

TE Verg Bescheid 2010/1/14 VKS-8100/09

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 §26 Abs2
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 §19 Abs1
BVergG 2006 §20 Abs2
BVergG 2006 §22 Abs1
BVergG 2006 §24 Abs1
BVergG 2006 §27
BVergG 2006 §28
BVergG 2006 §69 Z1
BVergG 2006 §71
BVergG 2006 §97
BVergG 2006 §98
BVergG 2006 §99
BVergG 2006 §106 Abs6

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 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 § 22 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 22 gültig von 01.01.2008 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 22 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 24 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 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 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 71 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 71 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 71 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 97 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 98 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 98 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 99 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 106 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Dr. Thomas Girardi, Rechtsanwalt in Innsbruck, 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
Dem Antrag der Antragstellerin wird teilweise statt gegeben. Die Anführung der ÖNORMen B2110 Ausgabe 1. März 2002, B2114/1996-09, B2063/1996-09 und B2111/2000 in den Ausschreibungsunterlagen wird für nichtig erklärt. (Pkt. 5.2. des Antrages)
2. 2.Ziffer 2
Den übrigen Anträgen auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen wird nicht statt gegeben; die diesbezüglichen Anträge werden als unbegründet abgewiesen. (Pkt. 5.1, 5.3, 5.4, 5.6, 5.8 bis 5.10, 5.12 bis 5.15, 5.17, 5.18, 5.20 bis 5.23 und 5.25)
3. 3.Ziffer 3

Die einstweilige Verfügung vom 23.9.2009 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

4. 4.Ziffer 4

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren von € 7.500,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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, 26 Abs. 2, 31 Abs. 6 WVRG 2007 in Verbindung mit § 2 Z 16 lit. a, sublit. aa und Z 28, 3 Abs. 1 Z 2, 4, 19 Abs. 1, 20 Abs. 2, 22 Abs. 1, 24 Abs. 1, 27, 28, 69 Z 1, 71, 97, 98, 99, 106 Abs. 6 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, 26, Absatz 2, 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, 19, Absatz eins, 20, Absatz 2, 22, Absatz eins, 24, Absatz eins, 27, 28, 69, Ziffer eins, 71, 97, 98, 99, 106, Absatz 6, 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 18.9.2009 in der Geschäftsstelle des Wiener Vergabekontrollsenates und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007) eingelangten Antrag begehrt die Antragstellerin die Ausschreibung für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Mit dem am 18.9.2009 in der Geschäftsstelle des Wiener Vergabekontrollsenates und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007) eingelangten Antrag begehrt die Antragstellerin die Ausschreibung für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz.

Die Antragstellerin bekämpft unter Abschnitt fünf ihres einleitenden Schriftsatzes die Ausschreibungsunterlagen in insgesamt 25 Punkten. Im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 18.1.2010 hat die Antragstellerin die Anfechtung zu den Punkten 5.5, 7, 11, 16, 19 und 24 nicht aufrecht erhalten; diese Anfechtungspunkte sind damit nicht mehr Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens.

Im Übrigen führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, die Wahl des Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahrens sei nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig. Die Antragsgegnerin stelle weder einen Ausnahmefall dar, noch werde die Wahl dieses Verfahrens begründet (Pkt. 5.1). Sowohl § 97 Abs. 2 als auch § 99 Abs. 2 BVergG 2006 verpflichte den Auftraggeber dazu, sich insbesondere auch bei den Vertragsbestimmungen an geeignete ÖNORMen zu halten. Die Auftraggeberin lege ihren Ausschreibungsunterlagen mehrere, im Antrag näher bezeichnete, ÖNORMen zugrunde die alle vom Österreichischen Normungsinstitut noch vor Absendung der Bekanntmachung der gegenständlichen Ausschreibung zurückgezogen und durch neue, andere Normen ersetzt worden seien. Veraltete ÖNORMen könnten nicht als „geeignet“ bezeichnet werden (Pkt. 2). Nach § 71 BVergG 2006 habe der Auftraggeber den Nachweis zu verlangen, dass die einschlägige Befugnis zur Erbringung der konkreten Leistung vorliege. In den Ausschreibungsunterlagen sei nun vorgesehen, dass der Bieter bekannt geben müsse, welche Befugnisse zur Erbringung der angebotenen Leistung erforderlich seien. Dies verstoße gegen die Regelung des § 71 BVergG 2006 (Pkt. 3). Die in den Vergabeverfahrensbestimmungen Abschnitt 2 Pkt. 10a getroffene Festlegung, wonach sich der Auftraggeber vorbehält, von den Bietern im Laufe des Vergabeverfahrens oder vom Auftragnehmer während der

Vertragserfüllung weitere Nachweise für das Fortbestehen der Eignung zu verlangen, sei gesetzlich nicht gedeckt (Pkt. 4). Die Antragsgegnerin stelle unter der Bezeichnung der „Art des Auftrages“ fest, dass es sich um einen Bauauftrag handelt. Ungeachtet dessen werden die Gewerke Anstreicher, Maler, Bodenleger und Denkmal- Fassaden- und Gebäudereiniger ausgeschrieben. Bei letzterem Gewerk handle es sich um eine prioritäre Dienstleistung. Ein Dienstleistungsauftrag sei kein Bauauftrag. Nach den Ausschreibungsunterlagen werden Referenzen über erbrachte Bauleistungen verlangt aber auch Referenzen über Dienstleistungen hinsichtlich der Reinigungsleistung, womit die Antragsgegnerin gegen die Bestimmungen des BVergG 2006 verstoße (Pkt. 6). Im Abschnitt 2.21.1 der Vergabeverfahrensbestimmung werde zum Thema Detailkalkulation ausgeführt, dass Grundlage auch die letzte Auflage der österreichischen Baugeräteliste (ÖBGL) sei. Diese sei völlig veraltet und daher ungeeignet (Pkt. 8). Die Ausschreibung sei derart gestaltet, dass verschiedene Gebietseinheiten als Lose definiert werden. Für jedes Los werde die dort zu vergebende Leistung beschrieben und der voraussichtliche Leistungsumfang angegeben. Die einzelnen Leistungen sind zu mehreren Leistungsgruppen (LG) oder Obergruppen (OG) zusammengefasst wobei die Antragsgegnerin vorsehe, dass ein Preisaufschlag oder ein Preisnachlass auf die jeweilig definierte LG bzw. OG angeboten werden dürfe. Dies verstoße gegen § 2 Z 28 BVergG 2006 wonach Aufschläge oder Nachlässe nur auf die Bezugspreise der jeweiligen Position gegeben werden dürften (Pkt. 9). Diese Festlegung führe im Ergebnis dazu, dass jeder angebotene Bietereinheitspreis der Leistungsposition nicht dem Bieterkalkulationsergebnis entsprechen könne. Damit ergebe sich eine Überwälzung des Kalkulationsrisikos auf die Bieter, was im Ergebnis einen Gesetzesverstoß bedeute (Pkt. 10). Im Leistungsverzeichnis seien wesentliche Positionen mit dem Kürzel „W“ gekennzeichnet. Im Falle einer vertieften Angebotsprüfung werde der Auftraggeber vom jeweiligen Bieter den Nachweis einer ordnungsgemäßen Kalkulation dieser wesentlichen Positionen durch Vorlage einer entsprechenden Detailkalkulation verlangen. Da nun bei einer vertieften Angebotsprüfung bei wesentlichen Positionen lediglich zu prüfen sei, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind, andererseits ein Aufschlag oder Nachlass nur auf die OG/LG angeboten werden kann, ergebe sich aus dieser Situation, dass eine den Vorgaben des § 125 Abs. 4 Z 1 BVergG 2006 entsprechende Prüfung nicht mehr möglich sei (Pkt. 12). Mit der Festlegung, dass der Bieter die Ausschreibungsunterlagen zu prüfen habe, bzw. durch Abgabe seines Angebotes bestätige, dass er seiner Prüfpflicht nach § 106 Abs. 6 BVergG 2006 nachgekommen ist und alle in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Leistungen grundsätzlich als zweckmäßig, den gesetzlichen Bestimmungen sowie den anerkannten Regeln der Technik entsprechend erachtet, werde das Risiko einer sach- und fachgerechten Erstellung der Ausschreibungsunterlagen unzulässigerweise auf den Bieter überwält (Pkt. 13). Durch die Festlegung zum Leistungsumfang, dass dann, wenn nichts anderes angegeben ist, derIm Übrigen führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, die Wahl des Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahrens sei nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig. Die Antragsgegnerin stelle weder einen Ausnahmefall dar, noch werde die Wahl dieses Verfahrens begründet (Pkt. 5.1). Sowohl Paragraph 97, Absatz 2, als auch Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 verpflichte den Auftraggeber dazu, sich insbesondere auch bei den Vertragsbestimmungen an geeignete ÖNORMen zu halten. Die Auftraggeberin lege ihren Ausschreibungsunterlagen mehrere, im Antrag näher bezeichnete, ÖNORMen zugrunde die alle vom Österreichischen Normungsinstitut noch vor Absendung der Bekanntmachung der gegenständlichen Ausschreibung zurückgezogen und durch neue, andere Normen ersetzt worden seien. Veraltete ÖNORMen könnten nicht als „geeignet“ bezeichnet werden (Pkt. 2). Nach Paragraph 71, BVergG 2006 habe der Auftraggeber den Nachweis zu verlangen, dass die einschlägige Befugnis zur Erbringung der konkreten Leistung vorliege. In den Ausschreibungsunterlagen sei nun vorgesehen, dass der Bieter bekannt geben müsse, welche Befugnisse zur Erbringung der angebotenen Leistung erforderlich seien. Dies verstoße gegen die Regelung des Paragraph 71, BVergG 2006 (Pkt. 3). Die in den Vergabeverfahrensbestimmungen Abschnitt 2 Pkt. 10a getroffene Festlegung, wonach sich der Auftraggeber vorbehält, von den Bietern im Laufe des Vergabeverfahrens oder vom Auftragnehmer während der Vertragserfüllung weitere Nachweise für das Fortbestehen der Eignung zu verlangen, sei gesetzlich nicht gedeckt (Pkt. 4). Die Antragsgegnerin stelle unter der Bezeichnung der „Art des Auftrages“ fest, dass es sich um einen Bauauftrag handelt. Ungeachtet dessen werden die Gewerke Anstreicher, Maler, Bodenleger und Denkmal- Fassaden- und Gebäudereiniger ausgeschrieben. Bei letzterem Gewerk handle es sich um eine prioritäre Dienstleistung. Ein Dienstleistungsauftrag sei kein Bauauftrag. Nach den Ausschreibungsunterlagen werden Referenzen über erbrachte Bauleistungen verlangt aber auch Referenzen über Dienstleistungen hinsichtlich der Reinigungsleistung, womit die Antragsgegnerin gegen die Bestimmungen des BVergG 2006 verstoße (Pkt. 6). Im Abschnitt 2.21.1 der Vergabeverfahrensbestimmung werde zum Thema Detailkalkulation ausgeführt, dass Grundlage auch die letzte Auflage der österreichischen Baugeräteliste

(ÖBGL) sei. Diese sei völlig veraltet und daher ungeeignet (Pkt. 8). Die Ausschreibung sei derart gestaltet, dass verschiedene Gebietseinheiten als Lose definiert werden. Für jedes Los werde die dort zu vergebende Leistung beschrieben und der voraussichtliche Leistungsumfang angegeben. Die einzelnen Leistungen sind zu mehreren Leistungsgruppen (LG) oder Obergruppen (OG) zusammengefasst wobei die Antragsgegnerin vorsehe, dass ein Preisaufschlag oder ein Preisnachlass auf die jeweilig definierte LG bzw. OG angeboten werden dürfe. Dies verstoße gegen Paragraph 2, Ziffer 28, BVergG 2006 wonach Aufschläge oder Nachlässe nur auf die Bezugspreise der jeweiligen Position gegeben werden dürften (Pkt. 9). Diese Festlegung führe im Ergebnis dazu, dass jeder angebotene Bietereinheitspreis der Leistungsposition nicht dem Bieterkalkulationsergebnis entsprechen könne. Damit ergebe sich eine Überwälzung des Kalkulationsrisikos auf die Bieter, was im Ergebnis einen Gesetzesverstoß bedeute (Pkt. 10). Im Leistungsverzeichnis seien wesentliche Positionen mit dem Kürzel „W“ gekennzeichnet. Im Falle einer vertieften Angebotsprüfung werde der Auftraggeber vom jeweiligen Bieter den Nachweis einer ordnungsgemäßen Kalkulation dieser wesentlichen Positionen durch Vorlage einer entsprechenden Detailkalkulation verlangen. Da nun bei einer vertieften Angebotsprüfung bei wesentlichen Positionen lediglich zu prüfen sei, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind, andererseits ein Aufschlag oder Nachlass nur auf die OG/LG angeboten werden kann, ergebe sich aus dieser Situation, dass eine den Vorgaben des Paragraph 125, Absatz 4, Ziffer eins, BVergG 2006 entsprechende Prüfung nicht mehr möglich sei (Pkt. 12). Mit der Festlegung, dass der Bieter die Ausschreibungsunterlagen zu prüfen habe, bzw. durch Abgabe seines Angebotes bestätige, dass er seiner Prüfpflicht nach Paragraph 106, Absatz 6, BVergG 2006 nachgekommen ist und alle in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Leistungen grundsätzlich als zweckmäßig, den gesetzlichen Bestimmungen sowie den anerkannten Regeln der Technik entsprechend erachtet, werde das Risiko einer sach- und fachgerechten Erstellung der Ausschreibungsunterlagen unzulässigerweise auf den Bieter überwält (Pkt. 13). Durch die Festlegung zum Leistungsumfang, dass dann, wenn nichts anderes angegeben ist, der

