

# TE Verg Bescheid 2008/3/13 VKS-21/08

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.03.2008

## Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §13 Abs3

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19 Abs1 und 3

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs2

WVRG 2007 §26

WVRG 2007 §31 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa und Z28

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4 Z1

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §24 Abs4

BVergG 2006 §70 Abs2

BVergG 2006 §79 Abs3

BVergG 2006 §90

BVergG 2006 §95

BVergG 2006 §96

BVergG 2006 §97

BVergG 2006 §99 Abs2

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 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 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 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 90 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 95 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 96 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 97 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 99 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

## Text

### BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden \*\*\* über Antrag der Dachdeckerei und Spenglerei \*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*, vertreten durch Schramm Öhler, Rechtsanwälte OG in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe eines Rahmenvertrages zur Durchführung von Schwarzdeckerarbeiten in städtischen Wohnhausanlagen in den Bezirken 1 bis 23, Ausschreibungsnummer LV/WWDT/QS-Schwarzdecker-LTV-OG, durch die Stadt Wien – Wiener Wohnen, Direktion Technik, Doblhoffgasse 6, 1082 Wien, vertreten durch schwartz und huber – medek, Rechtsanwälte OEG in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins  
Dem Antrag auf Nichtigklärung der Ausschreibung der Antragsgegnerin vom 13.11.2007, in der berichtigten Fassung vom 20.2.2008, wird nicht stattgegeben.
2. 2.Ziffer 2  
Folgende Festlegungen in der Ausschreibung der Antragsgegnerin vom 13.11.2007 in der berichtigten Fassung vom 20.2.2008 werden für nichtig erklärt:  
Im Ausschreibungsleistungsverzeichnis die Festlegung zu LGPOS Nr. 00.01000 „Z Bestellung der Leistung – Preisbildung“;

In den Vertragsbestimmungen „ST1043-Vertragsbestimmungen-Schwarzdecker“ die Punkte

1.7 „Erschwernis Winter bzw. Schlechtwetter“;

7.4 „Indexierung“.

Dem darüber hinausgehende Mehrbegehren, die im einleitenden Schriftsatz unter den Punkten 3.2.3.2 – 3.2.16 angeführten Festlegungen im Leistungsverzeichnis sowie die unter den Punkten 3.2.18.2 – 3.2.18.4 sowie 3.2.18.6 – 3.2.19.5 angeführten Festlegungen in den „ST1043-Vertragsbestimmungen Schwarzdecker“ für nichtig zu erklären, wird nicht stattgegeben.

1. 3.Ziffer 3  
Die einstweilige Verfügung vom 10.1.2008 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

## 2. 4.Ziffer 4

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

### Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 13 Abs. 3, 18, 19 Abs. 1 und 3, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 2, 26, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit § 2 Z 16 lit. a sublit. aa und Z 28, 3 Abs. 1 Z 2, 4 Z 1, 12 Abs. 1 Z 3, 24 Abs. 4, 70 Abs. 2, 79 Abs. 3, 90, 95, 96, 97, 99 Abs. 2 BVergG 2006 Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, Absatz eins und 3, 20, 23 Absatz eins, 24, Absatz 2, 26, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a und Ziffer 28, 3, Absatz eins, Ziffer 2, 4, Ziffer eins, 12, Absatz eins, Ziffer 3, 24, Absatz 4, 70, Absatz 2, 79, Absatz 3, 90, 95, 96, 97, 99, Absatz 2, 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 Schwarzdeckerarbeiten. Es handelt sich dabei um laufende Adaptierungs- und Instandsetzungsarbeiten in den von der Antragsgegnerin in allen 23 Wiener Bezirken verwalteten Wohnhäusern. Die Vertragsdauer des ausgeschriebenen Rahmenvertrages beträgt drei Jahre mit einer Option auf Verlängerung um weitere drei Jahre. Der geschätzte Auftragswert einschließlich der Option beträgt ohne Mehrwertsteuer EUR 6.976.000,--. Die Bekanntmachung im Amtsblatt der EU erfolgte am 13.11.2007, Zl. 2007/S218- 265439. Die Ausschreibung ist in neun Kundendienstzentren (KD) gegliedert, denen wieder mehrere Gebietseinheiten (Lose) zugeordnet sind. Angebote können nur für ein Los, für einige oder für alle Lose abgegeben werden. Das Ende der Angebotsfrist war zunächst der 8.1.2008.

Mit dem am 28.12.2007 zur Post gegebenen, am 2.1.2008 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangten Antrag, begehrt die Antragstellerin die Ausschreibung für nichtig zu erklären, für den Fall der Zurück- oder Abweisung dieses Antrages einzelne Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen, sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen führt sie darin unter detaillierter Darstellung der einzelnen Festlegungen aus, die gegenständliche Ausschreibung sei mit zahlreichen Rechtswidrigkeiten behaftet. Die Antragsgegnerin habe insbesondere hinsichtlich ihrer Preisbildung grundsätzlich verschiedene Leistungen zu einer Leistungsgruppe zusammengefasst. Weiters habe sie zwar in ihrem „Kurzleistungsverzeichnis mit Mengen“ (Teilangebote je KD und je Gebietsteil) zu den ausgeschriebenen Positionen Mengen angeführt. Die Berechnungen der Antragstellerin hätten jedoch ergeben, dass diese offenbar willkürliche Mengenangaben darstellen, welche keinesfalls in dieser Form abgerufen werden könnten. Dies deshalb, weil die angegebenen Mengen in Relation zueinander zwingend unrichtig sein müssten. Die von der Auftraggeberin getätigten Mengenangaben könnten daher keinesfalls für eine Kalkulation herangezogen werden. Auch habe die Auftraggeberin lediglich die Höchstgrenze für einen Einzelauftrag angegeben, die jedoch nur in Ausnahmefällen erreicht werde, da die angegebene Einzelauftragsmaximalsumme sehr hoch angesetzt sei, die gegenständliche Ausschreibung dem gegenüber aber lediglich Reparaturen kleineren Umfanges umfasse. Das durchschnittliche Leistungsvolumen je Einzelauftrag könne somit kaum abgeschätzt werden. Die Antragsgegnerin habe eine Rechnungsbetragsverteilung der letzten Jahre angegeben, die aufgrund der weit überhöhten Preise für Reparaturarbeiten jedoch unklar und somit nicht aussagekräftig sei. Eine richtige Rechnungsbetragsverteilung sei jedoch für die Disposition und die Kalkulation der einzusetzenden Ressourcen bei Arbeit und Gerät wesentlich. Weiters sei bei den einzelnen Positionen im Ausschreibungs- und Leistungsverzeichnis grundsätzlich nur die eigentliche Leistung dargestellt, alle sonstigen kalkulationsrelevanten Umstände der Leistungserbringung würden sich, wenn überhaupt, erst aus den weiteren Ausschreibungsunterlagen ergeben. Aus der Aufteilung der vorgegebenen Einheitspreise in Lohn und Sonstiges ergebe sich, dass nur jener Lohnanteil kalkuliert worden sei, der sich aus der eigentlichen Leistung ableite. Jener Lohnanteil, der sich aus den Umständen ergebe, sei nicht berücksichtigt (zB jener Aufwand der damit verbunden sei, die konkrete Stelle im Wohnhaus, wo die Reparatur vorzunehmen ist, zu erreichen). Zudem habe die Antragsgegnerin lediglich die Positionsnummern der Leistungsbeschreibung Hochbau übernommen, den Inhalt der Positionen jedoch vollständig geändert. Darüber hinaus sei die Basiskalkulation bzw. das Leistungsverzeichnis auch insofern unrichtig, als Positionen nicht vollständig angegeben sind, notwendige Positionen überhaupt fehlen würden oder Positionen zusätzliche, nicht erforderliche Leistungen oder falsche Einheiten sowie einen Mischsatz beim Anteil „Sonstiges“ enthalten würden. Letztlich seien die Vergabe - Verfahrensbestimmungen Schwarzdecker, mit teilweise schwerwiegenden Fehlern

behaftet. Die einzelnen Anfechtungspunkte werden im Abschnitt 3.2 „Gründe der Rechtswidrigkeiten (Rz 18-194)“, detailliert dargestellt.

Sollte das Vergabeverfahren auf Grundlage der rechtswidrigen Ausschreibungsunterlagen fortgeführt werden, würde der Antragstellerin ein beträchtlicher finanzieller und sonstiger Schaden drohen. Dieser Schaden bestehe einerseits im Verlust einer Chance auf Angebotsabgabe und Bewertung in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren sowie der Beteiligung an einem fairen und lauterem Wettbewerb zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen, andererseits im entgangenen Gewinn in Höhe der branchenüblichen Gewinnspanne von ca. 5% des Auftragswertes. Unter Zugrundelegung des von der Auftraggeberin geschätzten Auftragswertes für 3 Jahre würde sich damit an entgangenem Gewinn ein Betrag von ca. EUR 345.000,-- errechnen. Dazu kämen weitere Aufwendungen für die Angebotslegung, die Rechtsberatung und der Verlust eines Referenzprojektes. Die Antragsgegnerin sei rechtzeitig und vollständig von der beabsichtigten Antragstellung unterrichtet worden, die Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich seien beigebracht worden.

Dem zur Sicherung ihrer Rechtsstellung gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 10.1.2008 entsprochen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 7.1.2008 hat die Antragsgegnerin jene Mitglieder des Senates, die bei der Wirtschaftskammer Wien beschäftigt sind bzw. dieser angehören, wegen Befangenheit abgelehnt. Über diesen Antrag hat der Senat mit gesondertem Bescheid vom 10.1.2007 abschlägig entschieden. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses ebenfalls beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden, um abermals Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 21.1.2008 hat die Antragsgegnerin zum Vorbringen der Antragstellerin inhaltlich Stellung genommen und zunächst ausgeführt, nach Zustellung des Nichtigerklärungsantrages der Antragstellerin eine Überprüfung der Ausschreibung vorgenommen zu haben, wobei einige Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen – den Beschwerdepunkten der Antragstellerin teilweise folgend – berichtigt worden seien. Die erste Berichtigung der Ausschreibungsunterlage habe am 9.1.2008, die zweite Berichtigung am 20.2.2008 stattgefunden. Die Berichtigungen seien auch entsprechend im Amtsblatt der EU sowie im Amtsblatt der Stadt Wien bekannt gemacht worden. Mit der zweiten Berichtigung sei das Ende der Angebotsfrist auf 29.4.2008 festgesetzt worden.

Im Übrigen vertritt sie die Ansicht, dass die Ausschreibung in ihrer berichtigten Form keine vergaberechtswidrigen Festlegungen enthalten würde, insbesondere einem sachverständigen Bieter eine Angebotskalkulation auf Grund der Ausschreibungsbestimmungen zumutbar wäre, ohne dass dieser nichtkalkulierbare Risiken übernehmen müsste. Dazu setzt sie sich mit den jeweils behaupteten Rechtswidrigkeiten im Einzelnen auseinander, wobei auch diese Standpunkte im Zuge der Prüfung der behaupteten Mängel im Detail wiedergegeben werden.

Mit ihrer Replik vom 8.2.2008 hat die Antragstellerin zwar zugestanden, dass in einigen Punkten ihren Ausführungen im einleitenden Schriftsatz stattgegeben wurde, bemängelt aber, dass auch die nachträglich durchgeführten und bekannt gemachten Änderungen der Ausschreibungsunterlagen teilweise mangelhaft wären bzw. eine entsprechende Kalkulation nicht ermöglichen würden.

Dazu hat die Antragsgegnerin mit ihrem Schriftsatz vom 11.3.2008 im Detail Stellung genommen und ihre bereits bekannten Standpunkte im Wesentlichen wiederholt.

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

Bei seiner Entscheidung ist der Senat vom unbedenklichen Inhalt des Vergabeaktes sowie der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erstatteten Schriftsätze der Parteien und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 13.3.2008 ausgegangen.

