu behindern (vergleiche EuGH 14.11.2002, Rs C-411/00).

Dass sich die Antragsgegnerin bei Ausschreibung der gegenständlichen Leistungen nicht im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessensspielraumes gehalten hätte, wurde nicht vorgebracht, Anhaltspunkte dafür hat das Verfahren nicht ergeben.

Wenn daher die Antragsgegnerin in den OG 90 und OG 98 Reinigungsleistungen ausgeschrieben hat, handelt es sich dabei nicht um Reinigungsleistungen, die jeder Beauftragte nach Beendigung seiner Tätigkeit vornehmen muss, um die Baustelle „besenrein“ zu hinterlassen, sondern um eine Bauschlussreinigung, wie sie auch in der Leistungsbeschreibung Hochbau LB-NB definiert ist. Diese Schlussreinigung umfasst – unabhängig vom zuletzt ausgeübten Gewerk – die Reinigung aller Aufenthalts- und Nebenräume einer Wohnung einschließlich Terrassen und Balkone sowie die Reinigung des Stiegenhauses vom Keller bis zum Dachboden vor Übergabe an den Benützer, sofern Sanierungsarbeiten auch im Stiegenhaus durchgeführt wurden. Diese Tätigkeit erfordert die Befugnis für das reglementierte Handwerk „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung“ gemäß § 94 Z 13 GewO 1994. Wenn daher die Antragsgegnerin in den OG 90 und OG 98 Reinigungsleistungen ausgeschrieben hat, handelt es sich dabei nicht um Reinigungsleistungen, die jeder Beauftragte nach Beendigung seiner Tätigkeit vornehmen muss, um die Baustelle „besenrein“ zu hinterlassen, sondern um eine Bauschlussreinigung, wie sie auch in der Leistungsbeschreibung Hochbau LB-NB definiert ist. Diese Schlussreinigung umfasst – unabhängig vom zuletzt ausgeübten Gewerk – die Reinigung aller Aufenthalts- und Nebenräume einer Wohnung einschließlich Terrassen und Balkone sowie die

Reinigung des Stiegenhauses vom Keller bis zum Dachboden vor Übergabe an den Benützer, sofern Sanierungsarbeiten auch im Stiegenhaus durchgeführt wurden. Diese Tätigkeit erfordert die Befugnis für das reglementierte Handwerk „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung“ gemäß Paragraph 94, Ziffer 13, GewO 1994.

Auch im Kollektivvertrag findet sich eine Abgrenzung der einzelnen Tätigkeiten durch Zuordnung in Lohngruppen. Die Arbeiten, in denen das „kleine Reinigungsgewerbe“ (Tätigkeiten wie sie Hausbesorger zu verrichten haben) ausreicht, sind der Lohngruppe 2 zugeordnet. Die Tätigkeiten der Reinigung nach Professionisten, Grundreinigung und Baureinigung sind der Lohngruppe 3 zugeordnet und erfordern die Befugnis der „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung.“

Letztlich ist aber auch zu berücksichtigen, dass nach den Ausschreibungsbedingungen die Antragstellerin, sofern sie nicht über die Befugnis zum „großen Reinigungsgewerbe“ verfügt, sich eines Subunternehmers bedienen kann bzw. eine entsprechende Arbeitsgemeinschaft eingehen kann.