Auftragnehmer neben den im Leistungsverzeichnis beschriebenen Angaben alle

Ausführungsbestimmungen der im ÖNORMen-Verzeichnis enthaltenen Normen einzuhalten habe, verstoße die Antragsgegnerin gegen § 99 Abs. 1 BVergG 2006 (Pkt. 14). Die technische Spezifikation in den Vertragsbestimmungen, Abschnitt 1 Pkt. 6 sei nicht ausreichend klar formuliert. In der Basiskalkulation seien keine Referenzprojekte angeführt, womit ein Verstoß nach § 79 Abs. 3 BVergG 2006 gegeben sei (Pkt. 15). Durch die Festlegung zur Preisbildung in Abschnitt 7 Pkt. 3 der Vertragsbestimmungen werde ein unkalkulierbares Risiko auf den Auftragnehmer überwält, wobei sich die Antragstellerin auf die ÖNORM B2110:2009, Abschnitt Ausführungsbestimmungen der im ÖNORMen-Verzeichnis enthaltenen Normen einzuhalten habe, verstoße die Antragsgegnerin gegen Paragraph 99, Absatz eins, BVergG 2006 (Pkt. 14). Die technische Spezifikation in den Vertragsbestimmungen, Abschnitt 1 Pkt. 6 sei nicht ausreichend klar formuliert. In der Basiskalkulation seien keine Referenzprojekte angeführt, womit ein Verstoß nach Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006 gegeben sei (Pkt. 15). Durch die Festlegung zur Preisbildung in Abschnitt 7 Pkt. 3 der Vertragsbestimmungen werde ein unkalkulierbares Risiko auf den Auftragnehmer überwält, wobei sich die Antragstellerin auf die ÖNORM B2110:2009, Abschnitt

7.4.4 bezieht (Pkt. 17). Im Abschnitt 3 Pkt. 3.3 der Vertragsbestimmungen werden die Vertragsstrafen mit € 70,-- je Kalendertag festgesetzt. Im Hinblick auf die zu erwartenden Klein-Bestellungen wäre die Bestimmung der ÖNORM B2110 anzuwenden, wonach die Höhe der Pönale mit 5 % der Teilbestellung begrenzt bleibt. Durch die angefochtene Festlegung werde ein unkalkulierbares Risiko auf den Auftragnehmer überwält (Pkt. 18). Entgegen der gesetzlichen Vorgabe, dass sich ein Auftragnehmer bei den Vertragsbestimmungen an geeignete ÖNORMen zu halten habe, formuliere die Antragsgegnerin unsachlich und abweichend von der ÖNORM B2111:2007-05 eigene Umrechnungsmodalitäten im Abschnitt 7.4. Weiters beziehe sich die Antragsgegnerin hinsichtlich der Modalitäten der Umrechnung auf die ÖNORM B2111, Ausgabe 1. Mai 2000, obwohl diese Norm vom österreichischen Normungsinstitut durch eine Neuauflage im Mai 2007 ersetzt worden sei (Pkt. 20). Hinsichtlich der Mindestanforderungen und deren Nachweise für die in den Leistungsbeschreibungen geforderten bzw. erforderlichen Produkte lege der Auftraggeber den Öko-Kauf-Wien-Kriterienkatalog zugrunde. Dieser enthalte jedoch keine klaren technischen Spezifikationen. Nach § 98 Abs. 2 BVergG 2006 seien die technischen Spezifikationen verbindlich festzulegen, mit der angefochtenen Festlegung verstoße die Auftraggeberin gegen diese Bestimmung. Durch diese Festlegungen sei ein unkalkulierbares Risiko für den Auftragnehmer gegeben, ein Nachweis der technischen Gleichwertigkeit sei praktisch nicht möglich (Pkt. 21, 22 und 23). Dadurch, dass ein Aufschlag oder Nachlass nur auf die OG/LG angeboten werden darf, ergebe sich im

Hinblick auf die geografisch definierten OG für die zu erbringenden Leistungen in der Praxis unterschiedliche Mengengerüste, wie sie sich eben aus den Erfordernissen zur Instandhaltung zusammen setzten. So errechne sich bei der dargestellten Bestimmung des Preisnachlasses natürlich für jede OG/LG zwingend ein anderes Ergebnis, das heißt eine andere Höhe des Preisnachlasses auf die Bezugspreise. Die Bezugspreise seien aber nach der Überlegung – gleiche Leistung gleicher Preis – in allen Obergruppen gleich hoch. Somit ergebe sich das Dilemma, dass aufgrund der praktischen Herleitung des Preisnachlasses für ein und dieselbe Leistung sich ein anderer Preis ergibt, umgekehrt jedoch die Forderung klar und verständlich ist, dass man für gleiche Leistung auch das gleiche anzubieten hat. Wenn sich ein Bieter für einen einheitlichen Nachlass auf alle Gebietsteile mit den identen Obergruppen entscheidet, sei ein Preisnachlass aufgrund der Bieterrechnungen in den Kalkulationsblättern K-7 und aus den Positionssummen mit der Ermittlung des Nachlasses auf die Bezugspreise nicht mehr stimmig. Insbesondere sei bei den wesentlichen Positionen der Preis nicht mehr nachvollziehbar und im Sinne des § 125 Abs. 4 BVerG 2006 zu überprüfen (Pkt. 25). Durch die rechtswidrige Ausschreibung erachtet sich die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines Vergabeverfahrens unter Beachtung der Bestimmungen des Vergaberechtes sowie in ihrem Recht auf Erstellung eines ausschreibungs- und vergaberechtskonformen sowie chancenreichen Angebotes verletzt. Die Antragstellerin sei befugt und berechtigt die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen; sie hätte an deren Erbringung auch ein eminentes wirtschaftliches Interesse, zumal sie bereits derzeit im Rahmen eines seinerzeit ausgeschriebenen Rahmenvertrages für die Auftraggeberin die ausgeschriebenen Leistungen erbringt. Sollte jedoch das Vergabeverfahren auf Grundlage der rechtswidrigen Ausschreibungsunterlagen fortgeführt werden, drohe der Antragstellerin ein Schaden dadurch zu entstehen, dass sie ein entsprechendes Angebot nicht legen könne und damit Aufträge der Antragsgegnerin verlieren würde. Die Antragstellerin erwirtschaftete schon derzeit ca. 90 % ihres Umsatzes aus Aufträgen für die Stadt Wien.7.4.4 bezieht (Pkt. 17). Im Abschnitt 3 Pkt. 3.3 der Vertragsbestimmungen werden die Vertragsstrafen mit € 70,-- je Kalendertag festgesetzt. Im Hinblick auf die zu erwartenden Klein-Bestellungen wäre die Bestimmung der ÖNORM B2110 anzuwenden, wonach die Höhe der Pönale mit 5 % der Teilbestellung begrenzt bleibt. Durch die angefochtene Festlegung werde ein unkalkulierbares Risiko auf den Auftragnehmer überwältigt (Pkt. 18). Entgegen der gesetzlichen Vorgabe, dass sich ein Auftragnehmer bei den Vertragsbestimmungen an geeignete ÖNORMen zu halten habe, formuliere die Antragsgegnerin unsachlich und abweichend von der ÖNORM B2111:2007-05 eigene Umrechnungsmodalitäten im Abschnitt 7.4. Weiters beziehe sich die Antragsgegnerin hinsichtlich der Modalitäten der Umrechnung auf die ÖNORM B2111, Ausgabe 1. Mai 2000, obwohl diese Norm vom österreichischen Normungsinstitut durch eine Neuauflage im Mai 2007 ersetzt worden sei (Pkt. 20). Hinsichtlich der Mindestanforderungen und deren Nachweise für die in den Leistungsbeschreibungen geforderten bzw. erforderlichen Produkte lege der Auftraggeber den Öko-Kauf-Wien-Kriterienkatalog zugrunde. Dieser enthalte jedoch keine klaren technischen Spezifikationen. Nach Paragraph 98, Absatz 2, BVerG 2006 seien die technischen Spezifikationen verbindlich festzulegen, mit der angefochtenen Festlegung verstoße die Auftraggeberin gegen diese Bestimmung. Durch diese Festlegungen sei ein unkalkulierbares Risiko für den Auftragnehmer gegeben, ein Nachweis der technischen Gleichwertigkeit sei praktisch nicht möglich (Pkt. 21, 22 und 23). Dadurch, dass ein Aufschlag oder Nachlass nur auf die OG/LG angeboten werden darf, ergebe sich im Hinblick auf die geografisch definierten OG für die zu erbringenden Leistungen in der Praxis unterschiedliche Mengengerüste, wie sie sich eben aus den Erfordernissen zur Instandhaltung zusammen setzten. So errechne sich bei der dargestellten Bestimmung des Preisnachlasses natürlich für jede OG/LG zwingend ein anderes Ergebnis, das heißt eine andere Höhe des Preisnachlasses auf die Bezugspreise. Die Bezugspreise seien aber nach der Überlegung – gleiche Leistung gleicher Preis – in allen Obergruppen gleich hoch. Somit ergebe sich das Dilemma, dass aufgrund der praktischen Herleitung des Preisnachlasses für ein und dieselbe Leistung sich ein anderer Preis ergibt, umgekehrt jedoch die Forderung klar und verständlich ist, dass man für gleiche Leistung auch das gleiche anzubieten hat. Wenn sich ein Bieter für einen einheitlichen Nachlass auf alle Gebietsteile mit den identen Obergruppen entscheidet, sei ein Preisnachlass aufgrund der Bieterrechnungen in den Kalkulationsblättern K-7 und aus den Positionssummen mit der Ermittlung des Nachlasses auf die Bezugspreise nicht mehr stimmig. Insbesondere sei bei den wesentlichen Positionen der Preis nicht mehr nachvollziehbar und im Sinne des Paragraph 125, Absatz 4, BVerG 2006 zu überprüfen (Pkt. 25). Durch die rechtswidrige Ausschreibung erachtet sich die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines Vergabeverfahrens unter Beachtung der Bestimmungen des Vergaberechtes sowie in ihrem Recht auf Erstellung eines ausschreibungs- und vergaberechtskonformen sowie chancenreichen Angebotes verletzt. Die Antragstellerin sei befugt und berechtigt die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen; sie hätte an deren Erbringung auch ein

eminentes wirtschaftliches Interesse, zumal sie bereits derzeit im Rahmen eines seinerzeit ausgeschriebenen Rahmenvertrages für die Auftraggeberin die ausgeschriebenen Leistungen erbringt. Sollte jedoch das Vergabeverfahren auf Grundlage der rechtswidrigen Ausschreibungsunterlagen fortgeführt werden, drohe der Antragstellerin ein Schaden dadurch zu entstehen, dass sie ein entsprechendes Angebot nicht legen könne und damit Aufträge der Antragsgegnerin verlieren würde. Die Antragstellerin erwirtschaftete schon derzeit ca. 90 % ihres Umsatzes aus Aufträgen für die Stadt Wien.