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen in Form von Rahmenverträgen im Oberschwellenbereich (§§ 4 Z 1, 12 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006), die die Durchführung von laufenden Adaptierungs- und Instandsetzungsarbeiten kleineren Umfanges in den von ihr verwalteten städtischen Wohnhausanlagen in allen 23 Wiener Gemeindebezirken betreffen. Die Ausschreibung ist in neun Lose gegliedert (KD), die wiederum in mehrere Gebietseinheiten unterteilt sind. Angebote können für einzelne Lose und mehrere Lose oder für alle Lose gelegt werden. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt. Nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens hat die Antragstellerin einzelne Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen geändert und diesbezüglich Berichtigungen am 9.1.2008 und am 20.2.2008 vorgenommen, die auch jeweils ordnungsgemäß im Amtsblatt der EU sowie im Amtsblatt der Stadt Wien bekannt gemacht wurden. Mit der zweiten Berichtigung vom 20.2.2008 wurde das Ende der Angebotsfrist mit 29.4.2008 festgelegt. Die Rahmenverträge sollen für die Dauer von drei Jahren mit der Option auf Verlängerung um weitere drei Jahre abgeschlossen werden. Der geschätzte Auftragswert unter Berücksichtigung der Option beträgt ohne Mehrwertsteuer EUR 6.976.000,-- die Aufträge sollen nach dem Preisauflage- und -nachlassverfahren vergeben werden. Aufschläge und Nachlässe können jeweils auf die Preisanteile Lohn und Sonstiges jeder Leistungsgruppe gegeben werden. Darüber hinaus ist es möglich, je KD zusätzliche Aufschläge und Nachlässe zu geben sowie weitere Aufschläge und Nachlässe in Abhängigkeit der Einzelrechnungssumme anzubieten. Als Zuschlagskriterium wurde der niedrigste Preis festgelegt. Auf Grund der Komplexität des gegenständlichen Beschaffungsvorganges beträgt die Zuschlagsfrist sieben Monate (Punkt 2.22 der Ausschreibungsunterlagen). Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen in Form von Rahmenverträgen im Oberschwellenbereich (Paragraphen 4, Ziffer eins, 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006), die die Durchführung von laufenden Adaptierungs- und Instandsetzungsarbeiten kleineren Umfanges in den von ihr verwalteten städtischen Wohnhausanlagen in allen 23 Wiener Gemeindebezirken betreffen. Die Ausschreibung ist in neun Lose gegliedert (KD), die wiederum in mehrere Gebietseinheiten unterteilt sind. Angebote können für einzelne Lose und mehrere Lose oder für alle Lose gelegt werden. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt. Nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens hat die Antragstellerin einzelne Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen geändert und diesbezüglich Berichtigungen am 9.1.2008 und am 20.2.2008 vorgenommen, die auch jeweils ordnungsgemäß im Amtsblatt der EU sowie im Amtsblatt der Stadt Wien bekannt gemacht wurden. Mit der zweiten Berichtigung vom 20.2.2008 wurde das Ende der Angebotsfrist mit 29.4.2008 festgelegt. Die Rahmenverträge sollen für die Dauer von drei Jahren mit der Option auf Verlängerung um weitere drei Jahre abgeschlossen werden. Der geschätzte Auftragswert unter Berücksichtigung der Option beträgt ohne Mehrwertsteuer EUR 6.976.000,-- die Aufträge sollen nach dem Preisauflage- und -nachlassverfahren vergeben werden. Aufschläge und Nachlässe können jeweils auf die Preisanteile Lohn und Sonstiges jeder Leistungsgruppe gegeben werden. Darüber hinaus ist es möglich, je KD zusätzliche Aufschläge und Nachlässe zu geben sowie weitere Aufschläge und Nachlässe in Abhängigkeit der Einzelrechnungssumme anzubieten. Als Zuschlagskriterium wurde der niedrigste Preis festgelegt. Auf Grund der Komplexität des gegenständlichen Beschaffungsvorganges beträgt die Zuschlagsfrist sieben Monate (Punkt 2.22 der Ausschreibungsunterlagen).

Zur Kalkulation enthalten die Ausschreibungsunterlagen folgende Festlegungen:

## 2.23. Kalkulation

### 2.23.1. Detailkalkulation

Die Detailkalkulation für jede Position (Vorgabepreis des Auftraggebers) liegt der Ausschreibung bei.

### 2.23.2. Kalkulationsgrundlagen

Der Auftraggeber ist bei seiner sachverständig erstellten Detailkalkulation von den nachfolgend beschriebenen Kalkulationsgrundlagen ausgegangen.

Der Anteil „Lohn“ setzt sich aus den Mittellohncosten zusammen und wurde mit dem Gesamtzuschlag auf Lohn/Gehalt gemäß Zeile T des K3-Blattes in Höhe von 25% beaufschlagt.

Der Anteil „Sonstiges“ wurde wie folgt ermittelt: Die Positionen wurden auf Grund von offiziellen Preislisten der Erzeuger, des Großhandels oder anderer Lieferanten ermittelt (Preisbasis 01.09.2007).

- -Strichaufzählung

Die Listenpreise der Großhändler wurden je nach Warengruppe mit einem Nachlass in Höhe bis 45% versehen. Daraus ergibt sich die Spalte 4 „Preis ab Lieferer“ im K4- Blatt. Zu diesem Wert wurden dann noch die anteiligen Fracht- bzw. Manipulationskosten an die Baustelle oder gegebenenfalls zum eigenen Lagerplatz hinzugefügt. Diese Summe wurde dann mit dem Gesamtzuschlag auf Material gemäß Zeile T des K3-Blattes in Höhe von 25% beaufschlagt. Somit ergibt sich dann der Materialpreis pro Einheit.

- -Strichaufzählung

Die Gerätepreise wurden aufgrund der Miet- bzw. Neupreiskosten unter Berücksichtigung der Nutzungsdauer und Abschreibung ermittelt und in den Positionen im K7-Blatt dargestellt.

Preisermittlung-Detaillkalkulation (K7): In der Reihenfolge der Positionen des Leistungsverzeichnisses wurde die Kostenentwicklung der Einheitspreise aufgegliedert.

In der Detailkalkulation wird aus den Mittelohnpreis und den sachverständigen Erfahrungswerten der ermittelten Leistungsansätze der Preisanteil „Lohn“ errechnet. Bei dem angegebenen Zeitansatz für die Erbringung der jeweiligen Leistung ist nur die notwendige Arbeitszeit für diese konkrete Leistungserbringung (in min./je Einheit) bewertet. Notwendige Anfahrten, Abfahrten zu und von der Baustelle, der Transport von Geräten und Materialien sowie das Besorgen der Hausschlüssel, allfällige Besprechungen mit dem Auftraggeber, mit Auftraggebervertretern und die dafür notwendigen Wege sind durch die gestaffelten Pauschalen für Baustelleneinrichtungen abzudecken.

In der Detailkalkulation wird aus den Materialpreis und den sachverständigen Erfahrungswerten der ermittelten Verbrauchsansätze der Preisanteil „Material“ errechnet. Leistungsgeräte die den Leistungspositionen direkt zuordenbar sind, werden in diesen Positionen ebenfalls berücksichtigt.

Bei den nach m2 angeführten Positionen wird aufgrund der verschiedenen Arbeitsflächengrößen bzw. Größen der ermittelten Abrechnungseinheiten ein Flächenerhöhungsfaktor bzw. -abminderungsfaktor mit verschiedenen Werten für „Lohn“ und „Sonstiges“ ermittelt.

Die in den K7-Blätter angeführten Zeitansätze beruhen auf der auf den Arbeitsflächen der Größenklasse üb. 15 – 20 m2 >> (100% Klasse).

In der nachfolgenden Aufstellung können Sie die vom Auftraggeber erstellten Auf- und Abminderungsfaktoren zu den einzelnen Flächenklassen ersehen:

Arbeitsfläche: Faktor (Prozent) Faktor (Prozent)

Lohn: Sonstiges:

|                      |               |              |
|----------------------|---------------|--------------|
| 3 m2 bis 5 m2        | 1,70 (+ 70 %) | 1,40 (+ 40%) |
| über 5 m2 bis 10 m2  | 1,40 (+ 40 %) | 1,25 (+ 25%) |
| über 10 m2 bis 15 m2 | 1,20 (+ 20%)  | 1,10 (+ 10%) |
| über 15m2 bis 20 m2  | 1,00 (+/-0%)  | 1,00 (+/-0%) |
| über 20m2 bis 30 m2  | 0,92 (- 8%)   | 0,92 (- 8%)  |
| über 30 m2 bis 50 m2 | 0,85 (- 15%)  | 0,90 (- 10%) |
| über 50 m2           | 0,75 (- 25%)  | 0,85 (- 15%) |

Bei Leistungserbringung an einem Objekt (im Zuge eines Bestellscheines), jedoch auf mehreren voneinander baulich getrennten Arbeitsflächen, sind die Ausmaße der in sich geschlossenen Einzelarbeitsflächen zu ermitteln, aufzusummieren und durch die Flächenanzahl der Bereiche zu dividieren. Das somit ermittelte Ergebnis stellt die zur Abrechnung gelangende „Flächenklasse“ dar.

Die zur Leistungserbringung notwendigen nicht näher angeführten Befestigungsmaterialien oder div. Verbrauchsstoffe sind in den Positionen im K7- Blatt als Kleinmaterial ersichtlich bzw. mit den angeführten Einheitspreis abgegolten.

Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens wurde am 28.12.2007 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007) zur Post gegeben; er ist am 2.1.2008 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 25 Abs. 1 WVRG 2007 ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der

Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens wurde am 28.12.2007 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007) zur Post gegeben; er ist am 2.1.2008 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich.

Der Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung nach § 2 Z 16 lit. a sublit aa BVergG 2006. Im Antrag auf Nichtigerklärung hat die Antragstellerin sowohl ihr Interesse am Vertragsabschluss als auch den ihr allenfalls drohenden Schaden bei Nichterlangung des gegenständlichen Auftrages plausibel dargelegt (vgl. VwGH 23.5.2007, 2007/04/0010). Dass sie zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen an sich befugt ist, kann als unstrittig angesehen werden. Der Antrag entspricht auch sonst den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Der Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung nach Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Im Antrag auf Nichtigerklärung hat die Antragstellerin sowohl ihr Interesse am Vertragsabschluss als auch den ihr allenfalls drohenden Schaden bei Nichterlangung des gegenständlichen Auftrages plausibel dargelegt (vergleiche VwGH 23.5.2007, 2007/04/0010). Dass sie zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen an sich befugt ist, kann als unstrittig angesehen werden. Der Antrag entspricht auch sonst den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Da die Ausschreibung der Antragsgegnerin angefochten wird, ist die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates nach § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 gegeben. Da die Ausschreibung der Antragsgegnerin angefochten wird, ist die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates nach Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 gegeben.

Zunächst war auf das Vorbringen der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 8.2.2008 einzugehen, in dem sie sich teilweise gegen die von der Antragsgegnerin vorgenommene Berichtigungen wendet. Die Antragstellerin behauptet, dass der Antragsgegnerin bei der Berichtigung neuerlich schwere Fehler unterlaufen wären. Sie führt an, dass die Antragsgegnerin manche Berichtigungen nur im Kurz-LV, nicht aber im Langtext oder in der Detailkalkulation vorgenommen hat. Dies führe zu teilweise widersprüchlichen Ausschreibungsunterlagen. Weiters habe die Antragsgegnerin „stille“ Berichtigungen vorgenommen. Damit sind Änderungen gemeint, die tatsächlich vorgenommen wurden ohne die Bieter in der Bekanntmachung der Berichtigung oder im jeweiligen Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen darauf hinzuweisen. Diesbezüglich verweist die Antragstellerin beispielsweise auf die Positionen 211118A, 211118B, 211119A, 21119B, die ohne Hinweis der Antragsgegnerin gelöscht wurden. In Position 211202F seien ohne Erkenntlichmachung die Ansätze der Basiskalkulation geändert worden.

Nach Einsichtnahme in die mit Bekanntmachung vom 9.1.2008 geänderten Ausschreibungsunterlagen ist festzustellen, dass die zunächst genannten vier Positionen tatsächlich nicht mehr im Leistungsumfang enthalten sind. In den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen waren die genannten Positionen angeführt. In den mit Bekanntmachung vom 9.1.2008 berichtigten Ausschreibungsunterlagen befindet sich auch ein Dokument mit der Bezeichnung „Informationsblatt über durchgeführte Mengenkorrekturen gegenüber Ausschreibung ... vom 8.1.2007“. In dieser Auflistung werden die genannten vier Positionen mit „entfällt“ bezeichnet.

In einer weiteren Beilage der Ausschreibungsunterlagen mit der Bezeichnung „Berichtigung gegenüber Ausschreibung .. vom 8.11.2007“ wird unter Punkt 6 allgemein auf Anpassungen der Detailkalkulation hingewiesen. Darunter fällt offensichtlich auch die von der Antragstellerin angeführte Änderung der Ansätze in der Basiskalkulation der Position 211202F.

In der Randziffer 32 ihrer Replik vom 8.2.2008 führt die Antragstellerin eine weitere „stille“ Berichtigung in der Basiskalkulation bei Position 211202F an. In der Randziffer 38 des selben Schriftsatzes führt die Antragstellerin aus, dass sich die Mengenangaben zu Position 218504AZ im Kurz-LV und im Langtext widersprechen. Im Kurz-LV werden 380m<sup>2</sup>, im Langtextverzeichnis 451m<sup>2</sup> angeführt.

In dem Berichtigungsschreiben der Antragsgegnerin wird unter Punkt 5 ausgeführt:

Preiskorrektur der Position 218504AZ. Im ursprünglichen Langtextverzeichnis wurde für das KD09 eine Menge von 451m<sup>2</sup> angegeben. Im nunmehr nach Berichtigung vorliegenden Langtextverzeichnis wird für das KD09 die selbe Menge, also 451m<sup>2</sup> angeführt. Im Kurzleistungsverzeichnis, das für die Erstellung des Angebotes insofern maßgeblich

ist, als die darin enthaltene Menge den Angebotspreis bestimmt, finden sich nunmehr 380m<sup>2</sup>. Mit der zweiten Berichtigung hat die Antragsgegnerin auch diese Fehler im Langtextverzeichnis beseitigt.

In RZ80 ihres Schriftsatzes vom 8.2.2008 führt die Antragstellerin aus, dass die mit der Berichtigung erstmals vorgelegten K6-Blätter mit den K7-Blatt nicht übereinstimmen oder überhaupt keinen Bezug zu den K7-Blättern haben.