Sofern die Antragstellerin damit argumentiert, bei den in Rede stehenden Reinigungsleistungen handle es sich um geringfügige Nebenleistungen im Sinne des § 32 Abs. 1 GewO, zu deren Ausführung sie berechtigt wäre, kann ihr nicht gefolgt werden. Das Verfahren hat ergeben, dass es sich bei den ausgeschriebenen Reinigungsleistungen nicht um solche handelt, die nach Abschluss der eigenen Tätigkeit des Unternehmers entsprechend der ÖNORM ohnedies zu erbringen sind, sondern um Reinigungsleistungen, die die Schlussreinigung unabhängig vom zuletzt ausgeübten Gewerk, die Reinigung aller Aufenthalts- und Nebenräume einer Wohnung einschließlich Terrassen und Balkone sowie die Reinigung des Stiegenhauses vom Keller bis zum Dachboden vor Übergabe an den Benützer, betreffen. Die Bestimmungen des § 32 Abs. 1 GewO können nur dann Anwendung finden, wenn es sich um Reinigungsleistungen des Auftragnehmers nach Beendigung seiner eigenen Tätigkeiten handelt. Da die Antragsgegnerin den ihr zustehenden Ermessensspielraum in vergaberechtlich unbedenklicher Art und Weise genützt hat, sie die von ihr beabsichtigte Gesamtvergabe auf Grund gewerberechtlicher Bestimmungen vorsieht, eine Einschränkung des Wettbewerbes durch die beabsichtigte Gesamtvergabe nicht erkennbar ist, war dem Antrag auf Nichtigerklärung der diesbezüglichen Festlegungen nicht stattzugeben. Sofern die Antragstellerin damit argumentiert, bei den in Rede stehenden Reinigungsleistungen handle es sich um geringfügige Nebenleistungen im Sinne des Paragraph 32, Absatz eins, GewO, zu deren Ausführung sie berechtigt wäre, kann ihr nicht gefolgt werden. Das Verfahren hat ergeben, dass es sich bei den ausgeschriebenen Reinigungsleistungen nicht um solche handelt, die nach Abschluss der eigenen Tätigkeit des Unternehmers entsprechend der ÖNORM ohnedies zu erbringen sind, sondern um Reinigungsleistungen, die die Schlussreinigung unabhängig vom zuletzt ausgeübten Gewerk, die Reinigung aller Aufenthalts- und Nebenräume einer Wohnung einschließlich Terrassen und Balkone sowie die Reinigung des Stiegenhauses vom Keller bis zum Dachboden vor Übergabe an den Benützer, betreffen. Die Bestimmungen des Paragraph 32, Absatz eins, GewO können nur dann Anwendung finden, wenn es sich um Reinigungsleistungen des Auftragnehmers nach Beendigung seiner eigenen Tätigkeiten handelt. Da die Antragsgegnerin den ihr zustehenden Ermessensspielraum in vergaberechtlich unbedenklicher Art und Weise genützt hat, sie die von ihr beabsichtigte Gesamtvergabe auf Grund gewerberechtlicher Bestimmungen vorsieht, eine Einschränkung des Wettbewerbes durch die beabsichtigte Gesamtvergabe nicht erkennbar ist, war dem Antrag auf Nichtigerklärung der diesbezüglichen Festlegungen nicht stattzugeben.

Zu Punkt I) 4) a) iii) des Nachprüfungsantrages Zu Punkt römisch eins) 4) a) iii) des Nachprüfungsantrages:

Hier macht die Antragstellerin diskriminierende Festlegungen betreffend die Referenzprojekte geltend, insofern als eine sachliche Begründung dafür, dass 2 % der Referenzsummen aus dem Gewerk „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger“ erforderlich sind, nicht ersichtlich sei.

Dazu vertritt die Antragsgegnerin den Standpunkt, da für die ausgeschriebenen Reinigungsleistungen die „große Reinigung“ erforderlich sei, liege auch eine sachliche Begründung für das Verlangen einer diesbezüglichen Referenz vor.

Dazu hat das Verfahren ergeben, dass die Antragsgegnerin bisher Reinigungsleistungen, die sie nunmehr als eigene Obergruppen (90, 98) ausgeschrieben hat, etwa an die Antragstellerin gemeinsam mit Kleinaufträgen vergeben hat. Diesbezüglich hat sie die Kopien von Auftragsscheinen vorgelegt, aus denen sich etwa ergibt, dass die Auftraggeberin nach Durchführung eventueller Ausbesserungen nach Arbeiten anderer Kontrahenten auch eine Reinigung der Wohnung durchzuführen hatte. Nach dem Vorbringen der Parteien hat es sich dabei in aller Regel um Ausbesserungen

nach Durchführung von Arbeiten anderer Professionisten gehandelt (Protokoll Seite 6 und 7). Dazu hat die Antragsgegnerin vorgebracht, dass auf Grund ihrer nunmehrigen rechtlichen Beurteilung zur Erbringung dieser Leistungen sie nicht „glaube...., die Reinigungsleistungen, die KR *** bisher im Rahmen des Auftragsverhältnisses zu uns erbracht hat.... als geeignete Referenzen" anerkennen zu können. Dies deshalb, weil ihre bisherigen Kontrahenten dafür „keine Gewerbeberechtigung gehabt haben" (Protokoll Seite 8).