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

Mit Bescheid vom 23.9.2009 hat der Vegabekontrollsenat die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 28.9.2009 hat die Antragsgegnerin inhaltlich zum Antrag auf Nichtigklärung 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 nicht bloß zu erwarten, sondern gemäß § 106 Abs. 6 BVergG 2006 geradezu Pflicht der Antragstellerin gewesen wäre. Im Pkt. 3.1 ihres Schriftsatzes führt die Antragsgegnerin zunächst aus, die Antragstellerin habe für keine einzige der von ihr gerügten Rechtswidrigkeiten dargelegt, wieso sie dadurch in ihren Rechten verletzt sein sollte. Schon aus diesem Grund sei ihr Antrag abzuweisen. Zur behaupteten Unzulässigkeit des Preisaufschlags-/nachlassverfahrens führt die Antragsgegnerin unter Hinweis auf die Judikatur nicht nur des angerufenen Senates aus, dass sie bei der Wahl der Preisfindungsverfahren einen größeren Spielraum habe und sie dies in der Ausschreibung nicht begründen müsse. Schließlich verweist sie darauf, dass sie bei der Erstellung von Rahmenvertragsausschreibungen an bestehende Erlasse der Magistratsdirektion - Baudirektion gebunden wäre. Über die Zulässigkeit von Aufschlägen und Nachlässen auf Obergruppen verweist die Antragsgegnerin auf zahlreiche Erkenntnisse des angerufenen Senates sowie auf Bestimmungen der ÖNORM B2063 und A2063. Durch die Bestimmung, dass die Eignung eines Auftragnehmers während der Vertragserfüllungszeit fortbestehen müsse, könne die Antragstellerin nicht in ihren Rechten verletzt sein. Es handle sich dabei um eine vertragliche Pflicht, deren Erfüllung in den Händen des Auftragnehmers liege. Die Antragsgegnerin begründet, warum sie Bauleistungen gemeinsam mit Dienstleistungen ausgeschrieben hat und verweist dazu auf die Bestimmung des § 9 BVergG 2006. Soweit die Antragstellerin behauptet, die Baugeräteleiste sei veraltet, führt die Antragsgegnerin aus, dass diese zwar aus dem Jahr 1996 stamme, jedoch in der Baupraxis und praktischen Baukalkulation noch immer uneingeschränkt anwendbar sei. Damit sei es eine „geeignete Leitlinie“ nach § 97 BVergG 2006. Die Mitwirkungspflicht sei im § 106 Abs. 6 BVergG 2006 festgelegt, die Zulässigkeit der von der Antragsgegnerin formulierten Rügepflicht sei vom Vergabekontrollsenat Wien schon mehrfach bestätigt worden. Soweit ein fehlendes ÖNORMen-Verzeichnis gerügt werde, führt die Antragsgegnerin aus, dass sowohl im Leistungsverzeichnis als auch im Angebotsformblatt mehrere ÖNORMen genannt und für anwendbar erklärt werden. Alle diese ÖNORMen beziehen sich wiederum auf ÖNORMen und würden deshalb jeweils am Anfang ein Verzeichnis jener Normen, die nähere Ausführungsbestimmungen enthalten, aufweisen. Dieses Verzeichnis sei das vermeintlich fehlende ÖNORMen-Verzeichnis. Eine fehlende technische Spezifikation des zu verwendenden Materials wird von der Antragsgegnerin nicht gesehen weil dann, wenn ein Produkt dem Ökokauf-Wien-Kriterienkatalog entspricht, es „gleichwertig“ sei. Da es eine Vielzahl von Materialien gebe, die den Ökokauf-Wien-Kriterienkatalogen entsprechen, sei es nicht Aufgabe des Basiskalkulanten gewesen, in seiner Kalkulation bestimmte Materialien bzw. Referenzprodukte vorzugeben. Eine unzulässige Regelung der Mengenänderung erblickt die Antragsgegnerin nicht und verweist dazu auf die Judikatur des angerufenen Senates sowie auf den von ihr einzuhaltenden Erlass der Magistratsdirektion – Geschäftsbereich Bauten und Technik vom 15.2.2006, MDBD- 3741-3/03. Die von der Antragstellerin bemängelte Höhe der Vertragsstrafe von €Mit Schriftsatz vom 28.9.2009 hat die Antragsgegnerin inhaltlich zum Antrag auf Nichtigklärung 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 nicht bloß zu erwarten, sondern gemäß Paragraph 106, Absatz 6, BVergG 2006 geradezu Pflicht der Antragstellerin gewesen wäre. Im Pkt. 3.1 ihres Schriftsatzes führt die Antragsgegnerin zunächst aus, die Antragstellerin habe für keine einzige der von ihr gerügten Rechtswidrigkeiten dargelegt, wieso sie dadurch in ihren Rechten verletzt sein sollte. Schon aus diesem Grund sei ihr Antrag abzuweisen. Zur behaupteten Unzulässigkeit des Preisaufschlags-/nachlassverfahrens führt die Antragsgegnerin unter Hinweis auf die Judikatur nicht nur des angerufenen Senates aus, dass sie bei der Wahl der Preisfindungsverfahren einen größeren Spielraum habe und sie dies in der Ausschreibung nicht begründen müsse. Schließlich verweist sie darauf, dass sie bei der Erstellung von Rahmenvertragsausschreibungen an bestehende Erlässe der Magistratsdirektion - Baudirektion gebunden wäre. Über die Zulässigkeit von Aufschlägen und Nachlässen auf Obergruppen verweist die Antragsgegnerin auf zahlreiche Erkenntnisse des angerufenen Senates sowie auf Bestimmungen der ÖNORM B2063 und A2063. Durch die Bestimmung, dass die Eignung eines Auftragsnehmers während der Vertragserfüllungszeit fortbestehen müsse, könne die Antragstellerin nicht in ihren Rechten verletzt sein. Es handle sich dabei um eine vertragliche Pflicht, deren Erfüllung in den Händen des Auftragnehmers liege. Die Antragsgegnerin begründet, warum sie Bauleistungen gemeinsam mit Dienstleistungen ausgeschrieben hat und verweist dazu auf die Bestimmung des Paragraph 9, BVergG 2006. Soweit die Antragstellerin behauptet, die Baugeräteleiste sei veraltet, führt die Antragsgegnerin aus, dass diese zwar aus dem Jahr 1996 stamme, jedoch in der Baupraxis und praktischen Baukalkulation noch immer uneingeschränkt anwendbar sei. Damit sei es eine „geeignete Leitlinie“ nach Paragraph 97, BVergG 2006. Die Mitwirkungspflicht sei im Paragraph 106, Absatz 6, BVergG 2006 festgelegt, die Zulässigkeit der von der Antragsgegnerin formulierten Rügepflicht sei vom Vergabekontrollsenat Wien schon mehrfach bestätigt worden. Soweit ein fehlendes ÖNORMen-Verzeichnis gerügt werde, führt die Antragsgegnerin aus, dass sowohl im Leistungsverzeichnis als auch im Angebotsformblatt mehrere ÖNORMen genannt und für anwendbar erklärt werden. Alle diese ÖNORMen beziehen sich wiederum auf ÖNORMen und würden deshalb jeweils am Anfang ein Verzeichnis jener Normen, die nähere Ausführungsbestimmungen enthalten, aufweisen. Dieses Verzeichnis sei das vermeintlich fehlende ÖNORMen-Verzeichnis. Eine fehlende technische Spezifikation des zu verwendenden Materials wird von der Antragsgegnerin nicht gesehen weil dann, wenn ein Produkt dem Ökokauf-Wien-Kriterienkatalog entspricht, es „gleichwertig“ sei. Da es eine Vielzahl von Materialien gebe, die den Ökokauf-Wien-Kriterienkatalogen entsprechen, sei es nicht Aufgabe des Basiskalkulanten gewesen, in seiner Kalkulation bestimmte Materialien bzw. Referenzprodukte vorzugeben. Eine unzulässige Regelung der Mengenänderung erblickt die Antragsgegnerin nicht und verweist dazu auf die Judikatur des angerufenen Senates sowie auf den von ihr einzuhaltenden Erlass der Magistratsdirektion – Geschäftsbereich Bauten und Technik vom 15.2.2006, MDBD- 3741-3/03. Die von der Antragstellerin bemängelte Höhe der Vertragsstrafe von €

70,-- täglich sei in einer früheren Entscheidung des Vergabekontrollsenats Wien nicht als unbillig und unangemessen erkannt worden. Entgegen dem Standpunkt der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin auch nicht eigene Umrechnungsmodalitäten in unsachlich abweichender Form von der ÖNORM B2111 vorgesehen. Die im Pkt. 7.4 der Vertragsbestimmungen (SD1043) vorgesehene Indexregelung sei im Interesse der Bieter erfolgt, weil für jede Obergruppe entsprechend dem tatsächlichen Verhältnis der Gewerke zueinander festgelegt wird, wie die einzelnen Gewerke in der Ausschreibung indexiert werden. Worin hier für die Antragstellerin ein Nachteil liegen soll, sei nicht erkennbar. Bezüglich der einzusetzenden Produkte, die den Kriterien der Öko-Kauf-Wien-Kriterienkatalogen zu entsprechen haben, sei eine eindeutige technische Spezifikation gegeben. Es treffe zwar zu, dass nicht alle Produkte die den Öko-Kauf-Wien-Kriterienkatalogen entsprechen in der Datenbank www.baubook.at zu finden seien. In den Ausschreibungsunterlagen sei lediglich darauf hingewiesen worden, dass es sich bei dieser Datenbank um eine von vielen Nachweismöglichkeiten handle. Für jene Produkte, die nicht in einer Datenbank gelistet sind, könne der Nachweis durch Vorlage entsprechender Produktdatenblätter bzw. – Beschreibungen erfolgen. Indem die Antragsgegnerin in den Ausschreibungsunterlagen auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung hingewiesen habe und die einzusetzenden Produkte den Öko-Kauf-Wien-Kriterienkatalogen entsprechen müssen, sei sie der Bestimmung des § 19 Abs. 5 BVergG 2006 nachgekommen. Eine Nachweisführung über die Gleichwertigkeit von nicht gelisteten Produkten sei jedem Unternehmer zumutbar. 70,-- täglich sei in einer früheren Entscheidung des Vergabekontrollsenats Wien nicht als unbillig und unangemessen erkannt worden. Entgegen dem Standpunkt der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin auch nicht eigene Umrechnungsmodalitäten in unsachlich abweichender Form von der ÖNORM B2111 vorgesehen. Die im Pkt. 7.4 der Vertragsbestimmungen (SD1043) vorgesehene Indexregelung sei im Interesse der Bieter erfolgt, weil für jede Obergruppe entsprechend dem tatsächlichen Verhältnis der Gewerke

zueinander festgelegt wird, wie die einzelnen Gewerke in der Ausschreibung indexiert werden. Worin hier für die Antragstellerin ein Nachteil liegen soll, sei nicht erkennbar. Bezüglich der einzusetzenden Produkte, die den Kriterien der Öko-Kauf-Wien-Kriterienkatalogen zu entsprechen haben, sei eine eindeutige technische Spezifikation gegeben. Es treffe zwar zu, dass nicht alle Produkte die den Öko-Kauf-Wien-Kriterienkatalogen entsprechen in der Datenbank www.baubook.at zu finden seien. In den Ausschreibungsunterlagen sei lediglich darauf hingewiesen worden, dass es sich bei dieser Datenbank um eine von vielen Nachweismöglichkeiten handle. Für jene Produkte, die nicht in einer Datenbank gelistet sind, könne der Nachweis durch Vorlage entsprechender Produktdatenblätter bzw. – Beschreibungen erfolgen. Indem die Antragsgegnerin in den Ausschreibungsunterlagen auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung hingewiesen habe und die einzusetzenden Produkte den Öko-Kauf-Wien-Kriterienkatalogen entsprechen müssen, sei sie der Bestimmung des Paragraph 19, Absatz 5, BVerG 2006 nachgekommen. Eine Nachweisführung über die Gleichwertigkeit von nicht gelisteten Produkten sei jedem Unternehmer zumutbar.

Diesen Ausführungen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 20.10.2009 entgegnet und insbesondere erweiternd ausgeführt, warum ihrer Ansicht nach das gewählte Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren nicht zur Anwendung kommen dürfe.

In ihrer Replik dazu vom 11.1.2010 führt die Antragsgegnerin ihren Standpunkt zur Zulässigkeit des Preisaufschlags-/ und Preisnachlassverfahrens sowie von Aufschlägen und Nachlässen auf Positionsebene weiter aus.

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 BVerG 2006. Sie führt ein Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen im Form von Rahmenverträgen im Oberschwellenbereich (§§ 4 Z 1, 12 Abs. 1 Z 3 BVerG 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 Obergruppen bzw. Leistungsgruppen der 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, BVerG 2006. Sie führt ein Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen im Form von Rahmenverträgen im Oberschwellenbereich (Paragraphen 4, Ziffer eins, 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVerG 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 Obergruppen bzw. Leistungsgruppen der 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 18.9.2009 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007) eingelangt. Dass die Antragstellerin auch zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger“ befugt ist, ist unstrittig. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen ist am 18.9.2009 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007) eingelangt. Dass die Antragstellerin auch zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger“ befugt ist, ist unstrittig.

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 18.9.2009 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 18.9.2009 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 im Ergebnis nur in einem Anfechtungspunkt berechtigt.

Bei Behandlung der Anfechtungspunkte folgt der Senat der Systematik der Antragstellerin in ihrem einleitenden Schriftsatz. Dazu werden kurz gefasst die Standpunkte der Antragstellerin und der Antragsgegnerin dargestellt und wird daran anschließend jeweils die rechtliche Beurteilung durch den Senat vorgenommen.

Unter Pkt. 5.1 macht die Antragstellerin geltend, dass das Preisaufschlag- und Nachlassverfahren nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig sei und entsprechend begründet werden müsse.

Die Antragsgegnerin macht geltend, dass für die Wahl dieses Verfahrens dem Gesetz nach keine Begründung erforderlich sei, es reiche ein objektiver Grund. Da es sich um häufig wiederkehrende, gleichartige Leistungen handle, sei die Wahl des Vergabeverfahrens zulässig.