Diesen Ausführungen ist grundsätzlich beizupflichten. Für das Vergabeverfahren ist dieser Umstand jedoch ohne Bedeutung, weil die nachträglich erstellten K6-Blätter insofern irrelevant sind, als in der Detailkalkulation der K7-Blätter die Ermittlung des im Leistungsverzeichnis eingetragenen Preises dargestellt ist. Relevant hingegen wäre, wenn die im K7-Blatt enthaltenen Ansätze grob unrichtig wären, da dem Bieter auf Grund des gewählten Aufschlags-/Nachlassverfahrens keine Möglichkeit zur Veränderung eines einzelnen Preises gegeben ist. Es kommt daher nicht darauf an, ob die nachträglich erstellten K6-Blätter zu einem anderen Preis im K7-Blatt führen würden, sondern lediglich darauf, ob dem Bieter durch Abgabe von Aufschlägen oder Nachlässen getrennt in Lohn und Sonstiges auf Leistungsgruppenebene möglich ist, die von ihm nach seinen betrieblichen Vorgaben ermittelten Preise ins Verhältnis zu den Vorgabepreisen des Auftraggebers in seiner Basiskalkulation zu bringen. Somit ist festzustellen, dass die K6-Blätter zwar nicht zur Detailkalkulation passen, dass dies alleine aber noch keinen Mangel der Ausschreibungsunterlagen darstellt, der einen Bieter in der Erstellung seiner Kalkulation bzw. seines Angebotes behindert. Bezüglich der Vorgangsweise bei der Erstellung eines Angebotes im Preisaufschlags-/Nachlassverfahren wird auf die diesbezüglichen Ausführungen im Bescheid zu VKS – 3860/07 verwiesen.

In Randziffer 94 des Schriftsatzes vom 8.2.2007 führt die Antragstellerin aus, dass die Antragsgegnerin den behaupteten Fehler nur im Langtext geändert hätte, nicht aber in der Detailkalkulation und somit der Einheitspreis nach wie vor falsch wäre. Nach Einsicht in die Detailkalkulation und den Vorgabepreis im Kurz-LV zur Position 218506BZ ist festzustellen, dass der Einheitspreis € 1,39 je m<sup>2</sup> beträgt. Im K7-Blatt ist bei der gegenständlichen Position ein anderer, offensichtlich unrichtiger Kurztext angeführt (Aufzahlung auf die Position Gussasphalt), jedoch ebenfalls mit € 1,39 je m<sup>2</sup> als Preis angegeben. Auch im Langtextverzeichnis wird bei der gegenständlichen Position ein Preis von € 1,39 je m<sup>2</sup> angeführt. Weder in den berichtigten Ausschreibungsunterlagen, noch in den oben angeführten Informationsblättern über den Umfang der Berichtigungen ist erkennbar, dass bei der Position 218506BZ eine Berichtigung vorgenommen wurde. Im Vergleich mit dem ursprünglichen Ausschreibungstext ist bei dieser Position ebenfalls keine Änderung erkennbar. Somit ist tatsächlich eine Berichtigung in dieser Position nicht erfolgt und steht die unter Randziffer 100 des einleitenden Antrages enthaltene Feststellung, dass ein Transport bis 30m offensichtlich nicht vergütet werde, weiterhin im Raum. Dieses Problem hat jedoch keine Auswirkungen auf die Kalkulierbarkeit des Angebotes oder die Vergleichbarkeit der Angebote, da eine etwaige fehlende Position durch entsprechende Vereinbarungen bei der Vertragsabwicklung auszugleichen sein wird.

In Randziffer 125 des Schriftsatzes vom 8.2.2008 führt die Antragstellerin aus, die Antragsgegnerin habe mit der Berichtigung nur die Mengen der Position 211102A korrigiert, nicht aber ihre fehlerhafte Kalkulation. Die Fehler würden sich auf die Gerätschaften wie Mulde usw. und den Lohnanteil beziehen. Ein Vergleich der Festlegungen zu dieser Position in der alten und neuen Ausschreibungsunterlage ergibt, dass im Langtextverzeichnis die Mengenangabe von 10m<sup>3</sup> auf 435m<sup>3</sup> geändert wurde. Weiters findet sich ein diesbezüglicher Hinweis im Informationsblatt über die durchgeführten Mengenkorekturen. Im Kurztextverzeichnis, das für die Bildung des Angebotspreises relevant ist, ist in der aktuellen Fassung ebenfalls die Menge von 435m<sup>3</sup> angeführt. Die Kalkulation des Vorgabepreises in den K7-Blättern ist unverändert. Die Antragsgegnerin weist in ihrer Stellungnahme vom 21.1.2008 darauf hin, dass die von der Antragstellerin behauptete Kalkulation nicht vorliege, da für diese Aufwendungen eigene Positionen unter Position 0120 existieren. Somit liegt der gegenständlich behauptete Fehler nicht vor. Ob die Positionen der Positionsgruppe 0120 richtig kalkuliert wurden, wird daher gesondert zu prüfen sein.

In der Randziffer 127 ihrer Replik beanstandet die Antragstellerin, dass auch die Berichtigung der Detailkalkulation „Gussasphaltpreis“ mangelhaft erfolgt sei. Dies deswegen, da der nun ersichtliche Ansatz im K7-Blatt mit 306m<sup>2</sup> nur im Wohnhausbau gelten könne. Für die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen sei ein derartiger Ansatz nicht erreichbar. Außerdem wären die erforderlichen Geräte nicht berücksichtigt.

Die Einsicht in die Detailkalkulationsblätter ergibt, dass die Antragsgegnerin im Zuge der Berichtigung, dies wurde auch separat in der Aufstellung über die Berichtigung unter Punkt 5 „Preiskorrektur der Position 218504AZ“ vermerkt, den Einheitspreis von ursprünglich € 21,11 auf nunmehr € 25,09 angehoben hat. Die Erhöhung ergibt sich in erster Linie



durch die Berücksichtigung eines Gussasphaltkochers + Hängers und eines Mannschaftswagens. Die anderen von der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag unter RZ 129 angeführten Mängel wurden von der Antragsgegnerin hingegen nicht berichtet. Da es sich dabei jedoch um offensichtlich unterschiedliche Leistungsansätze handelt, wäre von der Antragstellerin im Zuge der Angebotserstellung durch eine entsprechende Berücksichtigung bei den Aufschlägen bzw. Nachlässen der von ihr ermittelte Preis festzulegen.

In RZ 162 ihrer Replik behauptet die Antragstellerin abermals, die Antragsgegnerin hätte Änderungen im Umfang des Leistungsverzeichnisses vorgenommen, ohne diese entsprechend zu kennzeichnen. Dies betreffe vor allem die Positionen 211118A+B sowie 21119A+B. Aus dem Informationsblatt zur zweiten Berichtigung ist jedoch eindeutig erkennbar, dass diese Positionen entfallen sollen. Damit hat die Antragsgegnerin offensichtlich dem Anliegen der Antragstellerin entsprochen, weshalb sie diesbezüglich nicht mehr beschwert sein kann.

Zusammenfassend kann zu den Ausführungen der Antragstellerin betreffend die von der Antragsgegnerin nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens vorgenommenen Berichtigungen festgestellt werden, dass die auf Grund des Nachprüfungsantrages von der Antragsgegnerin veranlassten Änderungen in den Ausschreibungsunterlagen, wenn auch nicht absolut fehlerfrei, doch so eindeutig und entsprechend bezeichnet und bekanntgemacht wurden, dass daraus kein Vergaberechtsverstoß ableitbar ist. Dem Antrag der Antragstellerin in diesem Punkt war daher nicht stattzugeben.

Nunmehr sind die von der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag vom 2.1.2008 behaupteten Mängel der Ausschreibungsunterlagen zu behandeln. Wie bereits ausgeführt folgt der Senat dabei der systematischen Darstellung im Nachprüfungsantrag, wobei der jeweils behauptete Vergabeverstoß kurz wiedergegeben, die diesbezügliche Rechtfertigung der Antragsgegnerin angeführt und danach die Beurteilung durch den Senat dargestellt wird.

Im Kapitel 3 ihres Antrages geht die Antragstellerin auf die einzelnen, ihrer Ansicht nach gegen das BVergG 2006 verstoßenden Inhalte der Ausschreibung ein:

Eingangs führt die Antragstellerin folgende, ihrer Ansicht nach bestehenden Rechtswidrigkeiten unter genereller Bezugnahme auf die verletzten Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes an:

1. 1) Ziffer eins

Verstoß gegen die Pflicht zur Sicherstellung der Vergleichbarkeit der Angebote sowie der Preisermittlung ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken oder umfangreicher Vorarbeiten durch den Bieter (§ 79 Abs. 3 BVergG). Die Antragstellerin nimmt dabei Bezug auf die Entscheidungen des VKS vom 30.4.2007 zu VKS-3664/06 bis 3675/06 und vom 23.8.2007 zu VKS-3860/07, in denen es um eine vergleichbare Ausschreibung und vergleichbare Problematik gegangen ist. Die Antragstellerin sieht demnach auch in der gegenständlichen Ausschreibung die dort vom VKS festgestellten Mängel als gegeben. Verstoß gegen die Pflicht zur Sicherstellung der Vergleichbarkeit der Angebote sowie der Preisermittlung ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken oder umfangreicher Vorarbeiten durch den Bieter (Paragraph 79, Absatz 3, BVergG). Die Antragstellerin nimmt dabei Bezug auf die Entscheidungen des VKS vom 30.4.2007 zu VKS-3664/06 bis 3675/06 und vom 23.8.2007 zu VKS-3860/07, in denen es um eine vergleichbare Ausschreibung und vergleichbare Problematik gegangen ist. Die Antragstellerin sieht demnach auch in der gegenständlichen Ausschreibung die dort vom VKS festgestellten Mängel als gegeben.

1. 2) Ziffer 2

Verstoß gegen die Pflicht zur eindeutigen, vollständigen und neutralen Leistungsbeschreibung (§ 96 Abs. 1 BVergG) sowie Pflicht zur Nennung aller bedeutsamen Umstände für die Ausführung der Leistung (§ 96 Abs. 6 BVergG). Verstoß gegen die Pflicht zur eindeutigen, vollständigen und neutralen Leistungsbeschreibung (Paragraph 96, Absatz eins, BVergG) sowie Pflicht zur Nennung aller bedeutsamen Umstände für die Ausführung der Leistung (Paragraph 96, Absatz 6, BVergG).

Auch hiezu verweist die Antragstellerin auf die Ausführungen des VKS zu den vorangeführten Geschäftsfällen und behauptet in der gegenständlichen Ausschreibung das Vorliegen vergleichbarer Verstöße.

1. 3) Ziffer 3

Verstoß gegen die Pflicht zur Heranziehung geeigneter Leitlinien bei Erstellung eines Leistungsverzeichnisses (§ 97 Abs. 2 BVergG) sowie von Vertragsbestimmungen (§ 99 Abs. 2 BVergG). Verstoß gegen die Pflicht zur

Heranziehung geeigneter Leitlinien bei Erstellung eines Leistungsverzeichnisses (Paragraph 97, Absatz 2, BVergG) sowie von Vertragsbestimmungen (Paragraph 99, Absatz 2, BVergG).

Abermals wird von der Antragstellerin auf die zitierten Entscheidungen des VKS hingewiesen und ergänzt, dass der Antragsgegnerin eine herangezogene Leitlinie nicht durch eine Vielzahl von Abweichungen gleichsam aushöhlen darf.

1. 4) Ziffer 4

Verstoß gegen die Pflicht zur Aufgliederung der Gesamtleistung bei Erstellung eines Leistungsverzeichnisses (§ 97 Abs. 3 Z 1 und 2 BVergG). Auch hiezu gibt die Antragstellerin Passagen aus den zitierten VKS-Entscheidungen wieder. Verstoß gegen die Pflicht zur Aufgliederung der Gesamtleistung bei Erstellung eines Leistungsverzeichnisses (Paragraph 97, Absatz 3, Ziffer eins und 2 BVergG). Auch hiezu gibt die Antragstellerin Passagen aus den zitierten VKS-Entscheidungen wieder.

1. 5) Ziffer 5

Verstoß gegen die Pflicht zur Bekanntgabe von Art, Güte und Umfang der Leistung sowie der Umstände der Erbringung der Ausschreibung zu Pauschalpreisen (§ 24 Abs. 4 BVergG), Pflicht zur Bekanntgabe einer richtigen Basiskalkulation. Verstoß gegen die Pflicht zur Bekanntgabe von Art, Güte und Umfang der Leistung sowie der Umstände der Erbringung der Ausschreibung zu Pauschalpreisen (Paragraph 24, Absatz 4, BVergG), Pflicht zur Bekanntgabe einer richtigen Basiskalkulation.

Die Antragstellerin führt hiezu allgemein aus, dass die Auftraggeberin verpflichtet ist, eine richtige, das heißt eine aktuelle, den tatsächlichen Marktpreisen entsprechende Basiskalkulation zu erstellen und der Ausschreibung zu Grunde zu legen. Sie führt diese Forderung darauf zurück, dass Spekulationen nach Möglichkeit zu verhindern bzw. in der Folge im Vergabeverfahren Angebote, die eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen, auszuschneiden sind. Auch zu diesem Punkt verweist die Antragstellerin auf die bereits oben zitierten Entscheidungen des VKS.

1. 6) Ziffer 6

Verstoß gegen die Pflicht zur Heranziehung einer passenden Indexklausel; Pflicht zur vollkostendeckenden Kalkulation.

In diesem Punkt wirft die Antragstellerin der Antragsgegnerin vor, keine aktuellen Preise in der Ausschreibung vorgegeben zu haben. Das führt nach Ansicht der Antragstellerin zu nicht vergleichbaren Angeboten, da ungewiss ist, wie die Bieter mit dieser Problematik umgehen würden.

Weiters kritisiert sie die in der Ausschreibung festgelegten Preisumrechnungsgrundlagen, da sie die tatsächlichen Preisänderungen nicht annähernd abdecken würden.