Im Hinblick darauf, dass für die in den OG 90 und 98 ausgeschriebenen Reinigungsleistungen die Gewerbeberechtigung für die „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung" erforderlich ist, liegt es in der Natur der Sache, dass nur solche Reinigungsleistungen als Referenzen anerkannt werden können, die auf Grund dieser Gewerbeberechtigung durchgeführt worden sind. Insoweit erweist sich die Rechtsansicht der Antragsgegnerin als zutreffend. Sollte ein Bieter nicht über die erforderliche gewerberechtliche Befugnis verfügen und dementsprechend auch nicht in der Lage sein Referenzen nachzuweisen, bleibt ihm die Möglichkeit durch Beiziehung eines befugten Subunternehmers oder aber durch Bildung einer entsprechenden ARGE mit einem entsprechend befugten Unternehmen die notwendigen Referenzen nachzuweisen (§ 70 Abs. 5 BVergG 2006). Im Hinblick darauf, dass für die in den OG 90 und 98 ausgeschriebenen Reinigungsleistungen die Gewerbeberechtigung für die „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung" erforderlich ist, liegt es in der Natur der Sache, dass nur solche Reinigungsleistungen als Referenzen anerkannt werden können, die auf Grund dieser Gewerbeberechtigung durchgeführt worden sind. Insoweit erweist sich die Rechtsansicht der Antragsgegnerin als zutreffend. Sollte ein Bieter nicht über die erforderliche gewerberechtliche Befugnis verfügen und dementsprechend auch nicht in der Lage sein Referenzen nachzuweisen, bleibt ihm die Möglichkeit durch Beiziehung eines befugten Subunternehmers oder aber durch Bildung einer entsprechenden ARGE mit einem entsprechend befugten Unternehmen die notwendigen Referenzen nachzuweisen (Paragraph 70, Absatz 5, BVergG 2006).

Unter Abschnitt I) 4) a) iv) macht die Antragstellerin geltend, die Ausschreibung würde unzureichende Festlegungen zur finanziellen und wirtschaftlichen sowie technischen Leistungsfähigkeit enthalten. Unter Abschnitt römisch eins) 4) a) iv) macht die Antragstellerin geltend, die Ausschreibung würde unzureichende Festlegungen zur finanziellen und wirtschaftlichen sowie technischen Leistungsfähigkeit enthalten.

Dazu hat die Antragsgegnerin vorgebracht, dass die Auftraggeberin nach § 70 Abs. 1 BVergG 2006 vom Bieter Nachweise verlangen kann, eine Verpflichtung dazu jedoch nicht bestehe. Welche Nachweismittel vorzulegen sind, liege im Ermessen der Auftraggeberin. Selbst ein verlangter Nachweis stelle nicht automatisch einen Beweis für das Vorliegen eines Eignungskriteriums dar. Selbstverständlich werde die Auftraggeberin auch bei einem präsumtiven Zuschlagsempfänger überprüfen, ob er den Auftrag „überleben" werde. Dies sei nicht zuletzt auf Grund der vorgelegten Kalkulationsdaten sowie der ANKÖ-Daten und dem offenen Firmenbuch leicht möglich. Dazu hat die Antragsgegnerin vorgebracht, dass die Auftraggeberin nach Paragraph 70, Absatz eins, BVergG 2006 vom Bieter Nachweise verlangen kann, eine Verpflichtung dazu jedoch nicht bestehe. Welche Nachweismittel vorzulegen sind, liege im Ermessen der Auftraggeberin. Selbst ein verlangter Nachweis stelle nicht automatisch einen Beweis für das Vorliegen eines Eignungskriteriums dar. Selbstverständlich werde die Auftraggeberin auch bei einem präsumtiven Zuschlagsempfänger überprüfen, ob er den Auftrag „überleben" werde. Dies sei nicht zuletzt auf Grund der vorgelegten Kalkulationsdaten sowie der ANKÖ-Daten und dem offenen Firmenbuch leicht möglich.

Gemäß § 70 Abs. 2 BVergG 2006 dürfen Nachweise von einem Unternehmer nur soweit verlangt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Im Gesetz ist keine Bestimmung zu entnehmen, ob und welchem Mindestausmaß derartige Nachweise vom Auftraggeber verlangt werden müssen. Das von der Auftraggeberin festgelegte Ausmaß an Referenzsummen von ca. 50 % der Gebietseinheit (Punkt 2.10 lit. e der Ausschreibungsunterlagen) ist ausreichend, um die grundsätzliche technische Eignung für die Erbringung der ausgeschriebenen Art der Leistung überprüfen zu können. Die Leistungsfähigkeit des Unternehmers ist unabhängig von den festgelegten Referenzsummen zu prüfen. Hier hat die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 11.1.2010 ergänzend ausgeführt, dass sie niemals gerügt hätte, die Mindestreferenzsummen seien zu niedrig angesetzt, „sondern, dass die Antragsgegnerin es unterlassen hat, die angegebenen Referenzen in Bezug zum Gesamtumsatz (offenbar gemeint des Bieters) zu setzen, um so festzustellen, ob die technische sowie die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit gegeben ist" (Seite 6 des Schriftsatzes). Inwieweit ein derartiger Vergleich zwischen Mindestreferenzsummen und Gesamtumsatz des Bieters aussagekräftig sein soll, wird nicht näher dargelegt. Die