Gemäß § 24 Abs. 1 BVergG 2006 ist der Preis nach dem Preisangebotsverfahren oder nach dem Preisauflags- und Preisnachlassverfahren zu erstellen. Wenn auch grundsätzlich nach dem Preisangebotsverfahren auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen ist, ist in begründeten Ausnahmefällen auch das Preisauflags- und Preisnachlassverfahren zulässig. Dieser gesetzlichen Bestimmung ist keine Verpflichtung zu entnehmen, dass in der Ausschreibungsunterlage vom Auftraggeber dargestellt werden müsste, warum er sich für das Preisauflags- und Nachlassverfahren entschieden hat. Da es sich bei den ausgeschriebenen Rahmenverträgen um die Durchführung häufig wiederkehrender, gleichartiger Leistungen über einen längeren Zeitraum handelt, ist die Anwendung des Preisauflags- und Nachlassverfahrens zweckmäßig und sachlich objektiv begründet. Dazu hat der Senat in seiner Entscheidung vom 14.6.2000, VKS-1352/00 bei vergleichbarem Sachverhalt ausgeführt, dass die Wahl des Preisauflags/Nachlassverfahrens für die Ausschreibung von Rahmenverträgen über Bauleistungen grundsätzlich als sinnvolle und gerechtfertigte Vorbeugung gegen spekulative Angebote auf Einheitspreisbasis gesehen werden kann und die diesbezüglich bekämpften Festlegungen nicht zu bemängeln sind (vgl. auch VKS- 3860/07; VKS-4578/07 und VKS-21/08). Dazu kommt, worauf die Antragsgegnerin verweist, dass sie aufgrund eines Erlasses der Magistratsdirektion – Geschäftsbereich Bauten und Technik vom 15.2.2006, MDBD-3741-3/03 gehalten ist, bei der Ausschreibung von Rahmenverträgen (= Kontrahentenverträge) das Preisauflags- und Preisnachlassverfahren anzuwenden. Gemäß Paragraph 24, Absatz eins, BVergG 2006 ist der Preis nach dem Preisangebotsverfahren oder nach dem Preisauflags- und Preisnachlassverfahren zu erstellen. Wenn auch grundsätzlich nach dem Preisangebotsverfahren auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen ist, ist in begründeten Ausnahmefällen auch das Preisauflags- und Preisnachlassverfahren zulässig. Dieser gesetzlichen Bestimmung ist keine Verpflichtung zu entnehmen, dass in der Ausschreibungsunterlage vom Auftraggeber dargestellt werden müsste, warum er sich für das Preisauflags- und Nachlassverfahren entschieden hat. Da es sich bei den ausgeschriebenen Rahmenverträgen um die Durchführung häufig wiederkehrender, gleichartiger Leistungen über einen längeren Zeitraum handelt, ist die Anwendung des Preisauflags- und Nachlassverfahrens zweckmäßig und sachlich objektiv begründet. Dazu hat der Senat in seiner Entscheidung vom 14.6.2000, VKS-1352/00 bei vergleichbarem Sachverhalt ausgeführt, dass die Wahl des Preisauflags/Nachlassverfahrens für die Ausschreibung von Rahmenverträgen über Bauleistungen grundsätzlich als sinnvolle und gerechtfertigte Vorbeugung gegen spekulative Angebote auf Einheitspreisbasis gesehen werden kann und die diesbezüglich bekämpften Festlegungen nicht zu bemängeln sind vergleiche auch VKS- 3860/07; VKS-4578/07 und VKS-21/08). Dazu kommt, worauf die Antragsgegnerin verweist, dass sie aufgrund eines Erlasses der Magistratsdirektion – Geschäftsbereich Bauten und Technik vom 15.2.2006, MDBD-3741-3/03 gehalten ist, bei der Ausschreibung von Rahmenverträgen (= Kontrahentenverträge) das Preisauflags- und Preisnachlassverfahren anzuwenden.

In der Wahl des Preisauflags- und Preisnachlassverfahrens durch die Antragsgegnerin liegt ein Verstoß gegen § 24 Abs. 1 BVergG 2006 nicht vor. Die Antragsgegnerin war auch nicht gehalten, in ihren Ausschreibungsunterlagen eine Begründung für die Wahl dieses Verfahrens zu geben. In der Wahl des Preisauflags- und Preisnachlassverfahrens durch die Antragsgegnerin liegt ein Verstoß gegen Paragraph 24, Absatz eins, BVergG 2006 nicht vor. Die Antragsgegnerin war auch nicht gehalten, in ihren Ausschreibungsunterlagen eine Begründung für die Wahl dieses Verfahrens zu geben.

Zu Pkt. 5.3:

Im Text der Ausschreibungsunterlage Beilage 13.07.1 zum MDBD-SR75 erblickt die Antragstellerin einen Verstoß gegen § 71 BVergG 2006, weil der Bieter hier gehalten ist bekannt zu geben „welche Befugnisse zur Erbringung der angebotenen Leistung erforderlich sind und über welche Befugnisse ich (wir) selbst verfüge (n)“. Die Antragsgegnerin vertritt dazu die Ansicht, dass die Frage, welche Befugnis erforderlich ist, sich nach den berufsrechtlichen Vorschriften des Herkunftslandes richtet. Sei nach den nationalen Vorschriften eines Mitgliedstaates für eine bestimmte Tätigkeit keine Befugnis erforderlich, dann könne von einem Unternehmen, das seinen Sitz in diesem Staat hat, letztlich auch kein Nachweis verlangt werden. Im Text der Ausschreibungsunterlage Beilage 13.07.1 zum MDBD-SR75 erblickt die Antragstellerin einen Verstoß gegen Paragraph 71, BVergG 2006, weil der Bieter hier gehalten ist bekannt zu geben „welche Befugnisse zur Erbringung der angebotenen Leistung erforderlich sind und über welche Befugnisse ich (wir) selbst verfüge (n)“. Die Antragsgegnerin vertritt dazu die Ansicht, dass die Frage, welche Befugnis erforderlich ist, sich

nach den berufsrechtlichen Vorschriften des Herkunftslandes richtet. Sei nach den nationalen Vorschriften eines Mitgliedstaates für eine bestimmte Tätigkeit keine Befugnis erforderlich, dann könne von einem Unternehmen, das seinen Sitz in diesem Staat hat, letztlich auch kein Nachweis verlangt werden.

Nach § 71 BVergG 2006 hat der Auftraggeber als Nachweis für das Vorliegen der einschlägigen Befugnis zu verlangen, „dass der Unternehmer nach den Vorschriften seines Herkunftslandes befugt ist, die konkrete Leistung zu erbringen“. Welche Befugnisse erforderlich sind, um die ausgeschriebenen Leistungen erbringen zu können, ist grundsätzlich aus der Leistungsbeschreibung ableitbar. Es ist daher für den Auftraggeber nicht zwingend erforderlich, die geforderten Befugnisse. Nach Paragraph 71, BVergG 2006 hat der Auftraggeber als Nachweis für das Vorliegen der einschlägigen Befugnis zu verlangen, „dass der Unternehmer nach den Vorschriften seines Herkunftslandes befugt ist, die konkrete Leistung zu erbringen“. Welche Befugnisse erforderlich sind, um die ausgeschriebenen Leistungen erbringen zu können, ist grundsätzlich aus der Leistungsbeschreibung ableitbar. Es ist daher für den Auftraggeber nicht zwingend erforderlich, die geforderten Befugnisse

ausdrücklich anzuführen weil „ein verständiger Bieter ... viel mehr in der Lage sei

(muss), die notwendigen Befugnisse aus der Leistungsbeschreibung abzuleiten (Mayr in S/A/F/T, Rz 3 zu § 71). Dies bedeutet, dass der Bieter aufgrund der ausgeschriebenen Leistungen zu überprüfen hat, ob seine Befugnis für diese Leistungen ausreicht und aufgrund seiner Eignung eine Angebotslegung möglich ist. Die Entscheidung, ob die Befugnis vorliegt hat, die Auftraggeberin im Rahmen der Eignungsprüfung zu treffen. Eine Angabe in den Ausschreibungsunterlagen, welche Befugnis für die Erfüllung der Leistung ausreicht, ist nach den Bestimmungen des BVergG 2006 nicht gefordert und würde eventuell zu einer nicht beabsichtigten und rechtswidrigen Einschränkung des Bieterkreises, vor allem bei europaweiten Ausschreibungen im Oberschwellenbereich, führen. (muss), die notwendigen Befugnisse aus der Leistungsbeschreibung abzuleiten (Mayr in S/A/F/T, Rz 3 zu Paragraph 71.). Dies bedeutet, dass der Bieter aufgrund der ausgeschriebenen Leistungen zu überprüfen hat, ob seine Befugnis für diese Leistungen ausreicht und aufgrund seiner Eignung eine Angebotslegung möglich ist. Die Entscheidung, ob die Befugnis vorliegt hat, die Auftraggeberin im Rahmen der Eignungsprüfung zu treffen. Eine Angabe in den Ausschreibungsunterlagen, welche Befugnis für die Erfüllung der Leistung ausreicht, ist nach den Bestimmungen des BVergG 2006 nicht gefordert und würde eventuell zu einer nicht beabsichtigten und rechtswidrigen Einschränkung des Bieterkreises, vor allem bei europaweiten Ausschreibungen im Oberschwellenbereich, führen.

Die Anfechtung in diesem Punkt erweist sich somit als nicht berechtigt.

Zu Pkt. 5.4:

Hier bekämpft die Antragstellerin die Festlegung der Antragsgegnerin in den Vergabeverfahrensbestimmungen Abschnitt 2.10a, worin die Antragsgegnerin bestimmt, dass sie berechtigt sei, von den Bietern im Laufe des Vergabeverfahrens oder vom Auftragnehmer im Zuge der Vertragserfüllung weitere Nachweise über das Fortbestehen der Eignung zu verlangen. Die Antragstellerin hält diese Vorgangsweise nicht durch das Gesetz gedeckt.

Unter Berufung auf § 19 Abs. 1 BVergG 2006 macht die Antragsgegnerin geltend, dass eine Vergabe immer nur an geeignete – also befugte, leistungsfähige und zuverlässige – Unternehmer erfolgen dürfe. Diese Voraussetzungen müssten auch während der Vertragserfüllung gegeben sein. Unter Berufung auf Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 macht die Antragsgegnerin geltend, dass eine Vergabe immer nur an geeignete – also befugte, leistungsfähige und zuverlässige – Unternehmer erfolgen dürfe. Diese Voraussetzungen müssten auch während der Vertragserfüllung gegeben sein.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Eignung beim offenen Verfahren gemäß § 69 Z 1 BVergG 2006 zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen muss. Nach der herrschenden Judikatur aber auch Literatur (Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht², Seite 284) ist das Fortbestehen der Eignung der Unternehmer zu prüfen und darf die Eignung der Unternehmer nach Angebotsabgabe auch nicht mehr verloren gehen (vgl. VKS Wien 20.1.2006, VKS-4009/05, uva). Die Antragsgegnerin ist nicht zuletzt gemäß § 19 Abs. 1 BVergG 2006 verpflichtet, Aufträge nur an geeignete Unternehmer zu vergeben. Die gegenständliche Rahmenvertragsausschreibung sieht eine Laufzeit von drei Jahren mit einer Verlängerungsoption für weitere drei Jahre vor. Während dieser Zeiträume erfolgen unzählige Einzelabrufe, wobei die Antragsgegnerin naturgemäß Wert darauf legen muss, dass ihr Kontrahent die Befugnis zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen nicht verliert, insolvent wird oder sonst ein Verhalten setzt, das vor Zuschlagserteilung zu einem Ausschluss vom Vergabeverfahren führen müsste. Dass die Eignung auch

während der Vertragserfüllung weiterhin bestehen muss, ist sohin nicht als rechtswidrige Vertragsbestimmung anzusehen, sondern liegt durchaus im Interesse eines öffentlichen Auftraggebers, nur mit geeigneten Unternehmen zusammen zu arbeiten. Zutreffend verweist in diesem Zusammenhang die Auftraggeberin darauf, dass die Antragstellerin durch diese Festlegung nicht in ihren Rechten verletzt sein kann, weil die von ihr bekämpfte Forderung des Fortbestehens der Eignung während der Vertragserfüllungsphase eine vertragliche Pflicht darstellt. Welche vergaberechtliche Bestimmung dadurch verletzt wird, vermag die Antragstellerin nicht dar zu tun. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Eignung beim offenen Verfahren gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BvergG 2006 zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen muss. Nach der herrschenden Judikatur aber auch Literatur (Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht², Seite 284) ist das Fortbestehen der Eignung der Unternehmer zu prüfen und darf die Eignung der Unternehmer nach Angebotsabgabe auch nicht mehr verloren gehen vergleiche VKS Wien 20.1.2006, VKS-4009/05, uva). Die Antragsgegnerin ist nicht zuletzt gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BvergG 2006 verpflichtet, Aufträge nur an geeignete Unternehmer zu vergeben. Die gegenständliche Rahmenvertragsausschreibung sieht eine Laufzeit von drei Jahren mit einer Verlängerungsoption für weitere drei Jahre vor. Während dieser Zeiträume erfolgen unzählige Einzelabrufe, wobei die Antragsgegnerin naturgemäß Wert darauf legen muss, dass ihr Kontrahent die Befugnis zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen nicht verliert, insolvent wird oder sonst ein Verhalten setzt, das vor Zuschlagserteilung zu einem Ausschluss vom Vergabeverfahren führen müsste. Dass die Eignung auch während der Vertragserfüllung weiterhin bestehen muss, ist sohin nicht als rechtswidrige Vertragsbestimmung anzusehen, sondern liegt durchaus im Interesse eines öffentlichen Auftraggebers, nur mit geeigneten Unternehmen zusammen zu arbeiten. Zutreffend verweist in diesem Zusammenhang die Auftraggeberin darauf, dass die Antragstellerin durch diese Festlegung nicht in ihren Rechten verletzt sein kann, weil die von ihr bekämpfte Forderung des Fortbestehens der Eignung während der Vertragserfüllungsphase eine vertragliche Pflicht darstellt. Welche vergaberechtliche Bestimmung dadurch verletzt wird, vermag die Antragstellerin nicht dar zu tun.