1. 7) Ziffer 7

Verstoß gegen die Pflicht zur eindeutigen und umfassenden Festlegung von Vertragsbestimmungen (§ 99 Abs. 1 BVergG). Verstoß gegen die Pflicht zur eindeutigen und umfassenden Festlegung von Vertragsbestimmungen (Paragraph 99, Absatz eins, BVergG).

Zu diesem Punkt macht die Antragstellerin keine weitergehenden Ausführungen in ihrem Antrag.

Die Antragsgegnerin nimmt zu diesen umfangreichen Bemängelungen nur sehr allgemein Stellung. Neben der generellen Feststellung, dass sie das gesamte Vorbringen der Nachprüfungswerberin zur Gänze bestreitet, räumt sie vorweg ein, dass dort, wo die Antragstellerin richtiger Weise auf Unzulänglichkeiten in der Ausschreibungsunterlage hingewiesen hat, bereits eine Berichtigung erfolgt ist. Detaillierte Stellungnahmen, insbesondere durch einen gerichtlich beeideten Sachverständigen, stellt die Antragsgegnerin für die mündliche Verhandlung in Aussicht.

Die "Pflichtverletzungen" bestreitet die Antragsgegnerin mit der Begründung, sie habe genau jene Vorgaben des VKS in den beiden zitierten Entscheidungen bei der Erstellung der Ausschreibung beherzigt und umgesetzt.

In der Folge werden auf Grundlage des Antrages die einzelnen bekämpften Punkte (Positionen) der Ausschreibungsunterlagen dargestellt, und so vorhanden, die hiezu von der Antragsgegnerin in ihren Stellungnahmen vorgebrachten Entgegnungen dargestellt und die Beurteilung aus vergaberechtlicher Sicht jeweils unmittelbar angeschlossen.

Der überwiegende Teil der beanstandeten Punkte bezieht sich auf das Leistungsverzeichnis sowie den damit im engen Zusammenhang stehenden Kalkulationsaufgliederungen. Nach dem Antrag der Antragstellerin betrifft dies die Punkte 3.2.2 bis 3.2.16, wobei diese Hauptpunkte jeweils noch in Unterpunkte unterteilt sind.

### 3.2.2. Nur eingeschränkte Preisaufschläge/-nachlässe

Die Antragsgegnerin kritisiert im Zusammenhang mit der Festlegung eines Preisaufschlag/-nachlassverfahrens, dass die Antragsgegnerin in ihrer Ausschreibung in großem Umfang von der LB-HB "Schwarzdecker" abweicht. Weiters kritisiert sie die der Ausschreibung beigefügte Detailkalkulation (K7-Blätter), da diese derart mangelhaft sei, dass eine Kalkulation durch die Bieter, insbesondere im Zusammenhang mit den unrichtigen Mengenangaben ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken, nicht möglich sei. Einerseits würden in der Kalkulation gemäß Langtext zwingend erforderliche Arbeitsvorgänge fehlen, andererseits seien Kosten einkalkuliert, welche laut Langtext bzw. Vertragsbestimmungen eindeutig nicht einzukalkulieren wären. Als Folge wären manche Leistungen nur mittels Zusatzangebot korrekt ausführbar. Dieses Erfordernis wäre nahezu bei jeder Bestellung gegeben. Wegen der Warnpflicht bei 20%iger Überschreitung im Zusammenhang mit der geringen Einsatzzeit wären die Aufträge nicht durchführbar. Diese Unwegsamkeiten im Zusammenhang mit der großen Zahl von durchaus nicht so gewichtigen Verstößen machen nach Ansicht der Antragstellerin die Nichtigerklärung der gegenständlichen Ausschreibung in ihrer Gesamtheit erforderlich. Die Antragstellerin vertritt zudem die Meinung, dass zwar auf die Wertigkeit eines Verstoßes abzustellen sei, dabei aber die Grenze der zu geringen Wertigkeit jedenfalls strittig ist. Die Antragstellerin kommt daher zum Schluss, dass gerade wegen der Wertigkeit der Vergabeverstöße in Summe einem Bieter die Teilnahme am Verfahren ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken nicht möglich ist.

Die Antragsgegnerin bestreitet in ihrer Stellungnahme die diesbezüglichen Vorwürfe der Antragstellerin und führt aus, dass sie nur in jenen Bereichen von der LB-HB abgewichen sei, für die diese keine bzw. keine passenden Regelungen vorsieht. Auch der Vorwurf die Detailkalkulation wäre mangelhaft, wird zurückgewiesen. Zum Vorwurf, dass eine Vielzahl der Leistungen jedenfalls nur mittels Zusatzangebot korrekt ausgeführt werden könne, stellt die Antragsgegnerin klar, dass die Einsatzzeit bei Gebrechen innerhalb von 24 Stunden bedeutet, dass der Auftragnehmer innerhalb dieses Zeitrahmens Aktivitäten zu setzen hat. Diese Aktivitäten können Baustellenbegehungen, Aufnahmen über das benötigte Material und die Festlegung des Arbeitseinsatzes sowie auch eventuelle Sicherungsmaßnahmen gegen Abheben, Beschädigungen oder Wassereintritt sein. Für die Erstellung von Leistungen, die nicht durch den gegenständlichen Rahmenvertrag abgedeckt sind, verweist sie auf die diesbezüglichen Regelungen in der VD 314 über die Vorgangsweise bei Leistungsänderungen. Die Antragsgegnerin bezweifelt weiter, dass die von der Antragstellerin aufgeworfenen Verstöße zur Unkalkulierbarkeit führen. Die Antragstellerin wäre zudem nicht in der Lage nachzuweisen, dass die Grenze der zu geringen Wertigkeit überstiegen sei.

Hiezu ist festzustellen, dass auf die von der Antragstellerin pauschal erhobenen Vorwürfe gegen die Ausschreibung nicht mehr gesondert eingegangen wird. Diesbezüglich wird auf die früheren einschlägigen den Parteien vorliegenden Entscheidungen des VKS verwiesen. Was den Vorwurf, die konkrete Ausschreibung weiche in unzulässiger Weise von der standardisierten Leistungsbeschreibung Hochbau ab, betrifft, wird auf die weiter unten folgenden Punkte zu diesem Thema verwiesen. Dem Antrag der Antragstellerin war daher in diesem Punkt nicht statt zu geben.

### 3.2.3. Ausschreibungs-LV: Zusammensetzung der Leistungsgruppen grob unrichtig

Die Antragstellerin behauptet, die AG hätte Leistungen mit unterschiedlichen kalkulatorischen Ansätzen in einer Leistungsgruppe zusammengefasst. Dadurch würde es ihr nicht möglich sein, mit Aufschlägen und Nachlässe ihr Angebot zu erstellen.

Die Antragstellerin führt aus, dass in der LG 01.13 "Baustellengemeinkosten im Einzelnen" nur in einer Position ein LKW eingerechnet wurde, obwohl ein solcher in jeder Position erforderlich wäre. Darüber hinaus sieht die Antragstellerin in der Zusammenfassung von Positionen mit mengenabhängigen und einmaligen Kosten in einer Leistungsgruppe ein Problem für ihre Angebotserstellung. Weiters führt die Antragstellerin zur LG 21.12 "Vorbereiten des Untergrundes" aus, dass es nicht zulässig wäre Positionen mit unterschiedlichen Einheiten in einer Leistungsgruppe zusammenzufassen oder Positionen mit unterschiedlichen Grundmaterialien (Gussasphalt und Beton).

Schließlich kritisiert die Antragstellerin in dieser Leistungsgruppe einen schwerwiegenden Fehler in der Kalkulation der vorgegebenen Preise, da mit der falschen Anzahl an erforderlichen Arbeitern gerechnet wurde.

Die Antragsgegnerin führt hiezu aus, dass es jedem Bieter obliegt, aufgrund seiner Erfahrungen und firmeneigenen Baupreiskalkulation die sachverständig erstellen Vorgabepreise in Verbindung mit den ausgeschriebenen Mengen innerhalb einer Leistungsgruppe durch Aufschläge oder Nachlässe auf die Preisanteile Lohn und Sonstiges anzupassen. Zum Vorwurf in der Positionsgruppe 0113 wäre nur in einer Position ein LKW kalkuliert worden, obwohl dieser in sämtlichen Positionen erforderlich ist, führt die Antragsgegnerin aus, dass dies nicht zutreffen würde. Ein LKW ist für diese Leistungen nicht erforderlich, der Transportanteil für Material ist in den Materialpreisen berücksichtigt. Der aufgezeigte Fehler in der Leistungsgruppe 2112 sei mit der Berichtigung beseitigt worden. Bezüglich der Zusammenfassung verschiedenartiger Leistungen weist die Antragsgegnerin daraufhin, dass diesem Umstand durch unterschiedliche Leistungsansätze in der Preisbildung Rechnung getragen wurde. Die darüber hinausgehenden in der Position 218504AZ enthaltenen Fehler wurden durch Berichtigung beseitigt.

Hiezu ist festzustellen, dass die Antragsgegnerin durch Berichtigung der entsprechenden Fehler in der Ausschreibung den Forderungen der Antragstellerin teilweise nachgekommen ist. Zu den anderen bemängelten, aber nicht berichtigten Punkten ist festzustellen, dass hier teilweise den Argumenten der Antragsgegnerin zu folgen ist. Teilweise handelt es sich jedoch bei den von der Antragstellerin behaupteten Mängeln nicht um Mängel der Ausschreibung oder Kalkulation der Vorgabepreise sondern liegt die Lösung schlicht darin, dass die Antragstellerin die von ihr für die jeweiligen Leistungen zu kalkulierenden Preise mit den Vorgabepreisen ins Verhältnis zu bringen hat und die sich daraus ergebenden Aufschläge bzw. Nachlässe anbieten muss. Abgesehen von den durch Berichtigung korrigierten Ausschreibungsinhalten ist dem Antrag der Antragstellerin in diesem Punkt daher nicht statt zu geben.

#### 3.2.4 Ausschreibungs-LV: Mengenangaben grob unrichtig

Die Antragstellerin führt in ihrem Antrag zu mehreren Positionen des Ausschreibungsleistungsverzeichnisses aus, dass zwingend falsche Mengenangaben enthalten sind.

Die Antragsgegnerin führt in ihrer Stellungnahme aus, dass sie mit Berichtigung die aufgezeigten Fehler zur Gänze korrigiert hat, wie sich dies auch aus der Aktenlage ergibt.

Damit ist die Antragstellerin klaglos gestellt.

#### 3.2.5 Ausschreibungs-LV: grob falscher Ansatz im Verhältnis

Die Antragstellerin kritisiert in diesem Punkt, dass die Antragsgegnerin in ihrer Kalkulation der Vorgabepreise bei mehreren Positionen falsche Leistungsansätze angesetzt hat. Im Detail führt sie aus, dass bei bestimmten Positionen die Ansätze für die Arbeitszeit falsch gewählt wurde, sodass die Preise der Positionen zueinander nicht im richtigen Verhältnis stehen. Weiters stimmt der angesetzte Gasverbrauch, sowie die Größe der Übergriffe nicht. Aus diesen Mängeln in der Kalkulation ergibt sich für den Bieter, dass ein Ausgleich bzw. eine korrekte Kalkulation nicht möglich ist.

Die Antragsgegnerin beruft sich auf die Erstellung der Kalkulation durch einen Sachverständigen und bestreitet die Behauptungen der Antragstellerin. Sie stellt weiters fest, dass es jedem Bieter frei stünde in seiner Kalkulation die Ansätze gemäß seiner Erfahrung zur Anwendung zu bringen.

Die Antragstellerin führt in ihrer Replik vom 8.2.2008 zu diesem Punkt zusätzlich an, dass die Ausführungen der AG in ihrer Stellungnahme in Zusammenschau mit der Detailkalkulation bedeuten, dass damit feststünde, dass die AG jedenfalls keinen Verschnitt kalkuliert hat.

Hiezu ist festzustellen, dass es zwar Sache des Bieter ist, eine für ihn passende Kalkulation zu erstellen, dass die Umsetzung seiner Preise auf die vom Antragsgegner vorgegebenen Preise im Leistungsverzeichnis jedoch nur über Aufschläge bzw. Nachlässe möglich ist. Zu den in diesem Punkt von der Antragstellerin behaupteten Fehlern in der Detailkalkulation ist festzustellen, dass es sich dabei nicht um Fehler sondern um unterschiedliche Auffassungen über die anzusetzenden Leistungsansätze handelt. Somit ist es dem Bieter sehr wohl möglich durch Aufschläge bzw. Nachlässe getrennt in Lohn und Sonstiges je Leistungsgruppe seine Kalkulation zumindest näherungsweise umzusetzen. Eine 100%ige Übereinstimmung der Leistungsansätze wird unter keinen Umständen erzielbar sein. Würde man das unterstellen wollen, müsste man zum Schluss kommen, dass das Aufschlag-/Nachlassverfahren niemals zu einem vergaberechtskonformen Angebotsergebnis führen kann. Dies wiederum würde dem Vergabegesetz unterstellen, dass es einen Preisberechnungsmethode zulässt, die vergaberechtskonform nicht einsetzbar ist. Daher

ist die bei dieser Methode entstehende Unschärfe bezogen auf die einzelne Leistungsposition unvermeidlich und im Rahmen des üblichen wirtschaftlichen Risikos, das ein Unternehmer durch Ausübung seiner Tätigkeit zu tragen hat, umfasst. Es liegt daher auch am Unternehmer, wie er dieses Risiko in seiner Kalkulation bewertet. Dem Antrag der Antragstellerin ist in diesem Punkt daher nicht stattzugeben.