Eignung ist von der Auftraggeberin ohnedies nach den Vorschriften der §§ 74 f BVergG 2006 zu prüfen. Gemäß Paragraph 70, Absatz 2, BVergG 2006 dürfen Nachweise von einem Unternehmer nur soweit verlangt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Im Gesetz ist keine Bestimmung zu entnehmen, ob und welchem Mindestausmaß derartige Nachweise vom Auftraggeber verlangt werden müssen. Das von der Auftraggeberin festgelegte Ausmaß an Referenzsummen von ca. 50 % der Gebietseinheit (Punkt 2.10 Litera e, der Ausschreibungsunterlagen) ist ausreichend, um die grundsätzliche technische Eignung für die Erbringung der ausgeschriebenen Art der Leistung überprüfen zu können. Die Leistungsfähigkeit des Unternehmers ist unabhängig von den festgelegten Referenzsummen zu prüfen. Hier hat die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 11.1.2010 ergänzend ausgeführt, dass sie niemals gerügt hätte, die Mindestreferenzsummen seien zu niedrig angesetzt, „sondern, dass die Antragsgegnerin es unterlassen hat, die angegebenen Referenzen in Bezug zum Gesamtumsatz (offenbar gemeint des Bieters) zu setzen, um so festzustellen, ob die technische sowie die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit gegeben ist“ (Seite 6 des Schriftsatzes). Inwieweit ein derartiger Vergleich zwischen Mindestreferenzsummen und Gesamtumsatz des Bieters aussagekräftig sein soll, wird nicht näher dargelegt. Die Eignung ist von der Auftraggeberin ohnedies nach den Vorschriften der Paragraphen 74, f BVergG 2006 zu prüfen.

Die Festlegungen zur finanziellen und wirtschaftlichen sowie technischen Leistungsfähigkeit in den Ausschreibungsunterlagen hält der Senat für ausreichend und durchaus im Einklang mit den vergaberechtlichen Bestimmungen stehend. Damit erweist sich die Anfechtung der Ausschreibung in diesem Punkt als nicht berechtigt.

Unter Punkt I) 4) a) v) macht die Antragstellerin geltend, es sei unsachlich bei geringfügigem Nichterreichen von Referenzsummen Angebote auszuscheiden. Wenn die Antragsgegnerin ein Referenzprojekt nicht anerkenne, werde das ganze Angebot, also hinsichtlich aller Lose ausgeschieden. Unter Punkt römisch eins) 4) a) v) macht die Antragstellerin geltend, es sei unsachlich bei geringfügigem Nichterreichen von Referenzsummen Angebote auszuscheiden. Wenn die Antragsgegnerin ein Referenzprojekt nicht anerkenne, werde das ganze Angebot, also hinsichtlich aller Lose ausgeschieden.

Dazu vertritt die Antragsgegnerin den Standpunkt, dass jeder Bieter es selbst in der Hand habe zu beurteilen, über wie viele Referenzen er verfüge und für wie viele Lose er daher ein Angebot legen könne.

Auch in diesem Anfechtungspunkt kann der Argumentation der Antragstellerin nicht gefolgt werden. Nach § 19 Abs. 1 BVergG 2006 gelten nur jene Unternehmer als geeignet, die befugt, leistungsfähig und zuverlässig sind. Nach den Möglichkeiten der Ausschreibungsunterlagen können Angebote für alle Lose, für einige Lose oder auch nur für ein Los abgegeben werden. Da es sich um eine Gesamtausschreibung handelt, die sich aus mehreren Losen zusammensetzt, müssen die Eignungsanforderungen für jedes angebotene Los und selbstverständlich insgesamt für die Summe der angebotenen Lose erfüllt sein. Die Bieter geben eben immer nur ein Angebot ab, auch wenn dieses auf mehrere Lose lautet. Auch in diesem Anfechtungspunkt kann der Argumentation der Antragstellerin nicht gefolgt werden. Nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 gelten nur jene Unternehmer als geeignet, die befugt, leistungsfähig und zuverlässig sind. Nach den Möglichkeiten der Ausschreibungsunterlagen können Angebote für alle Lose, für einige Lose oder auch nur für ein Los abgegeben werden. Da es sich um eine Gesamtausschreibung handelt, die sich aus mehreren Losen zusammensetzt, müssen die Eignungsanforderungen für jedes angebotene Los und selbstverständlich insgesamt für die Summe der angebotenen Lose erfüllt sein. Die Bieter geben eben immer nur ein Angebot ab, auch wenn dieses auf mehrere Lose lautet.