Zu Pkt. 5.6:

Die Antragstellerin macht geltend, die Antragsgegnerin vermische in ihren Ausschreibungsunterlagen unzulässigerweise Bauleistungen mit Dienstleistungen. Ein Dienstleistungsauftrag sei kein Bauauftrag. Wenn die Antragsgegnerin für einen Bauauftrag auch Referenzen über Dienstleistungen (Gewerk Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger) verlange, verstoße sie gegen das BVerG. Als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Bauaufträgen dürfe nur eine Liste über Referenzen von erbrachten Bauleistungen verlangt werden.

Die Antragsgegnerin macht geltend, es handle sich gegenständlich um einen Mischauftrag. Nach den Abgrenzungsbestimmungen liege gegenständlich wegen des Überwiegens der bautechnischen Leistungen ein Bauauftrag vor, das Verlangen nach Referenzen auch aus dem Dienstleistungsbereich sei zulässig.

Werden gemischte Leistungen ausgeschrieben, so kann die Vergabe immer nur nach einer Auftragsart erfolgen, sodass auf einen Auftrag nicht verschiedene Vergabereglements zur Anwendung kommen. Dazu bestimmt § 9 BVerG 2006 ebenso wie die Vergaberichtlinien, dass Mischaufträge, die sowohl Dienstleistungen als auch Bauleistungen als Nebenleistungen im Verhältnis zum Hauptgegenstand umfassen, als Dienstleistungsaufträge gelten. Daraus lässt sich im Umkehrschluss aber ableiten, dass immer dann, wenn die Bauelemente die Dienstleistungselemente überwiegen, von einem Bauauftrag nach § 4 BVerG 2006 auszugehen ist. Zutreffend hat die Antragsgegnerin gegenständlich das Vorliegen eines Bauauftrages im Sinne des § 4 BVerG 2006 angenommen, da die Bauleistungen für Maler, Anstreiche und Bodenleger wertmäßig bei Weitem die Leistungen „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger“ überwiegen, wie sich auch aus dem Umfang der Referenznachweise (2 % der letzten drei Jahre) ergibt. Auch die Bestimmung des § 22 Abs. 1 BVerG 2006 spricht nicht gegen die von der Antragsgegnerin beabsichtigte gemeinsame Ausschreibung von Bauleistungen und Dienstleistungen, wie der Senat in seiner Entscheidung vom 14.1.2010, VKS-8022/09, die gleichfalls eine Anfechtung der gegenständlichen Ausschreibung zum Gegenstand hatte, ausgesprochen hat. Da die Antragstellerin unstrittigerweise auch über die Befugnis zur Erbringung der Leistungen „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger“ verfügt, war zunächst nicht nachvollziehbar, wieso sie sich durch die angefochtene Zusammenfassung der ausgeschriebenen Leistungen zur Wehr setzt. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung hat sich herausgestellt, dass sie bisher Reinigungsleistungen, wie die gegenständlich ausgeschriebenen, für die Antragsgegnerin erbracht hat, jedoch nicht als Reinigungsleistungen an sich sondern im Rahmen eines Endauftrages (Ausbesserung nach anderen Professionisten und Endreinigung; Protokoll Seite 5). Es sei daher für die Antragstellerin schwierig, aus diesen Leistungen 2 % an Referenzsummen nachzuweisen, weil eine Trennung der Entgelte

dahingehend, welche für Reinigungsleistungen geleistet wurden, diesen Abrechnungen nicht zu entnehmen sei. Dem hat die Antragsgegnerin erwidert, dass bei einem Teil der Abrechnungen sowohl die Ausbesserungen als auch die Endreinigungsleistungen getrennt angeführt wurden und aus diesen Abrechnungen, da die Reinigung nach Regieleistungen erfolgte, erkennbar sei, welcher Betrag auf Reinigung entfalle. Wenn daher die Antragstellerin konkret die Reinigungsleistungen, die sie bisher für die Antragsgegnerin erbracht hat „plausibel“ heraus rechnet, werde dieses Ergebnis als geeigneter Referenznachweis anerkannt werden (Protokoll Seite 7). Werden gemischte Leistungen ausgeschrieben, so kann die Vergabe immer nur nach einer Auftragsart erfolgen, sodass auf einen Auftrag nicht verschiedene Vergabereglements zur Anwendung kommen. Dazu bestimmt Paragraph 9, BVergG 2006 ebenso wie die Vergaberichtlinien, dass Mischaufträge, die sowohl Dienstleistungen als auch Bauleistungen als Nebenleistungen im Verhältnis zum Hauptgegenstand umfassen, als Dienstleistungsaufträge gelten. Daraus lässt sich im Umkehrschluss aber ableiten, dass immer dann, wenn die Bauelemente die Dienstleistungselemente überwiegen, von einem Bauauftrag nach Paragraph 4, BVergG 2006 auszugehen ist. Zutreffend hat die Antragsgegnerin gegenständlich das Vorliegen eines Bauauftrages im Sinne des Paragraph 4, BVergG 2006 angenommen, da die Bauleistungen für Maler, Anstreiche und Bodenleger wertmäßig bei Weitem die Leistungen „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger“ überwiegen, wie sich auch aus dem Umfang der Referenznachweise (2 % der letzten drei Jahre) ergibt. Auch die Bestimmung des Paragraph 22, Absatz eins, BVergG 2006 spricht nicht gegen die von der Antragsgegnerin beabsichtigte gemeinsame Ausschreibung von Bauleistungen und Dienstleistungen, wie der Senat in seiner Entscheidung vom 14.1.2010, VKS-8022/09, die gleichfalls eine Anfechtung der gegenständlichen Ausschreibung zum Gegenstand hatte, ausgesprochen hat. Da die Antragstellerin unstrittigerweise auch über die Befugnis zur Erbringung der Leistungen „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger“ verfügt, war zunächst nicht nachvollziehbar, wieso sie sich durch die angefochtene Zusammenfassung der ausgeschriebenen Leistungen zur Wehr setzt. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung hat sich herausgestellt, dass sie bisher Reinigungsleistungen, wie die gegenständlich ausgeschriebenen, für die Antragsgegnerin erbracht hat, jedoch nicht als Reinigungsleistungen an sich sondern im Rahmen eines Endauftrages (Ausbesserung nach anderen Professionisten und Endreinigung; Protokoll Seite 5). Es sei daher für die Antragstellerin schwierig, aus diesen Leistungen 2 % an Referenzsummen nachzuweisen, weil eine Trennung der Entgelte dahingehend, welche für Reinigungsleistungen geleistet wurden, diesen Abrechnungen nicht zu entnehmen sei. Dem hat die Antragsgegnerin erwidert, dass bei einem Teil der Abrechnungen sowohl die Ausbesserungen als auch die Endreinigungsleistungen getrennt angeführt wurden und aus diesen Abrechnungen, da die Reinigung nach Regieleistungen erfolgte, erkennbar sei, welcher Betrag auf Reinigung entfalle. Wenn daher die Antragstellerin konkret die Reinigungsleistungen, die sie bisher für die Antragsgegnerin erbracht hat „plausibel“ heraus rechnet, werde dieses Ergebnis als geeigneter Referenznachweis anerkannt werden (Protokoll Seite 7).

In der bekämpften Festlegung ist für den Senat ein Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen nicht zu erkennen.

Zu Pkt. 5.8:

Die Antragstellerin macht geltend, dass die der Basiskalkulation zugrunde gelegte Baugeräteliste (ÖBGL) aus dem Jahre 1996 stamme und damit veraltet und ungeeignet sei.

Die Antragsgegnerin führt an, dass die ÖBGL weiterhin Anwendung finden würde und im Übrigen jeder Unternehmer selbst kalkulieren müsse.

Nach ständiger Judikatur des angerufenen Senates hat bei dem gewählten Preisfindungsverfahren jeder Bieter grundsätzlich eine eigene Kalkulation aufgrund seiner Gegebenheiten vorzunehmen und diese im Vergleich zur Basiskalkulation zu setzen. Für einen Bieter ist wichtig, dass die Grundlagen der Basiskalkulation offengelegt werden. Wenn bei der Kalkulation einer Auftraggeberin eine Gerätepreisliste aus dem Jahre 1996 Anwendung findet, kann ein Bieter seine Preise zu dieser Grundlage ins Verhältnis bringen und damit auch selbstständig kalkulieren. Wenn jedoch die Antragstellerin andere als in der ÖBGL genannten Geräte einsetzen will, muss sie dies ebenfalls in ihrer Kalkulation berücksichtigen. Damit stellt die ÖBGL eine grundsätzlich geeignete Leitlinie nach § 97 BVergG 2006 dar. Nach ständiger Judikatur des angerufenen Senates hat bei dem gewählten Preisfindungsverfahren jeder Bieter grundsätzlich eine eigene Kalkulation aufgrund seiner Gegebenheiten vorzunehmen und diese im Vergleich zur Basiskalkulation zu setzen. Für einen Bieter ist wichtig, dass die Grundlagen der Basiskalkulation offengelegt werden. Wenn bei der Kalkulation einer Auftraggeberin eine Gerätepreisliste aus dem Jahre 1996 Anwendung findet, kann ein Bieter seine Preise zu dieser Grundlage ins Verhältnis bringen und damit auch selbstständig kalkulieren. Wenn jedoch die

Antragstellerin andere als in der ÖBGL genannten Geräte einsetzen will, muss sie dies ebenfalls in ihrer Kalkulation berücksichtigen. Damit stellt die ÖBGL eine grundsätzlich geeignete Leitlinie nach Paragraph 97, BVergG 2006 dar.

Die Anfechtung in diesem Punkt erweist sich daher nicht als berechtigt.

Zu den Punkten 5.9, 5.10, 5.11, 5.12 und 5.25:

Unter diesen Punkten bekämpft die Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin in ihrer gegenständlichen Ausschreibung Aufschläge oder Nachlässe nicht auf Positionsebene sondern nur auf Leistungsgruppen (LG) bzw. Obergruppen (OG) – Ebene zulässt. Sie verweist dazu auf § 2 Z 28 BVergG 2006, wonach der Auftraggeber den Bieter durch die Ausschreibungsgestaltung die Möglichkeit eröffnen muss, „Aufschläge oder Nachlässe auf die Bezugspreise der jeweiligen Position“ anzugeben. Unter diesen Punkten bekämpft die Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin in ihrer gegenständlichen Ausschreibung Aufschläge oder Nachlässe nicht auf Positionsebene sondern nur auf Leistungsgruppen (LG) bzw. Obergruppen (OG) – Ebene zulässt. Sie verweist dazu auf Paragraph 2, Ziffer 28, BVergG 2006, wonach der Auftraggeber den Bieter durch die Ausschreibungsgestaltung die Möglichkeit eröffnen muss, „Aufschläge oder Nachlässe auf die Bezugspreise der jeweiligen Position“ anzugeben.

Die Antragsgegnerin macht geltend, dass die Zulassung von Aufschlägen bzw. Nachlässen auf Positionsebene das Preisaufschlags/Nachlassverfahren ad absurdum führen würde, den Bietern spekulative Angebote auf Einheitspreisebene ermöglichen und de facto zu einem Preisangebotsverfahren führen würde. Sie verweist darauf, dass der angerufene Senat bisher diese Vorgangsweise gebilligt habe.

Weder dem BVergG 2006 noch einer sonstigen einschlägigen Norm (ÖNORM A2050, ÖNORM B2063 bzw. ÖNORM A2063) ist eine Verpflichtung zu entnehmen, wonach Preisaufschläge bzw. – Nachlässe nur auf Positionsebene zuzulassen sind. Tatsächlich würde die Zulassung von Preisaufschlägen bzw. – Nachlässen auf Positionsebene das Preisaufschlags/Nachlassverfahren nach § 2 Z 28 BVergG 2006 ad absurdum führen, wie die Antragsgegnerin zutreffend vorbringt. Weder dem BVergG 2006 noch einer sonstigen einschlägigen Norm (ÖNORM A2050, ÖNORM B2063 bzw. ÖNORM A2063) ist eine Verpflichtung zu entnehmen, wonach Preisaufschläge bzw. – Nachlässe nur auf Positionsebene zuzulassen sind. Tatsächlich würde die Zulassung von Preisaufschlägen bzw. – Nachlässen auf Positionsebene das Preisaufschlags/Nachlassverfahren nach Paragraph 2, Ziffer 28, BVergG 2006 ad absurdum führen, wie die Antragsgegnerin zutreffend vorbringt.

Mit dem Problem des von der Antragsgegnerin gewählten Preisfindungsverfahrens hat sich der angerufene Senat in der Vergangenheit mehrfach auseinander gesetzt und zuletzt in seiner Entscheidung vom 14.1.2010, VKS-8022/09 wie folgt ausgeführt:

„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 Bieter 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 Bieter 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."

Auch unter Berücksichtigung der Ausführungen der Antragstellerin zu dieser Problematik sieht sich der angerufene Senat nicht veranlasst, von seiner bereits mehrfach dargelegten rechtlichen Beurteilung abzugehen. Der Anfechtung zu diesen Punkten war daher nicht statt zu geben.