### 3.2.6 Ausschreibungs-LV: Fixe Auf- oder Abminderungsfaktoren je nach Fläche unrichtig

Die Antragstellerin kritisiert die im LV in Position 0001000 enthaltene Regelung, wonach sowohl für die Basiskalkulation, als auch die schließlich aufgrund der Aufschläge bzw. Nachlässe vertraglich zu vereinbarenden Preise, von einer Größenklasse über 15 bis 20 m<sup>2</sup> Arbeitsfläche ausgegangen wird. Kleinere und größere Flächenkategorien werden jeweils mit einem fixen Faktor beaufschlagt bzw. reduziert. Diese Faktoren sind zudem für die Preisanteile Lohn und Sonstiges unterschiedlich. Die Antragstellerin bezeichnet diese Faktoren als grob unrealistisch. Beispielsweise führt sie an, dass bei Flächen über 50 m<sup>2</sup> bereits die Abminderung des Lohnanteils von 25% vorgesehen ist. Nach Ansicht der Antragstellerin folgt daraus, dass ein Angebot ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken nicht erstellbar ist.

Die Antragsgegnerin verteidigt diese Regelung einerseits mit dem Hinweis, dass auch bereits in früheren Schwarzdeckerausschreibungen diese Flächenstaffelungen enthalten waren und andererseits durch diese Regelung, die ja Aufschläge wie Abschläge kennt, eben nach Kleinflächen und großen Flächen im Preis unterschieden werden soll.

Hiezu ist festzustellen, dass die gegenständliche Regelung tatsächlich problematisch ist und nicht zur Kalkulierbarkeit der Leistung beiträgt. Vorweg ist es fraglich, worin derart wesentliche Kostenunterschiede liegen sollen, die eine derartige Staffelung rechtfertigen. Unbestritten ist freilich, dass sehr kleine Flächen kostenintensiver und sehr große Flächen kostengünstiger herstellbar sind. Dies begründet sich aus einem guten Teil aus der Problematik der fixen Kosten. Dieser Problematik kann durch die Heraushebung dieser Kosten in eigene Positionen (Baustellengemeinkosten) entgegen gewirkt werden, was in der gegenständlichen Ausschreibung auch erfolgt ist. Weiter ist zu bedenken, dass es sich bei der Leistungserbringung aufgrund dieser Ausschreibung nicht um eine singuläre Baustelle handelt, sondern um eine große Zahl von kleinen Aufträgen, die eben je nach Erfordernis einmal kleinere Ausmaße und einmal größere Ausmaße beinhalten. Es ist daher davon auszugehen, dass über die Vertragslaufzeit auch hier ein Ausgleich erfolgen wird. Schließlich ist aber festzustellen, dass die festgelegten Faktoren hinsichtlich ihrer Höhe nicht erklärbar sind. In Abhängigkeit davon, ob eine Arbeitsfläche 5 oder 50 m<sup>2</sup> beträgt, ist aufgrund des Faktors für den Lohn für einen m<sup>2</sup> der 5 m<sup>2</sup>-Fläche mehr als das doppelte des Preises für einen m<sup>2</sup> der 50 m<sup>2</sup>-Fläche zu bezahlen. Die gegenständliche Regelung ist somit als unsachlich zu bewerten. Dem Antrag der Antragstellerin ist daher in diesem Punkt stattzugeben.

### 3.2.7 Ausschreibungs-LV: Zusammensetzung der Positionen grob unrichtig:

#### Schaffung von heterogenen "Einheitspositionen"

Die Antragstellerin kritisiert in diesem Punkt die Positionen der Leistungsgruppe 01, da in diesen Positionen unterschiedliche Leistungen mit unterschiedlichen Ansätzen in jeweils einer Position zusammengefasst wurden. Aufgrund dieser Zusammenfassung kommt es zur Übernahme unkalkulierbarer Risiken. Weiters erachtet die Antragstellerin die von der Antragsgegnerin in einzelnen Positionen angesetzten Mietansätze für zwingend unrichtig, da Leistungen unterschiedlicher Art in einer Position zusammengefasst wurden, die einerseits zu unterschiedlichen Zwecken zum Einsatz kommen und andererseits eben unterschiedliche Kosten verursachen.

Die Antragsgegnerin bestreitet die Vorwürfe und wirft der Antragstellerin vor, dass sie keine Begründung hierfür liefert. Sie verweist darauf, dass auch in der LB-HB Schwarzdecker für die Baustellengemeinkosten entsprechende Positionen vorgesehen sind, die auch dort als Pauschalpositionen geregelt sind. Einmal mehr weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass es der Antragstellerin ja frei bleibt ihre Überlegungen in die Kalkulation ihrer Preise einfließen zu lassen.

Hiezu ist festzustellen, dass in diesem Punkt den Behauptungen der Antragstellerin nicht gefolgt werden kann. Gerade weil es sich bei den gegenständlichen Positionen hauptsächlich um Pauschalpositionen für klar definierte Leistungspakte handelt, die noch dazu größtenteils fixe Kosten beinhalten, kann jeder Bieter die in seinem Unternehmen gebräuchliche Vorgangsweise und die daraus resultierenden Kosten ermitteln und das Ergebnis zu den

Vorgabepreisen in Verhältnis setzen. Die Antragsgegnerin kann natürlich nur eine denkbare Möglichkeit ihrer Kalkulation zugrunde legen, dass diese tatsächlich fehlerhaft oder undurchführbar wäre, ist nach Einsichtnahme in die Detailkalkulation nicht festzustellen. Dem Antrag der Antragstellerin ist daher in diesem Punkt nicht zuzustimmen.

### 3.2.8 Ausschreibungs-LV: Eklatant unvollständige Positionen; "zu wenig" in Position:

Die Antragstellerin behauptet, dass bei allen Positionen betreffend die Sanierung von Flachdächern, Terrassen oder Balkonen, mehrere zwingend erforderliche Arbeitsvorgänge nicht berücksichtigt wurden. Daraus würden zwingend Zusatzangebote folgen. Die Antragstellerin führt die ihrer Ansicht nach fehlenden Leistungen im Detail an.

Die Antragsgegnerin bezeichnet diese Behauptung als schlichtweg falsch. Im Übrigen verweist sie bezüglich der Vorgangsweise bei Erfordernis von zusätzlichen Leistungen während der Vertragsabwicklung auf die Regelungen in der VD 314. Zu den einzelnen vermeintlich fehlenden Positionen führt die Antragsgegnerin aus, warum diese nicht erforderlich sind. Lediglich bei Position 218506B räumt die Antragsgegnerin ein, dass ihr hier ein Fehler unterlaufen sei, der mittlerweile durch Berichtigung korrigiert wurde. Betreffend der nichtvorhandenen Positionen für Gerätebeistellung in Regie führt die Antragsgegnerin aus, dass es sich gegenständlich um angehängte Regieleistungen handle und diese Regiestunden demnach nur in Zusammenhang mit den zu erbringenden Hauptleistungen anfallen. Da die Geräte in den entsprechenden Hauptpositionen kalkulatorisch berücksichtigt wurden, wird im Regelfall kein zusätzlicher Geräteeinsatz erforderlich sein. Andernfalls werde rechtzeitig eine entsprechende Vereinbarung zu treffen sein. Abschließend weist sie darauf hin, dass in der Standardleistungsgruppe 21 auch keine Positionen für Gerätebeistellung aufscheinen.

Hiezu ist festzustellen, dass den Ausführungen der Antragsgegnerin grundsätzlich beigespflichtet werden kann. Einerseits ist davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin ihre Objekte so gut kennt, dass sie im gegenständlichen Vertrag alle erforderlichen Leistungen angeführt hat. Andererseits hat die Antragsgegnerin das Risiko zu tragen, dass während der Vertragserbringung Leistungen erforderlich werden, die nicht im Leistungsumfang enthalten sind. Die Antragstellerin kann dadurch zum Zeitpunkt des Vergabeverfahrens nicht beschwert sein. Abgesehen von den durch Berichtigung korrigierten Ausschreibungsinhalt ist dem Antrag der Antragstellerin in diesem Punkt daher nicht statt zu geben.

### 3.2.9 Abweichung von standardisierter Leistungsbeschreibung Hochbau:

Die Antragstellerin kritisiert in diesem Punkt die Vorgangsweise der Antragsgegnerin, wonach diese zwar die Positionsnummern der Leistungsbeschreibung Hochbau verwendet hat, diese jedoch teilweise mit einem anderen Inhalt versehen hat.

Die Antragsgegnerin führt hiezu in ihrer Stellungnahme unter Angabe von Beispielen aus, dass jede einzelne Abweichung sachlich gerechtfertigt und wohl begründet wäre. Die Bieter wären durch diese Abweichungen auch nicht beschwert. Nach Angabe der Antragsgegnerin sind von insgesamt 186 Positionen 59 Zusatzpositionen. Von diesen 59 Zusatzpositionen betreffen 47 Positionen Leistungen, die nicht in der LB-HB Schwarzdecker vorhanden sind. 12 Positionen mussten deshalb abgeändert und mit "Z" gekennzeichnet werden, weil die in der jeweiligen Standardposition beschriebenen Leistungen nicht den Besonderheiten der Kleinteiligkeit der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen entsprechen.

Hiezu ist festzustellen, dass die Antragsgegnerin mit der gegenständlichen Vorgangsweise grundsätzlich Vorgaben der bisher zu diesem Thema ergangenen Entscheidungen des VKS (vgl. VKS – 3860/07u.a.) berücksichtigt hat. Die vorgenommenen Änderungen bzw. die frei formulierten Positionen sind eindeutig gekennzeichnet und grundsätzlich klar formuliert. Somit ist die von der Antragstellerin behauptete große Unsicherheit über den tatsächlichen Inhalt der Leistungspositionen nicht gegeben. Dem Antrag der Antragstellerin ist in diesem Punkt nicht statt zu geben. Hiezu ist festzustellen, dass die Antragsgegnerin mit der gegenständlichen Vorgangsweise grundsätzlich Vorgaben der bisher zu diesem Thema ergangenen Entscheidungen des VKS (vergleiche VKS – 3860/07u.a.) berücksichtigt hat. Die vorgenommenen Änderungen bzw. die frei formulierten Positionen sind eindeutig gekennzeichnet und grundsätzlich klar formuliert. Somit ist die von der Antragstellerin behauptete große Unsicherheit über den tatsächlichen Inhalt der Leistungspositionen nicht gegeben. Dem Antrag der Antragstellerin ist in diesem Punkt nicht statt zu geben.

### 3.2.10 K4-Blätter entsprechen nicht dem Ausschreibungs-LV

Die Antragstellerin kritisiert, dass im K4-Blatt zu viele Materialien angeführt sind, Materialien nicht richtig bezeichnet wurden und die Kosten für LKWs inklusive Lenker im K4-Blatt aufgenommen wurden, obwohl gemäß ÖNORM B 2061 nur Materialpreise im K4-Blatt abzubilden sind.

Die Antragsgegnerin bestreitet, dass zu viel Materialien aufgenommen wurden bzw. stellt in Frage, worin die Rechtswidrigkeit liegen soll. Bezüglich des falsch bezeichneten Vlies erklärt die Antragsgegnerin, dass sie eine Standardposition mit dem darin angeführten Vlies ausgeschrieben habe, mittlerweile ein Vlies einer anderen Bezeichnung Standard ist. Daraus ergibt sich kein Nachteil für den Bieter. Bezüglich der im K4-Blatt enthaltenen Geräte weist die Antragsgegnerin auf die Berichtigung hin, in der Geräte in einem K6-Blatt dargestellt wurden.

Hiezu ist festzustellen, dass die von der Antragstellerin behaupteten Mängel im K4- Blatt, selbst wenn sie bestünden, keine Auswirkung auf die Erstellung der Angebote der Bieter haben können. Wie bereits mehrfach ausgeführt, hat der Bieter auf Basis seiner Kalkulationsgrundlagen seine eigenen Preise zu bestimmen. Dafür ist es weder von Bedeutung, ob im K4-Blatt des Antragsgegners Materialien aufscheinen die für die Leistung nicht erforderlich sind, noch ob die Antragsgegnerin fälschlicherweise Geräte im K4-Blatt dargestellt hat. Dem Antrag der Antragstellerin ist in diesem Punkt nicht statt zu geben.

### 3.2.11 Detailkalkulation: Einheitspreis grob unrichtig

Die Antragstellerin bringt die Vorgabepreise der gegenständlichen Ausschreibung mit den Einheitspreisen der letzten gleichlautenden Ausschreibung aus dem Jahr 1996 in Vergleich und stellt fest, dass die damaligen Preise in nahezu allen Leistungsgruppen höher sind als jene die die Auftraggeberin nunmehr in ihrer Detailkalkulation vorsieht. Daraus leitet die Antragstellerin ab, dass abgesehen von den aufgezeigten Fehlern die Detailkalkulation von marktüblichen Preisen im großen Rahmen abweicht. Die Antragstellerin führt die niedrigeren Preise unter anderem auf die Berücksichtigung von unterschiedlichen Rabattsätzen auf Material zurück.

Die Antragsgegnerin argumentiert, dass die Vorgängerausschreibung aus dem Jahr 1996 keinerlei Relevanz für das gegenständliche Vergabeverfahren hat. Prüfungsmaßstab sei nunmehr ausschließlich das BVerG 2006. Bezüglich des Preisniveaus führt die Antragsgegnerin aus, dass sie das derzeit übliche Preisniveau durch sachverständig erstellte Preisermittlung ihrer Ausschreibung zugrunde gelegt hat. Weiters wäre es üblich, dass auf verschiedene Produkte verschiedene Rabattsätze gewährleistet würden, sie habe im K4-Blatt Lieferanten und Rabattsätze offen gelegt.