Dass bei Nichterfüllung der Referenzsumme ein Angebot auszuscheiden ist, ergibt sich aus den Bestimmungen des BVergG. Es wird daher ein Bieter zu entscheiden haben, wenn er Angebote für mehrere Lose legt, ob ihm bei Aberkennung bestimmter Referenzen noch ein Spielraum zur Erfüllung der vorgeschriebenen Referenzsummen bleibt. Dass die Ausscheidungssanktion bei Fehlen von Referenznachweisen alle Lose betrifft, ist selbstverständlich, da es sonst die Auftraggeberin in der Hand hätte, die Auswahl unter jenen Losen, für die die Referenzen ausreichen, zu treffen und damit willkürlich Zuschlagserteilungen vorzunehmen.

Unter Punkt I) 4) a) vi) ihres Nachprüfungsantrages fühlt sich die Antragstellerin durch das Verlangen des Nachweises einer Haftpflichtversicherung über EUR 750.000,-- in diskriminierender Weise benachteiligt. Eine Haftpflichtversicherung über diesen Betrag sei „überschießend“, da die einzelnen abgerufenen Leistungen überwiegend Kleinst- und Kleinaufträge darstellten. Unter Punkt römisch eins) 4) a) vi) ihres Nachprüfungsantrages

fühlt sich die Antragstellerin durch das Verlangen des Nachweises einer Haftpflichtversicherung über EUR 750.000,-- in diskriminierender Weise benachteiligt. Eine Haftpflichtversicherung über diesen Betrag sei „überschießend“, da die einzelnen abgerufenen Leistungen überwiegend Kleinst- und Kleinaufträge darstellten.

Die Antragsgegnerin hat dazu vorgebracht, dass nach der Ausschreibung auch Einzelabrufe bis zu einem Gesamtbetrag je Auftragserteilung von EUR 100.000,-- (ohne USt) möglich sind. Die Kleinteiligkeit der Aufträge habe nichts mit den erheblichen Gefahren bei der Erbringung der Leistung zu tun, etwa wenn Gerüstleistungen auszuführen sind. Die Haftpflichtversicherung decke gerade einmal die typischen Schadensfälle ab. Darüber hinaus verfügen die für die Leistungserbringung in Betracht kommenden Unternehmer in der Regel über eine noch höhere Haftpflichtversicherung, so etwa das Mitglied der antragstellenden ARGE *** GmbH über eine Betriebshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von EUR 1.452.457,-- und auch die *** GmbH über eine Betriebshaftpflichtversicherung mit einer Pauschalversicherungssumme von EUR 750.000,--.