Zu Pkt. 5.13:

Die Antragstellerin bekämpft die Festlegung zu Pkt. 2.5 der Vergabeverfahrensbestimmungen, wonach von der Antragsgegnerin eine Prüf- und Rügepflicht der Bieter vorgesehen ist. Danach hat ein Bieter die Ausschreibungsunterlagen unmittelbar nach Übersendung / Behebung zu prüfen. Ist aus der Sicht des Bieters eine Berichtigung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen erforderlich, so hat er dies umgehend dem Auftraggeber mitzuteilen (§ 106 Abs. 6 BVergG 2006).Die Antragstellerin bekämpft die Festlegung zu Pkt. 2.5 der Vergabeverfahrensbestimmungen, wonach von der Antragsgegnerin eine Prüf- und Rügepflicht der Bieter vorgesehen ist. Danach hat ein Bieter die Ausschreibungsunterlagen unmittelbar nach Übersendung / Behebung zu prüfen. Ist aus der Sicht des Bieters eine Berichtigung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen erforderlich, so hat er dies umgehend dem Auftraggeber mitzuteilen (Paragraph 106, Absatz 6, BVergG 2006).

Die Antragsgegnerin führt dazu aus, dass der angerufene Senat diese Festlegung in früheren angefochtenen Ausschreibungen als ausdrücklich für zulässig erklärt hat.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist in der angefochtenen Festlegung kein Verstoß gegen § 106 Abs 6 BVergG 2006 zu erblicken. Mit dieser Festlegung hat die Antragsgegnerin den Gesetzeswortlaut des § 106 Abs 6 1. Satz BVergG 2006 wörtlich wiedergegeben. Weiters hat die Antragsgegnerin im Pkt. 2.23 der Vergabeverfahrensbestimmungen festgelegt, dass jeder Bieter zu bestätigen hat, dass er alle in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Leistungen grundsätzlich als zweckmäßig, den gesetzlichen Bestimmungen sowie den anerkannten Regeln der Technik entsprechend erachtet. Dabei handelt es sich um die Ausschreibung der Leistungen nach der standardisierten Leistungsbeschreibung LB-HB. Auch diese Festlegung hat der angerufene Senat bereits in früheren Verfahren als durchaus zulässig erkannt wobei die hier von der Antragstellerin angefochtenen Bestimmungen als durchaus selbstverständlich und damit vergaberechtskonform angesehen wurden (vgl. VKS-3860/07; VKS-4578/07 und VKS-21/08). Die Anfechtung erweist sich sohin auch in diesem Punkt als nicht berechtigt.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist in der angefochtenen Festlegung kein Verstoß gegen Paragraph 106, Absatz 6, BVergG 2006 zu erblicken. Mit dieser Festlegung hat die Antragsgegnerin den Gesetzeswortlaut des Paragraph 106, Absatz 6, 1. Satz BVergG 2006 wörtlich wiedergegeben. Weiters hat die Antragsgegnerin im Pkt. 2.23 der Vergabeverfahrensbestimmungen festgelegt, dass jeder Bieter zu bestätigen hat, dass er alle in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Leistungen grundsätzlich als zweckmäßig, den gesetzlichen Bestimmungen sowie den anerkannten Regeln der Technik entsprechend erachtet. Dabei handelt es sich um die Ausschreibung der Leistungen nach der standardisierten Leistungsbeschreibung LB-HB. Auch diese Festlegung hat der angerufene Senat bereits in früheren Verfahren als durchaus zulässig erkannt wobei die hier von der Antragstellerin angefochtenen Bestimmungen als durchaus selbstverständlich und damit vergaberechtskonform angesehen wurden vergleiche VKS-3860/07; VKS-4578/07 und VKS-21/08). Die Anfechtung erweist sich sohin auch in diesem Punkt als nicht berechtigt.

Zu Pkt. 5.14:

Die Antragstellerin führt aus, dass in den Vertragsbestimmungen Abschnitt 1.4 angeführt wird, dass alle Ausführungsbestimmungen der im ÖNORMen-Verzeichnis enthaltenen Normen einzuhalten sind. Ein solches ÖNORMen-Verzeichnis gäbe es aber nicht.

Die Antragsgegnerin weist darauf hin, dass sie die standardisierte Leistungsbeschreibung Hochbau-LB-HB 17 verwendet habe. Weiters würden in den Ausschreibungsunterlagen mehrere ÖNORMen sowohl im Leistungsverzeichnis als auch im Angebotsformblatt zitiert und für anwendbar erklärt. Alle diese von ihr angeführten ÖNORMen würden sich wiederum auf ÖNORMen beziehen, die am Anfang ein Verzeichnis jener ÖNORMen enthalten, die nähere Ausführungsbestimmungen betreffen.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung hat sich zu diesem Punkt ergeben, dass es sich bei dieser Frage offenbar um ein Missverständnis der Antragstellerin handeln dürfte. Unstrittig ist, dass es ein „ÖNORMen-Verzeichnis“, wie es von der Antragstellerin verstanden wird, nicht gibt und auch nicht Gegenstand der Ausschreibung ist. Der Begriff „ÖNORMen-Verzeichnis“ ist nach den Erklärungen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung (Seite 8 f) dahingehend zu verstehen, dass in den anzuwendenden ÖNORMen eingangs jeweils wiederum auf ÖNORMen verwiesen wird, die im Zusammenhang anzuwenden sind. Die Festlegung bezweckt nun die Klarstellung, dass ein Bieter auch jene ÖNORMen anzuwenden hat, auf die in den ÖNORMen verwiesen wird. Aufgrund dieser im Nachprüfungsverfahren erfolgten Klarstellung kann sich die Antragstellerin nicht mehr für beschwert erachten, weshalb ihrer Anfechtung in diesem Punkt nicht Folge zu geben war.

Zu Pkt. 5.15:

Hier macht die Antragstellerin geltend, dass für die Herleitung der Bezugspreise keine Referenzprodukte oder hinreichende technische Spezifikationen gegeben sind. Eine Gleichwertigkeit von Materialien sei damit nicht nachweisbar.

Die Antragsgegnerin verweist dazu auf die LB-HB 17 die sie bei Formulierung ihrer Ausschreibungsunterlagen verwendet hat. Technische Spezifikationen würden sich aus dem Leistungsverzeichnis sowie den genannten Normen und aus den aufgelisteten Ökokauf-Wien-Kriterienkatalogen ergeben. Diesen Kriterienkatalogen würde eine Vielzahl von Produkten entsprechen, es sei nicht Aufgabe des Basiskalkulanten ein bestimmtes Produkt vorzugeben.

Auch in diesem Punkt erweist sich die Anfechtung der Antragstellerin als nicht berechtigt. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin darauf, dass sie im Pkt. 1.6 ihrer Vertragsbestimmungen die Bestimmungen der standardisierten Leistungsbeschreibung Hochbau-LB-HB 17 wiedergegeben hat die sie auch unter der OG 00 „ständige

Vertragsbestimmungen der LB" eigens abgedruckt hat. Die technischen Spezifikationen ergeben sich aus dem Leistungsverzeichnis, insbesondere Positionstexten, sowie den dort genannten Normen und aus den im Pkt. 1.6 der Vertragsbestimmungen (SD 1043) aufgelisteten Ökokauf-Wien-Kriterienkatalogen. Darin hat die Antragsgegnerin festgelegt, dass nur Materialien verwendet werden dürfen, die auch den in den Ökokauf-Wien-Kriterienkatalogen genannten Vorgaben – also technischen Spezifikationen – entsprechen. Wenn ein Produkt dem Ökokauf-Wien-Kriterienkatalogen entspricht, ist es „gleichwertig“, weshalb das von der Antragstellerin behauptete Problem der Gleichwertigkeit nicht besteht. Schließlich kann es nicht Aufgabe des Basiskalkulanten sein, in seiner Kalkulation bestimmte Materialien bzw. Referenzprodukte vorzugeben, zumal es – was im Ergebnis unbestritten geblieben ist – eine Vielzahl von Produkten gibt, die den Ökokauf-Wien-Kriterienkatalogen entsprechen. Der Basiskalkulant hat die Vorgabe Preise zu kalkulieren und durch Vorlage seiner K3-, K4- und K7-Blätter darzulegen, wie kalkuliert wurde.

Zu Pkt. 5.17:

Die Antragstellerin macht hier eine unsachliche Abweichung von der ÖNORM B2110 geltend.

Dazu verweist die Antragsgegnerin lediglich darauf, dass der angerufene Senat in früheren Entscheidungen die von der Antragstellerin kritisierte Abweichung zur ÖNORM B2110 als nicht vergaberechtswidrig erachtet hat. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin erblickt der angerufene Senat in der Abweichung zur ÖNORM B2110 betreffend Mengenänderungen keinen Verstoß gegen § 79 Abs. 3 BVergG 2006. Dazu hat der Senat in seiner Entscheidung vom 30.3.2007, VKS-3664/06 und VKS-3675/06 bei vergleichbarem Sachverhalt wie folgt ausgeführt: Dazu verweist die Antragsgegnerin lediglich darauf, dass der angerufene Senat in früheren Entscheidungen die von der Antragstellerin kritisierte Abweichung zur ÖNORM B2110 als nicht vergaberechtswidrig erachtet hat. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin erblickt der angerufene Senat in der Abweichung zur ÖNORM B2110 betreffend Mengenänderungen keinen Verstoß gegen Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006. Dazu hat der Senat in seiner Entscheidung vom 30.3.2007, VKS-3664/06 und VKS-3675/06 bei vergleichbarem Sachverhalt wie folgt ausgeführt:

„[...] Was die Verbindlichkeit des Leistungsumfanges betrifft, liegt es in der Natur des Rahmenvertrages über Bauleistungen, dass diesbezügliche Angaben bezogen auf die Vertragslaufzeit nur eine Schätzung darstellen können, daher wird sich die Kalkulation auch am voraussichtlichen Leistungsinhalt und Umfang der Einzelabrufe zu orientieren haben. Nicht nachvollziehbar ist in diesem Zusammenhang die Meinung der Antragsgegnerin, wonach der Bieter auch damit zu rechnen hätte, dass während der Vertragslaufzeit kein einziger Einzelabruf erfolgt. Zum einen ist das absolut unwahrscheinlich, zum anderen wird dann die Antragsgegnerin mit Forderungen seitens des Auftragnehmers zu rechnen haben, da es sich bei einem Rahmenvertrag über Bauleistungen eben um einen Vertrag handelt. Da es jedoch praktisch völlig ausgeschlossen ist, dass nach Ablauf der Vertragslaufzeit kein einziger Abruf getätigt wurde, wird es wohl darauf ankommen, ob die Preise bezogen auf die Einzelabrufe kostendeckend kalkuliert werden können. Inwieweit dann noch die über den Gesamtumsatz verdienten Gemeinkosten zu thematisieren sein werden, hängt einerseits von der Art der Darstellung der Leistung im Leistungsverzeichnis ab (eigene Positionen für Leistungen, die einmalige zeitgebundene oder mengenabhängige Kosten enthalten) und kann andererseits jedenfalls erst nach Ende der Vertragslaufzeit in Kenntnis der tatsächlichen Umsatzsummen behandelt werden. Allein die Tatsache, dass sich hier Verschiebungen nach oben und nach unten im Laufe der Vertragslaufzeit ergeben können, kann unter der Voraussetzung einer vergaberechtskonformen Ausschreibung und einer ordnungsgemäßen Kalkulation noch nicht als problematisch gesehen werden. In diesem Zusammenhang wird auch die sogenannte Mengenänderungsklausel (Pkt. 5.24.6 der VD 314) nicht anwendbar sein. Zur Abfederung von Kostenänderungen, die sich aus einer im Nachhinein festgestellten wesentlichen Reduktion des Gesamtleistungsinhaltes für die kalkulierten Preise ergeben könnten, sieht die Vertragsbestimmung der Stadt Wien (VD 314) entsprechende Regelungen vor. In diesem Punkt kann der Antragstellerin daher nicht gefolgt werden. [...]“

„[...] Wie bereits ausgeführt, kann die sogenannte Mengenänderungsklausel der ÖNORM B 2110 nicht als geeignete Preisanpassungsmodalität für Rahmenverträge über Bauleistungen qualifiziert werden. Insofern ist die Außerkraftsetzung dieser Klausel in der gegenständlichen Ausschreibung auch nicht relevant. Selbst wenn die Antragsgegnerin zu jeder Position geschätzte Mengen vorgesehen hätte, wäre aufgrund der Natur des Rahmenvertrages seitens der Bieter davon auszugehen gewesen, dass es unter den einzelnen Positionen, hinsichtlich der ausgeschriebenen Mengen, zu starken Verschiebungen kommen wird. Die Detailkalkulation wäre daher nicht ausschließlich auf die auf Vertragsdauer voraussichtliche Gesamtmenge je Leistungsposition auszulegen, sondern unter Berücksichtigung der im Zuge eines Leistungsabrufes durchschnittlich umzusetzenden Einzelleistungen zu

erstellen. Durch die Angabe der Gesamtmenge je Position auf Vertragslaufzeit wäre, wie bereits ausführlich dargestellt wurde, lediglich das Vertragsvolumen umrissen und eine Gewichtsverteilung der Einzelleistungen untereinander dargestellt. Etwaige Forderungen aus einer Änderung des Leistungsgegenstandes können daher nicht sinnvoll auf eine 20%ige Änderung der ausgeschriebenen Mengen je Position aufgebaut werden. Aus diesem Grund ist die Außerkraftsetzung dieses Produktes der ÖNORM B 2110 nachvollziehbar. Die anderen Vertragsanpassungspunkte der ÖNORM B 2110 bleiben in der gegenständlichen Ausschreibung in Kraft. In diesem Punkt ist daher die Anfechtung der Antragstellerin nicht berechtigt. [...]"