Hiezu ist festzustellen, dass in der Vorgangsweise der Antragsgegnerin kein Fehler erkannt werden kann. Selbst wenn das Preisniveau der Vorgabepreise wesentlich unter den derzeitigen Marktpreisen liegen würde, wäre es den Bietern durch Angabe von Aufschlägen und Nachlässen möglich, die von ihnen ermittelten Preise anzubieten. Dass unterschiedliche Unternehmen bei ihren Lieferanten unterschiedliche Rabattsätze für verschiedene Produkte erreichen können, entspricht der Lebenserfahrung. Der Bieter bietet nicht seine Rabattsätze im Verhältnis zu den Rabattsätzen der Vorgabekalkulation an, sondern erstellt die Preise der einzelnen Positionen unter Zugrundelegung seiner Materialkosten bzw. Preise und ermittelt in der Folge die zu gebenden Aufschläge oder Nachlässe für sein Angebot. Dem Antrag der Antragstellerin ist in diesem Punkt nicht statt zu geben.

### 3.2.12 Detailkalkulation: K7-Blätter völlig unklar

Die Antragstellerin kritisiert einzelne Ansätze der Detailkalkulation der AG zur Erstellung der Vorgabepreise.

Die Antragsgegnerin bestreitet dieses Vorbringen als unbegründet und führt es hauptsächlich auf Unkenntnis der für die gegenständlichen Leistungen erforderlichen Leistungsansätze zurück. Lediglich zur Position 012008A räumt sie ein, dass im K7- Blatt ein Schreibfehler unterlaufen ist, den sie im Rahmen der Berichtigung korrigiert hat.

Hiezu ist festzustellen, dass der Antragstellerin offensichtlich nicht bewusst ist, dass die von der Antragsgegnerin gewählten Ansätze der Kalkulation für die Vorgabepreise nur eine Möglichkeit von vielen sind. Die Überlegungen der Antragstellerin zu den einzelnen Leistungen kann sie in ihrer Kalkulation berücksichtigen und so ihre Preise ermitteln. Es ist nicht anzunehmen, dass die von der Antragstellerin ermittelten Preise in allen Positionen im exakt gleichen Verhältnis zu den Vorgabepreisen der Antragsgegnerin liegen. Diese Unschärfe ist mit dem Preisaufschlag/-nachlassverfahren verbunden und grundsätzlich nicht vergaberechtswidrig. Schon die aufgezeigten Beispiele der Antragstellerin ergeben, dass es dabei nicht zu unkalkulierbaren Risiken für die Bieter kommt. Wie bereits mehrfach vom VKS zum Ausdruck gebracht, ist nicht die einzelne Leistungsposition alleine für diese Bewertung maßgeblich, sondern ist zu berücksichtigen, dass im Laufe der Vertragslaufzeit eine große Zahl an Einzelabrufen über

verhältnismäßig geringe Einzelauftragssummen erfolgen wird. Diese Einzelauftragssummen setzen sich in jedem Einzelfall aus verschiedenen Leistungspositionen zusammen. Es ist daher davon auszugehen, dass sich etwaige Unschärfen ausgleichen werden. Schließlich kann der Bieter etwaigen Befürchtungen durch besonders gewissenhafte Kalkulation, Berücksichtigung eines entsprechenden Zuschlages für Wagnis und seriöse Ermittlung seiner Nachlässe entgegenwirken. Abgesehen von den durch Berichtigung korrigierten Ausschreibungsinhalten ist dem Antrag der Antragstellerin in diesem Punkt daher nicht stattzugeben.

### 3.2.13 Detailkalkulation: "zu wenig" in Position

Die Antragstellerin kritisiert, dass in den Positionen mit Gussasphaltpreisen zu wenig Personal kalkuliert wurde. Weiters wären Kosten für einen LKW einzurechnen gewesen. Weiters kritisiert die Antragstellerin einige Positionen der Leistungsgruppe 01, wonach auch in diesen wesentliche Kosten nicht berücksichtigt worden wären. In einem weiteren Punkt führt sie aus, dass in der Leistungsgruppe 2116 zu wenig Verschnitt berücksichtigt wurde und in vielen Positionen der Ansatz für Kleingeräte fehlt. Schließlich führt sie eine Liste in der nahezu alle Positionen des Leistungsverzeichnisses angeführt sind an, die allesamt unvollständig kalkuliert wurden.

Die Antragsgegnerin räumt einen Fehler in der Detailkalkulation der Gussasphaltpreise ein und weist darauf hin, dass dieser Fehler bereits mit der Berichtigung richtig gestellt wurde. Zu allen anderen Mängeln kommt die Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 21.1.2008 zum Ergebnis, dass ihre Kalkulation grundsätzlich korrekt und vollständig sei. Auf andere Ansätze hätte die Antragstellerin in ihrem Angebot entsprechend zu reagieren.

Hiezu ist festzustellen, dass zu diesem Punkt grundsätzlich Gleiches, wie zu den Punkten 3.2.5 und 3.2.12 ausgeführt wurde, gilt. Davon abgesehen lassen die Ausführungen der Antragstellerin in einigen Punkten erkennen, dass sie ihren Überlegungen keine normgemäße Kalkulation zugrunde gelegt hat. Beispielsweise werden Kleingeräte im Mittellohnpreis berücksichtigt und sind daher in der Detailkalkulation der einzelnen Positionen nicht mehr anzuführen. Weiters ist festzustellen, dass sämtliche Preisgrundlagen, also K3, K4 und K6-Blatt, bei jedem Bieter zu einem anderen Ergebnis führen werden. Die sich daraus ergebenden Mittellohn-, Material- und Gerätepreise multipliziert mit den jeweiligen Leistungsansätzen, die ebenfalls von jedem Bieter frei wählbar sind, ergeben die Preise der Bieter je Position. Diese Preise sind ins Verhältnis mit den Vorgabepreisen der Antragsgegnerin zu bringen und daraus ein, über eine Leistungsgruppe unter Berücksichtigung der vorgegebenen Mengen gemittelter, Aufschlag bzw. Nachlass getrennt auf die Preisanteile Lohn und Sonstiges zu ermitteln. Abgesehen von den durch Berichtigung korrigierten Ausschreibungsinhalten ist dem Antrag der Antragstellerin in diesem Punkt daher nicht statt zu geben.

### 3.2.14 Detailkalkulation: Verwendung falscher Einheit/völlig unklare Ansätze

Die Antragstellerin kritisiert, dass die Antragsgegnerin bei den Positionen für die Entsorgung von Baurestmassen von den Texten der LB-HB abweicht und anstatt einer Verrechnung in Tonnen eine Verrechnung in 8 m<sup>3</sup>-Mulden vorgesehen hat. Hiefür ist eine Kalkulation nicht möglich. Weiters kritisiert sie die Position für Schuttrutschen hinsichtlich der angenommenen Werte für Miete und der erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen die maßgeblich von der Höhe abhängen. Schließlich führt sie aus, dass die Einheit unrichtig gewählt wurde, da die verwendete Einheit „Pauschale“ nicht kalkulierbar ist.

Die Antragsgegnerin verteidigt ihre Vorgangsweise und verweist auf die bereits mehrfach ausgeführten Begründungen.

Hiezu ist festzustellen, dass an der Vorgangsweise der Antragsgegnerin in diesem Punkt kein derart schwerwiegender Mangel erkannt werden kann, der zu einer Unkalkulierbarkeit der Positionen führt. Es ist jedoch anzumerken, dass Z-Positionen grundsätzlich problematischer bei der Darstellung der Leistung sind als Standardpositionen. Dem Antrag der Antragstellerin ist in diesem Punkt nicht statt zu geben.

### 3.2.15 K3-Blatt grob unrichtig

Die Antragstellerin kritisiert die Ansätze in den K3-Blättern der Antragsgegnerin als um einiges zu niedrig. Sowohl Mittellohn als auch Zuschläge seien unrichtig ermittelt. Die Antragstellerin wäre nicht in der Lage diese Fehler mittels Aufschlägen oder Nachlässen auszugleichen.

Die Antragsgegnerin weist diesen Vorwurf als wenig fundiert zurück. Sie führt aus, dass die K3-Blätter sachverständig und auf Basis der aktuellen ÖNORM B 2061 Preisermittlung für Bauleistungen erstellt wurden.



Hiezu ist festzustellen, dass in der Vorgangsweise bei der Berechnung des K3- Blattes der Antragsgegnerin keine gravierenden Mängel festgestellt werden konnten. Zur gebotenen Vorgangsweise des Bieters bei der Erstellung seiner Kalkulation wurde bereits mehrfach ausgeführt. Der VKS sieht auch in diesem Einspruchspunkt kein Erfordernis von seiner Rechtsmeinung abzugehen. Es ist und bleibt der betriebswirtschaftlichen Bewertung eines Unternehmers vorbehalten, wie er die Kosten in seinem Unternehmen, die sich schließlich auf die Höhe des Mittellohnpreises oder der Zuschläge auswirken, einschätzt. Dem Antrag der Antragstellerin ist in diesem Punkt nicht statt zu geben.

### 3.2.16 Inkompatible K4-Blätter

Die Antragstellerin sieht sich deswegen beschwert, weil sie die K4-Blätter der Antragsgegnerin nicht in ein Kalkulationsprogramm einlesen kann. Dadurch entsteht ihr ein nicht vertretbarer Aufwand.

Die Antragsgegnerin führt zu diesem Punkt aus, dass die beiliegenden K4-Blätter als Information für Bieter anzusehen sind, welche Preisgrundlagen der Preisbildung des Antragsgegners zugrunde gelegt wurden.

Hiezu ist festzustellen, dass jeder Bieter anhand seiner Preisgrundlagen seine Preise zu erstellen hat. Die Übernahme der Preisgrundlagen durch alle Bieter wäre wettbewerbsrechtlich bedenklich. Worin in der Übernahme von K4-Blatt-Daten ein Vorteil für die Antragstellerin bestehen soll, ist unerklärlich. Jeder Bieter wird den Aufwand für die Erstellung seines Angebotes und damit auch für die Ermittlung der für ihn zutreffenden Materialkosten wohl in Kauf nehmen müssen. Dem Antrag der Antragstellerin ist in diesem Punkt nicht statt zu geben.

### 3.2.17 Rechtswidrige Verfahrensbestimmungen in "Vergabeverfahrensbestimmungen Schwarzdecker"

#### 3.2.17.1 überhöhte Betriebshaftpflichtversicherung

Die Antragstellerin kritisiert die mit mindestens 1,5 Mio. Euro festgelegte Haftsumme pro schädigendem Ereignis als überaus zu hoch. Angesichts der Leistungen wäre eine Versicherung mit einer Deckungssumme von höchstens halber Höhe angemessen. Da diese Betriebshaftpflichtversicherung Bestandteil der Eignungsanforderungen ist, verstößt deren Forderung gegen § 70 Abs. 2 BVergG, wonach Nachweise von Unternehmen nur insofern verlangt werden dürfen, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Die Antragstellerin kritisiert die mit mindestens 1,5 Mio. Euro festgelegte Haftsumme pro schädigendem Ereignis als überaus zu hoch. Angesichts der Leistungen wäre eine Versicherung mit einer Deckungssumme von höchstens halber Höhe angemessen. Da diese Betriebshaftpflichtversicherung Bestandteil der Eignungsanforderungen ist, verstößt deren Forderung gegen Paragraph 70, Absatz 2, BVergG, wonach Nachweise von Unternehmen nur insofern verlangt werden dürfen, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist.

Die Antragsgegnerin begründet in ihrer Stellungnahme die Höhe mit der hohen Brandgefahr, die mit den ausschreibungsgegenständlichen Leistungen einhergeht. Zu diesem Anfechtungspunkt wird auf die vergleichbare Entscheidung in VKS- 3860/07 verwiesen (Seite 72). Der VKS sieht keine Veranlassung im gegenständlichen Verfahren eine andere Rechtsmeinung zu vertreten. Dem Antrag der Antragstellerin ist daher in diesem Punkt nicht statt zu geben.

#### 3.2.17.2 Ausschluss von bestimmten Formen der Mehrfachbeteiligung

Die Antragstellerin rügt folgenden in der Ausschreibung enthaltenen Punkt:

"Die Bieter werden ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich jedes Unternehmen nur einmal als Bieter/Teil einer Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren beteiligen darf (BVA 19.3.2001, N-12/01-32) ... Das Verbot der Mehrfachbeteiligung bedeutet für die gegenständliche Ausschreibung, dass es weder auf der Ebene allfälliger Gesamtangebote noch hinsichtlich der Teilangebote für einzelne Lose zu einer Mehrfachbeteiligung kommen darf. Unschädlich ist dagegen eine Mehrfachbeteiligung eines Unternehmers an Bietergemeinschaften, die verschiedene Lose anbieten."

Die Antragstellerin kritisiert das generelle Verbot von Mehrfachbeteiligungen in der gegenständlichen Ausschreibung. Nach Ansicht der Antragstellerin ist diese Regel nicht rechtmäßig und wäre im konkreten Einzelfall einer Mehrfachbeteiligung zu prüfen, ob eine solche beschränkte Regelung sachlich gerechtfertigt ist oder nicht. In Ermangelung eines sachlichen Grundes für die Beschränkung ist sie daher auch sachlich nicht gerechtfertigt und somit rechtswidrig.

Die Antragsgegnerin verweist hiezu auf die Entscheidung des Senates zu VKS- 3860/07.