Im Verlangen des Nachweises einer Betriebshaftpflichtversicherung über zumindest € 750.000,-- erblickt der Senat weder eine diskriminierende Anforderung noch einen Verstoß gegen Bestimmungen des Vergaberechts. Nach den Ausschreibungsunterlagen haben die Auftragnehmer zwar mit einer Unzahl von Kleinaufträgen zu rechnen, gegebenenfalls aber auch mit Einzelaufträgen über eine Auftragssumme von EUR 100.000,-- (ohne USt). Desgleichen sind auch Gerüstarbeiten ausgeschrieben, wozu die Antragsgegnerin zutreffend auf das erhöhte Risiko, das mit der Aufstellung und mit der Vorhaltung von Gerüsten verbunden ist, verweist. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint das Verlangen des Nachweises einer Haftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme über EUR 750.000,-- nicht unsachlich. Letztlich ist jedoch darauf zu verweisen, wie der Senat bereits früher ausgesprochen hat „dass die verlangte Versicherung in der verlangten Höhe keinen Verstoß gegen § 70 Abs. 2 BVergG darstellt. Dies deshalb, weil die Prämie für die Versicherung in der Kalkulation berücksichtigt werden kann und somit das Risiko für den Unternehmer berechenbar ist“ (VKS Wien vom 23.8.2007, VKS 3860/07; 13.3.2008, VKS-21.08 ua.). Der Senat sieht keine Veranlassung im gegenständlichen Verfahren eine andere Rechtsmeinung zu vertreten, weshalb dem Anfechtungsbegehren in diesem Punkte nicht stattzugeben war. Im Verlangen des Nachweises einer Betriebshaftpflichtversicherung über zumindest € 750.000,-- erblickt der Senat weder eine diskriminierende Anforderung noch einen Verstoß gegen Bestimmungen des Vergaberechts. Nach den Ausschreibungsunterlagen haben die Auftragnehmer zwar mit einer Unzahl von Kleinaufträgen zu rechnen, gegebenenfalls aber auch mit Einzelaufträgen über eine Auftragssumme von EUR 100.000,-- (ohne USt). Desgleichen sind auch Gerüstarbeiten ausgeschrieben, wozu die Antragsgegnerin zutreffend auf das erhöhte Risiko, das mit der Aufstellung und mit der Vorhaltung von Gerüsten verbunden ist, verweist. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint das Verlangen des Nachweises einer Haftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme über EUR 750.000,-- nicht unsachlich. Letztlich ist jedoch darauf zu verweisen, wie der Senat bereits früher ausgesprochen hat „dass die verlangte Versicherung in der verlangten Höhe keinen Verstoß gegen Paragraph 70, Absatz 2, BVergG darstellt. Dies deshalb, weil die Prämie für die Versicherung in der Kalkulation berücksichtigt werden kann und somit das Risiko für den Unternehmer berechenbar ist“ (VKS Wien vom 23.8.2007, VKS 3860/07; 13.3.2008, VKS-21.08 ua.). Der Senat sieht keine Veranlassung im gegenständlichen Verfahren eine andere Rechtsmeinung zu vertreten, weshalb dem Anfechtungsbegehren in diesem Punkte nicht stattzugeben war.

Unter Punkt I) 4) a) vii) ihres Antrages macht die Antragstellerin geltend, die Antragsgegnerin habe unter der OG 03 Baustellengemeinkosten Gerüst ausgeschrieben, ohne jedoch – wie ihre Erfahrungen aus den vergangenen Jahren zeige – die Absicht zu haben, die Gerüstleistungen auch tatsächlich abzurufen. Keines der Mitglieder der Antragstellerin verfüge über Gerüste, weshalb die Ausschreibung der Gerüstarbeiten in einer eigenen Obergruppe diskriminierend wären. Unter Punkt römisch eins) 4) a) vii) ihres Antrages macht die Antragstellerin geltend, die Antragsgegnerin habe unter der OG 03 Baustellengemeinkosten Gerüst ausgeschrieben, ohne jedoch – wie ihre Erfahrungen aus den vergangenen Jahren zeige – die Absicht zu haben, die Gerüstleistungen auch tatsächlich abzurufen. Keines der Mitglieder der Antragstellerin verfüge über Gerüste, weshalb die Ausschreibung der Gerüstarbeiten in einer eigenen Obergruppe diskriminierend wären.

Dazu hat die Antragsgegnerin vorgebracht zu beabsichtigten, auch die Aufstellung von Gerüsten abzurufen. Bisher habe sich die Antragsgegnerin um diese Gerüstleistungen gekümmert und zwar durch Abruf aus dem Baumeister-Kontrahentenvertrag. Zukünftig sei beabsichtigt, diese Leistungen von jenen Kontrahenten ausführen zu lassen, die das Gerüst auch tatsächlich benötigen.

Dazu hat der Senat erwogen:

Aus dem Vorbringen der Antragstellerin zu diesem Punkt ist nicht nachvollziehbar, worin eine Diskriminierung liegen soll, wenn die Ausschreibungsunterlagen auch im Leistungsverzeichnis eine eigene Obergruppe für die Errichtung von Gerüsten vorsieht. Dass das Aufstellen von Gerüsten bei Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen notwendig sein kann, entspricht den Erfahrungen des Senates und ist durchaus nicht ungewöhnlich. Sollten die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft tatsächlich nicht über die erforderlichen Gerüste verfügen, wären sie auf entsprechende Subunternehmer oder ein weiteres ARGE-Mitglied, das diese Leistungen erbringen kann, zu verweisen. Es kann auch nicht gesagt werden, dass die Ausschreibung von Gerüstleistungen im Zusammenhang mit den übrigen ausgeschriebenen Gewerken unsachlich wäre. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang darauf, dass in Hinkunft auf diese Art und Weise Stehzeiten vermieden werden könnten, weil der jeweilige Auftragnehmer nicht mehr auf die Beistellung eines Gerüsts durch einen anderen Unternehmer warten müsse bzw. sich mit diesem abstimmen muss. Dass damit auch Kostenersparnisse für die Auftraggeberin verbunden sind, ist nachvollziehbar und verständlich.