Auch nach dem Erlass der Magistratsdirektion – Geschäftsbereich Bauten und Technik vom 15.2.2006, MDBD-3741-3/03, betreffend die Vorgangsweise bei der Vergabe von Kontrahentenverträgen („Rahmenverträgen“) hat die Antragsgegnerin in den besonderen Vertragsbestimmungen zu regeln, dass entgegen Pkt. 5.24.6 der allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen (VD 317) eine Abweichung von den im Vertrag angegebenen Mengen nicht zu einer Änderung des Einheitspreises führen darf.

Aus den dargelegten Gründen sieht sich der angerufene Senat nicht veranlasst von seinem Rechtsstandpunkt abzugehen.

Durch die angefochtenen Vertragsformulierungen verstößt die Auftraggeberin nicht gegen § 99 Abs. 2 bzw. § 79 Abs. 3 BVergG 2006, weil diese Festlegungen sich als für den Bieter vorteilhaft erweisen. Damit fehlt der Antragstellerin die subjektive Betroffenheit, weshalb auch der Anfechtung in diesem Punkte nicht stattzugeben war. Durch die angefochtenen Vertragsformulierungen verstößt die Auftraggeberin nicht gegen Paragraph 99, Absatz 2, bzw. Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006, weil diese Festlegungen sich als für den Bieter vorteilhaft erweisen. Damit fehlt der Antragstellerin die subjektive Betroffenheit, weshalb auch der Anfechtung in diesem Punkte nicht stattzugeben war.

Zu Punkt 5.18:

Die Anfechtung betrifft Abschnitt 3.3 der Vertragsbestimmungen, worin vorgesehen ist „für Überschreitungen des im Bestellschein festgelegten Leistungsende wird eine Vertragsstrafe in Höhe von Euro 70,-- je Kalendertag festgesetzt“. Die Antragstellerin hält diese Festlegung für vergaberechtswidrig, zumal damit gegen die ÖNORM B 2110: 2009, verstoßen wird.

Die Antragsgegnerin rechtfertigte diese Festlegung damit, dass sie die bekämpfte Pönaleregelung bei allen Rahmenvertragsausschreibungen stets angewendet hat und diese vom Vergabekontrollsenat Wien bisher nicht für rechtswidrig erklärt worden sei.

Die behauptete Vergaberechtswidrigkeit liegt nicht vor. Wie der Senat bereits in früheren Entscheidungen ausgesprochen hat (VKS – 1352/00, VKS – 21/08 u.a.), kann in der bekämpften Festlegung „über die Vertragsstrafe weder eine Vergaberechtswidrigkeit noch ein Verstoß gegen § 879 ABGB gesehen werden. Wenn auch die Höhe der Vertragsstrafe dem allenfalls aus dem Verzug zu befürchtenden Nachteil und der Auftragssumme angemessen sein sollte (Punkt 5.3.11 der ÖNORM A 2050), ist eine Beschränkung nur im Rahmen der Bestimmungen des § 879 ABGB angezeigt. Selbst wenn man von einer Auftragssumme von Euro 700,--, wie vom Antragsteller angenommen, ausgeht, es sich sohin um einen „kleinen“ Auftrag handelt, erscheint eine Vertragsstrafe von Euro 70,-- täglich nicht als unbillig und unangemessen und letztlich auch kalkulierbar“ (vgl. VKS – 1352/00). In der bekämpften Festlegung ist sohin weder ein Verstoß gegen § 99 Abs. 2 BVergG 2006 noch gegen § 79 Abs. 3 BVergG 2006 zu erkennen, weil ein auf den Auftragnehmer überwälztes unkalkulierbares Risiko nicht gegeben ist. Die behauptete Vergaberechtswidrigkeit liegt nicht vor. Wie der Senat bereits in früheren Entscheidungen ausgesprochen hat (VKS – 1352/00, VKS – 21/08 u.a.), kann in der bekämpften Festlegung „über die Vertragsstrafe weder eine Vergaberechtswidrigkeit noch ein Verstoß gegen Paragraph 879, ABGB gesehen werden. Wenn auch die Höhe der Vertragsstrafe dem allenfalls aus dem Verzug zu befürchtenden Nachteil und der Auftragssumme angemessen sein sollte (Punkt 5.3.11 der ÖNORM A 2050), ist eine Beschränkung nur im Rahmen der Bestimmungen des Paragraph 879, ABGB angezeigt. Selbst wenn man von einer Auftragssumme von Euro 700,--, wie vom Antragsteller angenommen, ausgeht, es sich sohin um einen „kleinen“ Auftrag handelt, erscheint eine Vertragsstrafe von Euro 70,-- täglich nicht als unbillig und unangemessen und letztlich auch kalkulierbar“ vergleiche VKS – 1352/00). In der bekämpften Festlegung ist sohin weder ein Verstoß gegen Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 noch gegen Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006 zu erkennen, weil ein auf den Auftragnehmer überwälztes unkalkulierbares Risiko nicht gegeben ist.

Zu Punkt 5.20:

Die Antragstellerin macht geltend, dass die Antragsgegnerin im Abschnitt 7.4 der Vertragsbestimmungen in unsachlicher Weise von der ÖNORM B 2111: 2007-05 abweichende, und eigene Umrechnungsmodalitäten festgelegt hat. „Die hier vorgegebene Regelung bleibt unklar, sie verstößt gegen § 99 Abs. 1 BVergG 2006“. Überdies beziehe sich die Antragsgegnerin hinsichtlich der Modalitäten der Umrechnung auf die ÖNORM B 2111, Ausgabe 1. Mai 2000. Diese Norm sei vom Österreichischen Normungsinstitut durch eine Neuauflage im Mai 2007 ersetzt worden. Die Antragstellerin macht geltend, dass die Antragsgegnerin im Abschnitt 7.4 der Vertragsbestimmungen in unsachlicher Weise von der ÖNORM B 2111: 2007-05 abweichende, und eigene Umrechnungsmodalitäten festgelegt hat. „Die hier vorgegebene Regelung bleibt unklar, sie verstößt gegen Paragraph 99, Absatz eins, BVergG 2006“. Überdies beziehe sich die Antragsgegnerin hinsichtlich der Modalitäten der Umrechnung auf die ÖNORM B 2111, Ausgabe 1. Mai 2000. Diese Norm sei vom Österreichischen Normungsinstitut durch eine Neuauflage im Mai 2007 ersetzt worden.

Die Antragsgegnerin hat dagegen vorgebracht, sie habe in der bekämpften Festlegung ausdrücklich eine überwiegend im Interesse der Bieter liegende Indexregelung gewählt. Darin werde für jede Obergruppe entsprechend dem tatsächlichen Verhältnis der Gewerke zueinander festgelegt, wie die einzelnen Gewerke der Ausschreibung indiziert werden. Worin hier für die Antragstellerin ein Nachteil liegen solle, sei nicht erkennbar. Durch die Zitierung der alten Norm sei ein Bieter besser gestellt als bei Anwendung der Norm aus Mai 2007, weil hier eine Anpassung zweimal im Jahr erfolge und nicht nur ein Mal. Darüber hinaus habe die Antragsgegnerin das Angebotsformblatt, wie von der Magistratsdirektion vorgegeben, zu verwenden, worin noch die alten Normen angeführt sind.

Dazu hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, dass dann „wenn Wiener Wohnen erklärt, die alte Norm, soweit sie für uns günstiger ist, bei der Abrechnung anzuwenden, ist das OK“. Die Antragstellerin würde jedoch die Festlegungen, soweit sie die ÖNORM B 2111 betreffen, deswegen für benachteiligend ansehen, weil sie für sie nicht nachvollziehbar sei. Dazu hat die Antragsgegnerin ergänzend ausgeführt, dass sie in der Ausschreibung einen eigenen Index bekannt gegeben habe, getrennt nach Arbeitskategorie und nach Obergruppen. So sei etwa für die Obergruppe Anstreicher ein eigener Umrechnungskurs, für den Maler ein anderer Umrechnungskurs festgelegt worden (Protokoll Seite 10 und 11).

Die bekämpften Festlegungen sind dahingehend zu verstehen, dass die Antragsgegnerin ein komplexes Indexierungsinstrumentarium nach dem tatsächlichen Verhältnis der Gewerke zueinander zur Verfügung gestellt hat, wobei für jedes einzelne Gewerk die tatsächlich eingetretene Indexsteigerung garantiert wird. Weiters berücksichtigt das System eine Nachverrechnung von Indexsteigerungen zum Vorteil der Unternehmer.

Unter Berücksichtigung der Erklärungen beider Parteien ist der Senat zum Ergebnis gelangt, dass in der Festlegung betreffend das System für die Nachverrechnung von Indexsteigerungen kein Nachteil für die Bieter erblickt werden kann. Tatsächlich erfolgt die Preisumrechnung, sofern sie nach der ÖNORM B 2111, Ausgabe 1.5.2000, erfolgt, zum Vorteil der Bieter, weil darin eine Bagatellgrenze von 1 % vorgesehen ist, während in der nunmehr geltenden ÖNORM B 2111 eine Bagatellgrenze von 2 % vorgesehen ist. Der Beschwerde war daher auch in diesem Punkt nicht Folge zu geben.

Zu den Punkten 21 bis 23:

Die Antragstellerin bringt zunächst vor, dass die Öko-Kauf-Wien-Kriterienkataloge „keine klaren technischen Spezifikationen“ enthalten würden. Weiters moniert sie unter den Punkten 5.22 und 5.23, dass nicht alle Produkte der Vorgabekalkulation in der, in den Ausschreibungsunterlagen angegebenen Datenbank www.baubook.at, enthalten wären.

Dazu hat die Antragsgegnerin ausgeführt, die technischen Spezifikationen würden sich aus dem Leistungsverzeichnis (insbesondere den Positionstexten) sowie den dort genannten Normen ergeben. Es sei richtig, dass nicht alle Produkte, die den Öko-Kauf-Wien-Kriterienkatalog entsprechen, in der angegebenen Datenbank zu finden wären. Es genüge jedoch, dass ein Bieter den Nachweis erbringe, dass das von ihm zur Verwendung vorgesehene Produkt technisch gleichwertig jenen Produkten wäre, die dem Kriterienkatalog entsprechen.

Die Antragsgegnerin hat ihrer Ausschreibung zugrunde gelegt, dass von den Bietern Produkte zu verwenden sind, deren ökologische Anforderungen detailliert in den Öko-Kauf-Wien-Kriterienkatalogen beschrieben sind. Zunächst ist darauf zu verweisen, dass im Kriterienkatalog konkrete Produkte nicht angeführt sind, sondern nur jene

Anforderungen, denen sie entsprechen müssen und in welcher Form ein Nachweis für die Einhaltung dieser Anforderungen beigebracht werden muss. Nach Ansicht des Senates sind damit alle für die Ausarbeitung der Angebote und die Abwicklung des Rahmenvertrages maßgebenden ökologischen Anforderungen hinreichend festgelegt, und zwar in dem Sinn, dass allen verständigen Bieter, die in der Branche tätig sind, klar sein muss, was die ökologischen Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers an die eingesetzten Produkte umfassen müssen (vgl. RV 1171 XXII GP zu § 97 BVergG 2006). Wenn auch nicht alle Produkte der Vorgabekalkulation in der in den Ausschreibungsunterlagen angegebenen Datenbank geführt werden, hindert dies die Bieter nicht, ein den Ausschreibungsbedingungen entsprechendes Angebot zu legen. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin darauf, dass dann, wenn ein in dieser Datenbank nicht eingetragenes Produkt Verwendung finden soll, der Nachweis der technischen Gleichwertigkeit erbracht werden kann. Dazu reicht die Vorlage entsprechender Produktdatenblätter bzw. -Beschreibungen aus, worauf auch in den Bestimmungen der Öko-Kauf-Wien-Kriterienkataloge verwiesen wird. Diese Produktdatenblätter und -beschreibungen sind in aller Regel nicht vom Auftragnehmer zu erstellen, sondern von jenem Erzeuger, dessen Produkte Verwendung finden sollen. Dieser hat im Ergebnis den Nachweis der technischen Gleichwertigkeit eines bestimmten Produktes zu den Öko-Kauf-Wien-Kriterienkatalogen zu erbringen. Worin in diesem Umstand ein unkalkulierbares Risiko für den Bieter liegen sollte, ist nicht ersichtlich. Die Antragsgegnerin hat ihrer Ausschreibung zugrunde gelegt, dass von den Bieter Produkte zu verwenden sind, deren ökologische Anforderungen detailliert in den Öko-Kauf-Wien-Kriterienkatalogen beschrieben sind. Zunächst ist darauf zu verweisen, dass im Kriterienkatalog konkrete Produkte nicht angeführt sind, sondern nur jene Anforderungen, denen sie entsprechen müssen und in welcher Form ein Nachweis für die Einhaltung dieser Anforderungen beigebracht werden muss. Nach Ansicht des Senates sind damit alle für die Ausarbeitung der Angebote und die Abwicklung des Rahmenvertrages maßgebenden ökologischen Anforderungen hinreichend festgelegt, und zwar in dem Sinn, dass allen verständigen Bieter, die in der Branche tätig sind, klar sein muss, was die ökologischen Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers an die eingesetzten Produkte umfassen müssen vergleiche Regierungsvorlage 1171 römisch 22 Gesetzgebungsperiode zu Paragraph 97, BVergG 2006). Wenn auch nicht alle Produkte der Vorgabekalkulation in der in den Ausschreibungsunterlagen angegebenen Datenbank geführt werden, hindert dies die Bieter nicht, ein den Ausschreibungsbedingungen entsprechendes Angebot zu legen. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin darauf, dass dann, wenn ein in dieser Datenbank nicht eingetragenes Produkt Verwendung finden soll, der Nachweis der technischen Gleichwertigkeit erbracht werden kann. Dazu reicht die Vorlage entsprechender Produktdatenblätter bzw. -Beschreibungen aus, worauf auch in den Bestimmungen der Öko-Kauf-Wien-Kriterienkataloge verwiesen wird. Diese Produktdatenblätter und -beschreibungen sind in aller Regel nicht vom Auftragnehmer zu erstellen, sondern von jenem Erzeuger, dessen Produkte Verwendung finden sollen. Dieser hat im Ergebnis den Nachweis der technischen Gleichwertigkeit eines bestimmten Produktes zu den Öko-Kauf-Wien-Kriterienkatalogen zu erbringen. Worin in diesem Umstand ein unkalkulierbares Risiko für den Bieter liegen sollte, ist nicht ersichtlich.