Zu diesem Anfechtungspunkt wird auf die vergleichbare Entscheidung in VKS- 3860/07 verwiesen (Seite 76). Der VKS sieht keine Veranlassung im gegenständlichen Verfahren eine andere Rechtsmeinung zu vertreten. Dem Antrag der Antragstellerin ist daher in diesem Punkt nicht statt zu geben.

### 3.2.18 Rechtswidrige Vertragsbestimmungen in "SD 1043-Vertragsbestimmungen - Schwarzdecker"

#### 3.2.18.1 Punkt 1.7: Keine Aufzahlung für Erschwernis Winter bzw. Schlechtwetter

Die Antragstellerin sieht in der Festlegung, wonach durch Winter bzw. Schlechtwetter bedingte Erschwernisse nicht gesondert vergütet werden, eine wesentliche Erschwernis für die Kalkulation.

Der Antragsgegner kann keine Rechtswidrigkeit erkennen, da die zugrundeliegenden Regelungen in den ÖNORMEN vorsehen, dass für den Fall, dass der Antragsgegner bei Eintritt von Frost oder Schneefall weiterarbeiten anordnet, die dadurch verursachten Mehrkosten zu vergüten hat.

Hiezu ist festzustellen, dass die gegenständliche Regelung zweifelsfrei die Kalkulation beeinträchtigt. Die in der Stellungnahme des Antragsgegners angeführte Begründung steht im Widerspruch mit der gegenständlichen Regelung, da diese ja gerade vorsieht, dass die Erschwernisse nicht gesondert vergütet werden. Bei einem Widerspruch steht die gegenständliche Regelung in der Rangfolge vor der ÖNORM. Eine gesonderte Vergütung ist somit nicht vorgesehen. In Anbetracht der Natur des Rahmenvertrages ist die gegenständliche Vertragsbestimmung nicht vergaberechtskonform, da sie den Bietern ein unkalkulierbares Risiko überbindet. Dem Antrag der Antragstellerin ist daher in diesem Punkt stattzugeben.

#### 3.2.18.2 Punkt 3.3.2: Regelfall (zu kurze Einsatzzeit)

Die Antragstellerin kritisiert die Regelung über die Einsatzzeit, wonach mit der Leistungserbringung binnen 24 Stunden ab Zugang der Bestellung zu beginnen ist. Dies wird insbesondere auch deshalb nicht möglich sein, da in der gegenständlichen Ausschreibung häufig erforderliche Leistungen nicht enthalten sind und daher jedes Mal ein Zusatzangebot zu stellen ist.

Die Antragsgegnerin stellt fest, dass innerhalb von 24 Stunden mit den Leistungen zu beginnen ist. Je nach den konkreten Erfordernissen sind die entsprechenden ersten Schritte zu setzen. Ein Unternehmer, der dazu nicht in der Lage ist, darf sich nicht bewerben.

Hiezu ist festzustellen, dass die Antragstellerin ihr Vorbringen zu diesem Punkt bereits mit ihrer Replik vom 8.2.2008 relativiert hat. Schon aus vertragsrechtlichen Gründen ist davon auszugehen, dass die Einsatzzeit wohl nur für Leistungen die Inhalt des Vertrages sind, gelten kann. Für darüber hinausgehende Leistungen wird im Einzelfall eine Regelung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer herbeizuführen sein. Hiefür gibt es entsprechende Festlegungen in den Vertragsbestimmungen der Antragsgegnerin. Dem Antrag der Antragstellerin ist daher in diesem Punkt nicht statt zu geben.

#### 3.2.18.3 Punkt 7.2: Unvollständigkeit bezüglich Warnpflicht

Die Antragstellerin kritisiert die Regelung in der Ausschreibung, wonach sich im Verlauf der Arbeiten ergebende Kostenüberschreitungen von über 20% der Auftragssumme unverzüglich dem Auftraggeber bekannt zu geben sind. Sie hält diese Bestimmung deswegen für problematisch, weil die vor Ort tätigen Facharbeiter nicht absehen können, ob es überhaupt zu einer Kostenüberschreitung kommen wird.

Die Antragsgegnerin bezeichnet dieses Vorbringen der Antragstellerin als geradezu absurd und stellt in Frage, ob die Antragstellerin überhaupt ein leistungsfähiges Unternehmen ist.

Hiezu ist festzustellen, dass in der gegenständlichen Vertragsbestimmung nichts unübliches oder einen Auftragnehmer stark benachteiligendes festgestellt werden kann. Dem Antrag der Antragstellerin ist daher in diesem Punkt nicht statt zu geben.

#### 3.2.18.4 Punkt 3.3.4 "Vertragsstrafen"

Die Antragstellerin kritisiert die strenge Bestimmung über die Vertragsstrafe in Kombination mit dem Umstand, dass Zusatzangebote "vorprogrammiert" sind. Der vom Bieter zu befürchtende Nachteil ist unbillig und unangemessen im Sinne des § 879 ABGB und somit unkalkulierbar. Die Antragstellerin kritisiert die strenge Bestimmung über die

Vertragsstrafe in Kombination mit dem Umstand, dass Zusatzangebote "vorprogrammiert" sind. Der vom Bieter zu befürchtende Nachteil ist unbillig und unangemessen im Sinne des Paragraph 879, ABGB und somit unkalkulierbar.

Die Antragsgegnerin stellt fest, dass der Grund für die Unzulässigkeit nicht ersichtlich ist. Weiters weist sie darauf hin, dass in der VD 314 geregelt ist, wie bei Änderungen der Leistung auch im Hinblick auf eine Verlängerung der Leistungsfrist vorzugehen ist.

Hiezu ist festzustellen, dass in der gegenständlichen Festlegung über die Vertragsstrafen weder eine Vergaberechtswidrigkeit noch ein Verstoß gegen 879 ABGB gesehen werden kann. Dem Antrag der Antragstellerin ist daher in diesem Punkt nicht statt zu geben.

#### 3.2.18.5 Punkt 7.4 "Indexierung"

Die Antragsgegnerin kritisiert die Festlegungen betreffend die Preismrechnung. Die gewählte Formulierung lässt offen, innerhalb welcher Frist die Antragsgegnerin den Umrechnungsprozentsatz bekannt gibt. Erst ab diesem Zeitpunkt können Leistungen zu den geänderten Preisen abgerechnet werden.

Die Antragsgegnerin bezieht sich auf die Indices die vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit herausgegeben werden und führt aus, dass diese erfahrungsgemäß mit 3 bis 5monatiger Verzögerung bekannt gegeben werden.

Hiezu ist festzustellen, dass mit der gegenständlichen Festlegung über die Preismrechnung den Bietern ein unkalkulierbares Risiko überbunden wird. Etwaige Preiserhöhungen treffen den Unternehmer mit sofortiger Wirkung, dennoch hat er weiterhin zu den unveränderten Preisen die Leistungen zu erbringen. Da das damit verbundene Risiko einerseits von der Höhe der Preisänderung und andererseits von der Art der zwischenzeitlich zu erbringen Leistung und der Dauer der Wartezeit auf die neuen Preise abhängt, kann ein Bieter diese Regelung auch nicht kalkulatorisch berücksichtigen. Diesbezüglich ist auch auf die Entscheidung des VKS vom 30.3.2007, VKS-3864/06 u.a., hinzuweisen. Dem Antrag der Antragstellerin ist daher in diesem Punkt statt zu geben.

#### 3.2.18.6 Punkt 7.5.5 "Regiescheine"

Die Antragstellerin geht davon aus, dass auch in der Leistungsgruppe Regieleistungen Positionen fehlen. Somit wären im Einzelfall wiederum Zusatzangebote erforderlich.

Die Antragsgegnerin verweist zu diesen Vorwürfen auf ihre bisherigen Ausführungen.

Hiezu ist festzustellen, dass die Antragstellerin durch das Fehlen von Leistungen für die es in der Folge möglicherweise erforderlich sein wird, Zusatzangebote zu legen, nicht beschwert sein kann. Auch in der Art und Weise wie sie Regieleistungen zu dokumentieren hat, kann die Antragstellerin nicht beschwert sein. Dem Antrag der Antragstellerin ist daher in diesem Punkt nicht statt zu geben.

#### 3.2.18.7 Punkt 7.7 "Sonstiges"

Die Antragstellerin kritisiert, dass die Überweisungsspesen zu Lasten des Zahlungsempfängers gehen. Sie sieht darin eine sachlich nicht begründbare Überwälzung der Kosten des Zahlungsverkehrs auf den Auftragnehmer, die zu dem unkalkulierbar ist, da die Höhe der Überweisungsspesen nicht bekannt sind.

Zu diesem Anfechtungspunkt wird auf die vergleichbare Entscheidung in VKS- 3860/07 verwiesen. Der VKS sieht keine Veranlassung im gegenständlichen Verfahren eine andere Rechtsmeinung zu vertreten. Dem Antrag der Antragstellerin ist daher in diesem Punkt nicht statt zu geben.

#### 3.2.18.8 Aufrechnung der Stadt Wien mit U-Bahn-Abgabe

Die Antragstellerin kritisiert, dass bestehende fällige Forderungen der Stadt Wien, aus welchem Titel auch immer, gegen Auszahlungen an den Auftragnehmer aufgerechnet werden. Die Antragstellerin sieht darin eine rechtswidrige Bestimmung, da es in keinem sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand steht.

Zu diesem Anfechtungspunkt wird auf die vergleichbare Entscheidung in VKS- 3860/07 verwiesen. Der VKS sieht keine Veranlassung im gegenständlichen Verfahren eine andere Rechtsmeinung zu vertreten. Dem Antrag der Antragstellerin ist daher in diesem Punkt nicht statt zu geben.

#### 3.2.19 Rechtswidrige Vertragsbestimmungen im Formblatt MD BD-SR 75

##### 3.2.19.1 Unangemessen kurze Angebotsfrist

Die Antragstellerin kritisiert, dass die festgelegte Angebotsfrist im Ausmaß von 55 Tagen angesichts der konkreten Ausschreibung zu kurz sei.

Die Antragsgegnerin hält die Angebotsfrist für ausreichend, weil grundsätzlich standardisierte Leistungspositionen der LB-HB ausgeschrieben wurden. Unabhängig davon wurde die Angebotsfrist im Zuge der Berichtigung verlängert. Hiezu ist anzumerken, dass grundsätzlich kein Anlass gesehen wird, warum eine 55 Tage dauernde Angebotsfrist für die gegenständliche Ausschreibung nicht ausreichend sein soll. Aufgrund der 2. Berichtigungen wurde die Angebotsfrist bis zum 29.4.2008 erstreckt. Die Antragstellerin kann somit in diesem Punkt nicht mehr beschwert sein.

#### 3.2.19.2 Punkt 7: Gewährleistung

Die Antragstellerin weist auf einen Fehler in den Ausschreibungsunterlagen hin, wonach die Gewährleistungsfrist gemäß MD BD-SR 75 mit 5 Jahren, gemäß SD 1043 mit 3 Jahren festgelegt wurde. Darin liegt ein Widerspruch.

Die Antragsgegnerin stellt fest, dass die Dauer der Gewährleistungsfrist mit der Berichtigung klargestellt wurde.

Hiezu ist festzustellen, dass die Antragstellerin nach Berichtigung in diesem Punkt nicht mehr beschwert sein kann.

#### 3.2.19.3 Punkt 10: Preisanpassungsregelung ungeeignet

Die Antragstellerin kritisiert die in der Ausschreibung festgelegte Vorgangsweise bei der Veränderung des Preisanteiles Sonstiges. Sie ist der Ansicht, dass die Arbeitskategorie Schwarzdecker alleine nicht ausreicht, da in der Ausschreibung auch Beton, Holzpfeiler und Gummibestandteile enthalten sind. Da diese Leistungsinhalte hinsichtlich der zu ihnen passenden Indexreihen stark voneinander abweichen, fühlt sich die Antragstellerin in diesem Punkt beschwert.

Die Antragsgegnerin kann den Wunsch der Antragstellerin nach Einbeziehung der Arbeitskategorien Bauspengler, Gerüstverleiher und Zimmerer nicht nachvollziehen. Sie hält die Arbeitskategorie „Schwarzdecker“ für ausreichend, da selbst die anteilmäßig zweitstärkste Arbeitskategorie "Asphaltierer" lediglich 3% der Gesamtleistung ausmacht.

Hiezu ist festzustellen, dass es sich bei den angesprochenen nicht zur Kategorie „Schwarzdecker“ zuzuordnenden Leistungen in erster Linie um Abbrucharbeiten handelt. Abgesehen von deren Wertigkeit im Verhältnis zu allen anderen Leistungen, ist diesbezüglich festzustellen, dass es dabei zu nahezu keinen Materialkosten kommen wird. Bezüglich der Lohnkosten werden sich die Erhöhungen aufgrund der Tatsache, dass die Leistungen vom gleichen Personal erbracht werden, nicht anders ergeben. Dem Antrag ist daher in diesem Punkt nicht statt zu geben.

#### 3.2.19.4 Punkt 13: Datenträger

Die Antragstellerin kritisiert, dass dem Angebot jedenfalls ein Datenträger gemäß ÖNORM B 2063 anzuschließen ist, obwohl die Antragsgegnerin in den Ausschreibungsunterlagen keinen Datenträger zur Verfügung gestellt hat.

Die Antragsgegnerin weist in ihrem Schriftsatz darauf hin, dass sie den aufgezeigten Widerspruch im Rahmen der Berichtigung richtig gestellt hat.

Hiezu ist festzustellen, dass die Antragstellerin aufgrund der Berichtigung in diesem Punkt nicht mehr beschwert sein kann.