Es erweist sich damit die Anfechtung auch in diesem Punkt als nicht berechtigt.

Letztlich macht die Antragstellerin geltend (Abschnitt 4 lit. b), dass nach den Ausschreibungsunterlagen Nachlässe bzw. Aufschläge nicht auf Positionsebene zugelassen seien, verhindere eine Kalkulierbarkeit der Angebote. Letztlich macht die Antragstellerin geltend (Abschnitt 4 Litera b,)), dass nach den Ausschreibungsunterlagen Nachlässe bzw. Aufschläge nicht auf Positionsebene zugelassen seien, verhindere eine Kalkulierbarkeit der Angebote.

Dazu hat die Antragsgegnerin vorgebracht, weder dem BVergG 2006 noch einer sonstigen einschlägigen Norm lasse sich eine Verpflichtung entnehmen, wonach Preisaufschläge bzw. Nachlässe (nur) auf Positionsebene zuzulassen wären. Tatsächlich würde die Zulassung von Preisaufschlägen bzw. -nachlässen auf Positionsebene das Preisaufschlags/Nachlassverfahren gemäß § 2 Z 28 BVergG 2006 ad absurdum führen, den Bietern spekulative Angebote auf Einheitspreisebene ermöglichen und de facto zu einem Preisangebotsverfahren führen. Eine Vorgabekalkulation des Auftraggebers wäre in diesen Fällen entbehrlich. Dazu hat die Antragsgegnerin vorgebracht, weder dem BVergG 2006 noch einer sonstigen einschlägigen Norm lasse sich eine Verpflichtung entnehmen, wonach Preisaufschläge bzw. Nachlässe (nur) auf Positionsebene zuzulassen wären. Tatsächlich würde die Zulassung von Preisaufschlägen bzw. -nachlässen auf Positionsebene das Preisaufschlags/Nachlassverfahren gemäß Paragraph 2, Ziffer 28, BVergG 2006 ad absurdum führen, den Bietern spekulative Angebote auf Einheitspreisebene ermöglichen und de facto zu einem Preisangebotsverfahren führen. Eine Vorgabekalkulation des Auftraggebers wäre in diesen Fällen entbehrlich.

Zur Frage der vergaberechtlichen Zulässigkeit des Preisfindungsverfahrens durch Aufschläge bzw. Nachlässe auf Obergruppenebene hat der Senat in der Vergangenheit bereits mehrfach Stellung genommen. So hat der Senat die Wahl des Preisaufschlag/Nachlassverfahrens für die Ausschreibung von Rahmenverträgen über Bauleistungen grundsätzlich als sinnvolle und gerechtfertigte Vorbeugung gegen spekulative Angebote auf Einheitspreisebene gesehen. „Der Forderung der Antragstellerin Aufschläge und Nachlässe auf Einheitspreisebene zuzulassen, kann daher nicht zugestimmt werden“ (VKS 30.1.2007, VKS – 3664/06 bis VKS – 3675/06). Mit Bescheid vom 23.8.2007 zu VKS – 3860/07 und VKS – 4578/07 hat der Senat ausgesprochen, „dass im Preisaufschlags/Nachlassverfahren der Bieter seine eigene Kalkulation in der Relation zu den vorgegebenen Einheitspreisen (getrennt in „Lohn“ und „Sonstiges“) zu bringen hat und daraus Aufschläge und Nachlässe je Leistungsgruppe errechnet. Die von der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellte Detailkalkulation soll dem Bieter dabei Anhaltspunkte, insbesondere hinsichtlich der zu wählenden Leistungsansätze und der den vorgegebenen Preisen zugrundeliegenden Preisgrundlagen geben. Wenn daher die Antragsgegnerin ein K 4 – Blatt über die Materialkosten bzw. Preise zur Verfügung stellt, so erkennt der Bieter daraus, zu welchem durchschnittlichen Preisniveau die Materialkosten in die Kalkulation der Vorgabepreise eingeflossen sind. Eine positionsweise Angabe von Rabattsätzen ist jedenfalls nicht erforderlich“. So hat der Senat in seiner Entscheidung vom 13.3.2008, VKS – 21/08, die ebenfalls Rahmenvertragsausschreibungen von Bauleistungen durch die Antragsgegnerin betroffen hat, erkannt, dass Aufschläge und Nachlässe auf die Preisanteile „Lohn“ und „Sonstiges“ lediglich auf Leistungsgruppenebene zulässig waren. Auch beim Preisaufschlags/Nachlassverfahren haben die Bieter grundsätzlich eigenständig zu kalkulieren, auch dann, wenn Auf- oder Abschläge nur auf Leistungsgruppenebene zulässig sind.