Durch die unter den Punkten 5.21, 5.22 und 5.23 angefochtenen Festlegungen hat die Antragsgegnerin nicht gegen die §§ 79 Abs. 3, 98 Abs. 2 BVergG 2006 verstoßen. Durch die unter den Punkten 5.21, 5.22 und 5.23 angefochtenen Festlegungen hat die Antragsgegnerin nicht gegen die Paragraphen 79, Absatz 3, 98, Absatz 2, BVergG 2006 verstoßen.

Zu Punkt 5.25:

Hier kann auf die Ausführungen zu den Punkten 5.9, 5.10 bis 5.12 verwiesen werden.

Die Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen erweist sich im Ergebnis nur hinsichtlich des Vorbringens zu Punkt 5.2 des Nichtigerklärungsantrages für berechtigt.

Hier macht die Antragstellerin geltend, dass sowohl nach § 97 Abs. 2 als auch § 99 Abs. 2 BVergG 2006 der Auftraggeber verpflichtet sei, sich insbesondere auch bei den Vertragsbestimmungen, bei Erstellung der Ausschreibungsunterlagen an geeignete ÖNORMen zu halten. Die Auftraggeberin lege ihren Ausschreibungsunterlagen ÖNORMen zugrunde, die vom Österreichischen Normungsinstitut noch vor der Absendung der Bekanntmachung der gegenständlichen Ausschreibung zurückgezogen und durch neue, andere Normen ersetzt worden seien. Es handelt sich dabei um die ÖNORM B 2110, Ausgabe 1. März 2002 – Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen; Hier macht die Antragstellerin geltend, dass sowohl nach Paragraph 97, Absatz 2, als auch Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 der Auftraggeber verpflichtet sei, sich insbesondere auch bei den Vertragsbestimmungen, bei Erstellung der Ausschreibungsunterlagen an geeignete ÖNORMen zu halten. Die Auftraggeberin lege ihren Ausschreibungsunterlagen ÖNORMen zugrunde, die vom Österreichischen

Normungsinstitut noch vor der Absendung der Bekanntmachung der gegenständlichen Ausschreibung zurückgezogen und durch neue, andere Normen ersetzt worden seien. Es handelt sich dabei um die ÖNORM B 2110, Ausgabe 1. März 2002 – Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen;

Werkvertragsnorm;

ÖNORM B 2114: 1996-09 – Vertragsbestimmungen bei automationsunterstützter Abrechnung von Bauleistungen; Werkvertragsnorm;

ÖNORM B 2063: 1996-09 – Ausschreibung, Angebot und Zuschlag unter Berücksichtigung automationsunterstützter Verfahren, Verfahrensnorm;

alle drei genannten Normen angeführt im MBD-SR 75;

ÖNORM B 2111: 2000, Umrechnung veränderlicher Preise von Bauleistungen – Werkvertragsnorm (enthalten in den Vertragsbestimmungen, Abschnitt 3.3.),

Diese nicht mehr geltenden ÖNORMen könnten daher nicht als „geeignet“ bezeichnet werden, womit ein Verstoß gegen § 99 Abs. 2 BVergG 2006 vorliege. Diese nicht mehr geltenden ÖNORMen könnten daher nicht als „geeignet“ bezeichnet werden, womit ein Verstoß gegen Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 vorliege.

Dazu hat die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, die Antragstellerin habe nicht angegeben, in welchen konkreten Rechten sie sich durch die Anführung der „alten“ ÖNORMen beeinträchtigt fühlt, inwiefern „hier eine Verletzung der Antragstellerin vorliegen soll, wird nicht gesehen“ (Seite 3). Im übrigen hat sie sich darauf berufen, dass sie verpflichtet sei das Angebotsdeckblatt MBD - SR 75 in der vorliegenden Form bei Ausschreibungen zu verwenden.

Die ÖNORM B 2110 wurde in der Ausgabe vom 1.3.2002 den Ausschreibungsunterlagen zugrunde gelegt. Diese Norm wurde am 1.1.2009 zurückgezogen und durch eine neue Ausgabe vom 1.1.2009 ersetzt. Die ÖNORM B 2111 wurde in den Ausschreibungsunterlagen in der Fassung aus dem Jahre 2000 für verbindlich erklärt. Diese ist am 1.5.2007 zurückgezogen und durch eine Neuauflage ersetzt worden.

Die ÖNORMen B 2114 und B 2063 wurden durch die ÖNORM A 2063 ersetzt, wobei die letzte Ausgabe mit 1.6.2009 wirksam wurde.

Die Bekanntmachung der Ausschreibung erfolgt im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 4.8.2009. Zu diesem Zeitpunkt waren die genannten ÖNORMen in bereits neuen Fassungen verfügbar und wären gemäß § 97 Abs. 2 BVergG 2006 als aktueller Stand der Technik, das ist als „geeignete Leitlinien“, anzuwenden gewesen. Die Bekanntmachung der Ausschreibung erfolgt im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 4.8.2009. Zu diesem Zeitpunkt waren die genannten ÖNORMen in bereits neuen Fassungen verfügbar und wären gemäß Paragraph 97, Absatz 2, BVergG 2006 als aktueller Stand der Technik, das ist als „geeignete Leitlinien“, anzuwenden gewesen.

Gemäß § 97 Abs. 1 BVergG 2006 hat ein Auftraggeber bei der Erstellung eines Leistungsverzeichnisses dann, wenn für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen vorhanden sind, diese heranzuziehen. Ähnliches regelt § 99 Abs. 2 BVergG 2006 für die Ausarbeitung der Vertragsbestimmungen, für die auch „geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen“ heranzuziehen sind. Unstrittig ist davon auszugehen, dass in dem Angebotsdeckblatt sowie auch in übrigen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen die im Spruch unter Punkt 1 angeführten ÖNORMen nicht mehr in Geltung stehen, sondern noch vor Kundmachung des gegenständlichen Vergabevorgangs durch Nachfolgebestimmungen ersetzt worden sind. Damit handelt es sich bei diesen in den Ausschreibungsunterlagen angeführten ÖNORMen nicht um „geeignete Leitlinien“ im Sinne der §§ 97 Abs. 2 bzw. 99 Abs. 2 BVergG 2006, weil als solche nur jene verstanden werden können, die dem letztgültigen Stand entsprechen, und die auch von allen interessierten Bietern ohne größeren Aufwand beschafft werden können. Gerade bei Ausschreibungen von Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich ist grundsätzlich zu berücksichtigen, dass der Interessentenkreis den gesamten EU-Raum umfasst. Tatsächlich ist die Beschaffung nicht mehr geltender ÖNORMen für alle interessierten Bieter, auch für inländische Bieter etwa im Wege des Internets wesentlich erschwert; die Bieter sind vielmehr gehalten, sich direkt an das Österreichische Normungsinstitut zu wenden und sich von dort die ÖNORMen in der nicht mehr aktuellen Fassung zu beschaffen. Dass dies mit sowohl organisatorischem als auch zeitlichem Aufwand verbunden ist, liegt auf der Hand, diese Umstände können im Ergebnis auch dazu führen, dass es einem interessierten Bieter nicht

mehr möglich ist, innerhalb der Angebotsfrist ein nach den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen kalkuliertes Angebot zu erstellen. Gemäß Paragraph 97, Absatz eins, BVergG 2006 hat ein Auftraggeber bei der Erstellung eines Leistungsverzeichnisses dann, wenn für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen vorhanden sind, diese heranzuziehen. Ähnliches regelt Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 für die Ausarbeitung der Vertragsbestimmungen, für die auch „geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen“ heranzuziehen sind. Unstrittig ist davon auszugehen, dass in dem Angebotsdeckblatt sowie auch in übrigen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen die im Spruch unter Punkt 1 angeführten ÖNORMen nicht mehr in Geltung stehen, sondern noch vor Kundmachung des gegenständlichen Vergabevorgangs durch Nachfolgebestimmungen ersetzt worden sind. Damit handelt es sich bei diesen in den Ausschreibungsunterlagen angeführten ÖNORMen nicht um „geeignete Leitlinien“ im Sinne der Paragraphen 97, Absatz 2, bzw. 99 Absatz 2, BVergG 2006, weil als solche nur jene verstanden werden können, die dem letztgültigen Stand entsprechen, und die auch von allen interessierten Bietern ohne größeren Aufwand beschafft werden können. Gerade bei Ausschreibungen von Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich ist grundsätzlich zu berücksichtigen, dass der Interessentenkreis den gesamten EU-Raum umfasst. Tatsächlich ist die Beschaffung nicht mehr geltender ÖNORMen für alle interessierten Bieter, auch für inländische Bieter etwa im Wege des Internets wesentlich erschwert; die Bieter sind vielmehr gehalten, sich direkt an das Österreichische Normungsinstitut zu wenden und sich von dort die ÖNORMen in der nicht mehr aktuellen Fassung zu beschaffen. Dass dies mit sowohl organisatorischem als auch zeitlichem Aufwand verbunden ist, liegt auf der Hand, diese Umstände können im Ergebnis auch dazu führen, dass es einem interessierten Bieter nicht mehr möglich ist, innerhalb der Angebotsfrist ein nach den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen kalkuliertes Angebot zu erstellen.

Nach § 97 Abs. 2 BVergG 2006 kann ein Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen, in einzelnen Punkten von geeigneten Leitlinien abweichende Festlegungen treffen. Er hat dabei die Gründe für die abweichenden Festlegungen festzuhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben. Eine Begründung, warum die Antragsgegnerin ÖNORMen in der nunmehr geltenden Fassung nicht in ihre Ausschreibungsunterlagen aufgenommen hat, sind den Vergabeakten nicht zu entnehmen. Ein konkretes Vorbringen dazu wurde von der Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren auch nicht erstattet. Nach Paragraph 97, Absatz 2, BVergG 2006 kann ein Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen, in einzelnen Punkten von geeigneten Leitlinien abweichende Festlegungen treffen. Er hat dabei die Gründe für die abweichenden Festlegungen festzuhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben. Eine Begründung, warum die Antragsgegnerin ÖNORMen in der nunmehr geltenden Fassung nicht in ihre Ausschreibungsunterlagen aufgenommen hat, sind den Vergabeakten nicht zu entnehmen. Ein konkretes Vorbringen dazu wurde von der Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren auch nicht erstattet.

Im Ergebnis zeigt sich sohin, dass sich die Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen nur in diesem Punkt als berechtigt erweist. Es war daher in diesem Umfang dem Antrag der Antragstellerin stattzugeben und gemäß § 26 Abs. 2 WVRG 2007 die Anführung der mehrfach genannten vier ÖNORMen in den Ausschreibungsunterlagen für nichtig zu erklären. (Spruch Punkt 1) Im Ergebnis zeigt sich sohin, dass sich die Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen nur in diesem Punkt als berechtigt erweist. Es war daher in diesem Umfang dem Antrag der Antragstellerin stattzugeben und gemäß Paragraph 26, Absatz 2, WVRG 2007 die Anführung der mehrfach genannten vier ÖNORMen in den Ausschreibungsunterlagen für nichtig zu erklären. (Spruch Punkt 1)

Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 23.9.2009 erlassene, einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben. (Spruch Punkt 3) Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 23.9.2009 erlassene, einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben. (Spruch Punkt 3)

Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; da die Antragstellerin mit ihrem Antrag teilweise obsiegt hat, liegen die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen vor. (Spruch Punkt 4) Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; da die Antragstellerin mit ihrem Antrag teilweise obsiegt hat, liegen die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen vor. (Spruch Punkt 4)

Schlagworte

Ausschreibung; Zulässigkeit des Preisaufschlags- und nachlassverfahrens; Bauauftrag; Dienstleistungsauftrag;
Verwendung veralteter ÖNORMEN; Nur Normen in ihrer aktuellen Fassung sind geeignete Leitlinien i.S.d § 97 Abs.1
BVergG 2006;

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