#### 3.2.19.5 Fehlende Unterschrift

Die Antragstellerin kritisiert, dass das Fehlen einer Unterschrift auf dem SR 75 einen unbehebbarer Mangel darstellt. Unter Hinweis auf die vergaberechtliche Judikatur führt die Antragstellerin aus, dass das Fehlen einer Vollmacht nicht einen unbehebbarer Mangel darstellt.

Die Antragsgegnerin kann in der Festlegung in der Ausschreibung keinen Widerspruch zur vergaberechtlichen Judikatur erblicken.

Hiezu ist festzustellen, dass das Vergaberecht die rechtsgültige Unterfertigung eines Angebotes fordert. Nichts anderes tut die Antragsgegnerin in ihrem MD BD-SR 75. Der Hinweis soll offensichtlich die Bieter davor bewahren, auf die Beifügung der rechtsgültigen Unterfertigung zu vergessen. Eine Vollmacht wird in diesem Zusammenhang nicht gefordert. Dem Antrag der Antragstellerin ist daher in diesem Punkt nicht statt zu geben.

Die Antragstellerin nimmt in ihrer Replik vom 8.2.2008 auf die K6-Blätter Bezug, die mit der 1. Berichtigung der Ausschreibung zur Verfügung gestellt wurden. Sie kritisiert die K6-Blätter als falsch und widersprüchlich zu anderen K-Blättern.

Hiezu ist festzustellen, dass die K6-Blätter keinerlei Einfluss auf die Preisgestaltung der Antragstellerin oder das Ergebnis des Vergabeverfahrens haben. Davon abgesehen ist anzumerken, dass aus der Kritik der Antragstellerin an den nachgereichten K6-Blättern ersichtlich ist, dass ihr die normgemäße Erstellung der K-Blätter nicht geläufig ist. So ist beispielsweise bei einem LKW kein Lenker im K6-Blatt zu berücksichtigen. Auch der Treibstoff hat im K6-Blatt nichts verloren. Dem Antrag der Antragstellerin ist daher in diesem Punkt nicht statt zu geben.

Bereits im einleitenden Schriftsatz vom 2.1.2008 (RZ 199) hat die Antragstellerin beantragt, den von ihr beigezogenen Herrn Gerhard Freisinger zum Sachverständigen zu bestellen bzw. hat im Schriftsatz vom 8.2.2008 beantragt, diesen als Sachverständigen Zeugen zur Beweisführung für die Richtigkeit ihres Vorbringens zu vernehmen. Die Antragsgegnerin ihrerseits hat mit Schriftsatz vom 21.1.2008 angeregt, den von ihr zur Erstellung der Basiskalkulation beigezogenen Sachverständigen DI Michael Groll zur Frage der Kalkulierbarkeit der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung zu vernehmen. Beiden Anträgen war nicht stattzugeben, da es sich nach Ansicht des Senates bei der Frage der Kalkulierbarkeit anhand der gegenständlichen Ausschreibungsbestimmungen um die Lösung einer Rechtsfrage und nicht um Sachfragen gehandelt hat. Auf Grund der fachkundigen Zusammensetzung des Senates war es diesem möglich, diese Fragen auch ohne Beiziehung von Sachverständigen einer Lösung zuzuführen.

Ergänzend zu den bei den einzelnen Anfechtungspunkten wiedergegebenen rechtlichen Beurteilungen ist auszuführen:

Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen bzw. einzelner Teile dieser Ausschreibung wurde von der Antragstellerin am 28.12.2007 zur Post gegeben und damit rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 gestellt. Die Antragstellerin hat in ihrem Antrag auch ausreichend ihr Interesse am Vertragsabschluss und den ihr möglicherweise drohenden Schaden dargestellt, wobei zu berücksichtigen war, dass von ihr gegenständlich die Ausschreibungsbedingungen bekämpft wurden. Dass sie zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugt ist, ist unstrittig. Die Antragstellerin hat auch die rechtzeitige Benachrichtigung der Antragsgegnerin im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgewiesen. Ihr Antrag entspricht auch im Übrigen den Voraussetzungen der § 20 Abs. 1 und 23 Abs. 1 WVRG 2007. Die Entrichtung der Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich nach § 18 WVRG 2007 ist nachgewiesen. Der Antrag ist auch grundsätzlich zulässig, da damit eine gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit aa BVergG 2006 bekämpft wird. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen bzw. einzelner Teile dieser Ausschreibung wurde von der Antragstellerin am 28.12.2007 zur Post gegeben und damit rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 gestellt. Die Antragstellerin hat in ihrem Antrag auch ausreichend ihr Interesse am Vertragsabschluss und den ihr möglicherweise drohenden Schaden dargestellt, wobei zu berücksichtigen war, dass von ihr gegenständlich die Ausschreibungsbedingungen bekämpft wurden. Dass sie zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugt ist, ist unstrittig. Die Antragstellerin hat auch die rechtzeitige Benachrichtigung der Antragsgegnerin im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgewiesen. Ihr Antrag entspricht auch im Übrigen den Voraussetzungen der Paragraph 20, Absatz eins und 23 Absatz eins, WVRG 2007. Die Entrichtung der Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich nach Paragraph 18, WVRG 2007 ist nachgewiesen. Der Antrag ist auch grundsätzlich zulässig, da damit eine gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006 bekämpft wird.

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Das Vergabeverfahren hat den Abschluss eines Rahmenvertrages im Oberschwellenbereich über die Durchführung von Schwarzdeckerarbeiten in städtischen Wohnhausanlagen in allen 23 Wiener Gemeindebezirken zum Gegenstand. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Das Vergabeverfahren hat den Abschluss eines Rahmenvertrages im Oberschwellenbereich über die Durchführung von Schwarzdeckerarbeiten in städtischen Wohnhausanlagen in allen 23 Wiener Gemeindebezirken zum Gegenstand. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Der Antrag auf Nichtigerklärung erweist sich nur in drei Punkten als berechtigt. In diesem Sinne waren die

Festlegungen zur Position 00.01.000 „Z-Bestellungen der Leistung – Preisbildung“ im Ausschreibungsleistungsverzeichnis, sowie die Festlegungen in den Vertragsbestimmungen „SD 1043 – Vertragsbestimmungen Schwarzdecker“ Punkte 1.7 (Erschwernis Winter- bzw. Schlechtwetter) und Punkt 7.4 (Indexierung) für nichtig zu erklären, weil diese Festlegungen eine Übernahme eines nichtkalkulierbaren Risikos durch den Bieter bedeutet hätten. Es waren daher diese Festlegungen als vergaberechtswidrig zu erkennen und gemäß § 26 Abs. 2 WVRG 2007 für nichtig zu erklären, ohne dass diesem Umstand ein derartiges Gewicht zugekommen wäre, der die Nichtigkeitserklärung der gesamten Ausschreibung notwendig gemacht hätte. Der Antrag auf Nichtigkeitserklärung erweist sich nur in drei Punkten als berechtigt. In diesem Sinne waren die Festlegungen zur Position 00.01.000 „Z-Bestellungen der Leistung – Preisbildung“ im Ausschreibungsleistungsverzeichnis, sowie die Festlegungen in den Vertragsbestimmungen „SD 1043 – Vertragsbestimmungen Schwarzdecker“ Punkte 1.7 (Erschwernis Winter- bzw. Schlechtwetter) und Punkt 7.4 (Indexierung) für nichtig zu erklären, weil diese Festlegungen eine Übernahme eines nichtkalkulierbaren Risikos durch den Bieter bedeutet hätten. Es waren daher diese Festlegungen als vergaberechtswidrig zu erkennen und gemäß Paragraph 26, Absatz 2, WVRG 2007 für nichtig zu erklären, ohne dass diesem Umstand ein derartiges Gewicht zugekommen wäre, der die Nichtigkeitserklärung der gesamten Ausschreibung notwendig gemacht hätte.

Auf Grund der nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens von der Antragsgegnerin vorgenommenen beiden Berichtigungen vom 9.1.2008 und vom 20.2.2008 wurde die Antragstellerin in einigen Anfechtungspunkten zur Gänze (Punkt 3.2.4, 3.2.19.1, 3.2.19.2 und 3.2.19.4 ihres Antrages) bzw. teilweise (Punkt 3.2.3, 3.2.8, 3.2.10, 3.2.12 und 3.2.13 ihres Antrages) klaglos gestellt. Diesbezüglich ist sie ebenfalls als obsiegend anzusehen.

In allen anderen Punkten hat sich die Bekämpfung der Ausschreibungsunterlagen als nicht berechtigt erwiesen. Nach § 79 Abs. 3 BVergG 2006 sind die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sicher gestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und – sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung gemäß § 95 Abs. 3 leg.cit. erfolgt – ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. Gegenständlich handelt es sich um eine konstruktive Leistungsbeschreibung im Sinne des § 95 Abs. 3 BVergG 2006. Nach § 79 Abs. 4 BVergG 2006 sind in diesem Falle die Beschreibung der Leistung und die sonstigen Bestimmungen so abzufassen, dass sie in der selben Fassung sowohl für das Angebot als auch für den Leistungsvertrag verwendet werden können. § 95 Abs. 2 BVergG 2006 sieht bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung vor, dass die Leistungen nach den zu erbringenden Teilleistungen in einem Leistungsverzeichnis aufzugliedern sind. § 79 Abs. 2 BVergG 2007 bestimmt, dass dann, wenn für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMEN oder standardisierte Leistungsbeschreibungen vorhanden sind, diese heranzuziehen sind. Der Auftraggeber kann jedoch in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen, die Gründe für die abweichenden Festlegungen sind von ihm jedoch festzuhalten und den Unternehmen auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben. Nach § 96 Abs. 1 BVergG 2006 sind die Leistungen bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist. Nach Abs. 6 leg.cit. sind in der Beschreibung der Leistung und der Aufgabenstellung alle Umstände anzuführen (z.B. örtliche oder zeitliche Umstände, oder besondere Anforderungen hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserbringung), die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebotes von Bedeutung sind. Dies gilt ebenso für besondere Erschwernisse oder Erleichterungen. In allen anderen Punkten hat sich die Bekämpfung der Ausschreibungsunterlagen als nicht berechtigt erwiesen. Nach Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006 sind die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sicher gestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und – sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung gemäß Paragraph 95, Absatz 3, leg.cit. erfolgt – ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. Gegenständlich handelt es sich um eine konstruktive Leistungsbeschreibung im Sinne des Paragraph 95, Absatz 3, BVergG 2006. Nach Paragraph 79, Absatz 4, BVergG 2006 sind in diesem Falle die Beschreibung der Leistung und die sonstigen Bestimmungen so abzufassen, dass sie in der selben Fassung sowohl für das Angebot als auch für den Leistungsvertrag verwendet werden können. Paragraph 95, Absatz 2, BVergG 2006 sieht bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung vor, dass die Leistungen nach den zu erbringenden Teilleistungen in einem Leistungsverzeichnis aufzugliedern sind. Paragraph 79, Absatz 2, BVergG 2007 bestimmt, dass dann, wenn für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMEN oder standardisierte Leistungsbeschreibungen vorhanden sind, diese heranzuziehen sind. Der Auftraggeber kann jedoch in den

Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen, die Gründe für die abweichenden Festlegungen sind von ihm jedoch festzuhalten und den Unternehmen auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben. Nach Paragraph 96, Absatz eins, BVergG 2006 sind die Leistungen bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist. Nach Absatz 6, leg.cit. sind in der Beschreibung der Leistung und der Aufgabenstellung alle Umstände anzuführen (z.B. örtliche oder zeitliche Umstände, oder besondere Anforderungen hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserbringung), die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebotes von Bedeutung sind. Dies gilt ebenso für besondere Erschwernisse oder Erleichterungen.

Diesen Vorgaben wurde von der Antragsgegnerin, bis auf die in Punkt 2 des Spruches festgehaltenen Bestimmungen, in vergaberechtskonformer Art und Weise entsprochen. In all jenen Punkten, in denen die Bemängelungen durch die Antragstellerin nicht für gerechtfertigt erkannt wurden, hält der Senat die Festlegungen in der Ausschreibung für ausreichend, um einem Bieter eine wirtschaftlich vertretbare Kalkulation zu ermöglichen, ohne nicht kalkulierbare Risiken übernehmen zu müssen und damit im Ergebnis eine Vergleichbarkeit der Angebote herzustellen. Dort wo die Antragsgegnerin von standardisierten Leistungsbeschreibungen abgewichen ist, konnte sie dies plausibel und nachvollziehbar erklären. Nach Berichtigung jener Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen, die mit dem gegenständlichen Bescheid aufgehoben wurden, ist der Senat der Ansicht, dass es jedem Bieter, auch der Antragstellerin, möglich sein müsste sein Angebot ohne Übernahme unzumutbarer Risiken zu kalkulieren. Damit ist aber auch die Vergleichbarkeit der Angebote für die Auftraggeberin sicher gestellt.

Aus diesen Gründen war daher wie im Spruch unter Punkt 1 und 2 zu entscheiden.

Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 10.1.2008 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 10.1.2008 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben (Spruch Punkt 3).

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

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anfechtung vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung der Ausfertigung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anfechtung vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung der Ausfertigung dieses Bescheides zu laufen.

#### **Schlagworte**

Aufschlag-Nachlassverfahren; Ausschreibung; Teilweise Nichtigerklärung von Festlegungen; Leistungsverzeichnis muss Kalkulation ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ermöglichen; Musterkalkulation des Auftraggebers.

#### **Zuletzt aktualisiert am**

09.09.2008

**Quelle:** Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>