Letztlich ist – wie von der Antragsgegnerin zutreffend aufgezeigt wird - auf die anzuwendenden ÖNORMEN zu verweisen, die gemäß § 97 und § 99 BVergG 2006 von der Auftraggeberin bei Ausarbeitung ihrer Ausschreibungsunterlagen anzuwenden sind. So wird in der ÖNORM B 2063: 1996 bzw. der ÖNORM A 2063 das Preisaufschlags-/nachlassverfahren näher definiert und klargestellt, dass Aufschläge oder Nachlässe auf Positionsebene nicht zulässig sind. Dazu kommt, dass die Antragsgegnerin an den bereits zitierten Erlass der Magistratsdirektion – Geschäftsbereich Bauten und Technik vom 15.2.2006, MD BD – 3741-3/03 gebunden ist, wonach bei der Vergabe von Rahmenverträgen den Bietern die Abgabe von Aufschlägen und Nachlässen auf Leistungsgruppenebene getrennt nach Preisanteilen zu ermöglichen ist. Die Abgabe von Aufschlägen oder Nachlässen auf Positionsebene sowie das Vorsehen nur eines Aufschlages oder Nachlasses für das gesamte Angebot ist demnach unzulässig. Letztlich ist – wie von der Antragsgegnerin zutreffend aufgezeigt wird - auf die anzuwendenden ÖNORMEN zu verweisen, die gemäß Paragraph 97 und Paragraph 99, BVergG 2006 von der Auftraggeberin bei Ausarbeitung ihrer Ausschreibungsunterlagen anzuwenden sind. So wird in der ÖNORM B 2063: 1996 bzw. der ÖNORM A 2063 das Preisaufschlags-/nachlassverfahren näher definiert und klargestellt, dass Aufschläge oder Nachlässe auf Positionsebene nicht zulässig sind. Dazu kommt, dass die Antragsgegnerin an den bereits zitierten Erlass der Magistratsdirektion – Geschäftsbereich Bauten und Technik vom 15.2.2006, MD BD – 3741-3/03 gebunden ist, wonach bei der Vergabe von Rahmenverträgen den Bietern die Abgabe von Aufschlägen und Nachlässen auf Leistungsgruppenebene getrennt nach Preisanteilen zu ermöglichen ist. Die Abgabe von Aufschlägen oder Nachlässen auf Positionsebene sowie das Vorsehen nur eines Aufschlages oder Nachlasses für das gesamte Angebot ist demnach unzulässig.

Der Senat sieht sich nicht veranlasst von seiner mehrfach bereits in der Vergangenheit dargelegten Rechtsansicht zur Zulässigkeit des Preisaufschlags/Nachlassverfahrens abzugehen, weshalb der Anfechtung auch in diesem Punkte nicht stattzugeben war.

Auf das Vorbringen der Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 11.1.2010, worin sie einen eklatanten Verstoß gegen die einstweilige Verfügung des Senates geltend macht, weshalb das Vergabeverfahren widerrufsreif sei, war nicht näher einzugehen, weil sich in der mündlichen Verhandlung ergeben hat, dass das Ende der Angebotsfrist ohnedies auf 11.2.2010 berichtigt worden ist und – entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin – die Ausschreibungsunterlagen im Internet – wenn auch über einen Link zur Ausschreibungsbekanntmachung auf der Homepage der Antragsgegnerin ununterbrochen zur Verfügung stand.

Aus diesen Gründen war dem Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Ausschreibung der Antragsgegnerin nicht stattzugeben und das diesbezügliche Begehren abzuweisen.

Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 21.9.2009 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 21.9.2009 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

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

Schlagworte

Oberschwellenbereich; Ausschreibung, Rahmenvertrag; Preisaufschlag-, -nachlassverfahren; Gesamtvergabe/Teilvergabe; Zulässigkeit der Zusammenfassung verschiedener Gewerbe:

Zuletzt aktualisiert am

11.06.2010

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